

REPUBBLICA DI SAN MARINO
IL GIUDICE DELLE APPELLAZIONI CIVILI
IN NOME DI DIO SS. E DELLA SERENISSIMA REPUBBLICA DI
SAN MARINO

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile ordinaria n. 118 dell'anno 1993

promossa

dal sig. R. M., cittadino sammarinese, padre esercente la patria potestà sul minore M. M., rappresentato e difeso in giudizio dall'AVV. ALVARO SELVA, dall'AVV. ALBERTO SELVA e dall'AVV. ANTONIO MASIELLO presso lo studio dei quali ha eletto domicilio,

– attore appellante

contro

l'ECC.MA CAMERA DELLA REPUBBLICA DI SAN MARINO, in persona dei Sindaci di Governo *pro tempore*, rappresentati e difesi congiuntamente e disgiuntamente dall'AVVOCATURA DELLO STATO nelle persone dell'AVV. MARIA TERESA ZONZINI e dall'AVV. LUCIO DANIELE, presso i quali hanno eletto il domicilio,

– convenuta appellata

e contro

la s.p.a. ASSICURAZIONI GENERALI, Agenzia Generale di San Marino, in persona del suo Agente, corrente in San Marino, in Via Maestri Comacini, rappresentata e difesa dall'AVV. RENZO BONELLI, presso il cui studio elegge domicilio,

– convenuta appellata

nonché contro
la s.p.a. NAVALE ASSICURAZIONI, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'AVV. FABIO DE PASQUALE, presso il cui studio elegge domicilio,
– chiamata in causa appellata

IN FATTO

L'appellante attore, quale padre esercente la patria potestà sul figlio minore, ha interposto appello avverso la sentenza, pronunciata da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge in data 18 gennaio 1996, con la quale è stata respinta la domanda di risarcimento dei danni nei confronti della convenuta, Ecc.ma Camera, per la lesione subita dal minore suo figlio, mentre, affidato in custodia alla Scuola Elementare, durante l'esercizio di un Centro Estivo per studenti, sotto la sorveglianza delle educatrici, durante i giochi all'aperto, cadeva, provocandosi lesioni tali da sottoporlo nell'arco di poche ore a splenectomia.

Con la stessa decisione, per carenza di legittimazione passiva, è stata dichiarata l'estromissione dal giudizio della s.p.a. Navale Assicurazioni, chiamata in causa dalla convenuta Ecc.ma Camera, per l'esercizio della azione di rivalsa per garanzia, derivante da polizza di assicurazione infortuni. È stata anche dichiarata la carenza di legittimazione passiva della convenuta, s.p.a. Assicurazioni Generali, rispetto alla domanda proposta nei suoi confronti dall'attore, mentre, la stessa decisione, ha accertato l'ammissibilità del suo intervento volontario. Ha condannato la parte attrice, sig. R. M., al pagamento delle spese e degli onorari del presente giudizio e l'Ecc.ma Camera al pagamento delle spese e degli onorari relativi al giudizio di rivalsa contro la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni.

In primo grado, con istanza del 25 agosto 1993, l'appellante in qualifica, ha richiesto di condannare la convenuta, Ecc.ma Camera, nonché la s.p.a. Assicurazioni Generali, quali responsabili civili del danno cagionato al minore M. M., al risarcimento mediante il pagamento della somma di £. 96.955.520 =, con gli interessi e l'intervenuta svalutazione. Nelle finali memorie però, l'attore appellato, nella sua qualifica di genitore, ha definitivamente richiesto la somma di £. 77.310.708 =, sempre con gli interessi e la svalutazione.

Contesta l'appellante che la mattina dell'8 settembre 1992, il minore M. M., di anni sette, frequentando il Centro Estivo, quale alunno presso la Scuola Elementare di Dogana Bassa, durante l'orario di ricreazione, cadeva, riportando un grave infortunio, onde nel pomeriggio veniva sottoposto ad intervento chirurgico di asportazione della milza. Dalla comuni-

cazione scritta delle tre sorveglianti, acquisita agli atti, risulta che “alle ore 10.15, M. M., giocando in presenza di bambini e degli educatori, è caduto riportando dolori all’addome”. Affidato al padre, è stato condotto dal medesimo in Ospedale, dove, nel pomeriggio, ha avuto luogo l’intervento.

Lamenta oggi l’appellante di non potere condividere l’impugnata decisione: ritenendo che l’azione di responsabilità intentata nei confronti della Ecc.ma Camera, trovi fondamento su una *culpa in vigilando*, contesta che, in favore del danneggiato minore, esista una presunzione *iuris tantum*, per cui la “prova incomba sul danneggiante”.

Lamenta altresì l’appellante attore l’inconsistenza delle motivazioni addotte dall’impugnata decisione nell’affermare che l’attore non ha provato la sua domanda, perché la colpa dell’evento dannoso deriva “dalla condotta dolosa o colposa, posta in essere con condotta commissiva delle insegnanti”, cioè dalla “mancata sorveglianza” delle stesse.

In ogni caso lamenta l’appellante che il fatto avvenuto non può ascrivarsi a caso fortuito, perché è avvenuto durante la ricreazione degli alunni, durante l’esecuzione di un gioco, quindi non per una condotta autonoma del minore. Né può essere riconosciuto alcun fondamento probatorio all’apprezzamento sulla responsabilità, espresso nel rapporto dalla Gendarmeria – “da accertamenti svolti da questa Brigata non sono emerse responsabilità di chicchessia” –, considerato invece rilevante in sentenza.

Viene inoltre precisato dall’appellante, che la s.p.a. Assicurazioni Generali è stata convenuta, in questo grado di giudizio solo per impugnare il capo della condanna alle spese, avendo l’attore appellante aderito alla sua richiesta di estromissione, già in primo grado, con comparsa del 7 ottobre 1993. La s.p.a. Navale Assicurazioni, chiamata in causa in primo grado dall’Ecc.ma Camera, nel giudizio di appello, invece non è stata citata dall’appellante.

Infatti, nel giudizio di appello, riprodotta la citazione da parte dell’attore appellante, la convenuta appellata, Ecc.ma Camera, senza essersi formalmente e regolarmente costituita, ha immediatamente citato, in via incidentale e “contraria”, l’appellante in qualifica, sig. R. M., la s.p.a. Navale Assicurazioni, e la s.p.a. Assicurazioni Generali, per sentire confermare la sentenza 8 gennaio 1996, con cui sono state respinte le richieste del signor R. M., e per sentire riformare la stessa decisione nella parte in cui si dichiara “l’estromissione dal giudizio della s.p.a. Navale Assicurazioni e la condanna dell’Ecc.ma Camera al pagamento delle spese e onorari nei confronti della stessa compagnia assicuratrice”.

Riprodotta la “citazione incidentale e contraria” da parte dell’Ecc.ma Camera, si sono così costituite le due società assicuratrici chiamate in causa, eccependo la loro posizione processuale, come garanti dell’Ecc.ma Camera, che, con successiva comparsa del 13 giugno 1996, ha replicato soltanto alle eccezioni della chiamata in causa s.p.a. Navale Assicurazione.

Così anche l’appellante, sig. R. M., ha chiarito efficacemente la sua posizione processuale, nei confronti di quello che la chiamata in causa, s.p.a. Assicurazioni Generali, ritiene essere il suo intervento *ad adiuvandum*. Contesta infatti l’appellante, che le due società assicuratrici debbano essere presenti in giudizio nei suoi confronti, stante l’obbligazione assicurativa per la soccombenza della Ecc.ma Camera. Ritiene invece necessaria, da parte sua, la citazione in appello della stessa s.p.a. Assicurazioni Generali, per le sole spese a lui accollate dalla impugnata decisione di primo grado.

L’attore appellante, durante il secondo termine probatorio, ha chiesto l’audizione del Comandante della Brigata della Gendarmeria, sull’incidente accaduto al minore M. M., l’8 settembre 1992, per confermare e precisare il tardivo rapporto, redatto in data 4 ottobre 1992, già acquisito agli atti della causa in primo grado. Risulta così che la Gendarmeria è intervenuta, con le sue indagini, soltanto quando “pervenne il referto dell’Ospedale, diversi giorni dopo il fatto”. Il rapporto dunque si limita a riferire le informazioni, sommariamente assunte presso terzi non presenti ai fatti, come il padre del minore. La contestata affermazione – “da accertamenti svolti da questa Brigata non sono emerse responsabilità di chicchessia” –, ha precisato il qualificato testimone, “si riferiva esclusivamente a responsabilità penali e non civili”.

Decorsi inutilmente i successivi termini di prova, è stato aperto il termine ad allegare, durante il quale le parti hanno depositato le memorie. La causa è stata posta *pro servato* e, successivamente, trasmessa per la decisione.

Da tutti gli atti di causa risulta dunque che il minore M. M., di anni sette, durante un soggiorno in un centro estivo per scolari, tenuto presso la Scuola Elementare di Dogana Bassa, era stato affidato in custodia dai genitori alle educatrici in servizio presso la scuola. Durante questo affidamento, il giorno 8 settembre 1992, presumibilmente giocando all’aperto, sotto la sorveglianza delle stesse educatrici, ha subito una lesione, a cagione della quale è stato poi necessario ricorrere ad un intervento chirurgico. Immediatamente dopo la lesione, dalle stesse educatrici, il minore è stato affidato alle cure del padre, che ha provveduto a condurlo in

Ospedale. Le tre educatrici hanno rilasciato alla Direttrice della Scuola Elementare soltanto una laconica dichiarazione, già pedissequamente trascritta. Dagli atti di causa risulta che la Direttrice, il giorno 10 settembre 1992, ha, altrettanto laconicamente, comunicato l'accaduto alle due società assicuratrici, all'Istituto per la Sicurezza Sociale, all'Ufficio Legale, alla Segreteria Generale Amministrativa, al Comando della Gendarmeria. È inesatto dunque riferire che la Gendarmeria sia venuta a conoscenza del fatto attraverso l'Ospedale, diversi giorni dopo: nè il fatto ha avuto iniziative di sorta presso il Tribunale, nonostante la lesione fosse a carico di un minore, in ragione della tutela che a lui compete. In tempi successivi all'incidente, il giorno 18 dello stesso mese di settembre, la medesima Direttrice ha fatto sapere ai procuratori del genitore, che la scuola è assicurata con le due società, oggi costituite parti in causa. Nel rapporto della Gendarmeria, che è del giorno 4 ottobre 1992, viene riferito che il minore M. M. "mentre si trovava in cortile di detto istituto e stava giocando unitamente ai compagni di classe al gioco *ruba bandiera*, nel correre, inciampava e cadeva a terra in malo modo e precisamente con il gomito sinistro contro l'addome, provocandosi la grave lesione".

È stata prodotta negli atti del primo grado la copia della polizza di assicurazioni infortuni n. 4036501 del 22 marzo 1989, sottoscritta dalla Segreteria Generale Amministrativa, per l'Ecc.ma Camera, con la s.p.a. Navale Assicurazioni, con una posteriore "estensione di garanzia", sottoscritta il 17 gennaio 1990. Tra le "condizioni particolari" sottoscritte, la garanzia della s.p.a. Navale Assicurazione è prestata "*per gli infortuni degli stessi [alunni della Scuola Elementare] subiti durante tutte le lezioni ed attività svolgentesi nell'ambito scolastico*, incluse quelle ginnico-sportive e ricreative; sono altresì compresi gli infortuni subiti durante la partecipazione a gite, visite culturali, esercizi fisici, giochi, passeggiate, visite ai musei, mostre ed esposizioni organizzate dall'Istituto medesimo". La garanzia è stata poi estesa anche agli "alunni della Scuola d'Infanzia". Va annotato che, sentiti in primo grado come testimoni la Direttrice della Scuola Elementare, il Responsabile del Servizio Centri Estivi, nonché il Direttore della Segreteria Amministrativa, sulle modalità dell'incidente, che pure doveva risultare subito abbastanza grave, nessuno – neppure la Gendarmeria – ha mai ascoltato il personale addetto alla sorveglianza, costituito dalle tre educatrici in servizio presso la Scuola, neppure in una indagine amministrativa, di cui nessuno ha ravvisato la necessità.

Nelle finali allegazioni in diritto il procuratore dell'attore appellante ha così concluso: "voglia la S.V., in accoglimento delle superiori motivazioni o di ulteriori che riterrà di giustizia, reietta ogni contraria istan-

za, deduzione ed eccezione in totale riforma della sentenza di primo grado condannare la parte appellata al risarcimento: dei danni tutti quantificati in £. 84.077.144 =, aggiornati all'attuale pensione sociale in £. 77.310.708 = con gli interessi legali dalla data del sinistro a quella dell'effettivo soddisfo; delle spese ed onorari di causa di entrambi i gradi come verranno quantificati con richiesta successiva ovvero in via subordinata, stante la particolarità del caso, si accetterebbe anche la compensazione degli stessi".

Il procuratore dell'appellata convenuta, Ecc.ma Camera, ha invece così concluso: "affinché l'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili voglia confermare la Sentenza del Commissario della Legge in data 8 gennaio 1996 nella parte in cui respinge le richieste del signor M. R. e voglia invece riformarla nella parte in cui viene dichiarata la estromissione della Compagnia di Assicurazione Navale e la condanna della Ecc.ma Camera al pagamento delle spese ed onorari nei confronti della stessa Compagnia. Il tutto con vittoria di spese ed onorari di causa".

Il procuratore dell'appellata convenuta, s.p.a. Assicurazioni Generali, ha invece così concluso: "si chiede respingere l'appello proposto in ogni sua parte, confermare la sentenza di primo grado e attribuire a parte appellante gli ulteriori oneri per spese di causa ed onorari di difesa".

Il procuratore della chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, ha così concluso: "si chiede che l'Ecc.mo Giudice delle Appellazioni Civili, accertata la mancanza della legittimazione processuale della appellata in via incidentale, voglia a conferma della sentenza di primo grado, dichiarare la estromissione della Navale Assicurazione s.p.a. Si chiede inoltre condannarsi la parte soccombente al pagamento delle spese ed onorari di causa del procedimento di primo grado già quantificate in £. 5.480.000 =, oltre a quelle del procedimento di secondo grado", analiticamente specificate e così condannarsi alle spese per un totale di £.13.580.000 =.

IN DIRITTO

1) L'impugnata decisione, "in via preliminare", impegna parte della sua motivazione nello stabilire se la convenuta s.p.a. Assicurazioni Generali e la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazione, debbano considerarsi legittimate passivamente in giudizio. Ritiene, infatti, che le eccezioni sollevate, siano due questioni, "le quali assumono rilievo pregiudiziale".

È invece evidente di per sé, che la domanda principale sia quella di accertare se, nei fatti accaduti e contestati, esista, e a quale titolo, la responsabilità della convenuta, oggi appellata, Ecc.ma Camera. Solo allorché venga accertata tale responsabilità, le eccezioni proposte, relative

alla presunta “carenza di legittimazione passiva” delle due assicurazioni, devono essere prese in considerazione.

In difetto di qualsiasi responsabilità da attribuirsi all'Ecc.ma Camera, anche in difetto della contestata *culpa in vigilando*, ignorata dall'impugnata decisione, i principi di economia processuale non avrebbero neppure consentito di occuparsi delle anzidette questioni, sollevate dalla convenuta s.p.a. Assicurazioni Generali, e dalla chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni.

Respinta la responsabilità della convenuta appellata, come erroneamente si pronuncia l'impugnata decisione, le due questioni “pregiudiziali”, avrebbero potuto essere rilevanti per l'attribuzione delle spese, senza dimenticare però tre fatti, processualmente notevoli ai fini della esatta valutazione della soccombenza.

Il primo è che la Direttrice della Scuola, che fuori degli atti di causa, come dipendente dello Stato, rappresenta comunque gli interessi dell'Ecc.ma Camera, ha laconicamente risposto, in forma scritta, all'appellante genitore, di vantare non uno, bensì due contratti di assicurazione. La formale comunicazione, in favore del medesimo attore appellante, padre del minore affidato alla Scuola, accredita così, una *legitima litigandi causa*, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, anche in caso di soccombenza dell'attore appellante nei confronti delle due società.

Il secondo è che, in primo grado, dopo le eccezioni delle due assicurazioni, l'appellante attore, che difende i diritti del minore, si è affrettato a riconoscere, che la sola assicurazione da lui citata in causa – la s.p.a. Assicurazioni Generali – poteva anche essere estromessa dal giudizio.

L'altra è chiamata in causa dalla convenuta Ecc.ma Camera.

2) Il terzo fatto è che, in ragione dell'esercizio della patria potestà sul minore e dei doveri, che ne derivano ai genitori, all'appellante padre incombe, in ogni caso, il dovere di chiamare in causa l'Ecc.ma Camera, proprio per accertare la responsabilità delle persone alle quali il minore stesso è stato affidato.

Deve ricordarsi, che secondo la legge di riforma del diritto di famiglia, cioè la Legge 26 aprile 1986, n. 49, l'esercizio della patria potestà è un *munus publicum*, esercitato nell'interesse dell'ordinamento giuridico sammarinese per la protezione del minore, se è vero quanto prescrive l'art. 86, che “il Commissario della Legge può pronunciare la decadenza della potestà, quando il genitore viola o trascura in modo grave i doveri ad essa inerenti o abusa dei poteri con pregiudizio del figlio”.

Il fondamento giuridico del dovere di chiamare in causa il danneggiante e le sue due garanti, discende, oltrechè dall'allegato art. 86, anche dal primo comma dell'art. 84 della Legge 26 aprile 1986, n. 49, ove è prescritto che "i genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, hanno la rappresentanza del figlio minore e ne amministrano i beni", che, naturalmente, non sono costituiti dai soli beni materiali, ma anche dai beni relativi al *pretium doloris* del minore, come diritto della persona umana, ritenuto anche patrimonialmente rilevante.

Deve così essere considerato che la lesione subita, ha comunque leso i diritti nel minore. E i diritti del minore devono essere necessariamente tutelati dall'ordinamento sammarinese, anche senza dovere citare, a fondamento dell'esercizio della loro tutela, l'inviolabilità dei diritti umani, garantiti dall'art. 5 della Legge 8 luglio 1974, n. 59, nonchè dall'art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia, cui ha aderito l'ordinamento stesso.

Ne discende dunque che, il punto delle spese processuali, che deriva dal rapporto tra la responsabile patrimoniale dell'Ecc.ma Camera e le sue assicurazioni, in una vicenda, che vede vittima un minore di una lesione, è proprio l'ultima questione da considerare, perché non è né pregiudiziale, né tanto meno preliminare al merito di causa.

3) Contraddicendo l'impugnata decisione, si devono accogliere le censure sollevate dall'appellante, e ritenere che l'Ecc.ma Camera è sicuramente responsabile civilmente per la lesione riportata dal minore M. M., affidato dai genitori alla Scuola Elementare di Dogana Bassa presso il Centro Estivo ivi istituzionalmente istituito, ove hanno prestato la loro attività le tre educatrici, addette alla sorveglianza e custodia del minore stesso.

La responsabilità, per la quale l'Ecc.ma Camera è chiamata a rispondere, è sicuramente a titolo di colpa, non avendo le suddette educatrici, scelte dalla Scuola, sorvegliato e custodito il minore affidatogli con la dovuta diligenza, richiesta nell'esercizio del loro pubblico ufficio.

Anzi, considerata l'ora del mattino, avendo le stesse educatrici organizzato un gioco, ancorché a fini didattici – anche se in realtà il gioco poteva non avere specifiche funzioni educative, ma solo semplici finalità di intrattenimento dei bambini loro affidati –, la loro sorveglianza e custodia doveva essere ancora più solerte. Il verificarsi dell'evento dannoso, durante una competizione, per la partecipazione al gioco del minore, era certamente prevedibile, secondo i criteri normalmente prescritti da una ordinaria diligenza di un padre di famiglia.

Eccepisce con ragione l'appellante, che la responsabilità patrimoniale dell'Ecc.ma Camera trova valido fondamento nella *culpa in vigilando*, da attribuirsi in definitiva alle tre educatrici. Esse sono chiamate dalla Scuola Elementare a svolgere funzioni di sorveglianza e di custodia dei minori presso le attività, che la medesima Scuola Elementare di Dogana Bassa svolge durante i Corsi Estivi, regolarmente organizzati e facenti capo istituzionalmente alla stessa Scuola.

Compete dunque al danneggiato appellante di dover dare la prova di un'unica circostanza di fatto, che è quella di avere subito il danno, circostanza sulla quale agli atti è acquisito un impianto probatorio non trascurabile e pertanto più che sufficiente.

Compete invece alla responsabile civile del danno, Ecc.ma Camera, offrire la prova o di non avere cagionato il danno, o di avere fatto tutto il possibile per evitarlo, dovendo attribuire l'evento dannoso o a forza maggiore o a caso fortuito. In questa ultima ipotesi, si dovrà esaminare se non si debba chiamare a rispondere del danno proprio la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, perché la convenuta, Ecc.ma Camera, come risulta dagli atti, ha stipulato con la medesima società un contratto di assicurazione per infortuni.

A tal fine va subito precisato che, a norma del secondo comma dell'art. 13 di polizza, "è considerato infortunio l'evento dovuto a causa fortuita, violenta ed esterna, che produca lesioni corporali obiettivamente constatabili le quali abbiano per conseguenza la morte, una invalidità permanente od una inabilità temporanea".

4) Il diritto comune, nel definire la colpa del sorvegliante o custode, non conosce e non usa le categorie della *culpa in vigilando*, e della *culpa in eligendo*, ai quali si riferisce espressamente l'appellante nella sua lagnanza. Questi sono principi individuati e diffusi invece nella trattatistica del secolo scorso: "è dunque una presunzione di colpa, che sta a fondamento della responsabilità civile nei casi di cui parliamo. Presunzione [...] che i padroni e i committenti non abbiano usato le cure necessarie [...] per impedire il fatto dannoso (*culpa in vigilando*) o, ad ogni modo, per scegliere domestici e commessi negli atti all'esercizio delle loro incombenze (*culpa in eligendo*) [...]. Onde la responsabilità non ha luogo allorché i genitori, i tutori, i precettori e gli artigiani, [è] provino di non avere potuto impedire il fatto di cui dovrebbero essere responsabili" (cfr. L. RAMPONI, *Teoria generale delle presunzioni*, Bologna 1890, pp. 112-113). Altri autori, sempre sulla responsabilità per colpa, accentuano la rilevanza giuridica della diligenza, ritengono che "una forma particola-

re della diligenza s'ha nella custodia, *diligentia in custodiendo*: mancandovi (*culpa in custodiendo*) si è responsabili delle conseguenze” (cfr. K. L. ARNDTS, *Le pandette*, annotate da F. Serafini, volume primo, parte prima, Bologna 1882, p. 309).

Il diritto comune invece conosce in forme assai dettagliate, la responsabilità dei custodi, cioè di coloro sui quali, in ragione del diritto pubblico, o per private convenzioni, incombe l'obbligo di custodire un bene ovvero una persona, ovvero, come nel caso del minore, un bene, come l'integrità fisica, che appartiene ad una persona.

La responsabilità della Scuola Elementare dapprima e poi delle educatrici, naturalmente, consiste in un dovere di vigilanza, che non è assoluto, ma sicuramente relativo, cioè inversamente proporzionale alla maturità dei vigilati. Dovere della Scuola, come istituzionale organizzazione di pubblici servizi, garantiti dall'ordinamento sammarinese, è però di scegliere delle educatrici, che siano in grado di garantire la migliore custodia e sorveglianza dei minori loro affidati.

Deve poi essere decisamente contraddetta l'affermazione che “per il sorgere della presunzione di responsabilità del datore di lavoro per *culpa in vigilando*” – come afferma l'impugnata decisione – debba essere data “la prova della responsabilità del dipendente”, vanificando così ogni principio relativo alla responsabilità per custodia dal diritto comune, che, nell'ordinamento sammarinese, è diritto vigente.

Senza voler ricorrere subito alla *culpa in eligendo*, in proposito si deve osservare che la custodia del minore, con i doveri di sorveglianza che ne derivano, non è immediatamente affidata dai genitori alle educatrici, bensì alla Scuola Elementare, presso la quale i Corsi Estivi sono stati istituzionalmente organizzati e si svolgono, con tutte le conseguenze del caso in tema di responsabilità civile.

Per restare però nei termini della responsabilità, derivante per successiva evoluzione dottrinariala dalla custodia, quale è pervenuta dal sistema del diritto comune, semmai, detta responsabilità discende sempre dal dovere di custodia, anche se oggi si può articolare con migliore approssimazione, come si è detto, anche nella *culpa in eligendo*.

Deve infatti considerarsi che la Scuola, come organizzazione istituzionale di pubblici servizi, ha delegato compiti di custodia e sorveglianza alle educatrici, per cui, a fondamento giuridico della responsabilità, si colloca sempre una sua presunzione di colpa.

5) La decisione, allegata in primo grado – per cui “anche secondo il diritto comune i padroni ed i committenti restano obbligati per danni

arrecati dal fatto illecito dei loro dipendenti, qualora sia commesso nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti", onde è che la presunzione che ne discende, non è *iuris et de iure*, ma solo *iuris tantum* (cfr. Sentenza del Commissario della legge del 25 aprile 1964 nella causa n. 290 dell'anno 1961, in "Giurisprudenza Sammarinese", 1964-1969, p. 236) –, non consente di affermare che, per far sorgere una presunzione di responsabilità del datore di lavoro, si debba prima dimostrare la responsabilità del dipendente, perché i due soggetti, nell'organizzazione di una istituzione cui entrambi partecipano, condividono le stesse finalità e responsabilità di custodire e sorvegliare il minore.

Basterà soltanto osservare che una tale conclusione non tiene in nessun conto la responsabilità solidale che, almeno nel caso in questione, per la mancata custodia, lega irrimediabilmente l'Ecc.ma Camera e le sue educatrici, ancorché queste non siano state chiamate in causa.

In ogni caso, in ragione della chiamata in causa della s.p.a. Navale Assicurazione, in primo grado, si sarebbe dovuto accertare se l'Ecc.ma Camera non abbia contratto assicurazione anche nei confronti di questo evento, della cui responsabilità si debba fare carico soltanto ai terzi, nel caso proprio alle educatrici.

La locale giurisprudenza ha accennato alla *culpa in vigilando*, e ne ha ricercato la giustificazione per una sua vigenza anche nell'ordinamento sammarinese, attraverso quella fonte sussidiaria rappresentata dall'elaborazione dottrinarica, sviluppata dal diritto comune (cfr. la sentenza del Commissario della Legge dell'11 giugno 1992 nella causa civile n. 190 dell'anno 1990 e la sentenza del Commissario della Legge del 21 dicembre 1994 nella causa civile n. 263 dell'anno 1990), secondo il precetto, derivante dal § 18 della rubrica tredicesima e il § 30 della rubrica trentunesima del libro primo, nonché, per questo grado di appello, dal § 144 della rubrica sesta del libro secondo delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

Si può dunque fin da ora affermare che, secondo la più accreditata dottrina, elaborata dal diritto comune, nella responsabilità per custodia, che per meglio intenderci le moderne legislazioni conoscono come *culpa in vigilando* e come *culpa in eligendo*, la presunzione di colpa è sempre *iuris tantum*, ammettendo la prova contraria, posta a carico della parte tenuta alla sorveglianza e alla custodia, di non avere potuto impedire il fatto di cui i custodi e i sorveglianti dovrebbero essere responsabili.

Ma una tale prova non è stata affatto fornita, nè dalla convenuta appellata, Ecc.ma Camera, nè dalla intervenuta *ad adiuvandum*, s.p.a. Assicurazioni Generali, nè, tanto meno, dalla chiamata in causa, s.p.a. Navale

Assicurazioni. Queste due ultime parti in causa, per dichiarazione espressa acquisita agli atti – la risposta della Direttrice della Scuola –, attribuibile istituzionalmente all'Ecc.ma Camera, anche rispetto al terzo danneggiato, sono contrattualmente chiamate a manlevare l'attrice appellata, proprio in forza della presunzione, derivante dalla responsabilità per custodia, per la quale si procede.

Contraddicendo e riformando sul punto l'impugnata decisione, si ritiene che le due società assicuratrici siano parti legittimate passivamente a stare in giudizio, come normalmente possono essere chiamati a stare in giudizio tutti coloro, che hanno prestato garanzia di assicurazione al danneggiante, quando il danneggiante stesso opponga al danneggiato tale sua situazione contrattuale. Sono legittimati passivamente a stare in giudizio, perché chiamati, come proprio nel caso della chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, a rispondere patrimonialmente anche della responsabilità per fatto altrui e anche del danno arrecato per caso fortuito. Infatti il contratto sottoscritto è da interpretare nel senso che assicura l'Ecc.ma Camera, per gli infortuni derivanti o derivati da tutte le attività organizzate o poste in essere dalla Scuola.

6) Premessi, per chiarezza soltanto riassuntiva, questi accertamenti conclusivi della presente pronuncia d'appello, esaminiamo ora i principi relativi alla responsabilità dei custodi nel diritto comune, fonte sussidiaria del diritto sammarinese, onde motivare in maniera analitica e argomentativa le riforme all'impugnata decisione, accogliendo totalmente l'appello proposto dalla parte attrice.

Procedendo dalle più elementari nozioni di *culpa*, quali sono accolte dagli autori, che, recependo principalmente le *opiniones communes*, manifestano palesi intenzioni divulgative, si dovrà affermare che “culpa tam omissionis, quam commissionis regulariter non praesumitur, sed alleganda, et probanda est in specie, nisi essemus in his, quae non solent contingere sine culpa, ut incendium, furtum, et similia, vel nisi ex qualitate facti culpa praesumatur, vel simus in eo, qui ratione officii tenetur ad custodiam” – “di regola non si presume la colpa, tanto nell'omettere come nel commettere una azione, ma [essa] deve specificatamente essere allegata e probata, se non siamo in quelle situazioni, le quali non sono solite avvenire senza colpa, come l'incendio, il furto e simili, ovvero si presuma la colpa per la qualità del fatto, oppure *siamo in quella situazione, che si è tenuti alla custodia in ragione dell'ufficio svolto*” (cfr. M. A. SABELLI, *Summa diversorum tractatum*, tomus primus, § Culpa, ed. Venetiis 1692, p. 396, nu. 8).

Si riassumono qui i principi generali sul tema della responsabilità civile per colpa, enunciando anche l'eccezione della responsabilità per custodia, nozioni che presso altri autori sono affermate in modo meno perentorio, ma con contenuto sostanzialmente identico, argomentando dal principio generale per cui è necessario che "*allegans culpam debeat eam probare sive loquamur in committendo, sive omittendo*" – "chi allega la colpa la debba provare, sia se discutiamo intorno al commettere una azione, sia all'averla ommessa" (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 78, ed. Augustae Taurinorum 1624, p. 77ra, nu. 31).

Così, sempre restando in tema di principi generali, ma allo scopo di chiarire definitivamente il concetto di responsabilità per colpa, derivante da un comportamento omissivo – cioè, nel caso in esame, per non avere svolto, sia la Scuola sia le Educatrici, una effettiva ed efficace sorveglianza derivante dai doveri di custodia –, dovremo allegare che "*culpa autem in omittendo est non facere, quod fieri debet, vel quod fieri consuetum est, aut quod alii fecissent, et e contra culpa in committendo est facere, quod fieri non debet, vel fieri consuetum non est, ut alii non fecissent*" – "la colpa che si realizza con una omissione consiste nel non fare, ciò che deve essere fatto, o ciò che è solito che venga fatto, o che altri avrebbero fatto, e, al contrario, la colpa, che si realizza commettendo, consiste nel fare, ciò che non deve essere fatto, o che di solito non viene fatto, che altri non avessero fatto" (cfr. P. PACIONUS, *Tractatus de locatione et conductione*, cap. vigesimo nono, ed. Venetiis 1721, p.165, nu. 55).

Procedendo ulteriormente nell'esame della responsabilità per colpa, la stessa dottrina avverte che "*qui ad custodiam tenetur, vel publici, vel privati officii ratione, non sufficit ei probare interitum, nisi et casum fortuitum probet*" – "colui che è tenuto alla custodia, o per ragioni di un ufficio pubblico o privato, per lui non è sufficiente dar prova dell'evento, se non provi anche il caso fortuito" (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 266, ed. Augustae Taurinorum 1624, p. 166vb, nu. 2) ovvero che "*custos, qui ratione officii publici, vel privati ad custodiam tenetur, probare debet rei interitum, et casum fortuitum*" – "il custode, che è tenuto all'esercizio della custodia, in ragione di un ufficio pubblico o privato, deve provare l'evento e il caso fortuito" (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 470, ed. Augustae Taurinorum, 1624, p. 287va, nu. 1).

Più chiaramente la dottrina enuncia il principio generale, che la "*cul-*

pa non probata absolvendus est ille, qui ratione officii non tenebatur custodire [...] quia in tali casu preasumitur culpa custodiens id evenisse [...] et ideo habenti et custodienti incumbere onus probandi casum sine culpa” – “per colpa non provata si deve assolvere colui, che non era tenuto alla custodia in ragione dell’ufficio [...], perché in questo caso si presume che risulti la colpa di colui che custodisce [...] e perciò a colui che ha e che custodisce incombe l’onere della prova, che il caso sia senza colpa” (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, conclusio 88, ed. Augustae Taurinorum 1624, p. 84rb, nu. 11-14).

Premesso ancora che “*culpam non praesumi, sed probari debere per illum qui eam allegat*” – “non si presume la colpa, ma che deve essere provata da colui che la allega”, si perviene alle già enunciate conclusioni, che “*custos rei praesumitur esse in culpa, et ei incumbit onus probandi*” – “il custode del bene si presume che sia in colpa, e su di lui incombe l’onere della prova” (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, conclusio 468, ed. Augustae Taurinorum, 1624, p. 285va nu. 1 e p. 286ra, nu. 16) e che comunque “*custos etiam de levissima culpa tenetur, et de ea puniri debet*” – “il custode è tenuto anche per la colpa lievissima, e di quella deve essere ritenuto responsabile” (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, conclusio 470, ed. Augustae Taurinorum, 1624, p. 287ra, nu. 3).

La conclusione risultante dall’esame delle fonti, contrariamente a quanto afferma l’impugnata decisione, è che la colpa, nella responsabilità dei custodi e dei sorveglianti, si presume sempre, come fondatamente ha lamentato l’attore appellante. E sul punto devoluto in appello l’impugnata decisione deve essere totalmente riformata.

7) Sulla prevedibilità del comportamento del minore affidato, che il sorvegliante, ovvero custode, deve sempre tenere in considerazione, in diritto comune si afferma che “*nec culpa patris familias conductoris ascribetur, quod retinuit domo pueros et senes, ac diversae aetatis homines et mulieres, quia hoc consuetum est penes quoslibet etiam diligentes, [...] licet possit etiam dari culpa sufficiens arbitrio iudicis in reliquendo adolescentes non diligentes ubi versatur periculum*” – “nè il padre di famiglia è responsabile di colpa, perché trattene in casa i bambini e i vecchi, e gli uomini e le donne di età diversa, perché ciò è solito anche con quelle persone che sono diligenti [...], quantunque, a valutazione discrezionale del giudice, possa anche essere data la colpa sufficiente per avere lasciato adole-

scenti non diligenti dove esiste un pericolo” (cfr. P. PACIONUS, *Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p.169, nu.27-28).

È così più che evidente in diritto comune, che la prevedibilità dell’evento, alla quale deve attenersi, chi esercita *ex officio* la custodia – la Scuola e le Educatrici scolastiche – è da accertarsi discrezionalmente in relazione all’oggetto della custodia medesima. Ne discende dunque il precetto che dei bambini, che partecipano ad una competizione, ad un gioco all’aperto, debbano essere adeguatamente sorvegliati.

Ritornando ai principi generali, in tema di responsabilità si deve ricordare, come sia prescritto che “*culpam praesumitur abfuisse, quando quis fecit illud, quod diligens paterfamilias faceret*” – “si presume che sia assente la colpa, quando qualcuno fece qualcosa che avrebbe fatto il diligente padre di famiglia” (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, conclusio 468, ed. Augustae Taurinorum, 1624, p. 286ra, nu. 23). Resta fermo però che da parte del custode deve comunque esserne data prova di una tale comportamento diligente, stabilita la presunzione di colpa, che incombe sul custode stesso, cioè la presunzione di colpa, che incombe sulla Scuola Elementare e sulle sue Educatrici.

Ma, nel caso in questione, la parte convenuta, Ecc.ma Camera, nonchè la parte costituitasi *ad adiuvandum*, s.p.a. Assicurazioni Generali, e infine la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, preoccupati di affermare la loro carenza di legittimazione passiva, non hanno offerto nessuna prova della diligenza usata nell’esercizio della sorveglianza e custodia del minore, alla quale erano tenute per legge la Scuola e le sue Educatrici.

Nessuna delle dette parti ha dato la prova che le tre Educatrici fossero state presenti al momento del fatto, perché non basta, ai fini processuali civili, nè la loro unilaterale dichiarazione, che semmai fa prova contro di loro e non a loro favore, nè le dichiarazioni della Direttrice, che potrebbe essere anche parte in causa.

Il rapporto della Gendarmeria, poi, sarà anche stato ritenuto sufficiente dal competente Magistrato per non attribuire responsabilità penali dei danni cagionati ad un minore avuto in custodia, ma non è prova di un qualche minimo valore nel processo civile, neppure come semplice, informale ricognizione dell’accaduto. È poi da ritenere testimonianza tardiva, rispetto all’evento dannoso, che non indica i nomi dei testimoni, dai quali conosce direttamente i fatti, se non quello del genitore, che, però, nel processo civile, è soltanto una testimonianza *de auditu alieno*, non *de*

visu, peraltro irritualmente raccolta (cfr. sentenza del Commissario della Legge del 2 febbraio 1994 nella causa civile n. 343 dell'anno 1990 e sentenza del Commissario della Legge nella causa civile del 13 aprile 1994 n. 215 dell'anno 1991).

Se poi vogliamo esaminare la responsabilità per custodia, derivante da un rapporto contrattuale, sarà opportuno allegare, non solo esemplificativamente, quanto in diritto comune si ritiene sul dovere di custodia nel contratto di locazione che, nel diritto sammarinese, oggi, è la figura giuridica, lo schema contrattuale, che obbliga sia la Scuola Elementare, sia le sue Educatrici alla sorveglianza e alla custodia. Il passo riassume, senza necessità di commento tutta la questione, al punto tale da consentire di ritenere che, quanto finora riferito da altri autori, sia da considerare in diritto comune *opinio communis*, alla quale come diritto vigente ci si deve attenere quasi di necessità (sentenza del Commissario della legge del 25 marzo 1933 nella causa n. 125 dell'anno 1930, in "Giurisprudenza Sammarinese", 1933 e 1934, p. 24).

Si ritiene infatti che "*conductor non tenetur nisi ad damna culpa sua causata, videbatur ad dicendum locatori praetendenti damnorum refectio-nem incumbere onus probandi culpam conductoris, cum culpa non praesu-matur, sed ad allagante probari debeat [...]. Verum quia conductor tenetur rem custodire, ne damnificetur, ut dictum est supra, eo ipso quod locator probat eam esse damnificatam habet intentionis satis fundatam, quod conductor illam non custodierit, itaut aliud probare nequeat [...]. At haec conclusio modificanda est ut procedat, quatenus non appareat damna provenire a casu, qui potest sine culpa, evenire, tunc enim non valet consequentia, res est damnificata ergo conductor fuit in culpa*" – "poi il conduttore non era tenuto se non ai danni cagionati dalla sua colpa, sembrava incombere al locatore, per riconoscere il risarcimento dei danni, l'onere della prova della colpa del conduttore, perché la colpa non viene presunta, ma deve essere provata da colui che la allega [...]. È vero però che il conduttore è tenuto alla custodia del bene, affinché non si producano danni, come è stato già detto; per lo stesso fatto che il locatore prova che il bene è stato danneggiato, vanta una domanda sufficientemente fondata, che il conduttore non l'avesse custodita, cosicché può non dare prova [...]. Ma questa conclusione deve essere modificata, affinché non abbia luogo, finché non appaia che il danno è dovuto a caso, che può avvenire senza colpa. Allora non vale la conseguenza che il bene è stato danneggiato, dunque il conduttore è incorso nella responsabilità per colpa" (cfr. P. PACIONUS, *Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 166, nu. 64-66).

È questa un'ulteriore fonte per individuare il regime della responsabilità per custodia nell'ordinamento sammarinese e, conseguentemente, dichiarata la responsabilità dell'Ecc.ma Camera, riformare l'impugnata decisione.

8) Eccepisce la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, di non essere passivamente legittimata a stare in giudizio, perché la polizza “non comprende la copertura assicurativa per gli *infortuni avvenuti al di fuori del normale ambito scolastico*”.

In particolare la suddetta parte eccepisce che i Centri Estivi, organizzati presso la Scuola Elementare di Dogana Bassa, non possano rientrare “nella normale attività scolastica in quanto all'interno degli stessi si svolgono prevalentemente attività di carattere ricreativo”. Pertanto non deriverebbe alla stessa chiamata in causa alcun obbligo, perché il corpo insegnante non coincide con quello della “scuola ordinaria”. Detti centri costituirebbero una attività autonoma, esercitata presso la Scuola Elementare. Inoltre viene eccepito che i dirigenti sapevano che la polizza infortuni non garantiva gli eventi avvenuti presso questi centri.

Si associa poi alle eccezioni già manifestate dalla convenuta s.p.a. Generali Assicurazioni, sul “carattere di accidentalità” dell'evento che ha prodotto il danno al minore, eccependo – anche da parte sua senza fornire alcuna valida prova, come già si è accertato – che si deve escludere “la responsabilità di quanti erano addetti alla sorveglianza degli scolari, sia di quanti erano preposti alla funzionalità delle strutture e delle attrezzature”.

In proposito va affermato, che non sono di nessun rilievo probatorio, nei confronti del minore, le affermazioni della Direttrice, che presiede ad una organizzazione, che patrimonialmente fa capo alla convenuta Ecc.ma Camera. La Direttrice della Scuola Elementare, che, secondo gli atti di causa, non ha disposto neppure una indagine amministrativa sul caso in questione, riveste addirittura gli estremi di parte in causa, sempre per la già allegata responsabilità per custodia, – e non sarà fuori luogo ripeterlo –.

Stabilito pertanto a quale titolo l'Ecc.ma Camera è chiamata a rispondere del danno provocato al minore – cioè per responsabilità per custodia –, già in primo grado doveva essere immediatamente respinta con fermezza la conclusione della chiamata in causa per cui “la copertura operativa” avrebbe avuto qualche conseguenza, giuridicamente rilevante, “solo nel caso in cui il danno sia derivato da una precisa responsabilità delle

persone preposte alla manutenzione delle strutture od *alla sorveglianza degli alunni*".

Convorrà pertanto, anche in questo punto, contestato puntualmente nell'appello incidentale dalla Ecc.ma Camera alla sua garante, s.p.a. Navale Assicurazioni, procedere con ordine.

9) L'atto dell'Ecc.ma Camera non è una "citazione incidentale e contraria" nei confronti dell'attore appellante, ma solo un appello incidentale, perché "secondo il diritto sammarinese non è necessario che l'appellato proponga regolare appello principale o incidentale per chiedere la riforma della sentenza di primo grado nelle parti che gli sono contrarie" (cfr. Sentenza del Giudice delle Appellazioni del 24 agosto 1938, nella causa n. 223 dell'anno 1933, in "Giurisprudenza Sammarinese", 1963, p. 24).

Non è infatti ben chiaro cosa sia processualmente una "citazione contraria" proposta da una convenuta in un processo di appello, già formalmente esercitato dall'attore soccombente in primo grado.

L'Ecc.ma Camera, sostanzialmente assolta dal giudizio in primo grado, non ha alcun interesse nei confronti dell'appellante attore, sig. R. M., a proporre un appello autonomo, perché non può formulare una domanda più ampia di quanto il giudizio di primo grado gli ha già riconosciuto: "secondo il diritto comune (in base alla legge 29, Cod. '*De appellationibus*', 7, 62 e 10 Cod. '*Quando provocare non est necesse*', 7, 64) non è necessario che l'appellato appelli *si quid iudicatis opponere maluerit*" (cfr. sentenza del Giudice delle Appellazioni del 15 aprile 1914 nella causa n. 24 dell'anno 1912, in "Giurisprudenza Sammarinese", 1911-1920, p. 21).

Può invece, subordinatamente alla sua condanna, chiedere che sia dichiarata la sua responsabilità civile garantita dalla polizza, sottoscritta con la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, e domandare che la medesima si condannata a manlevarla dal risarcimento del danno nei confronti del minore danneggiato.

Resta quindi da esaminare la convenzione intercorsa tra le parti Ecc.ma Camera e s.p.a. Navale Assicurazione e specificatamente la clausola, già segnalata, per cui la garanzia è stata stipulata "*per gli infortuni degli stessi [alunni della Scuola Elementare] subiti durante tutte le lezioni ed attività svolgentesi nell'ambito scolastico*".

Sul punto l'impugnata decisione ritiene che, procedendo all'interpretazione del contratto, ovvero dalla polizza di assicurazione, non è possibile ritenere che le intervenute convenzioni coprano con garanzia gli infor-

tuni incorsi agli alunni durante l'attività, che la stessa Scuola Elementare pone in essere durante i Corsi Estivi.

Esiste in atti una documentazione dalla quale risulta che, l'Ecc.ma Camera e la chiamata in causa, hanno già discusso tra loro sulla operatività della polizza nei riguardi della Scuola Elementare che organizza i Corsi Estivi per i suoi scolari. Con raccomandata del 16 febbraio 1994, la suddetta polizza è stata disdettata dalla chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, proprio per tutelarsi nei confronti di una possibile estensione ai suddetti corsi – “consideriamo la polizza disdettata dalla prossima scadenza annuale 30 settembre 1993, non essendo nostra intenzione estendere la garanzia ai Centri Estivi” (doc. n. 8). Va però osservato che, contrariamente a quanto ritiene l'impugnata decisione, la nota della Segreteria Generale Amministrativa del 20 giugno 1991, non riconosce nè ha mai riconosciuto la inoperatività della polizza, ma richiede soltanto una ricognizione sul suo oggetto rispetto ai Corsi Estivi organizzati dalla Scuola Elementare (doc. n. 3).

10) Sull'interpretazione del contratto di polizza e sulla validità della trascritta clausola, in generale, è opportuno osservare che la impugnata decisione allega il luogo D. 50.16.219 – “*in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*” – “nelle convenzioni dei contraenti è fermo che guardisi all'intenzione piuttosto che alle parole”.

Il più tardo, ma anche più evoluto diritto comune, sul significato proprio del luogo giustineo, allegato nell'impugnata decisione, ritiene che “se i termini di una convenzione sembrano contrari all'intenzione dei contraenti, per altro evidente, bisogna seguire questa intenzione piuttosto che i termini” (cfr. J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, tomo primo, libro preliminare, titolo primo, sezione seconda: dei principi che seguono dalla natura delle convenzioni; e delle regole per interpretarle, ed. Venezia 1793, p. 225, nu. 13 e n. 3).

Il principio allegato dall'impugnata decisione è sicuramente pertinente anche se, poichè si disputa della ambiguità di una clausola contrattuale, sembra invece assai più opportuno richiamare i principi, enunciati a D. 45.1.80 – “*quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit*” – “quando nelle stipulazioni la dettatura è ambigua, il partito migliore è quello di pigliarla in modo che il soggetto intorno alla quale si controverte, rimanga al sicuro”, oppure quello enunciato a D. 50.17.67 – “*quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiat, quae rei gerendae aptior est*” – “quando la medesima frase esprime due sentimenti, accettasi piuttosto

quella che più si adatta al caso in disputaione” (per la traduzione cfr. *Scelta di leggi di Giovanni Domat*, in Venezia 1854, p. 743).

Afferma in proposito la stessa dottrina che “se i termini d’una convenzione hanno un doppio senso, bisogna prender quello ch’è più conforme all’intenzione comune dei contraenti, e che sia più relativo al soggetto della convenzione” (cfr. J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, tomo primo, libro preliminare, titolo primo, sezione seconda: dei principi che seguono dalla natura delle convenzioni, e delle regole per interpretarle, ed. Venezia 1793, p. 225, nu. 14 e n. 4). In altre parole se, perdurando il dubbio sul linguaggio, con cui è stata manifestata la volontà, deve accettarsi il significato secondo cui il contratto può sussistere, o che risponde meglio alla sua natura di contratto di assicurazione per infortuni.

Così, per allegare la continuità di una tale concezione dell’interpretazione dei contratti, il più risalente diritto comune ha ritenuto che “*large fiat interpretatio in preiudicium concedentis*” – “l’interpretazione deve essere fatta in modo largo, in pregiudizio di colui che concede” (cfr. *Decisiones novae, antiquae et antiquiores dominorum de Rota*, ed. Venetiis 1585, f. 407ra, nu. 7). Ovvero, considerando un altro autore, che ricorrendo nell’interpretazione dei contratti alla disciplina prevista dallo schema del contratto nominato più simile al contratto da interpretarsi, “*in contractibus stricta sumitur interpretatio [...], quia contractus nominati sunt potentiores et fortiores [...] verba contractus debent sumi in potentiori significatione*” – “nei contratti si assume una stretta interpretazione [ma], perché i contratti nominati sono più potenti e più forti, [...] le parole del contratto devono essere intese nel significato più esteso” (cfr. J. MENCHIUS, *De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria*, liber tertius, praes. 39, ed. Venetiis 1597, f. 355, nu. 7).

Il contratto di assicurazione, neppure in diritto comune, poi non è un negozio unilaterale, ovvero una semplice obbligazione, nella quale, sempre in diritto comune, si sarebbe dovuto necessariamente preferire l’interpretazione più mite, ovvero quella che meno aggrava l’obbligato: “le oscurità e le incertezze delle clausole che obbligano, s’intendono in favore di colui che è obbligato, e conviene restringere l’obbligazione al senso che la diminuisce” (cfr. J. DOMAT, *Le leggi civili nel lor ordine naturale*, tomo primo, libro preliminare, titolo primo, sezione seconda: dei principi che seguono dalla natura delle convenzioni, e delle regole per interpretarle, ed. Venezia 1793, pp. 225-226, nu. 15 e n. 1). Si allega a fondamento di questa dottrina il luogo a D. 44.7.47: “*Arrianus ait multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur an aliquis liberetur: ubi de obli-*

gando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem, ad negandum: ubi de liberando, ex diverso, ut facilius sis, ad liberationem” – “Arriano dice, molto d’uopo importa che tu domandi se uno venga obbligato o se uno venga liberato. Quando si tratti di obbligamento, esser dobbiamo più propensi ove abbiamo l’occasione di negare: e all’opposto quando si tratti di liberamento, cioè essere più facili a liberare” (per la traduzione cfr. *Scelta di leggi di Giovanni Domat*, in Venezia 1854, p.735). La conclusione comunque, valida nei negozi unilaterali e nelle singole obbligazioni, deve però tener conto di un altro principio, enunciato a D. 45.1.38.18 per cui “*in stipulationibus cum quaeritur, cum actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*” – “quando si discute nelle stipulazioni, quanto è stato fatto, le parole devono interpretarsi contro colui che stipula”.

Ma, tralasciando le ipotesi relative a singole obbligazioni, essendo prescritto di dover ricorrere allo schema precettivo del contratto di assicurazione, che nell’ordinamento sammarinese è un contratto nominato, cioè un contratto che ha *nomen iuris*, allora si deve ritenere che da parte della chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazione, è stata assicurata tutta l’attività istituzionale della Scuola Elementare, anche i Corsi Estivi, ivi organizzati.

Sempre in tema di interpretazione dei contratti si aggiunge poi anche un altro argomento che, in diritto comune, deriva da una sicura *regula iuris*, che prescrive come, quando in un contratto esista una causa di lucro, debba sempre preferirsi quella parte, la cui causa di lucro è più risalente nel tempo, cioè si è oggettivamente manifestata per prima nel chiederne l’adempimento: prescrive infatti il luogo a D. 50.17.98 “*quotiens utriusque causa lucri ratio vertitur, is praeferendus est, cuius in lucrum causa tempore procedit*” – “quando nella causa si dall’una e si dall’altra havvi motivo di lucro, è da preferire quegli la cui causa nel lucro è anteriore di tempo” (per la traduzione cfr. *Scelta di leggi di Giovanni Domat*, in Venezia 1854, p. 886).

Applicando dunque la regola anzidetta è infatti da considerare che sia la convenuta, Ecc.ma Camera, sia la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazione, nell’interpretare il contratto in questione, tengono presente soltanto gli aspetti lucrativi che derivano da una soluzione, piuttosto che dall’altra. Ma poichè il realizzarsi del danno, dal quale si chiede di essere garantiti e sollevati, è sicuramente anteriore all’eccezione della chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, circa il significato della clausola, l’applicazione stretta della *regula iuris* porta ad accogliere l’interpretazione che la contestata espressione della polizza copra tutta l’attività istitu-

zionale della Scuola Elementare, cioè anche l'organizzazione dei Corsi Estivi.

11) Il danno subito deve essere liquidato con i consueti criteri accolti dalla locale e ormai costante giurisprudenza, calcolando il triplo della pensione sociale, moltiplicato per il coefficiente relativo all'età e moltiplicandolo a sua volta per l'invalidità permanente derivata: £. 611.275 (pensione sociale) per 3 è uguale a £. 23.839.725.

Considerato poi che relativamente all'età di anni sette e mesi sei il coefficiente del danneggiato è di 20,048 e che l'invalidità permanente relativa al danno biologico è del 13%, secondo le risultanze peritali *ex adverso* non contestate, la somma risultante è di £. 62.132.044.

Il danno biologico da invalidità temporanea totale si ricava invece moltiplicando l'ammontare della pensione sociale per 3,30, e dividendola per i giorni e ammonta a £. 2.445.089.

Si può poi accedere alla richiesta dell'appellante di liquidare equitativamente la somma di £. 19.500.000 = per il danno morale e alla vita di relazione. Complessivamente dunque la richiesta della parte appellante di liquidare il danno subito in £. 84.077.144 = è congrua e giustificata: pertanto deve essere accolta.

12) L'attore appellante, nel giudizio di appello, ha chiamato in giudizio la intervenuta *ad adiuvandum* s.p.a. Assicurazioni Generali, soltanto per le spese relative alla sua soccombenza in primo grado. Dovendosi riformare la sentenza e dovendosi riconoscere all'Ecc.ma Camera la responsabilità per colpa, derivante dall'obbligo di custodia del minore, nella lesione provocata al medesimo, si ritiene che per quanto riguarda l'appellante attore, sig. R. M., la costituita *ad adiuvandum*, s.p.a. Assicurazioni Generali è soccombente e pertanto responsabile delle spese del giudizio di primo grado e del presente grado di appello.

13) Dovendosi poi necessariamente considerare gli effetti dell'appello incidentale, è opportuno comunque dichiarare che la soccombenza dell'Ecc.ma Camera, non produce nessun effetto nei confronti dell'attore appellante sig. R. M., nella sua qualifica di padre esercente la patria potestà sul minore figlio M., anche se l'appello era, in ogni caso, processualmente inammissibile per carenza di interesse nell'appellata convenuta Ecc.ma Camera.

Per le stesse ragioni derivanti dalla soccombenza, si accoglie la domanda dell'Ecc.ma Camera, avanzata con l'appello incidentale, riforman-

dosi la impugnata decisione e dichiarando, che la intervenuta *ad adiuvandum*, s.p.a. Assicurazioni Generali e la chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazioni, non devono essere estromesse dal presente giudizio, perché sono legittimate passivamente a restarvi in forza del contratto di assicurazione, opposto formalmente dalla convenuta Ecc.ma Camera all'appellante attore e per gli obblighi che ne derivano.

Resta però da considerare che l'Ecc.ma Camera nulla ha mai richiesto nei confronti della intervenuta *ad adiuvandum* s.p.a. Assicurazioni Generali. Si deve dunque ritenere che, almeno nei suoi confronti, l'accoglimento dell'appello incidentale, sollevato dall'Ecc.ma Camera, non giustifica una sua condanna alle spese e agli onorari in favore della stessa Ecc.ma Camera. Costituisce semmai, nei confronti dell'Ecc.ma Camera, una *legitima litigandi causa*, a norma del § 272 della Rub. XXXII del Libro II delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*, relativa alla sua posizione processuale di appellata incidentale verso la convenuta Ecc.ma Camera, giustificando la compensazione di queste spese e di questi onorari.

Riformando dunque totalmente l'impugnata decisione e accogliendo l'appello dell'attore in qualifica, dichiarata la responsabilità per colpa dell'Ecc.ma Camera nella custodia del minore M. M., affidato alla sorveglianza e custodia della Scuola Elementare di Dogana Bassa nello svolgimento dei Corsi Estivi, condanna la medesima, Ecc.ma Camera, al risarcimento dei danni cagionati allo stesso minore.

Riformando poi l'impugnata decisione, accoglie l'appello incidentale proposto dall'Ecc.ma Camera e dichiara legittimate a stare passivamente in giudizio le due compagnie di assicurazione s.p.a. Assicurazioni Generali e s.p.a. Navale Assicurazioni, chiamate in causa dalla stessa Ecc.ma Camera e condanna, secondo la richiesta subordinatamente avanzata nelle finali conclusioni – “da ciò discende la completa operatività della polizza infortuni stipulata con la Società Navale Assicurazioni nel caso in cui dovessero venire accertate responsabilità in capo all'Ecc.ma Camera” – soltanto la s.p.a. Navale Assicurazioni ad adempiere agli obblighi di garanzia derivanti dalla accertata e dichiarata responsabilità della stessa Ecc.ma Camera, quando ha richiesto che venisse respinta la sua estromissione dal giudizio e quando ha formulato la richiesta subordinata.

14) Le spese ed onorari del presente grado di giudizio, e di quello di primo grado, devoluti in appello con formale domanda dell'appellante, devono essere posti totalmente a carico delle parti appellate, Ecc.ma

Camera e s.p.a. Assicurazioni Generali in forza della rispettiva loro soccombenza rispetto all'appellante in qualifica sig. R. M., siccome previsto dal § 272 della Rub. XXXII del Libro a delle *Leges Statutae Reipublicae Sancti Marini*.

Devono poi essere posti a carico della soccombente chiamata in causa s.p.a. Navale Assicurazioni, gli onorari e le spese dei due gradi di giudizio, dovuti da questa parte costituita in causa, in favore dell'Ecc.ma Camera. Tutte le spettanze saranno liquidate da S.S. Ill.ma il Commissario della Legge, *more solito*, con successivo e separato decreto, dopo l'esibizione della nota analitica delle spese e degli onorari da parte dei procuratori delle rispettive parti in causa (Cfr. Sentenza del Commissario della Legge del 4 gennaio 1927 nella causa n. 245 dell'anno 1923, in "Giurisprudenza Sammarinese", 1927, p.9).

P. Q. M.

Il Giudice delle Appellazioni Civili, ogni contraria istanza disattesa, accoglie l'appello sollevato e dedotto dall'attore appellante, sig. R. M., in qualifica, quale genitore esercente la patria potestà sul figlio minore, M. M., avverso tutto il giudizio di primo grado, e, in riforma della impugnata decisione, riconosciuta e dichiarata la responsabilità della convenuta appellata, Ecc.ma Camera, per non avere adempiuto agli obblighi derivanti dalla custodia del minore stesso affidato alla sorveglianza e alla custodia della Scuola Elementare di Dogana Bassa, durante l'istituzionale organizzazione dei Corsi Estivi, la condanna al risarcimento del danno cagionato, liquidandolo nella somma richiesta dall'appellante attore in qualifica di £. 84.077.144 = nelle sue finali conclusioni.

Respinge la domanda di estromissione dal giudizio, eccepita dall'intervenuta *ad adiuvandum*, s.p.a. Assicurazione Generale, e dalla chiamata in causa, s.p.a. Navale Assicurazione, entrambe costituite nel giudizio di primo e di secondo grado e, in accoglimento della richiesta formulata in via subordinata nelle finali memorie dall'Ecc.ma Camera, condanna la s.p.a. Navale Assicurazioni all'adempimento degli obblighi assunti con la polizza di assicurazione infortuni di tenerla sollevata dei danni cagionati per responsabilità per custodia del suddetto minore M. M.

Condanna alle spese e agli onorari del primo e secondo grado di giudizio la Ecc.ma Camera e la s.p.a. Assicurazioni Generali in favore dell'appellante attore, sig. R. M., e condanna la parte appellate incidentalmente, s.p.a. Navale Assicurazioni, alle spese e agli onorari del primo e secondo grado di giudizio in favore della Ecc.ma Camera, dando manda-

to, in entrambi i casi, a S.S. il Commissario della Legge, Magistrato Istruttore di questo secondo grado, di provvedere alle relative liquidazioni.

Dichiara compensate le spese e gli onorari dovuti all'Ecc.ma Camera dalla intervenuta *ad adiuvandum*, s.p.a. Generali Assicurazioni, ancorché sia soccombente nella richiesta di estromissione dal giudizio.

Così deciso in Roma il giorno 8 del mese di aprile dell'anno 1998.

Il Giudice delle Appellazioni Civili
Prof. P.G. Peruzzi

NOTA

**L'insegnamento:
responsabilità per infortunio e rapporto contrattuale**

La sentenza dell'eccellentissimo Giudice delle Appellazioni Civili della Repubblica di San Marino, quale confermata dal Consiglio dei Dodici riconosce la responsabilità civile della Scuola elementare per i danni riportati da un alunno per un incidente occorso in un soggiorno estivo presso la scuola elementare stessa; tale pronuncia trova il suo fondamento nel principio di diritto comune in base al quale “di regola non si presume la colpa... se non siamo in quelle situazioni le quali sono solite avvenire senza colpa... oppure siamo in quella situazione, che si è tenuti alla custodia in ragione dell’ufficio svolto” (cfr. M.A. SABELLI, *Summa diversorum tractatum*, tomus primus, §. *Culpa*, ed. Venetiis 1692, p. 396, nu. 8).

In modo conforme la Corte rileva che la scuola elementare è responsabile per custodia e deve quindi essere a suo carico la presunzione di colpa, in quanto il contratto di locazione, che per diritto sammarinese lega la scuola elementare ed il genitore esercente la potestà, importa tale tipo di responsabilità a carico della scuola – conduttrice (PACIONUS, *Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 166, nu. 64-66).

La presunzione di colpa costituita a carico di colui che è tenuto alla custodia è *iuris tantum*, ossia ammette la prova contraria del caso fortuito o della diligenza del buon padre di famiglia come risulta da un passo di MASCARDUS (*Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 88, 266, 467, 469, ed. Augustae

Taurinorum 1624, p. 166vb, nu. 2). Non avendo nel caso concreto la parte convenuta offerto tale prova contraria, la presunzione della colpa a suo carico ne ha comportato la condanna al risarcimento danni.

Al fine di approfondire i principi ispiratori della sentenza può essere opportuno confrontarli con analoghi istituti del diritto romano. Occorre comunque evidenziare che si tralasceranno alcuni aspetti della vicenda che molto peso hanno avuto nel dibattito giudiziale, quali in special modo quelli legati alla legittimazione processuale.

Basti sottolineare a tal proposito che chiamata in causa come soggetto passivo è stata l'Eccellentissima Camera quale rappresentata dai Sindaci del Governo. Il diritto costituzionale sammarinese prevede infatti che ogni atto della Pubblica Amministrazione, di diritto pubblico o di diritto privato che sia, debba essere imputato al Congresso di Stato in quanto titolare della funzione Amministrativa; il Congresso di Stato assume negli atti di diritto privato e negli atti giudiziali la denominazione di "Eccellentissima Camera" [più ampi ragguagli si possono leggere in ASTUTI (a cura di), *Relazione della Commissione per lo studio dei problemi istituzionali dell'Ordinamento sammarinese*, Roma 1972; BONELLI, *Problematiche istituzionali. Ordinamento e istituzioni costituzionali della Repubblica di San Marino*, in AA.VV., *Storia illustrata della Repubblica di San Marino*, Repubblica di San Marino 1985; PERUZZI, *Appunti per le lezioni del corso di diritto sammarinese*, Urbino 1998; FELICI, *Profilo di diritto costituzionale sammarinese*, Repubblica di San Marino 1999 e bibliografia ivi citata].

Ovviamente anche nel nostro caso soggetto legittimato passivo non poteva essere che l'Eccellentissima Camera in quanto si doveva indagare se per il danno subito dal bambino fosse o meno responsabile la scuola che, essendo una erogatrice di pubblico servizio, va direttamente connessa alle strutture amministrative dello Stato.

Può essere interessante considerare per un attimo anche il profilo della legittimazione attiva al fine di sottolineare una profonda differenza tra il diritto romano e l'ordinamento sammarinese. Fin troppo noto è che in diritto romano i soggetti *alieni iure subiecti* erano privi di capacità giuridica e quindi, non potendo essere titolari di nessuna situazione giuridica, non erano neppure in grado di comparire in giudizio e ciò a prescindere dall'aver raggiunto o meno l'età in cui veniva riconosciuta la capacità di agire. Ogni rapporto giuridico che veniva a formarsi in relazione a tali soggetti ricadeva pertanto nella sfera giuridica del soggetto *sui iuris*, cui compete la tutela processuale.

In diritto sammarinese diversamente, seppure è riconosciuta al padre una ampia *patria potestas* sui figli, tuttavia a questi è attribuita capacità

giuridica e di conseguenza capacità di stare in giudizio. Legato al compimento del diciottesimo anno è invece l'ottenimento della capacità di agire ossia la materiale possibilità di porre in essere atti giuridicamente rilevanti. Dal momento che nel caso in esame il soggetto danneggiato era minore, legittimato a stare in giudizio è il padre, in qualità di rappresentante legale del minore in forza della *patria potestas*; d'altra parte la Legge 26 Aprile 1986 n. 49 della Repubblica di San Marino, richiamata in sentenza, sottolinea che l'esercizio della *patria potestas* deve considerarsi un *munus publicum* e quindi il padre non solo aveva il diritto di agire ma ne aveva addirittura il dovere (cfr. LEICHT, *Storia del diritto italiano, Diritto Privato*, I, Milano 1941; TORELLI, *Lezioni di Storia del diritto italiano*, Milano 1947).

Passando ad esaminare le questioni più strettamente legate al diritto sostanziale che funge da riferimento alla sentenza, si può evidenziare come nel mondo romano siano riscontrabili tre diversi modelli educativi: un'istruzione fornita direttamente dal padre al figlio; l'utilizzo di *praeceptores*; la scuola, che fatta la prima comparsa già nel III a.C., accrebbe via via sempre più la sua importanza (così si legge ad esempio in Quintiliano, *Inst.* I,2,21-22; Apuleio, *Flor.* XX, 3; cfr. PORTA, *Scuola*, in *Nov. Dig. It.*, XI, Torino 1939, p. 1203 e più ampiamente COPPOLA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano 1994, pp. 173 ss.). Orbene di certo non si può parlare di responsabilità per danni occorsi nel caso di istruzione fornita dal padre, né nel caso in cui per *praeceptor* fosse stato acquistato uno schiavo. Interessante è invece esaminare i criteri di responsabilità nel caso di affidamento del figlio ad una scuola o di assunzione di un *praeceptor* libero.

Per far ciò occorre chiarire i rapporti contrattuali che si potevano instaurare tra il padre e la scuola o il *praeceptor*. Tali rapporti la dottrina è unanime nel ricondurre a due diverse fattispecie contrattuali: una *locatio-conductio* o una *stipulatio operarum* [DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, p. 223; MARTINI, *Mercennarius*, in *S.S.*, LXVIII-LXIX, Siena 1956-57, p. 253; AMIRANTE, *Locazione* (Diritto Romano), in *NNDI*, IX, Torino 1963, p. 993; COPPOLA, *op. cit.*, pp. 173 ss.].

Quanto alla *locatio-conductio*, indubbiamente tale contratto poteva essere applicato ad una gamma piuttosto vasta e differenziata di fenomeni. I romani consideravano infatti *locatio-conductio* sia la locazione della cosa a vantaggio del conduttore che doveva quindi prestare una *merces* al locatore (cfr. tra gli altri Ulpiano in D. 7,4,29 ove sono evidenziati i requisiti principali di tale locazione; Gaio in 3,144 ove è affermata l'essenziali-

tà della *merces* ribadita da Ulpiano in D. 16,3,1,9), sia la dazione della cosa perché questa fosse lavorata dal conduttore con vantaggio del locatore che si obbligava a prestare la *merces* (su cui Paolo in D. 50,16,5, 1; Gaio in D. 19,2,25,8 ci porta l'esempio della locazione contratta con il *fullo* o il *sarcinator* ed in D. 4,9,5 di quella contratta con il *nauta*, il *caupo* o lo *stabularius*), sia l'ipotesi in cui un soggetto libero locava se stesso (in tal senso DE ROBERTIS, *op. cit.*, pp. 128 ss. e MARTINI, *op. cit.*, pp. 235 ss.), o per parte della dottrina soltanto le proprie opere (BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in RISG, 2, 1927, pp. 545 ss.) al conduttore perché questi se ne servisse con l'obbligo di pagarli una *merces* (ben definita da Paolo in D. 19,2,38) da cui il nome *mercenarius* attribuito al locatore in tale fattispecie contrattuale (sul punto MARTINI, *op. cit.*, pp. 217 ss.).

Tale pluralità di applicazioni è stata variamente interpretata dalla dottrina: la pandettistica ha infatti sostenuto che la locazione romana sarebbe stata effettivamente divisa in tre diversi tipi contrattuali rispettivamente denominandoli *locatio rei*, *locatio operis* e *locatio operarum* (seppure FIORE, *La definizione della "locatio conductio"*, Napoli 1999, pp. 1 ss., in un recente riesame della dottrina pandettistica evidenzia che questa dottrina ammetteva un'unitarietà della locazione nella concezione dei giuristi classici).

La teoria della tripartizione è stata invece rifiutata dalla dottrina seguente che ha proposto per una ricostruzione unitaria dell'istituto. ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1921, pp. 235 ss., Napoli 1960¹⁴, pp. 345 ss.) ha appoggiato tale ipotesi in base alla constatazione dell'unità processuale della *locatio-conductio*, dal momento che i formulari del pretore prevedevano una sola *actio locati* ed una sola *actio conducti*; l'autore ha inoltre sostenuto che sempre essenziale era la dazione di una *res*, presente nella *locatio rei*, come anche nella *locatio operis* ove la *res* era data per essere lavorata, e così pure nella *locatio operarum* ove *res* era il soggetto che si dava al conduttore perché questi ne sfruttasse le *operae* (ad analoga ricostruzione perviene il BRASIELLO, *op. cit.* pp. 529 ss.).

Su principi diversi verte invece la tesi dell'unitarietà della locazione presente in AMIRANTE (*op. cit.*, pp. 992 ss.), il quale ritiene che l'elemento unificante della locazione romana sia da ritrovarsi nell'obbligazione di consegnare la cosa ad opera del locatore e di restituirla a carico del conduttore; la *merces* sarebbe stata invece dovuta dalla parte che traeva vantaggio dal contratto, quindi dal conduttore nella *locatio rei* e nella *locatio*

operarum, dal locatore nella *locatio operis* (in tal senso anche DE ROBERTIS, *op. cit.*, pp. 121 ss.; MARTINI, *op. cit.*, pp. 230 ss.).

L'attività sulla *res* viene invece posta quale principio di unitarietà da PINNA PARPAGLIA (Vitia ex ipsa re. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano 1983); essa consisterebbe nella *locatio rei* e nella *locatio operis* nell'opera del conduttore sulla cosa datagli, e nella *locatio operarum* in quella del locatore che dà se stesso a servizio; la *merces* sarebbe poi stata dovuta dalla parte che traeva vantaggio dall'attività.

Particolarmente importante è infine l'indagine di FIORI (*op. cit.*, pp. 290 ss., in cui si può trovare l'ulteriore bibliografia sull'argomento) per il quale l'unitarietà della *locatio-conductio* sarebbe da ritrovarsi nello scambio di *merces* contro *uti-frui*, ossia nello scambio tra somma dovuta e utilità conseguita: nella locazione della cosa l'utilità è del conduttore che quindi deve la *merces*, nella *locatio operis* l'utilità è del locatore che pertanto paga l'attività del conduttore, nella *locatio operarum* l'utilità è del conduttore che deve il corrispettivo. La considerazione dell'unitarietà non impedisce però all'autore (*op. cit.*, pp. 297 ss.) di evidenziare che se è vero che per i giuristi romani la locazione era riconducibile ad un unico tipo contrattuale, è pur vero però che essi ammettevano che tale contratto potesse essere applicato ad una varia tipologia di "modelli negoziali" e che anzi già la stessa giurisprudenza romana ha elaborato, a partire da Labeone (D. 19,5,1,1 e D. 14,2,10,2), una triplice possibilità di differenziazione di interessi che poi la pandettistica ha classificato come *locatio rei*, *locatio operis* e *locatio operarum*.

Proprio tale ultima considerazione ci permette di sottolineare come l'ipotesi di locazione ai fini educativi, che stiamo qui considerando, potesse trovare applicazione secondo due diversi schemi di *locatio-conductio*.

Il *pater* poteva infatti concludere con la scuola o con un precettore privato una *locatio-conductio* dai contenuti analoghi a quella classificata dalla pandettistica come *locatio operis*; in tale caso cioè il *pater* dava il proprio figlio, o anche lo schiavo, in locazione alla scuola o all'educatore che si impegnava ad educarlo; essendo l'*utilitas* del contratto a favore del *pater* locatore, la *merces* spettava alla scuola o al precettore conduttore. Ulpiano riferisce proprio della possibilità di concludere la locazione del "*servum docendum*" e Giuliano di quella del "*puerum docendum*":

D. 19,2,13,3 (Ulp. l. 32 *ad ed.*): si quis servum docendum conduxerit eumque duxerit peregre et aut ab hostibus captus sit aut perierit, ex locato esse actionem placuit, si modo non sic conduxit, ut et peregre duceret.

D. 19,2,13,4 (Ulp. l. 32 *ad ed.*): Item Iulianus libro octagesimo sexto digestorum scripsit, si sutor puero parum bene facienti forma calcei tam vehementer cervicem percusserit, ut ei oculus effunderetur, ex locato esse actionem patri eius...

Come ben appare dai brani riportati il conduttore che doveva agire sulla *res* consegnata, ossia la scuola o l'insegnante, non solo doveva rispondere dell'esattezza della prestazione a cui si era obbligato (come evidenziato da Giavoleno in D. 19,2,51,1), ma era tenuto anche a custodire la cosa al fine di poterla rendere integra; tale obbligo di custodire appare d'altra parte sempre presente nella *locatio operis* (Celso D. 19,2,9,5; Gaio 3,205-6 e D. 19,40,2; in tal senso sembrano pronunciarsi AMIRANTE, *op. cit.*, p. 995 e DE ROBERTIS, *op. cit.*, pp. 165 ss.).

Con il precettore il *pater* poteva però concludere anche un contratto di *locatio operarum*. Con tale modello contrattuale il precettore avrebbe locato se stesso (o per alcuni le sue opere) al *pater* conduttore, che ne avrebbe potuto disporre ai fini dell'istruzione del figlio o dello schiavo, retribuendolo con una *merces*.

In generale tale tipo di locazione, per lo più utilizzata per lavoratori di tipo manuale, comportava una forte subordinazione del locatore nei confronti del conduttore che poteva controllare e dirigere la prestazione del lavorante (in tal senso si esprime Giavoleno in D. 19,2,51,1; cfr. DE ROBERTIS, *op. cit.*, pp. 77 ss., 130 ss. e MARTINI, *op. cit.*, pp. 259 ss.). La subordinazione era tale che alcuni testi paiono equiparare tale lavoratore allo schiavo (così fanno Cicerone, *De officiis* 42,150 e Seneca, *De beneficiis* 3,22). Il forte controllo esercitato dal conduttore faceva sì che, normalmente, la responsabilità del locatore per inadempimento fosse minore; questi infatti rispondeva prevalentemente per *imperitia* (DE ROBERTIS, *op. cit.*, pp. 150-151; FIORI, *op. cit.*, pp. 251, 253 ss.).

Tuttavia vi sono alcune testimonianze che sembrano poter meglio rispondere alla situazione che stiamo esaminando. Pare infatti che tale locazione si potesse concludere anche soltanto per alcune opere determinate al momento della conclusione del contratto (cfr. sul tema MARTINI, *op. cit.*, pp. 265 ss. e GUARINO, *Diritto Privato Romano*, p. 911, Napoli 2001): Svetonio riferisce della locazione del corega in Aug. 70 e della locazione di un agrimensore e di quella di uno scrivano si parla in Ulpiano

D. 11,6,1 (Ulp. l. 24 *ad ed.*) Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit...ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem

esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conductum fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem.

D. 19,2,19,9 (Ulp. l. 34 *ad ed.*) Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: "Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est".

La dottrina ritiene che quando erano stabilite e limitate contrattualmente le prestazioni dovute dal *locator operarum* veniva quasi meno il rapporto di subordinazione tra locatore e conduttore tanto che tale schema si reputa applicabile anche a professioni di tipo liberale (DE ROBERTIS, *op. cit.*, pp. 136 ss, pp. 183 ss.; MARTINI, *op. cit.*, pp. 267 ss.); appare quindi ben credibile una sua possibile utilizzazione anche verso il *praeceptor*, data anche la scarsa considerazione sociale di cui godeva l'insegnante nel mondo romano (GWINN, *Roman Education from Cicero to Quintilian*, Oxford, 1925; una assai bassa considerazione per l'opera dell'insegnante si riscontra d'altra parte in Scevola D. 8,6,20 e perfino in Ulpiano D. 50,13,1,4).

Una *locatio operarum*, in questo modo configurata, comportava una più ampia responsabilità per il locatore non essendo tenuto al controllo del conduttore (FIORI, *op. cit.*, pp. 251, 255-256, 258). Inoltre dal momento che le prestazioni cui era obbligato il locatore dovevano essere specificate al momento della conclusione del contratto, il *pater* avrebbe ben potuto richiedere al precettore non solo che questi si occupasse dell'educazione del figlio o dello schiavo, ma anche che li custodisse.

Si deve inoltre sottolineare che le parti avrebbero potuto conseguire il loro scopo, ossia l'affidamento di un minore o di uno schiavo ad un precettore perché lo educasse e vegliasse su di lui, anche mediante la pronuncia di una *stipulatio* (cfr. COPPOLA, *op. cit.*, pp. 173 ss.).

Di tutta evidenza è l'ampia possibilità di applicazioni che la *stipulatio* aveva nel mondo romano, opinione che vede unanime la dottrina (cfr. tra gli altri RICCOBONO, *Stipulatio*, in *Nov. Dig. It.*, XVIII, Torino 1940, p. 901; BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano 1953, p. 268, secondo il quale anzi la *stipulatio* rappresenta il prototipo di tutti i contratti tipici moderni; GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli 2001, pp. 836 ss.). Oggetto della stipulazione sarebbe stato un *facere* (cfr. Paolo in D. 45,1,2 e *Inst.* 3,15,7), potendo assumere tale obbligazione sia la forma di *stipulatio*

operarum (in tal senso si esprimono Giuliano in D. 38,1,24,1 e D. 45,1,54,1 e Paolo in D. 7,1,26) sia quella di *stipulatio operis faciendis* (cfr. Proc. D. 45,1,113, Iav. D. 46,1,44 e Ulp. D. 45,1,72,1 e D. 46,3,31); nel primo caso la parte promittente si sarebbe obbligata a fornire al promissario la propria capacità lavorativa, nel secondo caso si sarebbe obbligata al compimento di un'opera. Tale forma di *stipulatio* sarebbe stata *incerta* e, in caso di azione, avrebbe dato luogo ad un'*actio in personam incerta*, ossia un'azione volta all'ottenimento di una condanna nel *quanti ea res est* (Ulp. D. 45,1,75,1).

L'essere la *stipulatio* un'*obligatio verbis*, comportava però delle limitazioni nell'uso della stessa (interessanti sono D. 19,2,1 e D. 45,1,35,2 di Paolo che contrappongono proprio *stipulatio* e *locatio conductio* evidenziando che l'una è *contracta verbis* e l'altra *consensu*). Innanzi tutto la *stipulatio* obbligava solo una parte e quindi per l'eventuale corrispettivo sarebbe stata necessaria un'ulteriore promessa; inoltre, essendo legata alla pronuncia di *verba*, poteva essere conclusa solo tra presenti (Gai. 3,136; *Paul. Sent.* 5,7,2 e ancora Paolo in D. 45,1,134,2) e la domanda e la risposta dovevano essere contestuali (come mostra Venuleio in D. 45,1,137).

Particolarmente interessante è rilevare poi quanto afferma il DE ROBERTIS (*op. cit.*, p. 224), ossia che tale contratto non prevedeva un assoggettamento personale né un rapporto di dipendenza del promittente nei confronti dello stipulante.

Quanto alla responsabilità contrattuale *ex stipulatu*, come sottolinea la dottrina (cfr. BIONDI, *op. cit.*, p. 364), occorre osservare il "comportamento, sia pure in negativo, del promittente, il quale non ha fatto mentre doveva fare ... occorre vedere se il promittente ha fatto o no: in quest'ultimo caso bisogna accertare se ciò sia avvenuto per una causa indipendente dal debitore". Orbene il promittente si sarebbe potuto obbligare solo ad insegnare al pupillo o allo schiavo, e in questo caso è evidente che non essendosi obbligato a custodirlo non avrebbe risposto per il danno subito dal discepolo. È però ben più probabile che il *pater* si potesse tutelare esigendo dal maestro anche la custodia del pupillo o dello schiavo ed in tal caso vi sarebbe stata una responsabilità per i danni riportati, salvo la facoltà attribuita al promittente di provare la propria non responsabilità nel fatto dannoso.

Limitatamente ai cittadini romani, si potevano conseguire gli stessi risultati mediante una *sponsio*, seguendo la principale dottrina che la ritiene antecedente storico della *stipulatio* (cfr. BIONDI, *op. cit.*, pp. 279 ss., GUARINO, *op. cit.*, p. 828); Paolo in D. 50,16,7 afferma infatti che con la

sponsio si potevano raggiungere tutti i risultati ottenibili con una *stipulatio* e Varrone, *De Lingua Latina* 2,2,5 parla di una *sponsio* volta ad un *facere*.

Qualche difficoltà tuttavia sembrerebbe suscitare la tesi di PASTORI (*Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, pp. 188 ss.), il quale ritiene che la *sponsio*, almeno nelle sue origini, non fosse un “mero negozio promissorio” come era la *stipulatio*, ma presentasse un “contenuto di garanzia”, tanto che secondo l'autore la *sponsio* primitiva non creava impegni per il futuro, ma un vincolo a carattere immediato. L'autore precisa però che probabilmente tale funzione di garanzia si è successivamente ampliata fino a ricomprendere anche eventi futuri (*op. cit.*, p. 93): da un lato infatti pone tra gli esempi tipici di *sponsio* quello di *custodiam praestare* (*op. cit.*, p. 189) e dall'altro afferma (*op. cit.*, pp. 88 ss.) che “nel periodo più antico di Roma, in cui la *sponsio* non era in concorrenza con altre figure contrattuali, non si può pensare che essa abbia adempiuto alla sola funzione di garanzia, ma piuttosto che sia stata il fondamento di ogni rapporto economico e non economico, per tutti i casi in cui si trattava di contrarre un impegno”.

Non del tutto idoneo allo scopo appare invece il contratto di deposito, sia per la gratuità dello stesso, sia per il fatto che l'attività esigibile dal depositante poteva essere solo quella finalizzata alla conservazione della *res* depositata, motivo per cui si sarebbe certo potuto consegnare un figlio o uno schiavo per farlo custodire, ma non certo per farlo educare.

La sentenza del Giudice delle Appellazioni civili afferma che lo schema contrattuale che lega la scuola al padre è quello della *locatio-conductio*.

Si può constatare come tale fattispecie contrattuale nella dogmatica del diritto intermedio non si sia troppo allontanata dall'elaborazione dei giuristi romani. Se infatti è dato assai noto che la locazione ebbe scarsa applicazione nel periodo dell'Alto Medioevo a causa dei profondi mutamenti economici e giuridici apportati dalle invasioni dei popoli germanici, la ripresa dell'istituto ad opera prima del diritto canonico e poi della scuola dei Glossatori fu quasi del tutto fedele alla tradizione del diritto romano [BRUNO, *Locazione (Storia e legislazione comparata)*, Dig. It., XIV, Torino 1902-1905, pp. 987 ss.; LEICHT, *Storia del diritto italiano, Il diritto privato*, III, *Le obbligazioni*, Milano 1948, p. 124; ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano 1952, pp. 221 ss.; GROSSI, *Locatio ad longum tempus*, Pompei 1963, pp. 53 ss.; MASI, *Locazione (Storia)*, *Enc. Dir.*, XXIV, Varese 1974, pp. 915 ss.].

È pur vero d'altra parte che alcune linee di evoluzione iniziarono a

configurarsi già nel Basso Medioevo; è in un certo grado ravvisabile infatti una progressiva differenziazione dei vari schemi applicativi della *locatio-conductio* romana. Le fonti legate alla produzione normativa comunale appaiono trattare preferibilmente ciascuna delle ipotesi di applicazione della *locatio-conductio* come fattispecie a se stanti: si ebbe ad esempio un avvicinamento della *locatio rei* alle situazioni derivanti dai diritti reali con la previsione di una *locatio ad longum tempus* (LEICHT, *op. cit.*, p. 129; GROSSI, *op. cit.*); si può leggere una disciplina abbastanza puntuale dei vizi della cosa lavorata a seguito della *locatio operis* e la determinazione di tariffe fisse (BRUNO, *op. cit.*, p. 991; LEICHT, *op. cit.*, pp. 135 ss.); si ritrovano norme per assicurare l'adempimento del *locator operarum* anche per il tramite di pene corporali, come altresì norme per assicurargli una giusta retribuzione (BRUNO, *op. cit.*, pp. 991 ss.; LEICHT, *op. cit.*, pp. 137 ss.).

A livello dell'elaborazione giuridica invece, come sottolinea FIORI, (*op. cit.*, pp. 315 ss.) sembrerebbe ravvisarsi un progressivo distacco tra la *locatio rei* da un lato e le *locationes operis* e *operarum* dall'altro, conseguente al progressivo accentramento dell'attenzione sulla *substantia* del contratto ossia sul contenuto dello stesso; tale prospettiva, introdotta in special modo a partire da Doneau, mostrò come non più facilmente assimilabili la dazione della cosa perché altri se ne serva e la prestazione di lavoro.

Tuttavia in diritto intermedio non si giunse mai alla negazione totale dell'unitarietà della locazione, definitivamente spezzata solo con il codice Napoleonico che differenziò la locazione di cose da quella di lavoro (BRUNO, *op. cit.*, pp. 991 ss.; MASI, *op. cit.*, p. 916; FIORI, *op. cit.*, pp. 335 ss.).

La tradizione emersa da questo breve esame della locazione in diritto comune, conferma la soluzione data alla fattispecie dal Giudice delle Appellazioni civili, relativamente alla causa in esame; anche in diritto comune, infatti, appare ben chiaro che una *locatio operis* poteva considerarsi lo schema contrattuale più idoneo alla necessità di "*puerum docendum*". Anche in diritto comune da tale schema contrattuale derivava la responsabilità di custodire la cosa a carico del conduttore come si può leggere in PACIONUS (*Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 146, nu. 64-66): "poi il conduttore non era tenuto se non ai danni cagionati dalla sua colpa, sembrava incombere al locatore, per riconoscere il risarcimento dei danni, l'onere delle prova della colpa ... È vero però che il conduttore è tenuto alla custodia del bene, affinché non si producano danni, come è stato già detto".

Prima però di rivolgere uno sguardo a come tale obbligo fosse disciplinato nell'esperienza di Roma e in quella del diritto intermedio, è interessante osservare che in realtà nel caso in esame si può parlare di un duplice rapporto contrattuale. Se infatti la scuola si era obbligata con il padre, si deve notare che per adempiere le sue funzioni la stessa si serviva di insegnanti che materialmente erano coloro che dovevano custodire il bambino.

Seppure chi doveva direttamente controllare il bambino erano gli insegnanti, tuttavia l'eccellentissimo Giudice delle Appellazioni Civili della Repubblica di San Marino ha riconosciuto una responsabilità diretta della scuola nei confronti del padre in base al principio che "secondo il diritto comune i padroni ed i committenti restano obbligati per danni arrecati dal fatto illecito dei loro dipendenti, qualora sia commesso nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti".

Anche tale principio, peraltro giunto a noi inalterato nell'articolo 1228 c.c. per quanto riguarda la responsabilità del debitore per l'inadempimento contrattuale causato da fatti dolosi o colposi degli ausiliari e all'articolo 2049 c.c. per quanto riguarda la responsabilità dei padroni e committenti per fatto illecito dei loro dipendenti, trova origine nell'esperienza romana come si legge in Gaio:

D. 19,2,25,7 (Gai. l. 10 *ad ed. prov.*) Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum traestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset.

Altro aspetto è invece quello riguardante la possibilità della scuola stessa di rivalersi, ove ve ne fossero i presupposti, sugli insegnanti (testimonianza di ciò, seppure in ambito diverso, ci può derivare tra gli altri già da Catone, *De re rust.* 146, che citava a garanzia del *conductor operis*, per i danni prodotti dal *locator operis* a terzi legati da un rapporto contrattuale con il *conductor operis*, un diritto di pegno sugli arnesi da lavoro del dipendente).

Per tornare a quella che è la questione principale esaminata dalla sentenza, ossia se la scuola sia responsabile per i danni riportati dal minore, si è rilevato che il precettore era comunque obbligato a custodire il *puer* affidatogli: tale obbligo derivava direttamente dal tipo contrattuale nella *locatio conductio operis* mentre doveva essere appositamente pattuito come obbligo accessorio alla *locatio operarum* o alla *stipulatio*.

Forse nessun tema del diritto romano ha conosciuto uno sviluppo nell'interpretazione delle fonti pervenuteci quale quello che ha conosciuto la responsabilità contrattuale. I dibattiti dottrinali che hanno impegnato i giuristi dalla fine del 1800 e per tutto il secolo scorso hanno portato infatti, e più di una volta, a veri e propri capovolgimenti nella ricostruzione dei criteri cui si affidava l'ordinamento romano.

La prima lettura del tema, nella scienza romanistica moderna, ci viene offerta da alcuni giuristi tedeschi legati alla scuola Pandettistica (cfr. ben più ampiamente ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1933, pp. 76 ss.; CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, 1, Milano 1966, pp. 1 ss.; CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1955, pp. 19 ss.). Pur se con notevoli differenze tra i suoi esponenti (cfr. fra gli altri MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationrecht*, I – II, Braunschweig 1853; JHERING, *Das Schulmoment im römischen Privatrecht*, Leipzig 1879; PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Aalen 1863), che non è qui il luogo per approfondire e per le quali si può leggere la dottrina sopra citata, quello che risalta dalle opere di tale corrente dottrinale è una lettura della responsabilità contrattuale nel diritto romano in chiave essenzialmente di colpa.

In base ad un sistema di tipo soggettivo, chi era tenuto ad una obbligazione era chiamato a rispondere dell'inadempimento quando questo gli fosse imputabile a titolo di colpa mentre non era considerato responsabile qualora l'inadempimento derivasse oggettivamente, o da forza maggiore o da caso fortuito. A seconda delle varie ipotesi contrattuali la *diligentia* cui si era chiamati, assumeva poi una certa gradazione potendo giungere fino ad una *diligentia in custodiendo*, ossia il tenere responsabile l'obbligato per tutti i fatti che si sarebbero astrattamente potuti evitare prestando una adeguata custodia della cosa, indipendentemente dall'effettiva prova di una colpa.

Non è il caso di applicare tali criteri generali alla nostra fattispecie, in quanto tale posizione è stata in breve tempo superata ed anzi capovolta dalla critica interpolazionista. L'osservazione dei numerosi interventi dei giuristi postclassici e dei compilatori sui brani dei classici ha infatti portato la dottrina, dapprima tedesca (BIERMANN, *Custodia und vis maior*, in ZSS, 12, 1892, pp. 22 ss.; LEONHARD, *Culpa*, in PWRE, IV, 2, 1901) e quindi italiana (LUSIGNANI, *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, I, Modena 1902; II, Parma 1903; III, Parma 1905; ARANGIO RUIZ, *op. cit.*; LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I, Milano 1938; METRO, *L'obbligazione di cu-*

stodire nel diritto romano, Milano 1966) a ritenere che il sistema classico della responsabilità civile fosse governato dai principi del dolo e della *custodia*, con considerazioni forse influenzate dalle elaborazioni che vedremo essere proprie delle giurisprudenza del diritto intermedio.

Se per responsabilità a titolo di dolo si intendeva comunemente l'inadempimento intenzionale, per responsabilità *ex custodia* non si intendeva la mera responsabilità di colui che era tenuto a custodire la cosa, ma un criterio di responsabilità oggettivo, ossia l'imputazione al debitore di determinati fatti che causavano l'inadempimento, indipendentemente dalla considerazione del comportamento tenuto (ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 162; METRO, *op. cit.*, p. 103). Essendo criterio di responsabilità oggettiva, esso non era limitata dal caso fortuito o dalla forza maggiore, ritenute creazioni postclassiche (cfr. LUZZATTO, *op. cit.*, p. 29). La responsabilità per dolo si riteneva comune ad ogni ipotesi contrattuale, quella per custodia soltanto a determinati rapporti obbligatori.

Viceversa si riteneva propria dell'epoca postclassica e giustiniana una responsabilità contrattuale di tipo soggettivo, ossia basata sull'analisi del comportamento del debitore ed improntata ai criteri di dolo e colpa (LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 41 ss.; METRO, *op. cit.*, pp. 194 ss.).

Si evidenziava che tale mutamento nella concezione della responsabilità per inadempimento sarebbe stato compiuto dai giuristi postclassici attraverso l'interpolazione sistematica dei brani dei giuristi classici, interpolazione che avrebbe seguito come linea principale quella di sostituire sistematicamente il termine *causa* o *diligentia* a quello originario di *custodia* e di introdurre una teorica del *casus* e della *vis minor* (cfr. LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 46 ss.; METRO, *op. cit.*, pp. 194 ss.); al contempo opera dei compilatori giustinianeî sarebbe stata viceversa una parziale ripresa della custodia, seppure non come criterio di responsabilità in sé definito, ma come gradazione estrema della *diligentia*, parlandosi in tal senso di *diligentia in custodiendo* limitata solo dai casi di *vis maior* di cui il debitore doveva comunque dare la prova (LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 198 ss.).

Pur se anche questa corrente dottrinale può ormai dirsi superata, per l'importanza che essa ha avuto e per l'ampiezza delle analisi da essa condotte, può essere interessante ipotizzare brevemente come tale teoria avrebbe risolto il caso concreto in questione.

Il danno subito dal bambino senza dubbio non poteva essere fatto rientrare in una responsabilità di tipo doloso, in quanto ovviamente accidentale; si doveva quindi verificare se l'insegnante fosse tenuto *ex custodia*. Si riteneva generalmente che il *conductor operis* rispondesse a tale titolo quando gli era affidata la cosa, come si desume dai famosi casi del

fullo e del *sarcinator* che erano considerati responsabili del furto delle cose a loro affidate, del danneggiamento causato da topi e di altre situazioni tipiche (Gai III, 205, cfr. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 171 ss.; LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 147 ss.; 182 ss.; METRO, *op. cit.*, pp. 166 ss.).

Seguendo tale impostazione dottrinale, si può quindi ritenere che in diritto romano il *praeceptor* sarebbe stato ritenuto responsabile del danno subito dal bambino, in quanto suo specifico era l'obbligo di custodirlo e di vegliare che non derivassero danni; tuttavia essendo considerati dalla dottrina tipici i casi di responsabilità *ex custodia*, può lasciare qualche residuo dubbio il fatto che il Digesto non ne riporti una esplicita esemplificazione, se non forse D. 19,2,13,3 già citato (sul tema cfr. però CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in IURA, XLIII, 1992, p. 50 secondo il quale la responsabilità posta in tale brano sarebbe esclusivamente legata alla violazione di un limite contrattualmente imposto).

Certamente *ex custodia*, secondo tale dottrina, avrebbe invece risposto il precettore qualora si fosse obbligato in base ad una *locatio operarum* o ad una *stipulatio*, in ragione della semplice osservazione che egli aveva assunto contrattualmente l'obbligo di custodire (ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 104 ss.; METRO, *op. cit.*, pp. 106 ss.). Tale responsabilità *ex custodia*, come detto e secondo la presente dottrina, non ammetteva, almeno per il diritto classico, prova contraria (un distinguo si può notare in ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, pp. 162 ss., ove si ipotizza la possibilità di un *damnum fatale* o di una *vis* umana irresistibile).

La critica all'impostazione del problema fornita dalla dottrina interpolazionistica e da autori ad essa vicini, si è innanzitutto incentrata sulla considerazione della custodia. A partire dal MARTON (*Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in RIDA, 3, 1949, pp. 177 ss.), con i successivi interventi del SARGENTI (*Problemi della responsabilità contrattuale*, SDHI, 20, 1954), del BETTI (*Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958), del TALAMANCA (voce *Colpa*, in *Enc. Dir.*, VII, 1960, pp. 517 ss.; voce *Custodia*, in *Enc. Dir.*, XI, 1962, pp. 562 ss.) e soprattutto grazie al fondamentale lavoro del CANNATA (*Ricerche sulla responsabilità* cit.; tema poi ripreso in *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in IURA, XLIII 1992 pp. 1 ss.; IURA, XLIV 1993, pp. 1 ss.), si è evidenziato come la custodia non potesse essere considerata un criterio generale di responsabilità contrattuale del diritto romano classico, cui invece non era affatto estraneo il concetto di *culpa*.

Ormai la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che con il termi-

ne custodia le fonti romane esprimessero un effettivo obbligo contrattuale imposto al debitore; tale obbligo, lungi dall'essere criterio generale, era presente solo in determinate fattispecie contrattuali in cui effettivamente il debitore avesse da custodire la cosa (cfr. CANNATA, *Ricerche cit.*, pp. 44 ss.; SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 7-9 Aprile 1987, I, Milano 1988, pp. 107 ss.). La responsabilità per custodia non era poi responsabilità per ogni fatto dannoso che potesse derivare alla cosa, ma solo per le ipotesi di furto della stessa e forse per quella di danneggiamento arrecato da terzi (discorde è la dottrina su tale punto: per il CANNATA, *Ricerche cit.*, pp. 79 ss., solo a partire da Marcello la custodia si sarebbe ampliata nella responsabilità per danneggiamento ad opera di terzi), salva l'ipotesi di *vis maior* (cfr. CANNATA, *Sul problema cit.*, IURA, XLIII, 1992, pp. 52 ss.); per le ulteriori ipotesi di inadempimento, sia nei casi in cui il debitore era obbligato a custodire, sia nei casi in cui non lo era, si aveva responsabilità per dolo e per colpa.

Particolarmente interessante e ulteriormente chiarificatrice del concetto di custodia proprio dei giuristi classici è la ricerca del CARDILLI (*op. cit.*), il quale, attraverso una rigorosa analisi storiografica delle fonti e attraverso la prospettiva dell'obbligazione di *praestare*, riesce a ricostruire anche uno sviluppo di tali criteri di responsabilità. Uno dei dati forse più interessanti che sembrerebbero emergere dalla ricerca dello studioso è che la responsabilità per custodia pare essere propria già del diritto più antico, intesa come obbligo di custodire al fine di evitare il furto delle cose sotto custodia. Fu però fin da Quinto Mucio che si pose la *culpa* al centro della responsabilità per inadempimento, considerando la stessa sia come colpa commissiva che come colpa omissiva.

Il pensiero di Labeone, che secondo l'autore approfondì uno spunto di Servio, rappresentò il tentativo di definire la responsabilità attraverso un'analisi concreta dei singoli casi, per giungere ad una elaborazione di alcune fattispecie tipiche cui sarebbero stati tenuti i singoli debitori. Tale tentativo, continuato anche da Proculo, se ha rappresentato uno dei più alti livelli di elaborazione conosciuto dalla giurisprudenza romana, costringeva però ad un elevato sforzo interpretativo e proprio per tale motivo fu abbandonato dalla giurisprudenza seguente che ritornò alla *culpa* e alla *diligentia*, già teorizzate da Quinto Mucio e considerate criteri uniformi per tutte le ipotesi contrattuali. Attraverso l'opera di Sabino, Celso, Giuliano, e attraverso la sintesi poi attuata da Gaio, si approfondì la teorizzazione sul dolo, sulla colpa e sulla *custodia*, si affermarono la *vis minor* e *maior* come limiti alla *culpa* e si giunse all'elaborazione ulpiana del

ventinovesimo libro da Sabino quale risulta in D. 50,17,23, ritenuto sostanzialmente classico:

Contractus quidam dolum malum dum taxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta : in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus : nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortescue, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedorum a nullo praestantur.

È quindi ben evidente che in diritto romano, nel caso che stiamo esaminando, la responsabilità della scuola non si sarebbe ricercata nella custodia, ma nella *culpa* e precisamente nella *culpa* omissiva, ossia nella mancanza di una sufficiente diligenza (sul tema cfr. CANNATA, *op. ult. cit.*, pp. 37 ss.).

Le fonti specificano poi che la diligenza richiesta al debitore nell'adempiere la prestazione era varia a seconda delle tipologie contrattuali variando dalla *diligentia exactissima* alla *exacta* alla *quam in suis* (Lab. D. 19,1,54; Paul. D. 13,7,14; Gai. D. 13,6,18); a seconda delle tipologie contrattuali il debitore sarebbe quindi stato ritenuto responsabile dell'inadempimento per *culpa lata*, *levis* o *levissima* (Ulp. D. 9,2,44 e Mod. D. 41,1,54).

Concludendo si può constatare che l'obbligo di custodire insito nell'affidamento del minore alla scuola avrebbe certamente comportato la necessità di prestare la massima diligenza nell'adempimento, sia che l'obbligo di custodire derivasse direttamente dalla *locatio operis*, sia che esso fosse stato assunto contrattualmente mediante una *locatio operarum* o una *stipulatio*, cosa che in dottrina generalmente si ritiene potesse avvenire (cfr. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità nel sistema della compilazione giustiniana*, III, Bari, 1966, p. 587; CARDILLI, *op. cit.*, pp. 277 ss.).

Limite a tale responsabilità per colpa sarebbe stato il *casus* o la *vis maior*, che dovevano essere opposti per mezzo di una *exceptio* (Inst. 3,24,5; Alf. D. 19,2,30,4 e Ulp. D. 19,2,13,7). Non essendo la colpa tipizzata, ma incentrata su un comportamento di diligenza da tenersi, la

valutazione se nel concreto vi fosse stata colpa o piuttosto *casus fortuitus*, sarebbe poi stata lasciata alla determinazione del giudice privato.

Al fine di comprendere l'evoluzione della concezione della responsabilità contrattuale in diritto comune è interessante fermare un poco l'attenzione su una discrepanza tra le fonti di diritto comune e quello che si ritiene essere il diritto classico romano. In diritto comune (cfr. I. MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 467, ed. Augustae Taurinorum, 1624, nu 1 e 16; M. A. SABELLI, *Summa diversorum tractatum*, tomus primus, §. Culpa, ed. Venetiis 1692, p. 396, nu. 8; PACIONUS, *Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 166, nu. 64-66) si parla infatti di una presunzione di colpa nei casi in cui il soggetto fosse tenuto alla custodia, presunzione di colpa che invece non si riscontra nelle fonti classiche. Tale discrepanza può però trovare parziale soluzione con un breve cenno a quella che la dottrina ritiene essere stata l'evoluzione della dogmatica della responsabilità per inadempimento in diritto giustiniano.

Forse la maggiore innovazione apportata nella materia dai giuristi post-classici e dai compilatori, o per lo meno quella che qui più ci interessa, è un mutamento nella concezione della custodia. Si ritiene infatti che questa abbia perso lo specifico significato attribuitole in diritto classico e con esso anche la sua indipendenza, venendo ad essere assorbita nella *culpa*. Si introdussero pertanto espressioni quali *diligentia in custodiendo* e *culpa in custodiendo* (sicuramente interpolati in tale senso la dottrina ritiene D. 13,6,18 e D. 44,7,1,4 attribuiti a Gaio). La custodia ampliò il proprio significato comprendendo, oltre alla classica responsabilità per furto, i danni causati da terzi e ulteriori situazioni tipicamente delineate.

Tale nuova gradazione della colpa, riconosciuta però pressoché solo nelle fattispecie che già prevedevano un obbligo di *custodia*, portò anche ad una mutamento nell'esame della colpa, seppure probabilmente limitato alla *diligentia in custodiendo*; se infatti la *diligentia in custodiendo* altro non era che il dover evitare il verificarsi di situazioni tipiche, ben evidente è che per la *culpa in custodiendo* non vi sarebbe più stata necessità di esaminare la presenza di una *culpa in concreto*, bastando la verifica dell'avvenimento di una delle situazioni tipiche che si dovevano evitare e l'assenza di una *vis maior* (cfr. sul tema CANNATA, *Sul problema* cit., IURA, XLIII, 1992, pp. 52 ss.; IURA, XIV, 1993, pp. 48 ss.).

Questa soluzione venne generalizzata nel diritto intermedio tanto che la presunzione della colpa divenne punto fermo della disciplina della responsabilità dei custodi come si può leggere ad esempio in MASCARDUS

(*Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 467, ed. Augustae Taurinorum, 1624, nu. 16): “il custode del bene si presume che sia in colpa, e su di lui incombe l’onere della prova”; in SABELLI (*Summa diversorum tractatuum*, tomus primus, §. *Culpa*, ed. Venetiis 1692, p. 396, nu. 8): “di regola non si presume la colpa, ma [essa] deve specificatamente essere allegata e probata, se non siamo in quelle situazioni le quali non sono solite avvenire senza colpa, come l’incendio, il furto e simili, ovvero si presuma la colpa per la qualità del fatto, oppure siamo in *quella situazione, che si è tenuti alla custodia in ragione dell’ufficio svolto (qui ratione officii tenetur ad custodiam)*”; e in PACIONUS (*Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 146, nu. 64-66) ove si ritrova la conferma che il conduttore era considerato custode della cosa: “È vero che il conduttore è tenuto alla custodia del bene affinché non si producano danni, come è stato già detto; per lo stesso fatto che il locatore prova che il bene è stato danneggiato, vanta una domanda sufficientemente fondata, che il conduttore non l’avesse custodita, cosicché può non dare prova [...]. Ma questa conclusione deve essere modificata, affinché non abbia luogo, finché non appaia che il danno è dovuto a caso, che può avvenire senza colpa. Allora non vale la conseguenza che il bene è stato danneggiato, dunque il conduttore è incorso nella responsabilità per colpa”.

Tale principio di responsabilità oggettiva a carico dei custodi e tra essi quindi anche del conduttore si innesta poi all’interno di una responsabilità concepita essenzialmente secondo i criteri soggettivi del dolo e della colpa, con principi che non si distaccano troppo da quelli visti propri del diritto romano [cfr. BIROCCHI e PETRONIO, “*Responsabilità contrattuale* (dir. interm.)”, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano 1995, pp. 1060 ss.]

Ben ha fatto quindi il Giudice delle Appellazioni Civili della Repubblica di San Marino ha riconnettere a carico della scuola l’obbligo di prestare una *diligentia in custodiendo*, con conseguente responsabilità di tipo oggettivo per il verificarsi del danneggiamento; a carico della scuola ricadeva quindi l’obbligo di provare il caso fortuito o la forza maggiore (MASCARDUS, *Conclusiones omnium probationum quae in utroque foro quotidie versatur*, volumen primus, *conclusio* 467, ed. Augustae Taurinorum, 1624, nu. 16; PACIONUS, *Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 146, nu. 64-66). Non avendo la scuola provato il caso fortuito o la forza maggiore inevitabile è stata la condanna dell’Eccellentissima Camera al pagamento dei danni riportati dal minore

Tuttavia è interessante cogliere come nella sentenza si tenda ad escludere comunque che l’ipotesi in esame potesse poi effettivamente rappre-

sentare un'ipotesi di caso fortuito o di forza maggiore. Rifacendosi ad un passo di PACIONUS (*Tractatus de locatione et conductione*, cap. trigesimo, ed. Venetiis 1721, p. 146, nu. 27-28) si mostra come la prevedibilità dell'evento dannoso sia "da accertarsi discrezionalmente in relazione all'oggetto della custodia medesima. Ne discende dunque il precetto che dei bambini, che partecipano ad una competizione, ad un gioco all'aperto, debbano essere adeguatamente sorvegliati (p. 20)" e nello stesso senso a p. 11 si afferma che "il verificarsi dell'evento dannoso, durante una competizione era certamente prevedibile, secondo i criteri normalmente prescritti da una ordinaria diligenza di un padre di famiglia". Si può constatare come il Giudice faccia qui riferimento ad una concezione di forza maggiore e di caso fortuito di tipo soggettivo consistenti cioè in accadimenti tali da non poter essere evitati prestando la diligenza necessaria, con il conseguente obbligo quindi di dimostrare che la diligenza era stata prestata. Tale concezione del *casus fortuitus* e della *vis maior* ben presente in diritto intermedio, conviveva d'altra parte con una concezione degli stessi di tipo oggettivo, ossia con l'identificazione di eventi predefiniti, indipendentemente dall'assenza o meno di colpa (cfr. LUZZATTO, *op. cit.*, pp. 4 ss., BIROCCHI e PETRONIO, *op. cit.*, p. 1063, n. 24).

Il panorama cambia profondamente qualora si consideri la soluzione di un caso analogo data dal vigente ordinamento italiano; si può infatti constatare che la dottrina e la giurisprudenza fanno riferimento unanime alla norme della responsabilità extracontrattuale. Va tuttavia rilevato che, all'interno della scelta di tale criterio di imputazione, emergono due differenti orientamenti giurisprudenziali e dottrinali (sul tema tra gli altri di recente NARCISO, *Danno cagionato dal minore a se stesso o a terzi e responsabilità della scuola*, in *Lessico dir. Famiglia*, Roma, 2000, fasc. 2; PANDOLFINI, *Sulla responsabilità dei precettori e dell'ente scolastico per il danno cagionato dall'allievo a se medesimo*, in *Giur. it.*, 2000, pp. 507 ss.; DANIELE, *La responsabilità dell'amministrazione scolastica per i danni recati dall'alunno a se stesso*, in *Riv. Giur. scuola*, 2000, pp. 157 ss.)

Una serie di pronunce della Corte di Cassazione (tra le più recenti 13/5/1995 n. 5268; 10/2/1999 n. 1135; 18/4/2001 n. 5668) suffragate dal parere di autorevole dottrina (FRANZONI, *Fatto illecito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1995, p. 351; ZACCARIA, nota a Cass. 15/5/1995 n. 5268, in *Nuova giur. Civ.*, 1996, I, p. 239; PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 507; DI CIOMMO, nota a Cass. 18/4/2001 n. 5668, in *Foro it.*, I, 2001, pp. 3099 ss.) considera l'ipotesi in esame, ossia quella di un minore che sotto la custodia del precettore causi danni a se stesso, sanzionabile tramite l'art. 2043. Con tale norma, che contiene la clausola generale del-

la responsabilità extracontrattuale, si tiene responsabile il precettore per i danni riportati dal minore per colpa omissiva nel custodire; l'art. 2043 impone però al danneggiato di dare la prova non solo del danno, ma anche del fatto colposo di colui che era tenuto alla sorveglianza e del nesso di causalità tra fatto colposo e danno stesso (cfr. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 507).

Un diverso orientamento della Corte di Cassazione (26/6/1998 n. 6331; 11/8/1997 n. 7454; 7/11/2000 n. 14484) e della dottrina (BIANCA, *La Responsabilità*, in *Diritto Civile*, V, Milano 1994, pp. 701 ss., COLOMBINI, *La responsabilità degli insegnanti*, in *Arch. Civ.*, 2000, II, p. 1188), al fine di rendere più agevole la situazione del danneggiato, perviene ad una interpretazione estremamente estensiva dell'art. 2048. Si afferma infatti che l'obbligo di custodia, che l'art. 2048 prevede a carico dei custodi, sarebbe volto non solo alla tutela dei terzi per i fatti illeciti del minore sotto custodia, come vorrebbe un'interpretazione letterale della norma, ma importerebbe anche una responsabilità per i danni che i soggetti custoditi riportino a se stessi, a prescindere da ogni fatto illecito. A carico dei custodi sarebbe quindi ascrivibile una presunzione di colpa per ogni danno che un soggetto custodito riporti, salva la prova di non aver potuto impedire il fatto.

Come appare, entrambi gli orientamenti portano in sé elementi problematici; ascrivendo la situazione in oggetto alla responsabilità extracontrattuale ci si trova infatti davanti all'ardua scelta tra il rispettare la lettera della legge aggravando però la posizione del danneggiato o dover porre un'interpretazione dell'art. 2048 "*contra legem*", dal momento che la norma stessa parla solo di "danno cagionato dal fatto illecito dei loro allievi", mentre nella situazione in esame non si è in presenza di alcun danno causato da fatto illecito.

È interessante quindi chiedersi perché nel diritto italiano odierno si sia passati a considerare la situazione in esame sotto il profilo della responsabilità extracontrattuale, quando il considerarla come responsabilità contrattuale aveva da sempre dato migliori risultati e continui a darli in altri ordinamenti.

Senza aver la pretesa di poter indagare esaurientemente il problema, una possibile risposta a tale non facile quesito potrebbe derivare dalla constatazione che fin dalla formazione dello stato moderno e ancor più nei processi di centralizzazione avvenuti a partire da fine Ottocento fino agli anni 1960/70, ogni rapporto tra privati e Pubblica Amministrazione fu considerato esclusivamente sotto il profilo pubblicistico (PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano 1964; MORTATI,

Istituzioni di diritto pubblico, I, Padova, 1967, pp. 38 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, pp. 19 ss.).

Non essendovi quindi rapporti tra diritti, tipici del diritto civile, ma confronto tra il potere dello Stato e l'interesse legittimo del cittadino utente, ivi compreso l'alunno, è evidente come non fosse più applicabile la soluzione romanistica del problema che proprio su rapporti privatistici si basava. Da qui il ricorso alla responsabilità extracontrattuale pur con le difficoltà da essa derivanti. Tale soluzione, inevitabile nei rapporti tra privato e scuola pubblica, potrebbe essere stata estesa anche ai casi in cui precettore era un singolo o una istituzione privata al fine di conservare un'uniformità di giudizio.

Se tale fosse una spiegazione plausibile, come pare, dell'utilizzo della responsabilità extracontrattuale nelle situazioni in esame, potrebbe essere allora importante evidenziare come ormai il diritto amministrativo abbia profondamente rivalutato i rapporti che si instaurano tra Pubblica Amministrazione e privati utenti di pubblico servizio. È infatti unanimemente riconosciuta non solo la possibilità della Pubblica Amministrazione di servirsi del diritto civile, ma spesso anzi l'obbligo di fare ciò tanto da considerare il diritto privato come *ius commune* nei rapporti tra tutti i soggetti siano essi privati o pubblici (PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano 1964; GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, pp. 19 ss.; ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979; SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato*, Milano, 1985; CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 27 ss.).

Così essendo non appare certo azzardato affermare che anche i rapporti tra minore e scuola pubblica possono considerarsi fondati su un contratto atipico avente come oggetto principale quello di educare e custodire il minore e strumento di realizzazione del diritto allo studio sancito dagli articoli 33 e 34 della Costituzione. Su tali basi non sembra illogico poter ipotizzare un ritorno alla responsabilità contrattuale per la tutela dei danni riportati dal minore sotto custodia, che, con la presunzione di colpa a carico del custode, propria già della locazione ex art. 1588 c.c. e riconosciuta dalla dottrina a carico del depositario ex artt. 1768 c.c. e 1780 c.c. (cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 1990 p. 100), permetterebbe di superare le difficoltà che si sono viste insite nel ricorrere ai criteri della responsabilità extracontrattuale.