

FERNANDO HINESTROSA

*LA COSTITUZIONE ECONOMICA COLOMBIANA:
IL DIRITTO ALLA PROPRIETÀ(1)*

1. Si racconta che nella foresta amazzonica colombiana, i cacciatori di scimmie "tities", consapevoli della cupidigia di questi animali, per catturarli senza recare loro alcun danno, mettersero del mais in una zucca svuotata dopo aver praticato un foro nel quale le scimmie potevano introdurre la mano vuota, ma non uscirne con la mano piena, sicuri che esse non avrebbero lasciato il bottino neanche se ciò costava loro la libertà.

Potrebbe sembrare ad alcuno che ciò sia un'efficace dimostrazione della capacità delle scimmie di imitare i comportamenti umani; altri, al contrario, potrebbero obiettare che, data la comune origine evolutiva dell'uomo e della scimmia, non esista esempio più efficace dell'innato senso dell'appropriazione e dalla conservazione del dominio che caratterizza entrambe le creature.

Passando al piano più squisitamente giuridico, si può affermare che, sin dal primo manifestarsi del diritto, affinché una relazione possa qualificarsi come giuridica è necessario che il singolo sazi i propri appetiti e soddisfi i propri interessi entrando in contatto con i propri simili, la collaborazione dei quali, attraverso la soddisfazione di un determinato *iter* procedurale, gli permetterà di ricevere il bene o di beneficiare del servizio a cui mira. Tutto ciò, però, avviene successivamente a quella fase pregiudiziale in cui l'uomo sulla base di puri rapporti di forza si appropria di ciò che è a portata di mano o sottomette gli sconfitti facendone degli schiavi.

Sempre su di un piano pregiudiziale possiamo affermare che il desiderio e il piacere di possedere beni e l'esclusività del dominio su di essi sono propri dell'essenza dell'uomo.

Tutto ciò è conseguenza della necessità di sicurezza, dell'orgoglio e della cupidigia umana: i beni soddisfano per se stessi e il loro possesso è utile; possono essere concessi ad altri ed essi dovranno retribuirne l'uso quale corrispettivo del servizio ricevuto; i beni forniscono ricchezza e si può vivere del frutto di questi permettendoci di dedicare il proprio tempo ed energie ad altre attività; infine, l'accumulazione di ricchezze determina la conquista e la conservazione di posizioni di potere e di una condizione sociale privilegiata e stabile.

Sul piano prettamente storico sono note le dispute dottrinali sull'origine del concetto di proprietà e sul suo significato politico ed economico e, in particolar modo, le posizioni di coloro i quali incolpano il diritto romano quale causa della definizione del dominio come capacità di usare e godere di

un determinato bene in maniera così assoluta da legittimarne quasi un "abuso".

A parer mio, tale affermazione è priva di un approfondimento storico: chiunque si avvicini alla storia di Roma con serenità di giudizio non può fare a meno di osservare come l'egoismo, lungi dall'essere una caratteristica propria di quella civiltà, fosse al contrario una deviazione censurata e proscritta; come ogni cittadino avesse una concezione del diritto onesta e precisa, sia sul piano dei propri diritti e di questi in rapporto ai diritti degli altri, sia come strumento regolatore della vita comunitaria; quanto, in questo senso, il cittadino romano possa essere considerato un solidarista, quasi soggetto al contempo individuale e collettivo in forza dei valori propri di quella civiltà, senza che fossero necessarie teorie politiche e tanto meno una Costituzione ed una moltitudine di leggi scritte a sancirne l'esistenza. A questo proposito, sono dell'opinione che, quando le norme si impegnano a evidenziare determinati valori e li ripetono con l'instancabilità di un ritornello, ciò accade perchè nella società espressione dell'ordinamento di vigenza di quelle norme, i suddetti valori sono sconosciuti o dimenticati oppure devono essere riscoperti.

Solo successivamente, in epoca medioevale, il concetto di proprietà muterà la sua funzione: la proprietà del territorio, degli strumenti per la coltivazione del fondo e degli schiavi, verranno considerati non più in diretto rapporto con il padrone, ma finiranno con l'essere ridotti a pura e semplice appendice del latifondo, trasformando così la proprietà in signoria assoluta sulle cose e sulle persone e collegando in tal modo alla titolarità della proprietà fondiaria la soggettività giuridica fonte del potere.

Questo è il profondo significato dell'espressione "non esiste signore senza terra" che riassume così bene l'essenza del regime feudale: la concezione del fondo come oggetto di una serie di diritti sovrapposti, di tasse e di oneri; il forte legame, praticamente indissolubile, del servo alla gleba e dell'apprendista alla corporazione; la moltiplicazione dei privilegi concessi alla nobiltà e al clero incardinata sulla proprietà di latifondi.

Ci sarebbero volute centinaia di anni, alla fine del XVIII secolo, perchè si assistesse all'apparizione nella Storia di una nuova concezione della proprietà a seguito della Rivoluzione Francese che, sulla base del motto *liberté égalité fraternité*, si propose il compito di abolire i privilegi e liberare persone e beni; l'esaltazione della proprietà privata liberamente disponibile riflette un *quid* ancora oggi attuale: la dignità della persona fondata sulla proprietà purché essa sia accessibile a tutti i cittadini.

Il nuovo stato di cose, però, non avrebbe tenuto a lungo a seguito

della degenerazione degli ideali rivoluzionari: la nuova concentrazione della ricchezza in mano alla borghesia, lo sfruttamento del lavoro altrui, le discriminazioni e gli abusi della nuova organizzazione sociale, avrebbero presto condotto a proteste generalizzate e a nuove teorie politico-sociali.

I moti rivoluzionari del 1848 si sarebbero presto diffusi in tutto il mondo, le nuove teorie socialiste promotrici di nuove forme di organizzazione sociale non avrebbero tardato ad affermarsi; lo stesso cattolicesimo si pose in posizione critica nei confronti di ciò che oggi si definisce capitalismo selvaggio secondo un orientamento definitosi con l'enciclica *Rerum Novarum* alla fine del XIX secolo.

Sarebbero comparsi sulla scena i concetti di "interesse sociale", "benessere comune", "equità sociale", ben presto diventati patrimonio comune della nostra civiltà e alla realizzazione dei quali si sarebbero dedicati tutti i partiti politici appartenenti a qualunque ideologia.

La "preoccupazione sociale" si sarebbe manifestata con l'intento di far prevalere il bene e l'interesse della società su quello individuale; il costituzionalismo moderno, mentre consacra il diritto alla proprietà, assume un deciso orientamento nell'affermare quel principio di ordine etico e politico di priorità del benessere comune secondo il paradigma dello Stato sociale democratico di diritto.

2. Dopo questo brevissimo *excursus* di carattere storico vorrei fare un esame sommario del trattamento dato alla proprietà privata nelle diverse Costituzioni della Repubblica colombiana a partire da quella di Cundimarca del 1811 e dalla Costituzione politica colombiana del 1886 comprese le modifiche costituzionali intervenute a più riprese e, in particolar modo, quelle derivanti dall'Atto legislativo n.1 del 1936 e Atto legislativo n.1 del 1968.

Vediamo i principi contenuti nella Costituzione del 1811: il governo garantisce a tutti i suoi cittadini i sacri diritti della libertà individuale e di religione, il diritto di proprietà e di libera stampa; i diritti dell'uomo nella società colombiana sono l'uguaglianza e la libertà, la sicurezza e la proprietà.

Il diritto di proprietà è inviolabile e consiste nella facoltà propria del cittadino di disporre liberamente dei propri beni e del frutto del suo ingegno, lavoro e industria. Nessuno può essere privato della minima porzione dei suoi beni senza il proprio consenso eccetto il caso in cui una pubblica necessità, legittimamente accreditata, lo esiga; e comunque, anche in questo caso ciò è permesso sotto implicita condizione di un equo indennizzo

(Costituzione di Cundinamarca del 30 marzo 1811).

Vediamo ora le modifiche intervenute a seguito della Costituzione del 1886. A livello generale possiamo dire che il legislatore modifica il suo atteggiamento nel senso di spostare l'accento dal concetto di proprietà come diritto individuale a quello della sua funzione sociale con una puntuale serie di norme.

“Le autorità della Repubblica sono istituite per proteggere tutte le persone residenti in Colombia, la loro vita, l'onore, i beni e per assicurare il compimento dei doveri sociali dello Stato e dei privati.” (Art. 16 Cost. Col. 1886 così come modificato dall'Art. 9 dell'Atto Legislativo n.1 del 1936).

“É garantita la proprietà privata e gli altri diritti acquisiti a giusto titolo, da persone fisiche o giuridiche, secondo le leggi civili. Questi non possono essere disconosciuti o violati dalle leggi successive. Qualora l'applicazione di una legge, adottata per ragioni di pubblica utilità o di interesse sociale, risultasse in contrasto con i diritti dei singoli, l'interesse privato dovrà cedere di fronte all'interesse pubblico o sociale.

La proprietà ha una funzione sociale che implica obblighi.

Per motivi di utilità pubblica o di interesse sociale, definiti dal legislatore è consentita l'espropriazione mediante sentenza giudiziaria e previo indennizzo.

Tuttavia il legislatore può, per ragioni di equità, determinare i casi in cui non è dovuto risarcimento, tramite voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri delle due Camere.” (Art. 30 Cost. Col. 1886 così come modificato dall'Art. 10 dell'Atto Legislativo n.1 del 1936).

Si prevede poi, una forma di espropriazione particolare, la cui applicazione può avvenire da parte di una autorità *non* giudiziaria e *senza* previo indennizzo: ciò avviene in caso di guerra unicamente al fine di ristabilire l'ordine pubblico; però, la proprietà immobiliare potrà essere requisita solo temporaneamente per far fronte alle necessità della guerra o per destinare ad essa i suoi frutti, ritenendosi comunque lo Stato sempre responsabile delle espropriazioni che il governo imponga direttamente o per mezzo dei suoi agenti (cfr. Art. 33 Cost. Col. 1886), ma la “confisca non può essere imposta” (Art. 34 Cost. Col. 1886).

Già con le modifiche intervenute mediante l'Atto Legislativo n.1 del 1968, si ha percezione della diversa concezione della proprietà e dell'iniziativa economica privata conseguenti alla trasformazione del sistema politico colombiano da liberale non interventista in sociale di diritto tendente alla pianificazione (2), secondo una linea politica che verrà portata a compimento con la Costituzione del 4 luglio 1991.

Si veda ad esempio l'Art. 32 Cost Col. 1886 modificato dall'Art. 6 dell'Atto Legislativo del 1968:

“La libertà d'impresa e l'iniziativa privata sono garantite nei limiti del bene comune. Tuttavia la direzione generale dell'economia spetta alla responsabilità dello Stato. Questo interverrà in via legislativa nella produzione, distribuzione, utilizzazione e consumo dei beni nonché nei servizi pubblici e privati, per razionalizzare e pianificare l'economia al fine di raggiungere uno sviluppo integrale.

Lo Stato interviene anche in via legislativa al fine di assicurare il pieno impiego delle risorse umane e naturali, nel quadro di una politica delle entrate e dei salari che abbia come obiettivo principale lo sviluppo economico, la giustizia sociale e il progresso armonioso ed integrato della comunità e delle classi proletarie in particolare.”

3. La Costituzione del 4 Luglio 1991 si riferisce alla proprietà in questi termini:

Art.58 “Sono garantiti la proprietà privata e gli altri diritti acquisiti nel rispetto della legge civile. Questi non possono essere ignorati né violati da leggi posteriori. Qualora l'applicazione di una legge, adottata per ragioni di utilità pubblica o interesse sociale, generasse un conflitto tra i diritti dei privati e la necessità riconosciuta dalla stessa legge, l'interesse privato dovrà cedere all'interesse pubblico o sociale.”

“La proprietà è una funzione sociale che implica obblighi. Come tale, le è inerente una funzione ecologica.”

“Lo Stato protegge e promuove le forme associative e solidali di proprietà.”

“Per ragioni di utilità pubblica o di interesse sociale, definite dal legislatore, è consentita l'espropriazione mediante sentenza giudiziaria e previo indennizzo. Questa sarà fissato con riferimento agli interessi della comunità e del danneggiato. Nei casi determinati dal legislatore, detta espropriazione potrà essere realizzata per via amministrativa, soggetta ad azione contenzioso-amministrativa posteriore, anche rispetto al prezzo.”

“Tuttavia per motivi di equità, il legislatore potrà determinare i casi in cui non abbia luogo il pagamento dell'indennizzo, mediante voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera. I motivi di equità, così come i motivi di utilità pubblica o di interesse sociale, invocati dal legislatore, non saranno giudizialmente controvertibili.”

Art. 60 “Lo Stato promuove l'accesso alla proprietà, conformemente alla legge [...].”

Art. 64 “É obbligo dello Stato promuovere l’accesso progressivo dei lavoratori agrari alla proprietà della terra, in forma individuale o associativa, [...] al fine di migliorare l’ingresso e la qualità della vita dei contadini”.

Art. 332 “Lo Stato è proprietario del sottosuolo e delle risorse naturali non rinnovabili, senza pregiudizio dei diritti acquisiti e perfezionati nel rispetto delle leggi preesistenti”.

Art. 333 “L’attività economica e l’iniziativa privata sono libere nei limiti del benessere comune. Per il loro esercizio, nessuno potrà esigere permessi previ né altri requisiti, senza l’autorizzazione della legge.”

“La concorrenza economica libera è un diritto di tutti, che suppone responsabilità.”

“Come base per lo sviluppo l’impresa compie una funzione sociale che implica obblighi. Lo Stato rafforzerà le organizzazioni solidali e stimolerà lo sviluppo imprenditoriale.”

“Lo Stato, per ordine della legge, impedirà che si ostacoli o si restringa la libertà economica ed eviterà o controllerà qualunque abuso che persone ed imprese facciano della loro posizione dominante nel mercato nazionale.”

“La legge limiterà la libertà economica qualora l’interesse sociale, l’ambiente e il patrimonio culturale della Nazione lo esigano.”.

Art. 334 “La direzione generale dell’economia è competenza dello Stato. Questi interverrà, per ordine della legge, nello sfruttamento delle risorse naturali, nell’uso del sottosuolo, nella produzione, distribuzione, utilizzo e consumo dei beni, e nei servizi pubblici e privati, per razionalizzare l’economia al fine di ottenere il miglioramento della qualità di vita degli abitanti, la distribuzione equa delle opportunità, i benefici dello sviluppo e la preservazione di un ambiente sano. [...]”

Art. 335 “L’attività finanziaria, di borsa, assicuratrice e qualunque altra connessa all’amministrazione, profitto ed investimento delle risorse alle quali si riferisce all’Art. 150, num. 19, lett. d), sono di interesse pubblico e potranno essere esercitate solo previa autorizzazione dello Stato, conformemente alla legge, la quale regolerà la forma dell’intervento del Governo in dette materie e promuoverà la democraticizzazione del credito.”

Art. 365 “[...] I servizi pubblici saranno sottomessi al regime giuridico fissato dalla legge, potranno essere concessi dallo Stato, direttamente o indirettamente, a comunità organizzate o a privati. Tuttavia, lo Stato conserverà il regolamento, il controllo e la vigilanza di detti servizi. Qualora lo Stato, per motivi di sovranità o interesse sociale e mediante legge approvata a maggioranza dei membri di ciascuna Camera su iniziativa del Governo,

decida di riservarsi determinate attività strategiche, dovrà indennizzare in forma previa e totale le persone che, in virtù di detta legge, risultino private di un'attività lecita."

3.1. Ai fini della completezza del quadro normativo è necessario aggiungere a questa esposizione due precetti della legge n.153 del 1887, uno dei quali rinvia alla legge cilena del 7 dicembre 1861. Tradizionalmente, alla legge 153 è stata data un'importanza speciale, quasi al di sopra della legge.

All'Art. 18 si dice che le "leggi che per ragione di morale, salubrità o utilità pubblica restringano diritti protetti da leggi anteriori, hanno un'efficacia generale ed immediata."

"Qualora la legge determinasse espropriazioni, la loro esecuzione richiede indennizzo previo, che sarà realizzato conformemente alla legislazione preesistente [...]".

All'Art. 28 si afferma che qualunque diritto reale acquisito in conformità ad una legge anteriore non può essere rimesso in discussione nella sua esistenza da una legge posteriore, ma quanto al suo esercizio, ai suoi oneri e alla sua estinzione, prevarranno le disposizioni della nuova legge.

Si deve ricordare poi, che l'Art. 14 del Codice Civile colombiano dispone che: "Le leggi che si limitano a dichiarare l'orientamento di altre disposizioni, si intenderranno incorporate ad esse, senza pregiudicare in nessun modo gli effetti delle sentenze passate in giudicato nel frattempo", e che in alcuni casi lo Stato colombiano ha utilizzato l'espedito della legge interpretativa per legiferare in modo retroattivo.

4. Desidero adesso procedere ad alcune considerazioni riguardo al mutamento di prospettiva, storicamente riscontrabile nella serie di norme poco sopra riportate, riguardante la funzione del diritto di proprietà e, con essa, la disciplina delle espropriazioni per pubblica utilità; nel procedere a questa analisi non mancherò di evidenziare, dal lato comparativo, le analogie riscontrabili con le coeve fonti normative europee alle quali le varie Costituzioni colombiane si sono indubbiamente ispirate.

La prima Costituzione include tra i "sacri diritti garantiti a tutti i cittadini", con una formulazione analoga all'Art. 17 della "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino" francese del 1789, il diritto di proprietà, addirittura al di sopra della libertà individuale e di stampa e immediatamente dopo alla libertà di religione.

Diritto alla proprietà inviolabile, con l'unica eccezione dell'esistenza di una grave necessità pubblica, legalmente comprovata, che renda inevita-

bile il passaggio alla mano pubblica: in casi cioè, del tutto eccezionali e previo indennizzo che deve sempre presupporli.

Già nel periodo successivo, però, si assiste ad una crescente preoccupazione del legislatore di tutelare l'interesse pubblico: nella Costituzione del 1853 si prevede che, in caso di guerra, l'indennizzo può non essere previo; in quella del 1858 si stabilisce che il grave motivo di necessità pubblica può essere dichiarato in via giudiziale e che la libera iniziativa privata non può essere esercitata in modo tale da porre ostacoli alle grandi vie di comunicazione nè da minacciare la salute pubblica.

A conclusione di questa fase storica la Costituzione del 1886, da un lato estende la garanzia dell'inviolabilità del patrimonio a "tutti i diritti acquisiti con giusto titolo", dall'altro precisa il contenuto della "necessità pubblica", mediante la formula secondo la quale in caso di conflitto tra i diritti dell'individuo e la necessità riconosciuta dalla legge, l'interesse privato dovrà cedere di fronte all'*interesse pubblico*, da rinvenirsi nei concetti di morale, salute ed utilità pubbliche.

4.1. Affermare oggi che i diritti soggettivi compiono anche una funzione sociale, che nessun diritto è assoluto o illimitato, che il titolare, oltre alle prerogative corrispondenti al diritto, ha anche degli obblighi e che l'interesse privato deve cedere di fronte a quello pubblico, appare naturale.

Alla vigilia della riforma costituzionale del 1936 l'affermazione di una tale concezione dei diritti soggettivi era tutt'altro che scontata, data la mentalità corrente e la correlazione tra potere e forze sociali dell'epoca: sono molto illustrativi in proposito gli atti parlamentari relativi al dibattito in seno al Congresso Costituente.

Il "funzionalismo" e il solidarismo risalgono agli insegnamenti del Comte, secondo il quale "*nessuno ha più diritti che quello di compiere il proprio dovere*" al fine di "*sostituire sempre i doveri ai diritti per subordinare meglio la personalità alla socialità*". Occorre segnalare che tale concezione trovò significativi apporti e sistemazione da parte del Duguit, il quale, tra l'altro, ebbe modo di visitare la Colombia.

La riforma costituzionale del 1936 si ispira alla Costituzione tedesca della Repubblica di Weimar del 1919 e di quella spagnola del 1931 dove trovano espressione i principi sopra ricordati. La proprietà, paradigma del diritto soggettivo, da diritto sacro, inviolabile ed assoluto, diventa diritto che "*contiene obblighi*", il cui uso "*deve essere lo stesso nell'interesse generale*" (Art. 153 Cost. Repubblica di Weimar), oppure diritto "*subordinato agli interessi dell'economia nazionale. [...] oggetto d'espropriazione*

forzata per causa d'utilità sociale mediante adeguato indennizzo, a meno che una legge approvata con voto della maggioranza assoluta delle Corti disponga cosa differente. [...] Con gli stessi requisiti, la proprietà potrà essere socializzata" (Art. 44 Cost. Repubblica spagnola del 1931).

A ciò si aggiunge l'intervento diretto dello Stato nell'economia per razionalizzare la produzione e gli interessi dell'economia nazionale (Art. 44 Cost. spagnola e 155 Cost. tedesca).

Insomma dall'alveo del concetto di interesse pubblico si distacca, parallelamente al mutamento del contesto giuridico e politico-sociale, il concetto di *interesse sociale* prevalente su quello privato e consistente in senso proprio in "*quei problemi economici che hanno dato origine alla complessità della vita contemporanea*" (così la Commissione che redasse la riforma del 1936): in altre parole, tutto ciò che corrisponde ai compiti di un moderno Stato sociale di diritto.

Il dibattito costituente si incentrò dunque, sull'esatto significato da attribuirsi all'espressione "*la proprietà è una funzione sociale che implica obblighi*": il diritto è compatibile con una sua supposta funzione? È eccessivo aggiungere alla definizione del diritto come funzione sociale, l'espressione "*implica obblighi*"?

Occorreva affermare il principio che non era possibile, ammissibile o lecito l'esercizio arbitrario ed egoistico di alcun diritto a partire da quello di proprietà. Si trattava, insomma, di instillare nella società colombiana dell'epoca, chiusa rurale ed arretrata, la coscienza del nuovo significato di diritto individuale, la consapevolezza che la condotta, il modo d'essere e le proprietà dei cittadini devono essere necessariamente concepite in rapporto con gli altri; di più, si trattava di porre l'accento sulla "funzione sociale" del diritto di proprietà in modo che la nuova concezione del diritto penetrasse integralmente l'attività giuridica: quella legislativa, quella giurisdizionale e quella individuale, dottrinale e pratica.

4.2. Per quanto riguarda il secondo tema della nostra analisi, ci preme ricordare come il dibattito in seno al Congresso Costituente del 1936 si incentrasse, non sulla possibilità o meno di procedere ad espropriazione (principio come abbiamo visto già accettato in precedenza), ma sulle condizioni della stessa.

L'orientamento che prevalse fu quello di considerare possibile l'espropriazione solo per gravi motivi di *utilità pubblica*, predeterminati dal legislatore, con l'intervento dell'autorità giudiziaria e previo equo indennizzo. All'utilità pubblica si sommava l'*interesse sociale* quale motivo giu-

stificativo dell'espropriazione.

Si manteneva il requisito del previo indennizzo, ma non se ne qualificavano i contenuti e, secondo il modello della Costituzione spagnola del 1931, si prevedeva quella particolare forma di espropriazione senza indennizzo "per ragioni di equità" e mediante voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera.

Occorre ricordare che queste formule si mantennero praticamente immutate sia nella riforma del 1968 sia nella Costituzione del 1991.

Quest'ultima, però, precisa in modo significativo l'aspetto relativo alla quantificazione dell'indennizzo: esso sarà fissato con riferimento agli interessi della comunità e del danneggiato; ed in materia di procedimento autorizza l'azione contenzioso-amministrativa posteriore, anche rispetto al prezzo.

Giova forse ricordare che l'aspetto più controverso di questa disciplina, non è stato il mantenimento dell'espropriazione senza indennizzo (peraltro mai applicata), ma la sua esecuzione in via amministrativa, facoltà precedentemente prevista in via del tutto eccezionale e solamente in caso di guerra.

5. Vorrei procedere ora ad alcune considerazioni più approfondite sui criteri guida che è possibile rinvenire, in via dottrinale, sulla determinazione quantitativa dell'indennizzo.

Il punto di partenza, in questa analisi, è ancora la Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo la quale l'espropriazione doveva subordinarsi all'esigenza di un previo e giusto indennizzo. In termini civilistici si potrebbe configurare un'ipotesi di contratto forzato di compravendita, nel quale le parti si accordano sul prezzo o, in caso di mancato accordo, accedono al giudice perché esso ne determini l'ammontare con il concorso dei periti.

Nella Costituzione del 1886 l'ammontare dell'indennizzo doveva essere "completo" e, in principio, previo; la riforma del 1936 sopprime l'esigenza del pieno indennizzo ed aggiunse l'ipotesi del non indennizzo nei casi determinati dal legislatore "per motivi di equità, con voto favorevole della maggioranza assoluta dei membri di ciascuna Camera"; la Costituzione del 1991, infine, ha mantenuto nell'Art. 58 la sola nota "previo" e, quanto all'espropriazione senza indennizzo, ha scatenato il dibattito sul fatto se i motivi di utilità pubblica e di interesse sociale, invocati dal legislatore, potessero essere controvertiti in giudizio o meno: prevalse la soluzione negativa in contrasto all'opinione di uno dei più eminenti redatto-

ri della riforma del 1936.

Inoltre, vale la pena di notare la non lieve contraddizione tra la previsione generale dell'Art. 58, già commentata, ed il regime specifico di "riserva di determinate attività strategiche o servizi pubblici" da parte dello Stato, per il quale, secondo l'Art. 365 Cost., "si dovrà indennizzare in forma previa e completa le persone che siano state private dell'esercizio di un'attività lecita".

L'antecedente normativo di una siffatta disciplina può essere rinvenuto nel già citato Art. 44 della Costituzione spagnola del 1931 e, ancor prima, nell'atto legislativo n.6 del 1905 dove si afferma che in "tempo di pace nessuno potrà essere privato della sua proprietà, parzialmente o totalmente, se non nei seguenti casi, secondo leggi espresse:

- per contribuzione generale
- per motivi di utilità pubblica, definiti dal legislatore, previo indennizzo, salvo nel caso dell'apertura e costruzione di vie di comunicazione, caso in cui si suppone che il beneficio che nasce per i predi attraversati equivale al prezzo della porzione di terreno necessaria per la via; tuttavia, se si comprovassè che detta porzione vale di più, la differenza sarà pagata".

L'interpretazione prevalente di questa complessa disciplina portò ad affermare, già nel 1936, che l'ammontare dell'indennizzo non fosse uguale al valore di ciò che è espropriato, poiché considerazioni di equità indicano che l'esborso dello Stato a causa di un'espropriazione debba essere inferiore al valore della proprietà corrispondente, prevalendo così un criterio elastico nell'apprezzamento quantitativo dell'indennizzo (ministro Echandía al Congresso Costituente del 1936).

Questo è il motivo per il quale non si qualificò l'indennizzo come completo oppure equo, poichè ciò avrebbe significato ancorarlo al valore pieno del bene espropriato: il proposito del legislatore costituzionale era invece quello di sottrarre la determinazione dell'ammontare ad una meccanica fissa ed inerte, lasciandone al giudice l'apprezzamento tenuto conto delle circostanze concrete del caso.

Nella Costituzione del 1991 si prevede, ancora una volta, l'ipotesi di espropriazione senza indennizzo: sin dalla prima formulazione del precetto (1936) non si è ancora verificato il caso di una siffatta espropriazione e niente, allo stato attuale, lascia supporre una sua futura applicazione. La *ratio* della norma va vista alla luce delle esigenze economiche degli anni in cui è stata emanata, quale strumento di pressione sui latifondisti che lasciavano incolte le proprie terre al fine di impiegarle a fini produttivi e creare posti di lavoro.

Occorre sottolineare, comunque, che tale disposizione è ancora in vigore, non essendo stata formalmente abrogata e che, data la attuale situazione socio-economica, essa possa avere il valore di minaccia latente in quanto norma di difficile applicazione.

In conclusione, mi sembra di poter dire che con quanto stabilito dall'Art. 58 della nuova Costituzione colombiana, in special modo con la previsione del riferimento agli interessi della comunità e del danneggiato, il giudice abbia sufficiente autonomia per indennizzare equamente il proprietario espropriato, tenendo conto non solo del valore di ciò che passa in mano pubblica ma anche degli eventuali vantaggi di cui detto proprietario si trovi a beneficiare direttamente o indirettamente: quali, ad esempio, quelle valorizzazioni, derivanti dal compimento di un'opera pubblica, che non siano direttamente connesse al suo lavoro o investimento.

La norma, a mio avviso, è così completa da sancire l'inutilità dell'inciso finale dello stesso Art. 58, quello relativo all'espropriazione in via amministrativa, in quanto soggetta a determinazioni passionali e politicamente censurabile in via di diritto.

6. Vorrei proporre adesso alcune considerazioni conclusive sul concetto di proprietà alla luce delle nuove sfide poste a tale diritto dalla complessità dei problemi riscontrabile nell'epoca attuale.

Il diritto alla proprietà è sempre stato considerato il diritto per antonomasia: diritto sacro o diritto naturale, misura di tutte le cose, di tutti i diritti e relazioni sociali, economiche e giuridiche, con prerogative e protezione più ampie che, ad esempio, il diritto al lavoro, a dispetto della sproporzione numerica tra i titolari dell'uno e dell'altro.

La nuova Costituzione propugna una Colombia democratica, di partecipazione e pluralista, fondata sul rispetto della dignità umana, sul lavoro, sulla solidarietà e sulla prevalenza dell'interesse generale e segnala come compito dello Stato quello di promuovere l'accesso alla proprietà.

Diventa allora più urgente l'inquietudine di come combinare i principi di libertà, proprietà e uguaglianza di opportunità: infatti, alcuni "principi del costituzionalismo moderno sottolineano precisamente la necessità di subordinare i fini economici al rispetto di valori come la sicurezza, la libertà, la dignità umana. L'esperienza ha fatto sorgere limiti all'interventismo pubblico dello Stato amministrativo. Nasce, quindi, il problema del cambio di qualità dell'intervento giuridico pubblico, dovendosi dare la prevalenza ai criteri di rispetto dei diritti fondamentali e della legalità dell'attività dei soggetti, tanto pubblici come privati."(3)

È stato anche detto che oggi "la proprietà non si presenta come un diritto fondamentale della persona, che delimita un ambito privato libero dalle intromissioni del potere politico, ma piuttosto come un diritto di partecipazione nell'organizzazione e lo sviluppo della vita economica. Il proprietario è protetto soprattutto in questo suo ruolo di partecipante e, quindi, la *ratio* della tutela costituzionale non è tanto la sua personalità, quanto invece la funzionalità del sistema socio-economico."(4)

La storia del diritto di proprietà, dunque, coincide con una definizione sempre più ampia dei suoi limiti. In principio ci si è chiesti se il diritto all'appropriazione riguardasse qualsiasi classe di beni e da parte di chiunque, oppure se esistessero limiti alla quantità dei beni oggetto di essa, ad esempio sui beni consistenti nell'esercizio di determinate attività fondamentali.

Da questo alveo, in epoca recente, si è spostata l'attenzione sull'alternativa tra monopolio e libera concorrenza: optatosi per la seconda la questione era se ciò fosse strumentale alla tutela della situazione economica generale, alla protezione del cittadino-consumatore o al diritto individuale degli imprenditori. Ancora, come assicurare l'equilibrio tra proprietà pubblica e privata e che i beni pubblici siano effettivamente goduti da tutti i cittadini sia di fronte ai pubblici poteri sia di fronte ai singoli?

In tempi ancora più recenti ci si preoccupa di assicurare che l'iniziativa economica privata si svolga in modo da non contrastare con la tutela dell'ambiente, la conservazione e l'uso razionale delle risorse, specialmente quelle non rinnovabili.

Sono cambiati, insomma, il concetto e il significato del diritto di proprietà e il suo oggetto, poiché si sono identificati una serie di altri diritti fondamentali di fronte ai quali esso ha perso il suo carattere di sacralità e di predominio.

Allo stesso modo, è mutata l'attitudine dei poteri pubblici nei confronti delle diverse classi di proprietari e tipi di proprietà.

Si pensi al diverso grado di conflittualità che presenta una controversia riguardante la proprietà territoriale rispetto alla proprietà di una rete televisiva o alla concessione di una rete di telefoni cellulari o ad una patente d'invenzione in materia di idrocarburi o, ancora, alla lotta per il controllo di un'azienda di interesse nazionale o a quella tra imprese per il controllo di quote di mercato, concessioni, esclusive; e si pensi alla possibile risoluzione di tali contrasti in termini di titolarità del diritto, sua disponibilità o, addirittura, di espropriazione, rispetto all'interesse pubblico.

In questi casi, non ci si trova di fronte ad un conflitto tra lo Stato che

pretende di prendere possesso di un bene senza pagarlo o a buon mercato (magari per passione politica o risentimento di alcuni funzionari), e il proprietario il cui interesse è quello di trarre la maggiore utilità, in termini di valore, dall'espropriazione in atto; oppure la lite tra proprietari di terreni confinanti per una sorgente d'acqua o per il transito di persone e veicoli.

Si deve, qui, reperire necessariamente quei criteri giuridici in grado di assicurare la "funzione sociale della proprietà" o "dell'impresa", e, soprattutto, di far sì che la direzione generale dell'economia a carico dello Stato e l'intervento di questi in ogni tipo di attività economica abbia efficace attuazione; si tratta, dunque, di armonizzare questo fondamentale intervento con tutta quella serie di giganteschi interessi privati che abbiamo tratteggiato poco sopra e, forse, di introdurre la cultura della democrazia partecipativa nelle società grandi e piccole, tanto in materia di detenzione quanto di controllo del potere.

A questo proposito, la linea tracciata dal settore della protezione del consumatore, indica una possibile futura rotta al diritto sociale, attraverso la formazione di associazioni tra cittadini interessati.

6.1. Di fronte a questa serie di problemi è legittimo domandarsi se la proprietà sia ancora il pilastro del sistema politico economico e sociale.

La caratteristica saliente dell'attuale Costituzione colombiana è di avere aggregato alla ripetizione di valori, principi, libertà e diritti che potremmo chiamare "tradizionali", la proclamazione di diritti individuali e collettivi di nuovo conio, diritti che dichiara fondamentali e ai quali conferisce strumenti per assicurarne l'effettività universale.

Si cerca, così, attraverso l'esaltazione e la tutela di tali diritti, di recuperare il ruolo basilare del diritto quale strumento corretto e imparziale nella risoluzione dei conflitti e propulsore dell'eguaglianza sociale.

In quest'ottica è utile considerare con occhi diversi la persona umana, considerarla pienamente tale e non come mero soggetto di diritto, essere umano prima che titolare di beni materiali e privilegiare in tutti i settori quei diritti funzionali alla promozione e sviluppo della propria personalità. Le stesse Costituzioni e, accanto ad esse, le norme contenute nei trattati e convenzioni internazionali, proteggono e promuovono i fondamentali diritti della persona umana e ne dichiarano l'inviolabilità e la tutela in ambito nazionale ed internazionale.

In tale contesto è lecito porsi una domanda fondamentale: tra questi diritti, nel loro essenziale significato giuridico e politico può ricomprendersi anche il diritto alla proprietà?

Il diritto alla vita, l'integrità morale e fisica, la salute, il diritto al nome e all'identità personale, alla riservatezza, all'immagine e allo sviluppo della propria personalità, possono essere considerate alla stessa stregua del diritto alla titolarità di un patrimonio, o meglio, può il diritto di proprietà acquisire la stessa dignità dei beni afferenti alla personalità?

Personalmente propendo per la soluzione negativa. Per quanto sacro, il diritto di proprietà non può essere reputato pari alla libertà di coscienza o della vita, nè alla dignità e inviolabilità della persona umana: ne costituisce solo un aspetto.

Sembra giusto riaffermare che nell'individuo la componente "essere" si pone sempre prima ed ha un carattere più essenziale della componente "avere": ciò indipendentemente dal titolo o dal capitolo che consacra il diritto alla proprietà, all'impresa o all'iniziativa economica privata.

Per lo stesso motivo, in caso di conflitto tra proprietà e dignità della persona, la soluzione è unica a favore della sfera di interessi ricompresa nella seconda alternativa: perchè esiste una gerarchia di valori che si riflette sui corrispondenti diritti (5) e la persona umana deve essere tutelata in quanto "è", e non solo in quanto possiede.(6)

NOTE

1) Conferenza tenuta nella facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Urbino, 7 dicembre 1993.

2) Cfr. G.Guidi-E.Rozo Acuña (a cura di), *Costituzioni straniere contemporanee*, Vol.I, *I paesi andini*, Milano, 1990, pp.81 e ss.

3) S.Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Bari, 1992.

4) Mengoni, *Proprietà e libertà*, 1988.

5) Cfr.L.Bigliazzi Geri, F.D.Busnelli, U.Breccia, U.Natoli, *Diritto civile*, I, 1, Torino, pp.141 ss.

6) Cfr.P.Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino, 1972, p.154.