

ANNO LXX - 2002/03

NUOVA SERIE A - N. 54,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 1

PAOLO BONI, *Lavoro e economia nella dottrina sociale della Chiesa*, 7

CARLO MAGNANI, *Il comune soggetto autonomo della democrazia costituzionale*, 31

EDUARDO ROZO ACUÑA, *Il principio democratico nella Costituzione delle Repubblica Bolivariana del Venezuela*, 59

GIURISPRUDENZA E NOTE

Repubblica di San Marino, *Sentenza dell'8 aprile 1998 del Giudice delle Appellazioni Civili Prof. Piergiorgio Peruzzi, nel procedimento civile n. 118 dell'anno 1993*, 83

(con nota di CORRADO BRANCATI, *L'insegnamento: rapporto contrattuale e responsabilità per inadempimento*, 108)

Direttore responsabile: GIOVANNI BATTISTA BOGLIOLO

Comitato scientifico: GIACINTO DELLA CANANEA, ANGELO DONDI, CARLO FANTAPPIÈ, GIUSEPPE GILIBERTI, RÉGINALD GRÉGOIRE, MASSIMILIANO GUDERZO, ANNAMARIA LUSARDI, LUIGI MARI, RICCARDO MAZZONI, LUCIO MONACO, PAOLO MOROZZO DELLA ROCCA, VITTORIO PARLATO, EDUARDO ROZO ACUÑA, CHIARA TENELLA SILLANI

Redazione: MARCO CANGIOTTI, ANNA MARIA GIOMARO

Direzione e redazione: Facoltà di Giurisprudenza, Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 3031

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927.

Stampa: Arti Grafiche Editoriali Srl, Urbino

ANNO LXX - 2002/03

NUOVA SERIE A - N. 54,1

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

PAOLO BONI

*LAVORO E ECONOMIA NELLA DOTTRINA SOCIALE
DELLA CHIESA*

SOMMARIO

1. *Natura del lavoro: attività transitiva e intransitiva.* – 2. *Il primato della persona.* – 3. *Il diritto alla proprietà privata.* – 4. *La destinazione universale dei beni.* – 5. *Il diritto di associazione.* – 6. *Rapporto tra capitale e lavoro.* – 7. *Il capitalismo.* – 8. *Il marxismo.* – 9. *L'interdipendenza.* – 10. *Solidarietà.* – 11. *Sviluppo.*

1. *Natura del lavoro: attività transitiva e intransitiva*

Questo saggio propone la ricognizione delle principali posizioni assunte nella dottrina sociale della Chiesa in merito ai problemi del lavoro e dell'economia. Questa ricognizione sarà circoscritta alle encicliche sociali, dalla *Rerum novarum* di Leone XIII fino alla *Centesimus annus* di Giovanni Paolo II, senza ovviamente avere la pretesa di essere esaustiva.

La centralità delle due tematiche all'interno del magistero sociale della Chiesa cattolica emerge di continuo. A titolo esemplificativo si può guardare alla *Rerum novarum* che si apre presentandole come motivo dell'enciclica: essa è dedicata alla “questione operaia”, alla soluzione dei rapporti tra il capitale e il lavoro “secondo giustizia ed equità”¹. La *Centesimus annus* dedica ad essi i primi quattro capitoli e Giovanni Paolo II indirizza un'intera enciclica al tema del lavoro.

È difficile scindere lavoro ed economia, tanto sono intrecciati tra di loro, né su argomenti come questi è possibile separare parti da potere utilizzare singolarmente, senza il rischio di stravolgerle. Solo l'unità complessiva rende ragione delle posizioni della dottrina sociale su queste materie. Tuttavia può risultare utile una analisi separata delle due tematiche, con la speranza di guadagnarne in maggiore chiarezza espositiva.

La *Laborem exercens* lega la dimensione del lavoro all'antropologia bi-

¹ Leone XIII, Lettera Enciclica *Rerum novarum* [RN] (15.5.1891), 1.

blica, quando ne fa un segno della somiglianza con Dio: “fatto a immagine e somiglianza di Dio stesso nell’universo visibile, e in esso costituito perché dominasse la terra, l’uomo è perciò sin dall’inizio chiamato al lavoro. Il lavoro è una delle caratteristiche che distinguono l’uomo dal resto delle creature, la cui attività, connessa col mantenimento della vita, non si può chiamare lavoro; solo l’uomo ne è capace e solo l’uomo lo compie, riempiendo al tempo stesso con il suo lavoro la sua esistenza sulla terra”².

L’enciclica traduce la somiglianza con il Creatore attraverso la nozione di “dominio”, secondo l’espressione del Genesi³, che si manifesta nella duplice dimensione del lavoro in senso oggettivo e in senso soggettivo, di attività attraverso la quale modifichiamo le cose (attività transitiva) e noi stessi (attività intransitiva)⁴.

Inteso come un’attività transitiva il lavoro è rivolto verso un oggetto esterno per modificarlo. Sotto questo aspetto è finalizzato a soggiogare le risorse della terra, alla possibilità di fare emergere le potenzialità ancora nascoste nella natura: è grazie al lavoro che i beni della terra possono essere trasformati per potere essere poi utilizzati. Con esso l’uomo si presenta come un soggetto che oltrepassa il puro dato naturale dal quale si trova costituito, incontra sempre nuovi bisogni e cerca sempre nuove risposte. È colui che trasforma la natura, non la lascia come la trova, ha una capacità creativa che sa imprimere in essa (in positivo o in negativo) la propria impronta culturale e spirituale. Nel portare a compimento le virtualità che il Creatore ha immesso nella natura può fare, in maniera analogica, l’esperienza del Creatore che alla fine di ogni giornata della creazione disse “e vide che era cosa buona”⁵: è quanto sostiene la *Gaudium et spes* quando afferma che con il lavoro l’uomo è chiamato “a collaborare attivamente al completamento della divina creazione”⁶.

² Giovanni Paolo II, Lettera Enciclica *Laborem exercens* [LE] (14.9.1981), prefazione. Anche quando non citata, l’enciclica offre il sottofondo alle nostre considerazioni sul tema del lavoro.

³ “Siate fecondi e moltiplicatevi, riempite la terra, soggiogatela”. *Genesi* 1, 28.

⁴ Sulla nozione di dominio e sul lavoro in senso transitivo e intransitivo v. *LE*, 4-7.

⁵ È l’espressione ricorrente in *Genesi*, 1.

⁶ Concilio ecumenico Vaticano II, Costituzione pastorale sulla chiesa nel mondo contemporaneo, *Gaudium et spes* [GS] (7.12.1965), 67. In termini quasi analoghi si esprime Paolo VI nella *Populorum progressio* [PP] (26.3.1967), 27. La creazione viene vista come il primo dono che l’uomo si trova di fronte e grazie al quale è possibile il lavoro. Tuttavia la questione ecologica non rientra nell’ambito di questa ricerca.

In questo primo significato in senso oggettivo del lavoro, il dominio coincide fondamentalmente con la tecnica che si presenta come un primo segno della grandezza dell'uomo⁷. È la ragione per cui la dottrina sociale non condanna la tecnica, anche se mette in guardia dalla sua ambivalenza⁸.

Al tempo stesso il lavoro si presenta in senso soggettivo come l'attività "che permetta all'uomo, considerato come individuo o come membro della società, di coltivare e di attuare la sua integrale vocazione"⁹. Inteso come un'attività intransitiva il lavoro è rivolto verso il soggetto stesso che lo compie, è "actus personae", atto che non si trasferisce solo sulle cose ma, piuttosto, attraverso il quale trasforma se stesso, decide di sé e consente la rivelazione della propria interiorità. È anche in questo secondo significato, e sicuramente più che nel primo, che va letto il significato del "dominio". L'uomo deve "dominare" la terra perché come immagine di Dio è una persona, un essere libero chiamato, anche attraverso il lavoro, a decidere di sé. Senza questa dimensione spirituale dell'uomo non esisterebbe il lavoro: "solo l'uomo ne è capace e solo l'uomo lo compie", come si diceva sopra. Attraverso il lavoro fa esperienza della sua trascendenza e della vocazione a cui è chiamato: "l'attività umana come deriva dall'uomo così è ordinata all'uomo. L'uomo infatti, quando lavora, non trasforma soltanto le cose e la società, ma perfeziona se stesso. Apprende molte cose, sviluppa le sue facoltà, esce da sé e si supera. Tale sviluppo, se ben compreso, vale più delle ricchezze esteriori che si possono accumulare"¹⁰.

2. Il primato della persona

In questo modo la prospettiva della dottrina sociale è rovesciata rispetto a una impostazione puramente materialista o economicista: è perché l'uomo è soggetto spirituale che c'è il lavoro, non sono i fattori materiali a rendere l'uomo padrone di sé e a permetterne l'autorealizzazione.

⁷ Giovanni XXIII, Lettera enciclica *Pacem in terris* [PT] (11.4.1963), 1-2.

⁸ PP, 34. La LE la definisce sia "alleata" che "avversaria". Per l'estensione dell'analisi dell'ambivalenza al mondo delle scienze v. Paolo VI, *Octogesima adveniens* [OA] (14.5.1971), 38-41.

⁹ GS, 35. V. inoltre PP, 27-28 che mette in rilievo anche l'ambivalenza presente nel lavoro.

¹⁰ GS, 35.

Determinante sia per la costituzione che per la organizzazione della dimensione del lavoro è la sfera spirituale, quella che possiamo chiamare la dimensione della cultura¹¹. Essa dà origina al lavoro ed è al suo interno che vanno affrontati sia lo sviluppo del lavoro che la difesa dei diritti degli uomini del lavoro. La centralità dell'antropologia caratterizza in senso umanistico e spirituale questa visione: afferma il primato della persona sulle cose, la sua irriducibilità alle condizioni materiali o sociali. L'uomo è il soggetto del lavoro, c'è lavoro solo quando ne è il soggetto.

Questa posizione di natura etica è costantemente ripetuta nelle encicliche sociali e possiamo considerare come sua sintetica formulazione l'affermazione che "prima di tutto il lavoro è per l'uomo, e non l'uomo per il lavoro"¹², il primato della dimensione soggettiva su quella oggettiva. È soprattutto a partire dalla *Gaudium et spes* che i pontefici accentuano l'aspetto antropologico della dottrina sociale considerando l'uomo la prima e fondamentale via della Chiesa, secondo l'espressione della *Redemptor hominis* ripresa dalla *Laborem exercens*¹³.

Il lavoro si presenta dunque come un bene perché è la via attraverso la quale l'uomo realizza il "dominio", "diventa più uomo", anche se non è possibile realizzarlo senza la fatica e il sudore. Ha nelle sue dimensioni costitutive un carattere "positivo e creativo, educativo e meritorio"¹⁴. In quanto bene presuppone sia virtù individuali, come la laboriosità, sia un giusto ordine sociale, senza il quale come molte volte è accaduto può venire usato contro l'uomo, per soggiogarlo: "tutto ciò depone in favore dell'obbligo morale di unire la laboriosità come virtù con l'ordine sociale del lavoro, che permetterà all'uomo di diventare più uomo nel lavoro"¹⁵.

Proprio per la sua intrinseca dimensione soggettiva il lavoro si lega con altre dimensioni in cui si forma la soggettività umana. Anzitutto alla famiglia, di cui condivide la finalità educativa. Anch'essa, come il lavoro, è un ambito in cui gli uomini si formano e diventano "più uomini", anzi è il primo ambito di questa formazione. È al tempo stesso un rimedio per superare la mentalità individualista poiché si presenta come prima comunità di lavoro e di solidarietà, al cui interno si viene iniziati a un

¹¹ Giovanni Paolo II, *Centesimus annus* [CA] (1.5.1991) , 24.

¹² *LE*, 6; v. anche 12. A puro titolo esemplificativo, anche nella *Mater et magistra* è esplicitamente affermato il primato del lavoro sul capitale: Giovanni XXIII, *Mater et magistra* [MM] (20.5.1961), 94.

¹³ *LE*, 1.

¹⁴ *Ibidem*, 11.

¹⁵ *Ibidem*, 9.

concreto impegno di solidarietà e di carità. Di qui la sua importanza per “l’ordine socio-etico del lavoro umano”¹⁶.

L’altra grande dimensione, seguendo le linee proposte dalla *Laborem Exercens*, è quella della “grande società” che molto spesso si configura come nazione. Essa non è solo depositaria delle grandi configurazioni simboliche, “grande educatrice di ogni uomo”, ma è anche “una grande incarnazione storica e sociale del lavoro di tutte le generazioni”. È grazie ad essa che ogni uomo fa sia esperienza di se stesso che di qualcosa di più grande della propria individualità. Nell’incrementare il proprio bene assieme a quello degli altri viene introdotto al bene comune, “rendendosi così conto che per questa via il lavoro serve a moltiplicare il patrimonio di tutta la famiglia umana, di tutti gli uomini viventi nel mondo”¹⁷. Di nuovo le dimensioni simboliche e culturali risultano costitutive di quella economica.

Dunque il lavoro appartiene alla vocazione originaria dell’uomo, è parte di quelle azioni attraverso le quali può realizzare la sua umanità. Questa realizzazione di sé alla quale tutti gli uomini sono chiamati non avviene mai singolarmente ma sempre in una comunità di persone: “così il lavoro porta su di sé un particolare segno dell’uomo e dell’umanità, il segno di una persona operante in una comunità di persone; e questo segno determina la sua qualifica interiore e costituisce, in un certo senso, la stessa sua natura”¹⁸.

La dimensione personale non coincide con quella esclusivamente individuale. L’uomo infatti non lavora mai da solo. Ciò che usa lo riceve da altro, sia dalla natura (ad es. le materie prime) sia dagli altri uomini, coloro che gli hanno lasciato gli strumenti che utilizza oppure quelli a cui deve vendere le proprie merci. In ogni caso il lavoro è sempre un lavorare con altri (presenti o passati) e per altri: per sua natura il lavoro tende a creare una comunità di persone. Il lavoro anzitutto unisce gli uomini, non li oppone¹⁹. Grazie al patrimonio tecnico che gli è stato lasciato l’uomo “subentra nel lavoro degli altri”, in una relazione che è anzitutto con persone e non con cose. È questo un ulteriore modo di mostrare il primato della persona sulle cose, l’immagine umanistica del lavoro, il “dominio” sulle creature. Le cose condizionano ma non sono il soggetto

¹⁶ *Ibidem*, 10. V. anche CA, 39; 49.

¹⁷ Per le considerazioni sulla nazione v. LE, 10.

¹⁸ LE, prefazione.

¹⁹ PP, 27.

del lavoro. L'uomo non dipende da esse, ma dagli altri e da Dio, dal dono della creazione. Una delle conseguenze è che l'antinomia capitale-lavoro "non ha la sua sorgente nella struttura del processo di produzione, e neppure in quella del processo economico"²⁰: l'uno non può stare senza l'altro. Ma su questo torneremo oltre.

3. Il diritto alla proprietà privata

Il primato della persona come soggetto del lavoro si traduce anche nell'affermazione dei diritti degli uomini del lavoro. Da questo punto di vista resta ineguagliata la *Pacem in terris* con il suo lungo e dettagliato elenco di diritti e doveri che riguardano ogni essere umano²¹. Tra questi ce ne sono alcuni più frequentemente sottolineati nelle varie encicliche.

Il primo è la proprietà privata. A partire dalla *Rerum novarum* questo diritto viene costantemente riaffermato²², spesso in polemica con le concezioni socialiste che tendono a negarlo. Viene sostenuto con vari argomenti, fondamentalmente condensabili in due. Anzitutto la proprietà privata è un diritto naturale legato alla sfera materiale dell'esistenza, diritto alla proprietà di qualcosa di stabile che permetta di provvedere a se stessi e a coloro dei quali siamo responsabili²³. È per questo che spetta a chi lavora la proprietà del frutto della sua attività.

L'altro è l'argomento personalistico. Quando lavora l'uomo lascia impronta sulle cose un'impronta della sua personalità, del dominio di sé; usa le sue forze e le capacità della sua mente grazie alle quali riesce a "dominare" la terra e a farne la sua dimora. Questo dato culturale è il prolungamento della sua libertà sulle cose grazie a cui queste portano la traccia di chi le ha trasformate. In questo senso la proprietà privata è un modo di riaffermare il primato della persona, il diritto alla propria libertà nei rapporti con le cose. In sintesi, il diritto alla proprietà privata è diritto a potere "lavorare in proprio"²⁴.

Non tutti però hanno il possesso dei mezzi di produzione. In questo caso il "lavorare in proprio", il diritto alla proprietà, si traduce nel diritto al salario. E poiché per molti è l'unico modo di partecipare in proprio

²⁰ LE, 13.

²¹ PT, 5-25.

²² L'ultima in ordine di tempo è la CE, in particolare nel cap. IV.

²³ RN, 5-7.

²⁴ LE, 15.

all'uso dei beni della terra rientra nei diritti naturali. Il diritto al salario si configura dunque come diritto al giusto salario. Nei termini espressi dalla *Rerum novarum*, non può andare sotto un minimo che comprometterebbe la dignitosa sopravvivenza del lavoratore e della sua famiglia e il diritto a una quota di risparmio. Presenta dunque la duplice dimensione, personale e necessaria²⁵. Defraudarlo è commettere una colpa enorme che “grida vendetta al cospetto di Dio”²⁶.

Un'altra forma del “lavorare in proprio” può essere data dalla comproprietà dei mezzi di produzione, in forme che possono essere diversificate tra loro, quali la distribuzione dei profitti, la partecipazione alla gestione delle imprese o la compartecipazione azionaria.

Ma, al di là dei modi che può assumere, il lavorare in proprio è desiderare che i frutti del lavoro servano a chi li produce e agli altri e che chi lavora possa essere “come corresponsabile e co-artefice”²⁷, avere spazio per la propria iniziativa, ossia manifestare la dimensione personalistica, la realizzazione di sé. Il potere dare la propria impronta nell'opera che si svolge mostra nuovamente che il lavoro non coinvolge solo la sfera economica ma prima di tutto i valori personali.

Quando questo primato etico del lavoro non viene rispettato le conseguenze non sono soltanto etiche. Secondo la dottrina sociale quando l'iniziativa personale è negata si ha tirannide politica e ristagno economico²⁸, dove viene negata la proprietà privata viene negata anche la libertà²⁹. Pertanto la proprietà privata va diffusa tra tutte le classi sociali, consentendo anche agli operai di diventare comproprietari dell'impresa in cui lavorano. E questo è un problema non solo delle economie socialiste e centralizzate, ma anche del capitalismo: il danno non è solo economico ma anche umano³⁰.

4. La destinazione universale dei beni

Tuttavia il diritto alla proprietà privata non viene considerato come assoluto e incondizionato, una sorta di “dogma intoccabile”, ma va su-

²⁵ CA, 8; RN, 34.

²⁶ RN, 17.

²⁷ LE, 15.

²⁸ MM, 44.

²⁹ *Ibidem*, 96.

³⁰ LE, 14.

bordinato alla destinazione universale dei beni ³¹. Avviene su questo punto una delle maggiori prese di distanze dal “rigido capitalismo” ³². Già la *Rerum novarum* aveva distinto tra possesso e uso dei beni ³³. Per l’enciclica leonina altro è il possesso, per il quale è legittima e anzi necessaria la proprietà privata, altro è l’uso. L’originaria destinazione dei beni sulla terra è universale, comune a tutti gli uomini. Dio ha dato la terra a tutto il genere umano perché tutti la usino, ci vivano e possano realizzare la propria vocazione, con un particolare riguardo soprattutto verso i più poveri; corrisponde al diritto a trovare sulla terra ciò che è necessario. E poiché è solo con il possesso e il lavoro che la terra dà i suoi frutti essa riafferma la proprietà privata, che le è tuttavia subordinata come tutti gli altri diritti, i quali servono a favorirne la realizzazione, non a intralciarla ³⁴.

Tuttavia la destinazione universale dei beni e la distinzione tra possesso e uso permettono di leggere la proprietà privata sotto una particolare luce: essa possiede una intrinseca funzione sociale. La proprietà è in funzione del lavoro e del posto che ognuno ha diritto ad avere su questa terra. Questa funzione sociale non spetta solo alla proprietà pubblica ma anche a quella privata, che spesso sa rispondere meglio di quella pubblica alle esigenze sociali ³⁵. Perciò la proprietà è per il lavoro, nasce dal lavoro e serve al lavoro, tanto che dove non c’è lavoro il capitale si dissolve.

In alcuni casi la dottrina sociale ritiene che non è da escludere la socializzazione dei mezzi di produzione, alle opportune condizioni. Esse si riassumono fondamentalmente nel rendere possibile il godimento del diritto all’uso comune dei beni, senza restringere il raggio della libertà ³⁶. Ma la socializzazione non è il collettivismo, non implica la rinuncia al diritto alla proprietà privata. Nel collettivismo invece la proprietà passa dalla mano dei privati a quella pubblica, ossia da un ristretto gruppo che ha in mano il potere economico a un gruppo ristretto che ha in mano sia il potere economico che quello politico. E il passaggio a una società amministrata e burocratizzata costituisce una “offesa ai fondamentali diritti dell’uomo”. La socializzazione è invece possibile garantendo la soggettivi-

³¹ CA, 30-31. V anche PP, 22-23.

³² LE, 14.

³³ RN, 19.

³⁴ PP, 22-24.

³⁵ MM, 106-108. V. anche CA 48-49.

³⁶ MM, 45-55.

tà della società, il fatto che chi ci lavora senta comunque di “lavorare in proprio”, come un comproprietario. Una formula può consistere nella collaborazione dei poteri pubblici con una ricca gamma di corpi intermedi che godano di effettiva autonomia e che collaborino alle esigenze del bene comune³⁷.

Alla destinazione universale dei beni è legato il problema dell'occupazione, della partecipazione all'uso dei beni. Di questo diritto si devono fare carico sia i datori di lavoro diretti sia, e soprattutto, quello indiretto, ossia il sistema sociopolitico e lo Stato. La violazione di questo diritto è un male per una società e in alcuni casi si trasforma in una vera e propria “calamità sociale” la cui soluzione non va trovata solo all'interno dell'economia nazionale ma anche nei rapporti economici internazionali, dove permangono “urtanti differenze”³⁸.

5. Il diritto di associazione

Un altro diritto costantemente richiamato nelle encicliche sociali è il diritto a associarsi, perché il lavorare è sempre un lavorare con altri. Di questo diritto ne hanno fatto uso gli uomini del lavoro fin dall'origine della “questione sociale”, di fronte alla “anomalia di grande portata” prodotta dal “sistema socio-politico liberale”. C'è stata la “giusta reazione sociale”, reazione giustificata dal punto di vista della morale sociale: “era la reazione contro la degradazione dell'uomo come soggetto del lavoro e contro l'inaudito, concomitante sfruttamento nel campo dei guadagni, delle condizioni di lavoro e di previdenza per la persona del lavoratore”³⁹.

Da questa lotta sono nati i sindacati, “indispensabile elemento della vita sociale”, che hanno dato vita a un movimento di solidarietà di grande importanza dal punto di vista dell'etica sociale. Questa finalità ne definisce il carattere. Essi si organizzano per la lotta che è lotta per i giusti diritti e il “giusto bene”, non contro gli altri. I sindacati non sono il riflesso della lotta di classe perché la loro lotta è in funzione della giustizia sociale e non per la eliminazione dell'avversario. Non va dimenticata infatti la dimensione intrinseca del lavoro che per sua natura unisce, ha la

³⁷ *LE*, 14.

³⁸ *Ibidem*, 18.

³⁹ *Ibidem*, 8.

forza di costruire una comunità, e l'unione e la lotta per i diritti "rimane un fattore costruttivo di ordine sociale e di solidarietà, da cui non è possibile prescindere" ⁴⁰. È questa anche la ragione per cui non spetta ai sindacati fare politica ma assicurare i diritti, altrimenti diventano uno strumento per altri scopi ⁴¹.

Della lotta per i giusti diritti si fa carico anche la Chiesa nella realizzazione del principio della destinazione universale dei beni. La lotta è sempre più viva e intensa dove è maggiore lo sfruttamento e il degrado sociale. Questo impegno lo considera come una sua missione, un suo servizio: è la "Chiesa dei poveri" che compie "l'opzione preferenziale per i poveri" ⁴². E i poveri compaiono sotto diverse specie, frutto di discriminazioni, indifferenza, delinquenza, criminalità, droga, erotismo ⁴³. Così come compaiono nuovi poveri: minorati, disadattati, vecchi, emarginati di origine diversa. Il compito è "aiutarli, difendere il loro posto e la loro dignità in una società indurita dalle competizioni e dall'attrattiva del successo" ⁴⁴. Tra i poveri vanno annoverati anche quelli che non godono dei diritti fondamentali della persona, quali la libertà religiosa e di iniziativa economica ⁴⁵. Di fronte a queste forme di povertà sono necessarie riforme in campo internazionale: del commercio, del sistema finanziario, dello scambio di tecnologie, delle Organizzazioni internazionali ⁴⁶.

6. Rapporto tra capitale e lavoro

Andiamo ad affrontare le posizioni assunte in merito al rapporto tra il capitale e il lavoro. Fin dalla *Rerum novarum* la tesi, come accennato sopra, è che questo rapporto non sia per sua natura conflittuale. Non è possibile infatti considerare il capitale indipendentemente dal lavoro. Già nel processo della produzione c'è un'origine del capitale dal lavoro: il capitale è un derivato, un prodotto. I mezzi tecnici che costituiscono il capitale sono infatti frutto del lavoro di altri (presenti o passati) e il capita-

⁴⁰ *Ibidem*, 20.

⁴¹ *Ivi*.

⁴² Giovanni Paolo II, *Sollicitudo rei socialis* [SRS] (30.12.1987), 42. V. anche CA 11; 57.

⁴³ Paolo VI, *Octogesima adveniens* [OA] (14.5.1971), 10.

⁴⁴ OA, 15.

⁴⁵ SRS, 42; CA, 9.

⁴⁶ SRS, 43.

le non è altro che lavoro trasferito in oggetti, frutto del patrimonio storico del lavoro umano: “l’uno ha bisogno assoluto dell’altro: né il capitale può stare senza il lavoro, né il lavoro senza il capitale”⁴⁷.

Il lavoro rispetto al capitale è sempre una causa efficiente e il capitale uno strumento a disposizione del lavoro. Questa è una ulteriore conferma, secondo la dottrina sociale, del primato del lavoro sul capitale, del fatto che “l’uomo, egli solo, è una persona”⁴⁸.

Come non si può contrapporre il capitale al lavoro così non si possono contrapporre gli uomini concreti che ci stanno dietro: “l’antinomia tra lavoro e capitale non ha la sua sorgente nella struttura dello stesso processo di produzione, e neppure in quello economico. In generale questo processo dimostra, infatti, la reciproca compenetrazione tra il lavoro e ciò che siamo abituati a chiamare il capitale; dimostra il loro legame indissolubile”⁴⁹. È retto un sistema che supera l’antinomia tra capitale e lavoro, riaffermando la superiorità del lavoro sul capitale.

Resta allora da spiegare da dove nasca il conflitto tra capitale e lavoro, visto che non appartiene alla natura della loro relazione. Nell’interpretazione della dottrina sociale ha origine dalla rottura della “immagine umanistica” del lavoro. La *Quadragesimo anno* parla di separazione della scienza economica dalla legge morale, di isolamento dei soli fattori materiali che diventano primari. Il conflitto nasce dal considerare il lavoro esclusivamente secondo la finalità economica⁵⁰, senza considerare che la sfera del lavoro e dell’economia investe altre dimensioni, quali la sfera familiare, nazionale e culturale ossia, per riprendere le espressioni precedentemente usate, la soggettività dell’uomo e della società, la realizzazione della persona.

Il conflitto nasce dunque da un’inversione dell’ordine dei valori con la quale la sfera spirituale e personale è collocata in posizione subordinata e dipendente rispetto a quella materiale. L’uomo viene trattato come uno strumento di produzione mentre è la causa efficiente e il vero artefice del lavoro. Il conflitto risulta il prodotto dell’inversione del rapporto tra capitale e lavoro, inversione che la *Laborem exercens* chiama l’errore del “pensiero materialistico e economicistico”⁵¹. Il lavoro viene così trattato dal solo lato materiale, come se fosse della stessa

⁴⁷ RN, 15.

⁴⁸ LE, 12.

⁴⁹ *Ibidem*, 13.

⁵⁰ Pio XI, *Quadragesimo anno* [QA] (15.5.1931), 133-134.

⁵¹ LE, 7.

natura del capitale, ridotto a pura forza materiale, a semplice “forza lavoro”. Nel rendere il lavoro come una “merce sui generis” lavoro e capitale sono stati separati e contrapposti l’uno all’altro, come un pezzo di materia che si contrappone a un altro pezzo di materia, come se fossero due forze anonime. Il conflitto nasce quando si fa dell’economia, della sfera materiale, l’unica dimensione delle relazioni tra le persone e tra i popoli. È la prospettiva “economicista” che li rende reciprocamente conflittuali, quella che viene chiamata l’impostazione non-umanistica del problema del lavoro⁵².

Secondo questa interpretazione la separazione della sfera dell’economia da quella dell’etica ha eliminato il freno che tratteneva “le passioni umane” dando il via a sfrenate speculazioni e alla ricerca del guadagno ad ogni costo. Ne sono nati due atteggiamenti contrapposti, da un lato lo sfruttamento degli operai come se fossero macchine, dall’altra l’idea della lotta di classe⁵³.

Per la *Centesimus annus* all’origine di questa “errata concezione della natura della persona e della soggettività della società” c’è l’ateismo⁵⁴. Così “l’uomo staccato da Dio diventa disumano con se stesso e con i suoi simili, perché l’ordinato rapporto di convivenza presuppone l’ordinato rapporto della coscienza personale con Dio, fonte di verità, giustizia e amore”⁵⁵. È il risultato della separazione della sfera delle attività umane dalla legge morale: “senza dubbio l’uomo può organizzare la terra senza Dio, ma senza Dio egli non può alla fine che organizzarla contro l’uomo. L’umanesimo esclusivo è un umanesimo inumano”⁵⁶. L’uomo viene così ridotto a un semplice elemento e molecola dell’organismo sociale, organismo che pensa di realizzare il bene senza l’uomo, senza la sua responsabilità davanti al bene o al male.

Da questa impostazione materialistica sono nate due ideologie: il liberismo (materialismo economico) e il marxismo (materialismo dialettico) e due forme di economia, il capitalismo e il collettivismo. Per entrambe l’uomo è trattato in dipendenza da ciò che è materiale.

⁵² *Ibidem*, 13. V. anche *PT*, 1-4.

⁵³ *QA*, 133-134. Questa interpretazione è costantemente ripresentata nella storia della dottrina sociale.

⁵⁴ *CA*, 13.

⁵⁵ *MM*, 200.

⁵⁶ *PP*, 42.

7. Il capitalismo

Vediamo anzitutto come viene valutato il capitalismo. Secondo l'espressione della *Quadragesimo anno* il capitalismo "non è in sé da condannarsi. E infatti non è di sua natura vizioso", tuttavia lo può diventare, quando "viola il retto ordine", ossia quando il capitale sfrutta "l'economia tutta" a proprio arbitrio, "senza far caso né alla dignità umana degli operai, né del carattere sociale dell'economia, né della stessa giustizia sociale e del bene comune" ⁵⁷.

Non è da condannarsi quando "riconosce il ruolo fondamentale e positivo dell'impresa, del mercato, della proprietà privata e della conseguente responsabilità per i mezzi di produzione, della libera creatività umana nel settore dell'economia, anche se forse sarebbe più appropriato parlare di economia d'impresa o di economia di mercato o semplicemente di economia libera" ⁵⁸.

In particolare è giudicata positivamente la libertà di mercato perché si è mostrata strumento efficace per rispondere ai bisogni, grazie alla capacità di conoscere i bisogni degli altri e le combinazioni dei fattori produttivi più idonei a soddisfarli ⁵⁹. Il mercato infatti richiede la capacità di assumersi i rischi necessari e le virtù del lavoro creativo e disciplinato, quali "la diligenza, la laboriosità, la prudenza". La radice della moderna economia di impresa è la libertà della persona. Essa mostra che il fattore decisivo del processo economico "è l'uomo stesso" con il suo sapere, le sue tecniche e le virtù che sono richieste ⁶⁰.

Tuttavia il mercato ha dei limiti. Funziona bene quando le condizioni di partenza non sono troppo disparate, ma la situazione cambia quando le condizioni di partenza sono disuguali. Non funziona quando manca un equo accesso al mercato, sia nazionale che internazionale: "la libertà degli scambi non è equa se non subordinatamente alle esigenze della giustizia sociale" ⁶¹. Pertanto la dottrina sociale non prospetta affatto l'abolizione del mercato quanto piuttosto la sua limitazione: "occorre però mantenerlo dentro limiti che lo rendano giusto e morale, e dunque umano" ⁶². E i limiti sono fondamentalmente i seguenti. Anzitutto le già citate condizio-

⁵⁷ OA, 101.

⁵⁸ CA, 42.

⁵⁹ *Ibidem*, 34.

⁶⁰ *Ibidem*, 32.

⁶¹ PP, 58-59.

⁶² *Ibidem*, 61.

ni di partenza, per giungere almeno a una relativa uguaglianza di possibilità. Inoltre esistono dei beni che per la loro natura non possono essere né comprati né venduti, “beni collettivi, come l’ambiente naturale e l’ambiente umano, la cui salvaguardia non può essere assicurata dai semplici meccanismi di mercato” ma che spetta allo Stato e all’intera società difendere⁶³.

Un ultimo limite è dato dal fatto che il mercato non funziona per tutti i bisogni ma vale solo per quei bisogni che sono solvibili, che dispongono di un potere d’acquisto, e per le risorse che sono vendibili. Ma in ogni soggetto umano esistono bisogni che non sono solvibili ed esistono uomini che per le loro condizioni hanno dei bisogni senza avere le necessarie risorse per farvi fronte, “numerosi bisogni umani che non hanno accesso al mercato”. Di fronte a questi bisogni che non possono stare sul mercato è dovere di giustizia soddisfarli, “qualcosa che è dovuto all’uomo perché è uomo, in forza della sua eminente dignità. Questo qualcosa dovuto comporta inseparabilmente la possibilità di sopravvivere e di dare un contributo attivo al bene comune dell’umanità”⁶⁴.

Fino qui gli aspetti per i quali il capitalismo non è da condannarsi. Il capitalismo è invece da condannarsi quando il mercato è l’unico regolatore dei rapporti umani, quando si dimentica la dimensione etica dell’uomo e del lavoro: “se con capitalismo si intende un sistema in cui la libertà del settore dell’economia non è inquadrata in un solido contesto giuridico che la metta al servizio della libertà umana integrale e la consideri come una particolare dimensione di questa libertà, il cui centro è etico e religioso, allora la risposta è decisamente negativa”⁶⁵. Torniamo all’argomento dell’errore antropologico: non ci sono più limiti per contenerlo e si trasforma in un sistema del profitto e della concorrenza senza freno che le encicliche chiamano “liberismo”. Il capitalismo si trasforma in “una forza cieca e una energia violenta”, lascia sopravvivere solo i più forti e violenti e conduce alla dittatura economica, “all’imperialismo internazionale del denaro”. Il guasto è dimenticare il carattere sociale non meno che morale dell’economia⁶⁶.

Questo significa inoltre che la legge del libero scambio non è in gra-

⁶³ CA, 40.

⁶⁴ *Ibidem*, 34.

⁶⁵ *Ibidem*, 42.

⁶⁶ Per questi giudizi v. QA, 89 e PP, 26.

do di reggere da sola le relazioni internazionali, che non si può chiedere al mercato quello che non può dare: realizzare la dimensione etica dell'uomo e la giustizia sociale. In conclusione, al sistema della prevalenza del capitale sul lavoro non va opposto "il sistema socialista, che di fatto risulta essere un capitalismo di stato, ma una società del lavoro libero, dell'impresa e della partecipazione"⁶⁷. Né si può avere solo il consumismo come modello di consumi: è necessaria una grande opera educativa e culturale per lasciarsi guidare da un'immagine integrale dell'uomo, per creare nuovi stili di vita, nuove scelte di investimenti produttivi. Pertanto "non è male desiderare di vivere meglio, ma è sbagliato lo stile di vita che si presume essere migliore, quando è orientato all'avere e non all'essere e vuole avere di più non per essere di più, ma per consumare l'esistenza in un godimento fine a se stesso"⁶⁸.

8. *Il marxismo*

Vediamo adesso come viene valutato il marxismo. Il giudizio è critico in quanto l'economismo, ossia il materialismo economico di cui si è detto sopra, elabora le categorie di cui fa poi uso anche il materialismo dialettico, fino a inciderne in maniera determinante sulla impostazione non-umanistica. Anche al pensiero di Marx è estraneo il primato della persona sulle cose, dell'uomo sul capitale. Infatti il materialismo dialettico, per il quale è fondamentale il passaggio di proprietà del capitale per risolvere le contraddizioni del mondo del lavoro, riafferma in altro modo il primato del capitale sul lavoro. Anche in esso l'uomo non è causa efficiente e soggetto del processo di produzione, ma "rimane inteso e trattato in dipendenza da ciò che è materiale, come una specie di risultante dei rapporti economici e di produzione, predominanti in una data epoca"⁶⁹.

Nel marxismo il materialismo è presente sia nelle categorie di interpretazione della società, quando il rapporto, anche conflittuale, tra mondo del capitale e mondo del lavoro è analizzato in termini di rapporto tra forze materiali, trasformato nella lotta di classe che deve giungere fino alla distruzione dell'avversario; sia è presente nella prospettiva di trasformazione delle contraddizioni, cercando la soluzione del rapporto capitale

⁶⁷ CA, 35.

⁶⁸ *Ibidem*, 36.

⁶⁹ LE, 13.

– lavoro nella collettivizzazione dei mezzi di produzione e dando vita al principio della dittatura del proletariato, al monopolio del potere politico e al controllo sulla società civile⁷⁰. Secondo la *Octogesima adveniens* bisogna sempre comprendere nel marxismo l'intimo legame esistente tra gli elementi dell'analisi marxista, a partire dalla lotta di classe, l'ideologia che ci sta dietro, l'uomo prodotto delle condizioni sociali, e la prassi che ne deriva, che conduce a un "tipo di società totalitaria e violenta"⁷¹. L'ideologia, che propone una spiegazione ultima e sufficiente di tutto, presenta un carattere totalitario e coercitivo, di fronte al quale il generoso desiderio di servizio "finisce in ultima analisi per asservirlo"⁷².

Può valere la pena riportare un brano della *Mater et magistra* per chiudere queste analisi: "operai e imprenditori devono regolare i loro rapporti ispirandosi al principio della solidarietà umana e della fratellanza cristiana; giacché tanto la concorrenza in senso liberistico, quanto la lotta di classe, in senso marxistico, sono contro natura e contrarie alla concezione cristiana della vita"⁷³.

9. L'interdipendenza

È a partire dal pontificato di Giovanni XXIII che la dottrina sociale si sofferma sempre più sulla dimensione mondiale che sta assumendo la questione sociale, su quella che le encicliche chiamano l'interdipendenza. Questa di per sé viene vista come un fatto positivo. Il lavoro infatti è sempre un lavorare con gli altri, sia a livello personale che tra nazioni e l'interdipendenza è la condizione per cui le economie nazionali si possono sviluppare reciprocamente: "nessuna comunità politica oggi è in grado di perseguire i suoi interessi e di svilupparsi chiudendosi in se stessa"⁷⁴. Possiede un carattere etico e in relazione ad essa si può parlare di "bene comune universale" le cui strade sono l'intesa e la collaborazione⁷⁵.

Tuttavia l'interdipendenza presenta anche aspetti negativi. Ad alti indici di sviluppo si accompagnano alti indici di sottosviluppo. Tra gli indici negativi vi è anzitutto "il peso intollerabile della miseria". Il fossato si

⁷⁰ *Ibidem*, 11.

⁷¹ OA, 32-34.

⁷² *Ibidem*, 28.

⁷³ MM, 15.

⁷⁴ PT, 68.

⁷⁵ *Ibidem*, 69. V. anche MM, 187.

è allargato sia tra Nord e Sud del mondo sia all'interno delle aree di povertà e ricchezza nelle stesse società sviluppate⁷⁶. La disoccupazione e il debito internazionale impediscono lo sviluppo dei paesi poveri: "i popoli della fame interpellano in maniera drammatica i popoli dell'opulenza"⁷⁷. Altri indici negativi che vengono indicati riguardano il piano culturale: discriminazioni di ogni tipo, tra cui "quella più odiosa fondata sulla differenza razziale", negazione del diritto di iniziativa economica soffocato "in nome di una pretesa uguaglianza di tutti nella società" che produce un "livellamento in basso" e dove "al posto dell'iniziativa creativa nasce la passività", dipendenza e sottomissione all'apparato burocratico "quasi assoluta, che è simile alla tradizionale dipendenza dell'operaio – proletario dal capitalismo"⁷⁸. Tra le molte forme di povertà oggi presenti viene inserita "la negazione o la limitazione dei diritti umani", nelle varie forme, dalla libertà religiosa al diritto di associazione o di iniziativa economica: "in breve, il sottosviluppo dei nostri giorni non è soltanto economico, ma anche culturale, politico e semplicemente umano... sicché, a questo punto, occorre domandarsi se la realtà così triste di oggi non sia, almeno in parte, il risultato di una concezione troppo limitata, ossia prevalentemente economica, dello sviluppo"⁷⁹.

Quali cause vengono individuate all'origine del sottosviluppo? Partiamo da quelle di tipo economico. Ci sono "meccanismi economici, finanziari e sociali", azionati dai Paesi più sviluppati, che "funzionano spesso in maniera quasi automatica" e finiscono "per soffocare o condizionare le economie dei Paesi meno sviluppati" in modo tale da "aumentare la ricchezza dei ricchi, rimanendo confermata la miseria dei poveri"⁸⁰. Qui vale l'analisi svolta sopra: l'interdipendenza, disgiunta dalle esigenze etiche porta a conseguenze funeste per i poveri e effetti negativi nei paesi ricchi: un sistema del profitto e della concorrenza senza freno che conduce alla dittatura economica.

Altre cause individuate sono di ordine politico – ideologico: su tutte la divisione in blocchi Est – Ovest. Il clima di guerra fredda o di minaccia di guerra totale, che ha avuto la sua origine nel principio della lotta ideologica finalizzato alla distruzione dell'avversario, ha dato il via a

⁷⁶ SRS, 11-14.

⁷⁷ PP, 3.

⁷⁸ SRS, 15.

⁷⁹ Ivi.

⁸⁰ SRS, 16. V. anche PP, 57.

una crescente contrapposizione militare. L'effetto sui paesi in via di sviluppo è stato devastante: al posto della reciproca collaborazione, "l'assenza di reciproca fiducia" che ha spinto ad armarsi in maniera crescente, avendo "come conseguenza che immense energie umane e mezzi giganteschi vengono usati a scopi non costruttivi"⁸¹.

È questa una ulteriore ragione per cui la dottrina sociale assume un atteggiamento critico sia verso il "capitalismo liberista" che verso il "collettivismo marxista", tra "due concezioni dello sviluppo stesso degli uomini e dei popoli, entrambe imperfette e tali da esigere una radicale correzione"⁸².

Dietro a tutte queste cause, anche di ordine strutturale, ci sono cause di ordine morale, come quando si parla di strutture di peccato. Queste strutture "si radicano nel peccato personale e, quindi, sono sempre collegate ad atti concreti delle persone", atti ripetuti e riaffermati "che le introducono, le consolidano e le rendono difficili da rimuovere" così che "si diffondono e diventano sorgente di altri peccati, condizionando la condotta degli uomini". Per la comprensione di queste strutture bisogna indirizzare un'analisi che è anzitutto morale prima che di tipo socio-politico, arrivando a "dare un nome alla radice dei mali che ci affliggono" che ne metta in luce l'opposizione alla volontà di Dio⁸³. In particolare presentano due atteggiamenti caratteristici quali "la brama esclusiva del profitto" e "la sete di potere", a qualsiasi prezzo. Dietro "certe forme di imperialismo moderno... apparentemente ispirate solo dall'economia o dalla politica, si nascondono vere forme di idolatria: del denaro, dell'ideologia, della classe, della tecnologia". La vera natura del male nello sviluppo dei popoli è di natura morale, è un "male morale frutto di molti peccati che portano a strutture di peccato"⁸⁴.

10. Solidarietà

Vediamo ora in che maniera è possibile, secondo la dottrina sociale, congiungere l'interdipendenza con le esigenze etiche, prendendo due parole chiave, solidarietà e sviluppo. La solidarietà è uno dei principi basilari della concezione cristiana dell'organizzazione sociale e politica a cui i

⁸¹ MM, 188-189. V. anche SRS, 20.

⁸² SRS, 21.

⁸³ *Ibidem*, 36.

⁸⁴ *Ibidem*, 37.

pontefici hanno dato molti nomi: “amicizia”, “carità sociale”, “civiltà dell’amore”⁸⁵.

La solidarietà è una virtù morale, correlativa alla consapevolezza dell’interdipendenza che va sempre più crescendo, e che la *Sollicitudo rei socialis*, distinguendola da sentimenti di compassione, definisce come “determinazione ferma e perseverante di impegnarsi per il bene comune”⁸⁶. In quanto determinazione implica un giudizio che nel caso del sottosviluppo riguarda la “brama del profitto” e la “sete del potere”, ponendosi di fronte alle cause morali del sottosviluppo “con un atteggiamento diametralmente opposto”. Essa parte dal reciproco riconoscimento come persone e dalla reciproca responsabilità che ne deriva perché “tutti siamo veramente responsabili di tutti”, responsabilità presente sia nelle relazioni personali che in quelle internazionali: “oggi si potrebbe dire... opus solidaritatis pax, la pace come frutto della solidarietà”. Riafferma il principio della destinazione universale dei beni perché “l’interdipendenza deve trasformarsi in solidarietà, fondata sul principio che i beni della creazione sono destinati a tutti”. Essa ci reintroduce nella dimensione personalistica dell’esistenza, al dono di sé con il quale trascendiamo noi stessi: “alla luce della fede la solidarietà tende a superare se stessa, a rivestire le dimensioni specificamente cristiane della gratuità totale, del perdono e della riconciliazione”⁸⁷.

Tra i modi concreti di vivere la solidarietà viene indicato di destinare una parte della produzione dei paesi più ricchi al soddisfacimento dei bisogni materiali dei più poveri, formando questi anche nelle competenze tecniche e scientifiche: “il superfluo dei paesi ricchi deve servire ai paesi poveri...diversamente, la loro avarizia inveterata non potrà che suscitare il giudizio di Dio e la collera dei poveri, con conseguenze imprevedibili”⁸⁸.

Pertanto la solidarietà indica anche un metodo di lotta contro le ingiustizie. Emblematico in questo viene giudicato il caso del sindacato polacco il cui nome si richiamava alla solidarietà e la cui azione è stata tra le cause che hanno portato agli “avvenimenti del 1989”. Il “fattore decisivo” di cambiamento che ha portato “alla caduta dei regimi oppressivi” è “certamente la violazione dei diritti del lavoro” a cui si è risposto non

⁸⁵ CA, 10.

⁸⁶ SRS, 38.

⁸⁷ *Ibidem*, 38-40.

⁸⁸ PP, 48-49.

con una violenza contraria ma con la solidarietà: “merita, poi, di essere sottolineato il fatto che alla caduta di un simile blocco, o impero, si arriva quasi dappertutto mediante una lotta pacifica, che fa uso delle sole armi della verità e della giustizia... facendo appello alla coscienza dell’avversario e cercando di risvegliare in lui il senso della comune dignità umana”. L’ordine europeo, fondato sull’opposizione tra i due blocchi è stato “superato dall’impegno non violento di uomini che, mentre si sono rifiutati di cedere al potere della forza, hanno saputo trovare di volta in volta forme efficaci per rendere testimonianza alla verità”. Dall’esperienza polacca, come da tutte le esperienze di solidarietà, bisogna imparare “a lottare per la giustizia senza violenza” anziché con la guerra e per la distruzione dell’avversario”⁸⁹.

Come prospettiva storica la lotta non violenta contro l’ingiustizia porta il movimento operaio fuori dalle metodologie di lotta delle “teorie materialistiche ed economicistiche” e verso “l’incontro tra la chiesa e il movimento operaio”. La crisi del marxismo non ha eliminato le situazioni di ingiustizia contro cui era nato. Lo spazio per il movimento operaio è nel confluire “in un più generale movimento degli uomini del lavoro e degli uomini di buona volontà per la liberazione della persona umana e l’affermazione dei suoi diritti”. A coloro che ricercano una “nuova e autentica teoria e prassi di liberazione la chiesa offre non solo la sua dottrina sociale e, in generale, il suo insegnamento circa la persona redenta in Cristo, ma anche il concreto suo impegno e aiuto per combattere l’emarginazione e la sofferenza”. È in questa prospettiva che va vista la positività di “un’autentica teologia dell’integrale liberazione umana”⁹⁰.

11. Sviluppo

L’altra parola chiave è sviluppo. Essa investe anzitutto la dimensione economica, sotto una duplice dimensione. In un primo modo riguarda l’uomo come soggetto del lavoro nella sfera della produzione dei beni. Senza adeguata concezione di sé l’uomo non solo non fa della terra “la sua degna dimora” ma diventa sempre meno capace di produrre: “il lavoro è tanto più fecondo e produttivo, quanto più l’uomo è capace di conoscere le potenzialità produttive della terra e di leggere in profondità

⁸⁹ CA, 22-23.

⁹⁰ *Ibidem*, 26.

i bisogni dell'altro uomo, per il quale il lavoro è fatto". Questo è tanto più evidente oggi quando è più rilevante "il ruolo del lavoro umano, come fattore produttivo delle ricchezze immateriali e materiali", quando importanza sempre maggiore riveste "la proprietà della conoscenza, della tecnica e del sapere": in sintesi "la principale risorsa dell'uomo, insieme con la terra, è l'uomo stesso"⁹¹.

Lo sviluppo riguarda inoltre la sfera della distribuzione dei beni, in forma integrale: "non si tratta soltanto di vincere la fame e neppure di ricacciare indietro la miseria. La lotta contro la miseria, pure urgente e necessaria, è insufficiente. Si tratta di costruire un mondo in cui ogni uomo, senza esclusione di razza, di religione, di nazionalità, possa vivere una vita pienamente umana, affrancata dalle servitù che gli vengono dagli uomini e da una natura non sufficientemente domata: un mondo dove la libertà non sia parola vana e dove il povero Lazzaro possa assidersi alla stessa mensa del ricco". È anzitutto aiuto allo sviluppo delle aree in via di sviluppo, lotta al sottosviluppo perché "ciascun popolo deve produrre più e meglio"⁹².

Ma sviluppo non è una categoria solo economica: "lo sviluppo non si riduce alla semplice crescita economica. Per essere autentico sviluppo deve essere integrale, il che vuol dire volto alla promozione di ogni uomo e di tutto l'uomo"⁹³. Questo perché i fattori spirituali o morali non sono una conseguenza di quelli materiali ma è vero piuttosto il contrario: lo sviluppo è una forma integrale di umanesimo. La *Populorum Progressio* parla di "azione concertata per lo sviluppo integrale dell'uomo e lo sviluppo solidale dell'umanità"⁹⁴, di una categoria fondamentalmente morale.

Lo sviluppo impegna chiunque. Nasce da un grande sforzo di reciproca comprensione, a livello mondiale, di conoscenza e di sensibilizzazione delle coscienze, di responsabilità che richiede "di suscitare un dialogo fecondo e pacifico tra tutti i popoli"⁹⁵. Per la *Populorum progressio* occorre costruire una civiltà fondata sulla solidarietà mondiale perché la posta in gioco è alta: "ciò che è in gioco è la vita stessa dei popoli poveri, è la pace civile nei paesi in via di sviluppo, ed è la pace del mondo"⁹⁶.

⁹¹ *Ibidem*, 31-32.

⁹² *PP*, 47-48.

⁹³ *Ibidem*, 14.

⁹⁴ *Ibidem*, 5.

⁹⁵ *Ibidem*, 51.

⁹⁶ *Ibidem*, 55.

Per questa responsabilità morale non basta la sola logica del mercato: “il mondo è malato. Il suo male risiede meno nella vanificazione delle risorse o nel loro accaparramento da parte di alcuni, che nella mancanza di fraternità tra gli uomini e i popoli”⁹⁷.

È anzitutto compito dei poteri pubblici compiere queste scelte, tramite accordi e la costituzione di apposite organizzazioni internazionali⁹⁸, ma anche la proprietà privata se ne deve fare carico. Come si ricordava sopra, la proprietà è privata ma il suo uso è sociale, sia nella forma di beni materiali che immateriali, quali la scienza, la tecnica e altre forme di cultura. Spetta anche a “industriali, commercianti, capi o rappresentanti di grandi imprese” che operano nei paesi in via di sviluppo “farsi iniziatori del progresso sociale e della promozione umana”⁹⁹. Secondo l’espressione con cui si chiude l’enciclica, “lo sviluppo è il nuovo nome della pace”¹⁰⁰.

⁹⁷ *Ibidem*, 66.

⁹⁸ *PT*, 74.

⁹⁹ *PP*, 70.

¹⁰⁰ *Ibidem*, 87.

CARLO MAGNANI

*IL COMUNE SOGGETTO AUTONOMO
DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE*

1. Il nuovo articolo 114 della Costituzione: la parificazione tra Stato e autonomie locali

La riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 2001, approvata ¹, come è noto, per richiesta della stessa maggioranza parlamentare che l'ha votata, con un referendum popolare confermativo come previsto dall'art. 138 della Costituzione stessa, rappresenta al tempo stesso un fondamentale punto di approdo e di avvio per ogni ragionamento che voglia provare a delineare la posizione ordinamentale dei poteri locali, ed in particolare del Comune.

La novella costituzionale, infatti, innova radicalmente il rapporto tra lo Stato e le autonomie locali, riconfigurando le competenze nelle funzioni legislative e amministrativa a favore rispettivamente di Regioni e Comuni ²; riconoscendo una maggiore autonomia alle fonti statutarie e regolamentari degli enti locali ³; sancendo la sussidiarietà, verticale e orizzontale, quale principio generale per la organizzazione delle funzioni amministrative del potere pubblico ⁴.

¹ Si vedano tra gli altri, A. FERRARA, L. R. SCIUMBATA, a cura di, *La riforma dell'ordinamento regionale*, Milano, 2001.

² M. CAMMELLI, *Dopo il titolo V: quali poteri locali?*, in «Le Regioni», 1, 2002, pp. 3 ss.

³ M. BERTOLISSI, *L'ordinamento degli enti locali. Introduzione*, in M. BERTOLISSI, a cura di, *Commento al testo unico delle autonomie locali del 2000 alla luce delle modifiche costituzionali del 2001*, Bologna, 2002; F. PIZZETTI, *All'inizio della XIV legislatura: riforme da attuare, riforme da completare e riforme da fare. Il difficile cammino dell'innovazione ordinamentale e costituzionale in Italia*, in «Le Regioni», 3, 2001; G. FALCON, *Il nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in «Le Regioni», 1, 2001; G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2002.

⁴ Si vedano, tra gli altri, per un inquadramento della sussidiarietà: E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Persona, Stato, società intermedie*, Mila-

Dietro questo nuovo disegno della mappa dei poteri delle istituzioni pubbliche è rintracciabile una premessa teorica ben precisa, contenuta nell'art. 114 Cost., che rappresenta la misura dell'effettiva rottura ordinamentale prodottasi, dove si afferma che «La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato»⁵. Rispetto al vecchio testo, «la Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni», cambia il predicato, la Repubblica non solo è *ripartita* ma è *costituita* da tutta una serie di soggettività autonome; tali soggettività sono elencate a partire dalla comunità più vicina al cittadino, cioè il Comune; viene riconosciuta la Città metropolitana; ed infine viene ricompreso anche lo Stato tra gli elementi territoriali costitutivi della Repubblica.

Il tipo di innovazione ordinamentale proposta, per quanto radicale possa e debba apparire, risulta facilmente, e felicemente, integrabile e ancorabile alla prospettiva rappresentata dall'intero sistema costituzionale. Riferendoci ai principi fondamentali della Costituzione troviamo quell'articolo 5 Cost. che contiene l'affermazione del principio autonomistico e del decentramento⁶. L'art. 5 presenta la chiara formulazione dell'unità e della indivisibilità della Repubblica, da attuare però attraverso una articolazione di autonomie locali.

Dalla lettura combinata del nuovo articolo 114 e dell'articolo 5 Cost. non pare agevole concludere che ci troviamo di fronte ad una nuova forma di Stato, magari di tipo federale⁷. L'intangibilità dell'unità repubbli-

no, 1989; L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione Europea*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, 1994, p. 1929 ss.; A. M. POGGI, *La sussidiarietà nelle riforme amministrative: dal d. lgs n. 112 del 1998 al t.u. sulle autonomie locali*, in «Quaderni regionali», 3, 2001. Si veda inoltre il fascicolo di «Diritto pubblico», 1, 2002, con saggi di: G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*; E. FERRARI, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*.

⁵ Cfr. il vecchio testo dell'art. 114 Cost. secondo il quale «La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni». L'innovazione ordinamentale è sottolineata da F. PIZZETTI, *All'inizio della XIV legislatura cit.*, p. 442; ID., *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, in «Le Regioni», 6, 2001.

⁶ Per la lettura dell'art. 5 Cost. si vedano le riflessioni di: G. BERTI, *Art. 5 – Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, p. 277 ss.; C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954.

⁷ A questo proposito si veda quanto scritto da Carlo Esposito, che commentando l'art. 5 della Costituzione ricordava che se nello stato federale «gli stati membri hanno

cana resta, certo senza alcuna enfasi roussoiana o giacobina sull'unità mistica del corpo politico, uno dei principi fondamentali, cioè una di quelle formule paradigmatiche, concettuali e assiologiche, alle quali occorrerà riferirsi anche nella lettura e nell'applicazione della riforma costituzionale: quindi l'art. 114 andrà letto alla luce dell'art. 5 e non viceversa⁸. In questo senso, allora, la novella costituzionale recupera elementi di continuità con la Costituzione, con il principio di autonomia, ponendosi come attuazione e specificazione di principi già formulati⁹.

Per quanto attiene alla definizione del ruolo ordinamentale del Comune e degli altri poteri locali, dal punto di vista della dottrina del diritto pubblico generale, il significato della disposizione contenuta nell'art. 114 Cost. ci pare allora quello della definitiva parificazione «ontologica»¹⁰ tra Stato ed enti locali: tutti i soggetti sono parificati nel loro essere

una propria costituzione e non statuti, un potere di imperio originario e non una autonomia ad essi concessa... esclude, senza possibilità di dubbio, che l'Italia sia, in alcuno dei sensi indicati, uno stato federale», C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo* cit., p. 68. A. PAJNO, *L'attuazione del federalismo amministrativo*, in «Le Regioni», 4, 2001, pp. 667 ss., introduce una polisemia del termine «federalismo» individuando, accanto ad un significato attinente alla forma di Stato, «una ulteriore e diversa nozione di federalismo. Con l'aggettivo federale vengono, infatti, ormai indicati tutti i processi che implicano una forte realizzazione del principio di autonomia, anche se tali processi non si risolvono in un mutamento del quadro costituzionale», in questo senso il federalismo connoterebbe già l'ordinamento italiano.

⁸ In questo senso L. VANDELLI, *La sussidiarietà e l'attuazione della riforma costituzionale*, Intervento alla Conferenza Programmatica e Organizzativa della «Legautonomie», *Lo sviluppo dei territori tra spinte federaliste e cultura centralista*, Pesaro, 13-14 giugno 2002.

⁹ C. PINELLI, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del Titolo V*, nel sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, dove «vale la pena di chiedersi se davvero l'art. 5 fosse svolto coerentemente dalla vecchia statuizione dell'art. 114 [...] La diversa configurazione del nuovo testo dell'art. 114 svolge più coerentemente i principi supremi di unità-indivisibilità e autonomia dell'art. 5 della Costituzione, proprio perché lo Stato è considerato uno dei soggetti di cui è costituita la Repubblica» (p. 2).

¹⁰ La dottrina è concorde sul punto, tra gli altri: F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico* cit., p. 1176; C. PINELLI, *L'ordinamento repubblicano* cit.; F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in «Le Regioni», 2/3, 2002, pp. 409 ss.; G. PASTORI, *I rapporti fra Regioni ed enti locali nella recente riforma costituzionale*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001; M. BERTOLISSI, *L'ordinamento degli enti locali, Introduzione*, cit., p. 16. *Contra*, A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo "duale"*, nel sito Forum della Rivista Quaderni Costituzionali www.mulino.it, che segnala come il comma 2° dell'art. 114 non menzionando tra gli enti autonomi lo Stato smentisce interpretazioni paritarie dell'intero articolo, la cui portata innovativa sarebbe ridimensionata.

parimenti elementi dell'unità repubblicana. Si è così portato a compimento quel processo di relativizzazione dello Stato verso le autonomie e i soggetti del pluralismo sociale, per il quale i costituenti del 1948 avevano posto solide basi pur senza un adeguato e pieno sviluppo nelle vicende repubblicane, specie nei rapporti tra centro ed enti territoriali¹¹. Con la parificazione ontologica tra Stato e poteri locali, attraverso la loro parior-dinazione a elementi costitutivi della Repubblica, si va ben oltre il richiamo alla distinzione tra Stato-comunità e Stato-apparato¹², per giungere ad una totale relativizzazione dello Stato-persona all'interno della più ampia oggettività costituita dalla democrazia costituzionale¹³.

La configurazione del Comune quale soggetto della democrazia costituzionale, che trova le proprie ragioni concettuali e ordinamentali nei principi fondamentali della Costituzione del 1948, rompe radicalmente e irreversibilmente il rapporto con la tradizione giuridica ottocentesca fondata sulla sovranità dello Stato, per inserirsi in un quadro di ripensamento e di trasformazione della statualità¹⁴.

Si tratta allora di illustrare i principali passaggi istituzionali, normativi e dottrinali che hanno condotto alla trasformazione del Comune da *soggetto dello Stato* a *soggetto autonomo della democrazia costituzionale*.

2. Stato sovrano e Comune autarchico: dall'Unità al fascismo

I Comuni e le Province vennero disciplinati (*rectius*: per le Province si trattò praticamente non solo della disciplina ma anche della contestuale istituzione, non vantando queste la tradizione storica comunale¹⁵) dalla

¹¹ E. BERTI, *Art. 5 cit.*; E. TOSATO, *Persona, Stato cit.*; E. BALBONI, *Democrazia pluralista e autonomie sociali*, in «Democrazia e diritto», 4-94/1-95, pp. 87 ss.

¹² Cfr. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1988, pp. 182 ss. distingue Stato-istituzione, Stato-persona e Stato-comunità.

¹³ Sulla crisi della nozione di Stato-persona sovrano, si veda M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Torino, 1993 (e ivi bibliografia).

¹⁴ E. DE MARCO, *La sovranità dello Stato tra "pluralismo" e "integrazione sovranazionale"*, in «1989. Rivista di diritto pubblico e scienza politica», 2, 1994; A. MASSERA, *Oltre lo Stato: Italia ed Europa tra locale e globale*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2001; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2001.

¹⁵ F. CALASSO, *Comune (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*; G. CASSANDRO, *Comune (cenni storici)*, in *Novissimo digesto italiano*; G. PASTORI, *Comune*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Roma-Bari, 1993.

legge del 20 marzo 1865, nell'Allegato "A", che operò l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia e fissò anche il primo ordinamento degli enti locali. Lo Statuto Albertino non conteneva alcuna disposizione in merito agli enti locali o enti pubblici territoriali (come erano chiamati allora): la suddetta legge del 1865 non fu altro che l'estensione a tutto lo Stato della riforma introdotta nel 1859, per decreto e non per legge, dal Ministro Rattazzi; vennero così ignorati importanti contributi politici e istituzionali che la classe liberale vicina a Cavour aveva maturato nei primi anni sessanta a favore di un ordinamento locale concepito in senso autonomistico ¹⁶.

La legge comunale e provinciale del Regno era ispirata direttamente al modello francese: l'occupazione napoleonica aveva diffuso in tutti gli Stati italiani, ad eccezione delle province lombarde ¹⁷, il sistema francese di governo locale ¹⁸, sistema che venne conservato anche nel periodo della Restaurazione e che si fondava su un assolutismo moderno ¹⁹. Brevemente, i principi su cui si basava tale modello erano coerenti con il carattere fortemente accentrato dello Stato. In primo luogo, il principio di *erezione* ²⁰, in base al quale ogni comunità aveva il diritto di erigere un

¹⁶ Per le principali coordinate del dibattito storico-politico sul centralismo e sulle ripercussioni ordinamentali, si vedano: U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, Bologna, 1989, spec. pp. 455 ss.; R. ROMANELLI, *Centralismo e autonomie*, in R. ROMANELLI, a cura di, *Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi*, Roma, 1995, p. 126 ss.; M. NIGRO, *Il governo locale*, Roma, 1980; C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1948*, Roma-Bari, 1993; L. VANDELLI, F. MASTRAGOSTINO, *I Comuni e le Province*, Bologna, 1996; V. CAIANIELLO, *Premesse storico culturali dell'ordinamento delle autonomie locali (Legge n. 142 del 1990)*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994; F. STADERINI, *Principi di diritto degli enti locali*, Padova, 1978; G. VESPERINI, *I poteri locali*, I, Roma, 1999. Nel 1859 Cavour nominò una Commissione, presieduta dal Conte Giulini della Porta, per definire la questione importantissima all'epoca circa l'ordinamento da applicare alle zone del Lombardo-Veneto, problema che nasceva dal fatto che tali regioni avevano una tradizione amministrativa autonoma rispetto a quella del Regno di Sardegna: la commissione, composta da moderati lombardi, consapevole della impossibilità di imporre il proprio modello di amministrazione si esprime favorevolmente ad una via "italica"; Rattazzi ignorò i lavori della Commissione Giulini. Nel marzo 1861 Minghetti, Ministro dell'Interno, presentò al Parlamento quattro proposte di legge che riformavano il governo locale introducendo anche le Regioni, ma la morte di Cavour e la successione di Ricasoli portò a politiche rigidamente centralistiche (M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 29).

¹⁷ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 131; M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 28

¹⁸ M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 27; L. VANDELLI, F. MASTRAGOSTINO, *Il Comune* cit., pp. 13 ss.

¹⁹ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 131.

²⁰ L. VANDELLI, V. MASTRAGOSTINO, *Il Comune* cit., p. 14.

proprio municipio, intendendo per comunità una nozione ampia comprendente anche piccoli borghi di campagna; in secondo luogo, tali municipalità erano disciplinate secondo il criterio della *totale uniformità delle strutture locali*²¹, per cui esisteva un unico ed uguale ordinamento del governo locale applicato ad ogni comune a prescindere dalle dimensioni e dalle peculiarità; infine, il *principio della scarsa autonomia degli enti locali*²², con Comuni sostanzialmente governati dallo Stato centrale attraverso il Ministero dell'Interno, specie attraverso i Prefetti (sistema denominato per questo motivo prefettizio²³) rappresentanti dell'Interno nelle Province.

La legge del 1865, dunque, prevedeva i Comuni quali strutture portanti della vita locale, con una disciplina assolutamente uniforme. Gli organi del Comune erano tre, il Consiglio, la Giunta e il Sindaco, di cui solo il Consiglio era elettivo. Il principio rappresentativo era fortemente ridimensionato dalla discriminazione censitaria, contenuta nella legge, che escludeva dall'elettorato la stragrande maggioranza della popolazione. Il Sindaco e il Prefetto erano le figure chiave del rapporto con lo Stato. Il Sindaco era solo parzialmente espressione della comunità, veniva legittimato attraverso la nomina con decreto regio, quindi la sua stessa rappresentatività era sdoppiata, da un lato rivolta alla comunità locale, ma dall'altro anche declinata verso lo Stato in quanto funzionario del governo. Il Prefetto era il rappresentante della legge e del governo nelle Province, con ampi poteri di intervento nella vita comunale²⁴.

Anche l'avvento al potere della Sinistra storica non muta nulla nell'ordinamento locale, sino ad alcune riforme, con Crispi, del testo unico del 1889, riguardanti l'allargamento del suffragio con l'adeguamento del

²¹ L. VANDELLI, V. MASTRAGOSTINO, *Il Comune* cit., p. 14; M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 28.

²² M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 28.

²³ M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 28, nota come dal modello prefettizio si distinguesse invece il modello diffuso nel Lombardo-Veneto, in cui vigeva l'ordinamento austriaco voluto da Maria Teresa nel 1755 poi riformato nel 1816: «Questo modello si presentava in alcuni aspetti come nettamente antitetico al modello francese: esso disponeva la classificazione e una certa diversa organizzazione dei comuni, al posto della loro uniformità organizzativa; e, soprattutto, sembrava più rispettoso dell'autonomia degli enti e delle comunità locali, perché prevedeva l'elezione, e non la nomina dall'alto, di tutti gli amministratori locali e organizzava forme di democrazia diretta – i c.d. convocati – nei piccoli comuni».

²⁴ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 137; M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 36 ss.; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale* cit., pp. 462-3.

suffragio amministrativo a quello politico; l'elettività dei presidenti delle Deputazioni provinciali e dei sindaci dei Comuni capoluogo di provincia o con popolazione superiore ai diecimila abitanti; disposizioni per le unioni dei comuni in consorzi per l'erogazione di servizi; l'attribuzione alle nuove Giunte provinciali amministrative compiti di controllo sugli atti degli enti locali²⁵.

La fase liberale si caratterizza più per aspetti politici e dottrinali che non per quelli legislativi: nel 1915 venne promulgato un nuovo testo unico che non fece altro che riorganizzare la materia senza innovazioni significative. L'allargamento del suffragio ed il protagonismo dei partiti di massa²⁶ (in primo luogo socialisti) che eleggono amministratori cittadini, apre una conflittualità con le prefetture e le Gpa²⁷; mentre dal punto di vista normativo il fenomeno certamente più rilevante, ancora determinato dalle spinte sociali, è quello della municipalizzazione dei servizi²⁸.

La vicenda delle autonomie registra un radicale arresto, una forte involuzione autoritaria e centralistica, durante il ventennio fascista. Nel 1926 viene abolita l'elettività degli organi comunali e vengono essi stessi sostituiti da un organo monocratico, il *podestà*: la riforma podestarile prima riguarda i comuni con meno di cinquemila abitanti poi viene, sempre nello stesso anno, estesa a tutti gli altri. Il podestà veniva nominato con decreto regio ed assumeva tutti i poteri prima spettanti al sindaco, alla giunta e al consiglio: nei comuni con meno di ventimila abitanti il podestà era affiancato da *consulte elettive* facoltative, mentre nei comuni con meno di centomila abitanti o capoluoghi di provincia o maggiori la consulta era obbligatoria. Nel 1934 viene approvato il nuovo testo unico degli enti locali (n. 383 del 3.3.1934) che è imperniato sul principio delle nomine dall'alto²⁹: le figure più enfatizzate sono quelle del Prefetto e del Segretario comunale. La conservazione ed il potenziamento del sistema prefettizio si accompagnano, dunque, alla cancellazione di ogni forma di autonomia politica dei governi locali. L'abolizione della elettività delle cariche comunali determina la crisi del principio rappresentativo delle comunità locali, che si era lentamente affermato insieme al suffragio universale. La giustificazione dottrinale che viene avanzata si appoggia sulla

²⁵ M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 40.

²⁶ G. VESPERINI, *I poteri* cit., p. 59 ss.

²⁷ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 151.

²⁸ M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 41; G. VESPERINI, *I poteri* cit., pp. 57 ss.

²⁹ M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 42.

dottrina della rappresentanza come *designazione di capacità*, disconoscendo ogni legame necessario tra elettività degli organi di indirizzo e rappresentanza politica delle autonomie, sino ad affermare la funzione giuridica e politica dell'autonomia svincolata dalla manifestazione della sovranità popolare³⁰.

Per quanto riguarda, invece, il pensiero giuridico e la dottrina dello Stato, troviamo tra periodo liberale e fascista una trattazione piuttosto omogenea e sostanzialmente continua del fenomeno autonomistico, almeno dal punto di vista delle principali categorie impiegate, tutta interna al paradigma dottrinale della centralità dello Stato-persona sovrano.

Nella monografia sul comune contenuta nel Trattato "Orlando" di diritto amministrativo, Santi Romano premette che «lo Stato è il centro intorno a cui gravita tutto il diritto pubblico, è un ente che non può mettersi assieme con tutti gli altri che hanno una struttura, che può parere analoga, ma è unico nella sua specie, ed è esso, che, in certo senso, comunica il proprio tipo, se così è lecito esprimersi, alle altre comunità politiche»³¹. Il rapporto tra Stato e Comune non è pariordinato, ma allo Stato è assegnata una priorità ontologica derivante dalla originarietà della sovranità ad esso attribuita, così tutti gli enti pubblici discendono e derivano da tale manifestazione: «Il principio, cioè, che il diritto d'impero sia specifico dello Stato, e l'altro che esso spetti *nomine proprio*, anche al Comune, parve che potessero essere messi d'accordo, col rilievo che il primo ha carattere originario, laddove il secondo appare da esso derivato, e si ottenne in tal modo una delle formole meno imprecise e più concise circa la differenziazione dei due enti»³².

Visto che lo Stato è la personalità di diritto pubblico originaria, dalla quale discendono tutte le altre persone pubbliche, al Comune non spettano che funzioni indirette, eteronome: indirette perché tutti gli atti di amministrazione comunale sono riferiti allo Stato-persona, il Comune «è un organo soltanto indiretto, nel senso che, amministrando i propri interessi, amministra contemporaneamente, come tutti gli *enti autarchici*, anche gli

³⁰ Si veda, F. LAZZARO, *Gli organi istituzionali dell'amministrazione locale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1907-1932, Vol. II, p. I, pp. 1028 ss.

³¹ S. ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1907-1932, Vol. II, p. I, p. 515.

³² S. ROMANO, cit., p. 537.

interessi dello Stato, col quale sta, più che in un rapporto organico, in un rapporto, per dir così, di famiglia»³³.

La definizione dello *status* giuridico del Comune passa attraverso il concetto di autarchia³⁴, che lo configura all'interno della amministrazione dello Stato, cioè entro quello specifico potere che è il potere esecutivo, sottoponendo le autonomie locali all'apparato ministeriale di governo. La monoliticità dello Stato-persona sovrano sussume ogni forma del pluralismo politico, sociale: la dimensione comunitaria e sociale rappresentata dagli enti territoriali viene negata; gli enti locali sono semplicemente «enti sussidiari dello Stato»³⁵. Tale dottrina dello Stato e del diritto pubblico dell'Italia liberale esclude addirittura il valore costituzionale della problematica del governo del territorio, confinandola nell'ambito della amministrazione: gli enti locali «non interessano l'organizzazione costituzionale dello Stato, e la loro attività concerne soltanto la funzione amministrativa»³⁶.

3. Le autonomie nella Costituzione repubblicana

Nella fase della “costituzione provvisoria”³⁷, subito dopo la caduta del fascismo, vennero immediatamente presi provvedimenti legislativi che ripristinavano il carattere elettivo degli organi comunali: ciò avvenne mediante il richiamo in vigore dei testi unici del 1915 e 1934³⁸. Il dibattito costituente era intanto avviato e interessava anche il tema delle autonomie territoriali, destinato ad entrare finalmente in Costituzione, e declinato essenzialmente all'interno della problematica pluralista più che dalla

³³ S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988, pp. 213-4.

³⁴ S. ROMANO, *Il Comune* cit., p. 576, nota che la persona pubblica alla quale è riconosciuta l'autarchia può «amministrare da sé i propri interessi», anche se la titolarità resta allo Stato, «Così, per esempio, quella sfera d'interessi che gravita intorno al Comune e da esso viene curata, per la sua generalità non solo, ma anche per la sua indole, la materia cui si riferisce e i mezzi che si richiedono, per soddisfarvi, costituisce una sfera di interessi, che può dallo Stato esser considerata come sua». Sulle vicende dottrinali delle nozioni di autarchia, amministrazione indiretta, decentramento, G. VESPERINI, *I poteri* cit., pp. 81-94.

³⁵ S. ROMANO, *Il diritto* cit., p. 110.

³⁶ S. ROMANO, *Il diritto* cit., p. 110.

³⁷ Sulla fase costituente, P. CIARLO, *La Costituente: nascita di una costituzione*, in «Democrazia e diritto», 4-94/1-95, pp. 239 ss.

³⁸ M. NIGRO, *Il governo* cit., p. 42; R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 166.

scelta di procedure efficaci di governo e di decisione politica. Pur nella diversità delle opinioni emergenti dal dibattito ideologico³⁹ alcune esigenze comuni facevano da sfondo: limitare la concentrazione del potere e procedere ad una sua graduale articolazione verticale; apprestare un sistema di garanzie verso il governo centrale; provvedere alle esigenze specifiche delle comunità isolate o di quelle poste ai confini con minoranze linguistiche⁴⁰.

Nella Costituzione del 1948 troviamo importanti principi e norme che innovano radicalmente la posizione ordinamentale delle autonomie, segnando il primo importantissimo passo verso lo scorporo del governo locale dall'area dello Stato-persona verso quella dell'autonomia nella democrazia.

In primo luogo l'art. 1 Cost., nel quale si afferma la sovranità popolare, contraddicendo alla dogmatica ottocentesca della sovranità dello Stato: con effetti anche sul sistema locale, innanzitutto per l'articolazione territoriale dell'elemento popolo⁴¹.

L'art. 2 Cost., nell'affermare i principi del personalismo e del pluralismo⁴², conferisce la titolarità dei diritti inviolabili o fondamentali anche alle formazioni sociali e non solo all'individuo. Il pluralismo sociale è così significativo da essere valorizzato insieme ai diritti fondamentali, forse la principale conquista del costituzionalismo democratico del Novecento; esso ridimensiona il rapporto tra Stato e società, a favore dei gruppi politici, dei sindacati, delle comunità locali.

³⁹ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., pp. 162 ss., nota come i sostenitori più forti dei principi classici dell'autonomia, con riferimenti anche al federalismo, erano soprattutto i partiti di ispirazione laica radicale (Partito d'Azione e Partito Repubblicano); i socialisti erano critici verso un modello accentrato, e tra loro si segnalò la proposta di Adriano Olivetti di istituire larghe comunità autonome non coincidenti con i Comuni ma più ampie; i comunisti preferivano considerare le autonomie in prospettiva della organizzazione dello Stato; la Democrazia Cristiana difendeva i "corpi intermedi", famiglia, scuola comune, come concreto modo di attuarsi della libertà; comunque, se «il discorso sulle autonomie era attraversato in quella fase dalle suggestioni più diverse, che univano le idealità egualitarie e comuniste vissute nella Resistenza ai progetti di socializzazione basati sull'autonomia operaia o aziendale, o ancora evocavano i contenuti tipici della polemica antiburocratica e anticentralistica dei ceti produttori del Settentrione».

⁴⁰ E. BLABONI, G. PASTORI, *Il governo regionale e locale*, in G. AMATO, A. BARBERA, a cura di, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, pp. 357 ss.

⁴¹ Cfr. A. PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento italiano*, Milano, 1983.

⁴² E. BALBONI, *Democrazia pluralista e autonomie sociali* cit.

L'art. 5 Cost. è invece la disposizione nella quale si specifica, tra i principi fondamentali che la Repubblica è costituita da autonomie proprio perché unitaria. Il tenore letterale degli artt. 2 e 5 Cost., non a caso, riporta in entrambi che la Repubblica "riconosce" i diritti della persona e le autonomie locali: l'ordinamento giuridico, quindi, nell'atto di istituire e costituire prende atto di valori già esistenti e li trasforma in diritti. Per quanto riguarda le autonomie è senza dubbio lecito leggere dietro il riconoscimento della risalente tradizione storica del municipalismo italiano⁴³.

Per quanto riguarda le norme contenute nel Titolo V della parte seconda della Costituzione, il costituente affermò con l'art. 114 che «La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni». Si trattava di una formula apparentemente innovativa rispetto allo Statuto, ma che presentava profonde assonanze con la vecchia legge comunale del 1865 la quale stabiliva che «Il Regno si divide in Province, Circondari, mandamenti e Comuni».

Il principio autonomistico trovava una disposizione precisa nell'art. 128 Cost. per cui «Le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni». Il riconoscimento della autonomia era riservato, e rinviato, dalla Costituzione alla legge ordinaria, che assumeva allora un esclusivo valore normativo in assenza di alcun contenuto costituzionalmente im-posto⁴⁴ della autonomia locale. Sembra che i costituenti, nel rinviare alla legge, avessero presente il rischio di una forte discrasia tra i principi costituzionali appena affermati e l'ordinamento dei poteri locali costituito da fonti primarie molto datate, quando stabilirono nella IX disposizione transitoria che la Repubblica «entro tre anni» adegua la legislazione all'esigenze delle autonomie locali e delle Regioni.

4. L'autonomia "difficile"

La Costituzione rappresentava certamente un forte momento di discontinuità per le autonomie, pur dovendo registrare alcuni limiti interni,

⁴³ Così, R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1997, p. 295 ss.

⁴⁴ G. VESPERINI, *I poteri cit.*, p. 117; G. ROLLA, *Evoluzione del sistema costituzionale delle autonomie territoriali e nuove relazioni tra i livelli istituzionali. Prospettive costituzionali e profili problematici*, in «Le Regioni», 6, 2000, pp. 997, sulla nozione di autonomia locale come autogoverno e non come autolimitazione dello Stato.

di cui il principale dato dalla disciplina dell'art. 128 Cost. che, a differenza di quanto previsto per le Regioni, non codificava alcun contenuto dell'autonomia comunale rinviando totalmente alla legge⁴⁵.

L'aspetto più importante della fase che si apre con gli anni cinquanta è però costituito dalla grande contraddizione che si viene a stabilire tra i principi costituzionali e l'ordinamento positivo dei poteri locali. A parte l'estensione del suffragio per l'elezione degli organi comunali, la disciplina di competenze e funzioni è interamente quella richiamata dei testi unici del 1915 e 1934: la IX disposizione transitoria della Costituzione rimarrà praticamente lettera morta sino al 1990, quando la legge n. 142 sostituirà il vecchio testo unico.

Durante il periodo che va dagli anni cinquanta ai novanta non si riuscirà mai a produrre, nonostante proposte e dibattiti⁴⁶, un ordinamento dei poteri locali ispirato alla autonomia e al decentramento. Parzialmente coincidente con questa vicenda è anche l'esperienza del regionalismo italiano, che però agli inizi degli anni settanta trova sviluppi maggiori⁴⁷.

L'ordinamento del Comune nel quarantennio suddetto non può tuttavia essere considerato come alcunché di statico e privo di evoluzione interna. Oltre all'impatto delle norme costituzionali, bisogna considerare almeno anche altri due fattori di incidenza sulla configurazione del sistema istituzionale e ordinamentale degli enti locali: da un lato, l'attuazione del regionalismo, e dall'altro, la complessa trasformazione che investe il sistema politico, l'amministrazione nonché la società civile⁴⁸.

Il primo quindicennio dell'età repubblicana si caratterizza per l'immediatezza e l'evidenza del contrasto tra le norme costituzionali e la legislazione in materia, senza che si intraprendano iniziative per le auto-

⁴⁵ G. VESPERINI, *I poteri* cit., p. 298, «l'autonomia funzionale degli enti locali è fondata direttamente sulla Costituzione, ma la sua conformazione concreta dipende dalle scelte fatte dal legislatore statale e regionale con ampi margini di discrezionalità».

⁴⁶ Cfr. AA.VV., *La riforma della amministrazione locale*, Torino, 1978, ed in particolare il contributo di G. BERTI, *Il Comune* cit., pp. 89 ss. che riflette sulla esigenza di superare il principio di uniformità e differenziare i Comuni, a seguito del D.P.R. 616/77; M. S. GIANNINI, *I Comuni*, Vicenza, 1967; F. BENVENUTI, *Per una nuova legge comunale e provinciale*, in «Rivista Amministrativa», 1959, p. 533; M. S. GIANNINI, *Il riassetto dei poteri locali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1971, p. 451.

⁴⁷ Sull'ordinamento regionale in rapporto a quello degli enti locali, R. LA BARBERA, *Regioni ed enti locali nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, Torino, 1999.

⁴⁸ G. VESPERINI, *I poteri* cit., p. 113.

mie: è la fase del centralismo⁴⁹, nella quale il modello del rapporto centro periferia vive sostanzialmente lungo i binari del precedente periodo liberale. Il principale elemento di differenziazione è il nuovo tipo di rappresentanza politica locale, fondata sulla sovranità popolare espressa, con la formula proporzionale, nei grandi partiti politici di massa che, attraverso i dirigenti locali, sono i nuovi elementi di comunicazione con il centro. Nel caso della *conventio ad escludendum* verso il PCI, tale nesso funzionerà nel senso di creare antagonismo verso il governo centrale⁵⁰.

La fase che comprende tutti gli anni sessanta vede al centro dell'azione dei governi di centrosinistra la politica della programmazione economica, che si riflette anche sull'organizzazione della amministrazione pubblica, centrale e periferica. I rapporti centro e periferia si orientano verso un modello cooperativo, nel quale gli ordinamenti si percepiscono come integrati più che separati (ciò vale soprattutto per le Regioni)⁵¹: si prefigura già l'attuazione dell'ordinamento regionale, con un ruolo, per le Regioni, di rappresentanza verso il centro dell'intero sistema delle autonomie locali. La crescita degli istituti di sicurezza sociale riduce lo spazio di intervento degli enti locali a favore della implementazione dell'amministrazione centrale; gli enti locali acquisiscono importanti funzioni, nonché poteri di partecipazione alle procedure della programmazione⁵². Proprio in questa fase troviamo l'emergere di un principio di diversificazione degli enti locali, che riforma l'uniformità ordinamentale: si avvia nei grandi comuni del nord la istituzione dei quartieri; l'articolazione dei Consigli in Commissioni; la riorganizzazione interna dei servizi tecnici; la costituzione di società per azioni a partecipazione pubblica; l'istituzione di consorzi atipici; la gestione di servizi scolastici o parascolastici⁵³.

Il ventennio che comprende tutti gli anni settanta e ottanta si caratterizza invece per l'impatto sulle autonomie locali dell'attuazione dell'ordinamento regionale. Il modello di relazione tra i poteri pubblici si fa ora più complesso, un assetto fondato su tre poli, Stato, Regione ed enti locali, sostituisce il precedente basato su due polarità (Stato ed enti locali). La legislazione di attuazione del regionalismo negli anni settanta, ispirata

⁴⁹ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 167, segnala il valore di opposizione al governo centrale che talora assumevano le amministrazioni guidate dalla sinistra.

⁵⁰ R. ROMANELLI, *Centralismo* cit., p. 167.

⁵¹ G. VESPERINI, *I poteri* cit., p. 135.

⁵² G. VESPERINI, *I poteri* cit., p. 137.

⁵³ G. VESPERINI, *I poteri* cit., p. 141.

alla tendenza cooperativa impostata negli anni della programmazione, assegna alle regioni il compito della programmazione specifica mentre ai Comuni è affidato un ruolo di amministrazione organica⁵⁴.

È anche questo, infine, il periodo in cui il ruolo dei partiti nelle istituzioni pubbliche è molto ingerente, ma sono già presenti le premesse del crollo di fiducia in essi sino alla crisi dell'intero sistema politico nei primi anni novanta⁵⁵: che segnerà un nuovo protagonismo delle classi dirigenti locali.

5. I poteri locali centro delle riforme: il sistema policentrico

L'inadempienza legislativa del dettato costituzionale sul nuovo ordinamento delle autonomie locali viene finalmente superata con la legge 142 del 1990, che dà avvio ad un decennio di intensi interventi legislativi che riformano non solo le autonomie ma anche l'assetto dei poteri e delle competenze amministrative della Repubblica; decennio che sembra, almeno parzialmente, concludersi proprio con la legge costituzionale n. 3 del 2001 di riforma dell'ordinamento regionale⁵⁶.

Alla base della legge 142/90 vi è da segnalare anche una spinta europea rappresentata dalla Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985, approvata con la legge 439/1989. La Carta propone una visione dell'autonomia locale non solo ancorata alla fonte legislativa – sono numerosi nel testo i richiami al principio di legalità – ma anche una concezione comunitaria dei poteri locali, secondo la quale l'autonomia non è tanto il riflesso della autolimitazione legislativa dello Stato ma principio di manifestazione giuridica degli interessi delle comunità. Sempre nella Carta si trova anche enunciato il principio della preferenza dei livelli di responsabilità più vicini al cittadino, che è il vero prodromo del principio di sussidiarietà ora costituzionalizzato⁵⁷.

⁵⁴ G. VESPERINI, *I poteri cit.*, p. 151.

⁵⁵ P. GINSBORG, *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, I, e, II, Torino, 1989; G. COTTURI, F. IZZO, M. TRONTI, *Il destino dei partiti*, Roma, 1996.

⁵⁶ F. PIZZETTI, *All'inizio della XIV legislatura: riforme da attuare, riforme da completare cit.*; P. BILANCIA, *Verso un federalismo cooperativo?*, in AA. VV., *Problemi del federalismo*, cit., pp. 69 ss. pensa la riforma «quasi a razionalizzazione dell'esistente»; G. ROLLA, *Diritto regionale e degli enti locali*, cit.

⁵⁷ Carta europea delle autonomie locali, art. 3, c. 1°, «Per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni,

La concezione comunitaria delle autonomie si trova anche nella legge 142/90, e viene mantenuta in tutta la serie di riforme successive, sino al nuovo testo unico sull'ordinamento degli enti locali, il Decreto Legislativo 267/00, nel quale all'art. 3 si legge a proposito del Comune: «Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo».

Il governo locale come sistema rappresentativo degli interessi delle comunità ha costituito lo sfondo permanente delle trasformazioni avvenute nel sistema amministrativo e nell'ordinamento giuridico, nonché nel sistema politico e nell'ordinamento istituzionale; trasformazioni ben sintetizzate nella formula del passaggio da un sistema Stato-centrico a uno *policentrico*⁵⁸. La legge 142/90 è stata ben presto interessata dalle istanze di riforma federale della Repubblica⁵⁹, dall'urgenza del rinnovamento dell'amministrazione e dei processi decisionali pubblici, nonché dalla crisi della classe dirigente nazionale e dei partiti.

La legge 142/90 ha delineato un impianto ordinamentale dei poteri locali che è stato poi il modello fondamentale sul quale hanno agito, in primo luogo, le riforme all'ordinamento locale stesso (leggi 81/93; 120/99; 265/99; e d. lgs. 267/00); e sul quale è stata, contemporaneamente, innestata la riforma della funzione amministrativa della Repubblica, attraverso la ridefinizione delle funzioni e delle competenze amministrative (leggi "Bassanini" 59/97, 127/97, nonché d. lgs. 112/98 di attuazione)⁶⁰.

Da uno sguardo d'insieme, dai primi anni novanta ad oggi, risulta che la riforma del governo locale è proceduta prima insieme alla generale riallocazione delle competenze amministrative, devolvendo funzioni dal centro alla periferia senza modificare la Costituzione (il cosiddetto "fede-

una parte importante di affari pubblici»; art. 4, c. 1°, «Le competenze di base delle collettività locali sono stabilite dalla Costituzione o dalla legge» e c. 3, «L'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini». G. ROLLA, *Diritto regionale* cit., pp. 997-8.

⁵⁸ F. PIZZETTI, *All'inizio della XIV legislatura: riforme da attuare, riforme da completare* cit., p. 442; C. MEOLI, *La costruzione del Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali. Problemi e prospettive*, in M. BERTOLISSI, a cura di, *L'ordinamento degli enti locali*, Bologna, 2002, pp. 21 ss.

⁵⁹ Si veda, tra gli altri, A. CANTARO, M. DEGNI, a cura di, *Il principio federativo*, Bari, 1995.

⁶⁰ L. VANDELLI, *Il governo locale*, Bologna, 2000, pp. 95 ss.

ralismo a Costituzione invariata”)⁶¹; passando poi attraverso il tentativo, fallito, di riforma organica della seconda parte della Costituzione⁶²; per giungere ad un “consolidamento” costituzionale, con la revisione dell’ordinamento regionale, dei principi elaborati dalla legislazione negli anni precedenti.

5.1. Le “tappe” delle riforme legislative: dal 1990 al 2000

La legge 142/90 riforma il sistema locale rivedendo essenzialmente le norme sull’organizzazione, sulle competenze degli organi comunali, sul sistema di governo degli enti locali⁶³. In attuazione dell’art. 118 Cost. si riconosce quale espressione dell’autonomia comunale la potestà statutaria⁶⁴: ma lo statuto comunale è fortemente vincolato nel contenuto da limiti che sono fissati direttamente dalla legge. Per quanto attiene i poteri degli organi, al Consiglio è riconosciuta una funzione di indirizzo e di controllo, mediante l’adozione degli atti stabiliti dalla legge; mentre alla Giunta spetta una competenza generale-residuale sugli atti e la funzione di attuazione dell’indirizzo politico; il Sindaco, eletto dal Consiglio, rappresenta l’ente, presiede e convoca il Consiglio e la Giunta.

Si interviene anche nel rapporto con i cittadini, riconoscendo importanti forme di partecipazione: l’azione popolare, la possibilità di referendum con il solo valore consultivo, nonché diritti di partecipazione ai procedimenti e di accesso agli atti (insieme alla legge 241/90 sul procedimento amministrativo).

La legge 142/90 è stata piuttosto timida riguardo alla forma di governo locale, operando sostanzialmente la razionalizzazione dell’impianto precedente, basato sulla centralità del Consiglio, attraverso l’importante innovazione dell’istituto della sfiducia costruttiva, per provocare la crisi della Giunta e le dimissioni del Sindaco profilando una immediata soluzione alternativa.

⁶¹ Si veda, C. DESIDERI, G. MELONI, a cura di, *Le autonomie regionali e locali alla prova delle riforme*, Milano, 1998.

⁶² Si veda, A. FERRARA, a cura di, *Le autonomie nella riforma costituzionale*, Milano, 2001; AA. VV., *La riforma costituzionale*, A.I.C., Padova, 1999.

⁶³ Per l’ordinamento comunale prima della legge 142/90, L. GIOVENCO, *L’ordinamento comunale*, VII edizione a cura di A. Romano, Milano, 1980; F. STADERINI, *Principi di diritto degli enti locali* cit.

⁶⁴ Sulla potestà statutaria dopo la legge 142/90, A. PIRAINO, *Il valore primario degli statuti comunali*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, pp. 1367-1396.

Nel 1993 con la legge n. 81 si riforma, anche a seguito del movimento referendario anti-proporzionale, l'intero sistema di governo locale nonché le formule elettorali. L'innovazione introduce l'elezione diretta da parte del corpo elettorale del Sindaco, il quale lega al proprio mandato anche la durata del Consiglio; nomina direttamente i dirigenti, i componenti della Giunta e i rappresentanti presso enti, aziende e istituzioni. Il Sindaco è sostenuto da una maggioranza consiliare che è composta dalle liste (o dalla lista nei comuni con meno di quindicimila abitanti) che lo hanno sostenuto in campagna elettorale, rafforzata dal premio di maggioranza assegnato allo schieramento vincente⁶⁵. I Consigli sono gli organi che subiscono maggiormente la riforma, ne risulta rafforzata la funzione di indirizzo e di controllo, e soprattutto la loro autonomia rispetto all'esecutivo locale: i comuni maggiori si dotano infatti per statuto di un Presidente del Consiglio che convoca e stabilisce l'ordine del giorno⁶⁶.

Se sino al 1997 le riforme dell'ordinamento locale hanno riguardato principalmente l'organizzazione, gli organi e la forma di governo, il biennio '97-'98 si segnala invece per la riforma amministrativa dello Stato, che ridefinisce le funzioni di tutti gli enti della Repubblica. Le leggi "Bassanini" (59/97, 127/97, 191/98 e 50/99), nonché i relativi decreti legislativi di attuazione (d. lgs. 143/97, 112/98) operano un generale trasferimento di funzioni amministrative, assai notevole per qualità e quantità degli ambiti, dallo Stato al sistema delle regioni e delle autonomie locali, affinché siano i livelli di governo più vicini ai cittadini a curare direttamente gli interessi delle comunità.

Tale processo di riforma dello Stato, realizzato entro i principi e le norme costituzionali vigenti, è stato avviato dalla legge 59/97 che contiene importanti principi, in materia di allocazione delle funzioni amministrative, che hanno innovato e informato l'intero ordinamento, quali: sussidiarietà, completezza, cooperazione, adeguatezza, differenziazione⁶⁷. Principi (e norme) che hanno immediatamente realizzato un impatto con

⁶⁵ Sul sistema elettorale locale, P. BARRERA, *La nuova legge elettorale per i Comuni e le Province*, Roma, 1993.

⁶⁶ L. VANDELLI, *Il governo locale* cit., pp. 96 ss.; L. VANDELLI, F. MASTRAGOSTINO, *I Comuni* cit., pp. 47 ss.

⁶⁷ G. ROLLA, *Evoluzione del sistema costituzionale delle autonomie territoriali e nuove relazioni tra i livelli istituzionali* cit., p. 1009; cfr. anche per il dibattito tra i costituzionalisti, C. DESIDERI, G. MELONI, a cura di, *Le autonomie regionali e locali alla prova delle riforme* cit.

il dettato costituzionale piuttosto problematico, ponendo la questione della piena compatibilità con il modello previsto nel '48⁶⁸.

Ma è soprattutto il d. lgs. 112/98 ad incidere sulle funzioni delle autonomie locali e del Comune in particolare. Esso trasferisce agli enti locali funzioni ben oltre la previsione costituzionale delle materie di competenza regionale elencate nel vecchio art. 117 Cost., secondo quanto previsto dall'art. 118 Cost.: troviamo così il catasto, l'istruzione scolastica, le risorse idriche, la difesa del suolo, l'industria. Nell'ambito della allocazione delle funzioni amministrative, il d. lgs. 112/98, individua quattro settori organici all'interno dei quali operare il conferimento di nuove funzioni (sviluppo economico e attività produttive; territorio, ambiente e infrastrutture; servizi alla persona e alla comunità; polizia amministrativa). Nell'ambito di tali settori stabilisce che la Regione, nella riorganizzazione della funzione amministrativa, deve conferire le competenze sulla base del principio di sussidiarietà (e di quelli connessi di adeguatezza, differenziazione, cooperazione) che pone i Comuni quali enti di governo più idonei all'esercizio delle funzioni amministrative sul territorio. Non solo, si stabilisce anche che occorre valorizzare, nell'espletamento di attività di rilevanza pubblica, il ruolo dei privati e delle autonomie funzionali (scuole, Università). Come si vede il principio di sussidiarietà è svolto in tutta la sua duplice dimensione, orizzontale e verticale.

Le riforme amministrative, oltre alle funzioni, hanno anche interessato sia l'organizzazione che il sistema istituzionale del governo locale. Per il primo profilo si deve segnalare l'accentuazione dell'autonomia degli enti locali (legge 127/97), attraverso il conferimento ai Sindaci di poteri di scelta sui vertici dell'amministrazione mediante l'istituzione del Direttore generale ("city manager") con competenze gestionali; attraverso la riforma della figura del Segretario Comunale, non più funzionario statale inviato dal Prefetto ma incaricato sulla base di un rapporto fiduciario con il Sindaco; infine, attraverso la drastica riduzione del sistema dei controlli, limitati a pochi atti fondamentali (bilancio, statuti, regolamenti).

Per quanto riguarda l'assetto istituzionale, invece, è stata istituita (con DPCM) la Conferenza Stato-Città-Autonomie locali, composta da Sindaci e Presidenti di Provincia, con compiti di coordinamento e consultazione per le politiche locali: il d. lgs. 281/97 ha disciplinato la Conferenza pre-

⁶⁸ C. DESIDERI, G. MELONI, *Presentazione*, ivi, p. 8; nonché G. SILVESTRI, S. BARTOLE, *Interventi*, ivi, pp. 186-199 ss.

vedendo un organo unificato con la Conferenza Stato-Regioni per le materie e i compiti comuni.

Il biennio '99-'01 rappresenta l'ultima tappa della riforma legislativa delle autonomie locali. La legge 120/99 corregge alcuni aspetti del sistema elettorale previsto dalla legge 81/93, per ovviare alla circostanza di un Sindaco eletto senza che le liste che lo sostengano abbiano la maggioranza consiliare (esito possibile visto il "doppio" voto per Sindaco e Consiglio a disposizione dell'elettore e scongiurato con premio di maggioranza diversamente articolato).

La legge 265/99 ("Napolitano-Vigneri") delinea invece una vera e propria riforma organica e globale della legge 142/90, pur conservandone l'impianto strategico di fondo⁶⁹. Le innovazioni della 265/99 riguardano, in primo luogo, i profili dell'autonomia statutaria⁷⁰ e normativa⁷¹: il limite alle norme locali, statutarie e regolamentari, non risiede più in specifiche disposizioni di legge, ma nei principi fissati dalla legge, con espansione delle materie da regolamentare. Anche l'autonomia statutaria viene ampliata, chiamando lo statuto ad intervenire, obbligatoriamente⁷², su materie innovative.

Dal punto di vista istituzionale la legge intende, mantenendo l'orientamento che era della 142/90, riconoscere maggiore ruolo politico al Consiglio, ed in particolare alle minoranze: lo statuto deve disciplinare forme di garanzia e partecipazione delle minoranze consiliari; si rafforzano i poteri di controllo dei Consigli; si concede la facoltà ai Comuni con meno di quindicimila abitanti di eleggere un Presidente del Consiglio.

Vi sono, poi, norme che mirano a definire lo *status* giuridico degli amministratori e dei consiglieri, e che costituiscono un prezioso tentativo di definire regole e istituti della *rappresentanza politica locale*, che è una materia sempre più urgente vista la crescita delle classi dirigenti locali e dei processi di distribuzione delle responsabilità pubbliche⁷³.

Per quanto attiene i *diritti di cittadinanza*, lo statuto può disciplinare

⁶⁹ F. PIZZETTI, *La «nuova» autonomia dei Comuni e delle Province nella legge n. 265 del 1999*, in «Le Regioni», 3, 1999, p. 628.

⁷⁰ F. PIZZETTI, *ivi*, p. 631.

⁷¹ L. VANDELLI, *Il governo locale*, cit., p. 106.

⁷² Art. 1, comma 3°, T.u. 267/00.

⁷³ M. BERTOLISSI, *L'ordinamento degli enti locali, Introduzione*, in M. BERTOLISSI, a cura di, *L'ordinamento degli enti locali* cit., pp. 15-16, pone in evidenza il legame tra rappresentanza democratica e responsabilità nel sistema istituzionale, all'interno del quale occupa un ruolo privilegiato il tema del governo locale alla luce delle riforme costituzionali.

forme di consultazione referendaria diverse da quella con valore solamente consultivo; l'azione popolare è riconosciuta per ogni tipo di giudizio; sono garantiti diritti di partecipazione ed anche diritti di informazione.

Altre disposizioni importanti, innovative rispetto alla 142/90 che su questo punto si è rivelata debole, sono quelle relative alle forme associative tra gli enti locali, rendendo più flessibile l'unione tra Comuni, valorizzando convenzioni e uffici comuni, sviluppando il compito della Regione nella individuazione degli ambiti ottimali di collaborazione e gestione dei servizi.

La vicenda delle riforme legislative dell'ordinamento dei poteri locali, intrecciata con la riforma dell'amministrazione pubblica, giunge ad una sintesi con il nuovo testo unico (decreto legislativo 267/00), nel quale viene a precipitare un decennio di riforme partire dalla 142⁷⁴.

6. Il Comune soggetto costituzionale

La riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione si pone, anche per il metodo seguito⁷⁵, quale cruciale punto di passaggio tra passato e futuro per l'intero sistema delle autonomie locali⁷⁶. Sono, infatti, innegabili gli aspetti di consolidamento costituzionale delle precedenti ri-

Si veda anche, A. PAPA, *La rappresentanza regionale tra "Repräsentation" e "Vertretung"*, in *Problemi del federalismo*, cit. pp. 407-428.

⁷⁴ L. VANDELLI, *Le linee fondamentali dell'evoluzione legislativa in materia di autonomie locali*, in «Comuni d'Italia», maggio 2000, pp. 647 ss.; G. ROLLA, *Evoluzione del sistema costituzionale delle autonomie territoriali e nuove relazioni tra i livelli istituzionali* cit.

⁷⁵ L. VANDELLI, *Intervento*, in A. FERRARA, L. R. SCIUMBATA, a cura di, *La riforma dell'ordinamento regionale*, cit., pp. 9-15, esprime apprezzamento per il metodo impiegato che ha comportato il coinvolgimento diretto delle autonomie locali, le quali hanno registrato una comune visione di intenti con le Regioni, presentando proposte incisive per la riforma, poi accolte.

⁷⁶ Molto efficacemente, F. PIZZETTI, *Intervento*, ivi, p. 44, dove «Questa riforma infatti, sia per il metodo seguito, sia per le caratteristiche stabilizzanti che ha tanto per quanto riguarda la legge cost. n. 1 del 1999 che per quanto riguarda la riforma amministrativa e ordinamentale, assume oggi il significato di un "ponte" essenziale fra un "prima" (il sistema costituzionale e ordinamentale che è entrato in crisi già da almeno dieci anni) e un "dopo" (quella che, malgrado le molte innovazioni di fatto e di diritto che hanno segnato il decennio e particolarmente l'attuale legislatura, non appare ancora compiutamente realizzata).

forme amministrative contenute nella legge cost. 3/01⁷⁷: basta fare riferimento alla funzione amministrativa, che interessa notevolmente il Comune. Vengono costituzionalizzati nel nuovo art. 118 Cost. i principi di *sussidiarietà*⁷⁸, *differenziazione*, *adeguatezza*, che già l'ordinamento conosceva grazie alla legge 59/97 e relativo decreto 112/98 di attuazione, nonché ripresi nell'art 4 del t.u. d. lgs. 267/00.

Il senso della riforma, tuttavia, non può essere ridotto alla semplice trasposizione costituzionale di principi già operanti a livello primario ed ora razionalizzati⁷⁹. Esistono forti punti di innovazione ordinamentale generale: abbiamo già detto del nuovo art. 114 e della parificazione⁸⁰ tra gli elementi costitutivi della Repubblica, ma se ne possono segnalare altri, specie in riferimento alla posizione del Comune, che costituiscono un difficile oggetto di inquadramento dottrinale e normativo.

Vi sono, infatti, con riguardo alla posizione delle autonomie locali profili ordinamentali che debbono essere ancora bene interpretati e tradotti.

A cominciare dalle fonti normative di disciplina, l'art. 117 comma 2° lettera p) Cost. assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la normazione sulla «legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali» degli enti locali; tale norma, letta congiuntamente all'art. 118 comma 2° che fa riferimento a funzioni conferite con legge regionale, istituisce una doppia competenza legislativa sugli enti locali⁸¹. Se da un

⁷⁷ Così, P. BILANCIA, *Verso un federalismo cooperativo?*, in AA. VV., *Problemi del federalismo* cit. Si veda il punto di vista, ora, di F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, cit., p. 1185, che prende le distanze dalla tesi della riforma del Titolo V come «stabilizzazione costituzionale» delle riforme avvenute con le leggi Bassanini, poiché queste ultime si sono concentrate sulla funzione amministrativa, mentre la novella costituzionale mira invece a ridefinire i ruoli e i rapporti tra i legislatori.

⁷⁸ Per la teoria del principio di sussidiarietà come «principio costituzionale non scritto», naturalmente prima della riforma del Titolo V, si veda, A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, pp. 13-33.

⁷⁹ F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico «esplosivo»*, cit.

⁸⁰ Cfr. *infra*, nota n. 9.

⁸¹ Già segnalata in fase di approvazione da P. CARETTI, *La faticosa marcia di avvicinamento ad un assetto razionale del regionalismo italiano*, in «Le Regioni», 5, 2000, p. 796, secondo il quale ciò poteva andare a nuocere sulla piena attuazione della sussidiarietà. Si veda M. GAMMELLI, *Dopo il titolo V: quali poteri locali?*, cit., pp. 3 ss.; F. PINTO, *Il testo unico degli enti locali dopo la riforma: tra incertezze statali e incertezze regionali*, in «Quaderni costituzionali», 2, 2002, pp. 291 ss., critico del permanere della competenza

lato appare scongiurato il rischio di frammentazione dei sistemi delle autonomie attraverso leggi regionali diverse l'una dall'altra, tutelando così l'unità giuridica dell'ordinamento, dall'altro permane la questione del rapporto del sistema delle autonomie con la Regione e con lo Stato.

Proprio dal lato del sistema istituzionale regionale si registra la previsione da parte dell'art. 123 Cost. del Consiglio delle autonomie locali che ogni statuto regionale deve disciplinare, «quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali»: spetterà alle Regioni disciplinare e prevedere tale organo, basti in questa sede notare come il modello prescelto del Consiglio si discosti da quello delle Conferenze, rivelatosi molto efficace a livello nazionale. Molto dipenderà dalla forma di governo che le Regioni andranno autonomamente a scegliere, certamente la previsione statutaria lascia intendere che il dibattito interno alla Regione ha come componente necessaria anche la rappresentanza degli enti locali⁸².

Tra le disposizioni innovative devono poi essere prese in considerazione quelle che forse maggiormente interessano il Comune, vale a dire le norme che disciplinano la funzione amministrativa della Repubblica. Abbiamo già fatto riferimento al nuovo art. 118 Cost. che, sulla scia delle riforme amministrative, ha introdotto quale criterio allocativo della funzione amministrativa il principio di sussidiarietà in luogo del principio del parallelismo. Il parallelismo riguardava solo le Regioni e implicava la corrispondenza tra funzione amministrativa e potestà legislativa (anche se la Corte costituzionale ha utilizzato tale criterio non tanto per censurare trasferimenti di competenza dallo Stato alle Regioni, bensì ha dedotto da questi la ridefinizione delle materie di competenza al legislatore regionale sulla base delle funzioni conferite dallo Stato); mentre per la posizione

statale nelle materie indicate dall'art. 117 Cost. F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo Testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione* cit., p. 438, nota che «solo le parti del Testo unico per le quali sussiste ancora, dopo il nuovo Titolo V della Costituzione, una riserva di legge statale sono dotate della necessaria copertura e quindi le relative disposizioni sono pienamente efficaci e vincolanti per gli enti locali. Per tutte le altre partizioni del Testo unico, invece, è venuta a cessare, con l'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, la copertura costituzionale di disposizioni in materie per le quali lo Stato non gode più di una espressa riserva di legge».

⁸² M. COSULICH, *La rappresentanza degli enti locali. Conferenza o Consiglio?*, in «Le istituzioni del federalismo», 1, 2001, pp. 217 ss. rileva che la tematica della forma di governo regionale si arricchisce della questione della rappresentanza degli enti locali. Il modello della Conferenza e del Consiglio vengono distinti, mentre il primo è ricondotto alla logica della cooperazione, vista la presenza costitutiva delle due parti, il secondo rimanda alla logica della rappresentanza, con una omogeneità dei soggetti costitutivi l'organo.

degli enti locali, sempre secondo il vecchio art. 118 Cost., lo Stato poteva trasferire funzioni amministrative per le materie di interesse locale, e le Regioni potevano “avvalersi” degli enti locali per l’esercizio normale delle loro funzioni amministrative.

I nuovi criteri e le modalità che definiscono l’attribuzione della funzione amministrativa pongono in una posizione completamente diversa il sistema delle autonomie ed in particolare modo l’ente-Comune. Come la Regione è divenuta titolare della funzione legislativa generale, così il Comune è il soggetto in capo al quale viene riferita in via generale la potestà amministrativa⁸³. Le norme che interessano questo profilo sono all’apparenza chiare, ma nascondono in realtà un vero e proprio insidioso “balletto delle qualificazioni”⁸⁴ che ha avviato un intenso dibattito dottrinale⁸⁵. Si tratta di norme già richiamate: a) l’art. 117, 2° comma, lettera p) Cost., che prevede la competenza esclusiva della legge dello Stato a dettare le funzioni fondamentali di Comuni, Province, Città metropolitane; b) l’art. 118, 1° comma Cost., che enuncia il principio della competenza generale del Comune per le funzioni amministrative, salvo che per assicurare l’esercizio unitario siano attribuite a tutti gli altri elementi costitutivi della Repubblica (Province, Città metropolitane, Regioni e Stato) secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza; c) l’art. 118, comma 2°, per il quale Comuni, Province e Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative *proprie* e *conferite*, prevedendo

⁸³ La dottrina è concorde sul punto, si vedano, tra gli altri, M. CAMMELLI, *Dopo il Titolo V* cit.; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in «Le Regioni», 2/3, 2002, pp. 383 ss.; R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in «Le Regioni», 2/3, 2002, pp. 365 ss.

⁸⁴ A. D’ATENA, *Il nodo delle funzioni amministrative*, sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 1.

⁸⁵ Si vedano sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it i contributi di A. D’ATENA, *Il nodo delle funzioni* cit.; R. BIN, *La funzione amministrativa*; A. ANZON, *Un passo indietro verso il regionalismo “duale”*. Vedi anche il sito del Forum della rivista Quaderni Costituzionali www.mulino.it, con contributi di: A. ANZON, cit.; R. TOSI, *Interpretazioni “continuiste” del nuovo titolo V e “banalizzazione” della Costituzione (una risposta a Marco Cammelli)*; A. D’ATENA, *Legislazione concorrente, principi impliciti e delega per la formulazione dei principi fondamentali*; F. S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l’epilogo delle garanzie costituzionali sull’allocazione delle funzioni amministrative*; M. GORLANI, *Il nuovo criterio di allocazione delle funzioni amministrative nel titolo V della Costituzione*. F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance* cit.; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, cit.; R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione* cit.;

per queste ultime che sia la legge statale o regionale a provvedere, secondo le rispettive competenze.

Sotto l'apparente linearità delle disposizioni si nascono difficoltà interpretative e dommatiche: a cominciare dal tipo di competenza *esclusiva* della legge statale in materia di funzioni fondamentali, se possa estendersi o meno a materie riservate al legislatore regionale in via esclusiva o concorrente; dalla possibilità per Stato e Regioni di avere competenze amministrative esclusivamente nelle materie di rispettiva competenza legislativa loro proprie o invece di intrecciarsi⁸⁶.

Il nodo principale, per i Comuni, è però rappresentato dalla definizione e organizzazione della funzione amministrativa: ed il testo non sembra indicare alcun contenuto e titolarità della funzione, limitandosi a prevedere i criteri e le procedure per l'allocazione⁸⁷.

I Comuni si sono visti attribuire la competenza generale nella funzione amministrativa – anche se la norma ha un impatto meno dirompente di quanto appaia a causa della sua non autoapplicatività, poiché la funzione amministrativa per essere esercitata presuppone il previo “trasferimento” attraverso un atto che ne assicuri la “copertura” (secondo il combinato disposto dell'art. 97 Cost. e VIII disp. trans. Cost.)⁸⁸. Permane allora, come sembra esser concorde la dottrina⁸⁹, la necessità di un atto di conferimento che dovrà avere necessariamente la forma della legge, statale o regionale.

Premesso dunque che il nuovo art. 118, 1° comma non assegna né una titolarità originaria e né attuale della funzione amministrativa ai Comuni, affinché la norma non assuma un valore demagogico, occorre precisarne la portata politica: appare irrealistico che il sistema comunale possa assorbire tutta l'area della funzione amministrativa⁹⁰. Certamente, vie-

⁸⁶ F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance* cit., p. 1179 ss.

⁸⁷ F. S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative* cit.; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione* cit.; F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance* cit.

⁸⁸ A. D'ATENA, *Il nodo delle funzioni amministrative* cit.; F. S. MARINI, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative* cit.

⁸⁹ F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance* cit.; F. S. MARINI, *Il nuovo titolo V* cit.; G. FALCON, *Funzioni amministrative ed enti locali* cit.

⁹⁰ M. CAMMELLI, *Dopo il titolo V* cit. pp. 4-5.

ne tracciata una linea importante che dovrà condizionare l'indirizzo politico centrale e regionale nella creazione delle condizioni istituzionali e ordinamentali che realizzino la sussidiarietà⁹¹. Questo passaggio segnerà probabilmente la fine del *principio di uniformità* nel sistema comunale, con una nuova riformulazione dei compiti dei Comuni di medie e grandi dimensioni, e con un impegno a trovare forme associative per i molti Comuni piccoli o piccolissimi.

Le norme sull'allocazione della funzione amministrativa si sono rivelate molto più complesse rispetto ad una prima lettura, per la trama di funzioni che disegnano per le autonomie; per il Comune si parla di funzioni *attribuite*, poi *proprie* e *conferite*, e ancora si parla di funzioni *fondamentali* degli enti locali. La dottrina ha espresso opinioni diverse, ma resta sullo sfondo il significato di una riforma che sembra risiedere nel superamento del vecchio criterio basato sulla titolarità *a priori*, a livello costituzionale (statale o regionale) della funzione amministrativa⁹², a favore di un sistema di competenze sempre più contrassegnato dalla pluralità dei livelli di governo dei sistemi complessi⁹³ e da norme che indicano criteri e procedure più che contenuti rigidi.

Il Comune si pone come soggetto autonomo, ente costitutivo della Repubblica così come lo Stato, che realizza la funzione di governo e rap-

⁹¹ G. FALCON, *Il nodo delle funzioni amministrative* cit., p. 395.

⁹² *Ivi*, p. 393.

⁹³ Sulle problematiche del rapporto tra sistema di governo locale e *governance* fa riferimento F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di governance* cit., il quale impiega un concetto di *governance* differente rispetto alla definizione datane nel Libro Bianco della Commissione Europea del 25 luglio 2001: «al concetto di *governance* si fa riferimento per indicare delle tecniche e dei raccordi di carattere legislativo, regolamentare, normativo, amministrativo, di prassi e di comportamenti che occorrerà sviluppare per consentire il funzionamento complessivo del sistema italiano, così come delineato dal nuovo Titolo V Parte II della Costituzione» (p. 1153). G. ROLLA, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in «Le Regioni», 2/3, 2002, pp. 321-342, considera la revisione costituzionale come episodio di una vera e propria «transizione costituzionale» in corso nella quale «i processi costituenti che stanno contestualmente interessando l'ambito comunitario e quello nazionale hanno in comune la formazione di un sistema istituzionale a più livelli, costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, che interagiscono reciprocamente, al fine di assumere decisioni vincolanti per l'intero sistema»; in tale contesto il nuovo art. 114 Cost. sarebbe l'espressione dell'adesione del testo «ai nuovi processi di *multilevel constitutionalism*», vero parametro teorico in grado di fornire un quadro unitario per comprendere l'evoluzione interna e comunitaria, intimamente connesse.

presentanza locale nel quadro della democrazia costituzionale; cioè come ordinamento parziale entro l'ordinamento generale costituzionale⁹⁴, entro i principi fondamentali dell'autonomia, della sussidiarietà e della uguaglianza, che costituiscono i parametri per valutare quell'unità ordinamentale necessaria all'autonomia.

⁹⁴ H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, tr. it. S. Cotta, G. Treves, Milano, 1984, pp. 308 ss.

EDUARDO ROZO ACUÑA

*IL PRINCIPIO DEMOCRATICO NELLA COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA BOLIVARIANA DEL VENEZUELA*¹

SOMMARIO

1. Democrazia e partecipazione. – 2. Democrazia e partecipazione nelle costituzioni dell'America Latina. – 3. Basi costituzionali della democrazia e della partecipazione nella Repubblica Bolivariana del Venezuela. – 4. Mezzi costituzionali generali di partecipazione politica. – 4.1. La partecipazione cittadina attraverso il c.d. – Potere Cittadino. – 4.2. La partecipazione in campo economico e sociale. – 4.3. Altre disposizioni costituzionali in materia di partecipazione popolare. – 4.4. Partecipazione dei popoli indigeni. – 4.5. Partecipazione degli stranieri. – 5. Conclusione: partecipazione politica popolare, controllo di costituzionalità e diritto di Amparo.

1. - Il perfezionamento dello Stato moderno, grazie al costituzionalismo e al superamento del contenuto individualistico del diritto, in un lungo processo di sviluppo che va oltre il secondo dopoguerra mondiale, porta al cd. Stato sociale di diritto². Questo tipo di Stato, liberale e democratico, è essenzialmente caratterizzato dalla supremazia giuridica delle norme costituzionali, dalla consacrazione dei diritti fondamentali dell'uomo, particolarmente di quelli di seconda generazione, dal ruolo fondamentale del Parlamento, come organo di rappresentanza cittadina titolare del potere legislativo e del controllo politico sull'esecutivo, e dall'ampliamento della partecipazione politica del popolo all'elezione di alcune delle alte cariche dello Stato, con il voto universale e con l'abbassamento dell'età per acquisire il diritto al voto³.

La fine del secondo conflitto mondiale, vinto precisamente dalle forze che propugnavano la democrazia e la libertà contro la dittatura, l'autori-

¹ Relazione presentata al Seminario di studi sulla Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela, organizzato dall'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), in collaborazione con l'Università di Sassari, l'Università di Urbino e l'Istituto Italo-Latinamericano (IILA), Roma, 17-18 dicembre 2002.

² S. ROKKAN, Stato, nazione e democrazia in Europa, Bologna, 2002.

³ M. DUVERGER, Instituciones políticas y derecho constitucional, Barcellona, 1962, c. II.

tarismo e il razzismo, non poteva non comportare un gran passo in avanti nel rafforzamento della democrazia e della partecipazione popolare. In altre parole, la democrazia non poteva continuare ad essere soltanto indiretta, formale o elettorale, doveva convertirsi in reale, attiva, partecipativa. Il popolo non solo doveva essere soggetto del diritto al voto, ma doveva avere anche il potere di partecipare al processo delle decisioni e della loro esecuzione, nonché al controllo dell'esercizio del potere politico⁴.

Pertanto, la democrazia formale e indiretta diventa più reale e più diretta e gli Stati che non adottano le nuove istituzioni di partecipazione del popolo all'esercizio del potere politico, anche se hanno elezioni periodiche per il rinnovo e l'alternanza dei governi, non sono da considerare veramente democratici. In questo senso, è necessario un rapporto diretto fra stato sociale di diritto, democrazia e partecipazione, al punto che tutti gli elementi diventano essenziali allo Stato moderno e se manca uno di essi lo Stato non può essere definito come tale. Conseguentemente, le costituzioni europee del secondo dopoguerra sono caratterizzate dalla consacrazione di nuove istituzioni di democrazia diretta, come l'italiana, che ha istituito il diritto di petizione, l'iniziativa legislativa popolare e il referendum popolare⁵; la germanica, il diritto di petizione, il referendum, l'assemblea dei cittadini a livello locale e la consultazione popolare⁶; la portoghese, il diritto di partecipazione alla vita politica, il diritto di petizione e di azione popolare, il diritto di partecipazione democratica all'insegnamento e alla definizione della politica agricola, il referendum⁷; la spagnola, il diritto di iniziativa legislativa popolare, di partecipazione agli affari pubblici, il referendum popolare consultivo e il referendum per l'approvazione delle riforme costituzionali⁸.

2. - Della democrazia liberale i paesi latinoamericani hanno accolto e ribadito costantemente i principi fondamentali della sovranità nazionale-popolare che crea i governi, la supremazia della costituzione e della legge, la consacrazione costituzionale dei diritti dell'uomo e le loro garanzie, la separazione dei poteri, il controllo giudiziario sugli atti dei poteri dello Stato e quello politico speciale sul governo, esercitato dai rappresentanti

⁴ S. NEWMAN, *Los partidos políticos modernos*, Madrid, 1965, 595 ss.

⁵ Artt. 50, 71 e 75.

⁶ Rispettivamente, artt. 17, 20, 28 e 29/5.

⁷ In suo ordine, artt. 48, 52, 77, 101 e 118.

⁸ Vedi rispettivamente, artt. 87/3, 23, 92 e 167/3.

del popolo in congresso, assemblea o parlamento⁹. Fino a che punto tutto questo sistema di organizzazione giuridico-politica è più formale che materiale: la disuguaglianza sociale, la povertà, l'analfabetismo, l'esistenza di oligarchie, le relazioni internazionali di dipendenza, il ruolo dei militari molto spesso antidemocratico e dittatoriale, sono tutte caratteristiche, in maggior o minor grado presenti nel subcontinente, che impediscono la piena realizzazione del costituzionalismo.

I diversi paesi cercano permanentemente di attuarlo modernizzando le istituzioni e, in modo particolare, rinforzando i principi democratici e di partecipazione. In questo senso, la maggior parte dei Paesi latinoamericani si è trasformata costituzionalmente, negli ultimi anni, con l'istituzione di forme più moderne di partecipazione popolare, passando da democrazie senza il popolo a democrazie partecipative. Per dimostrarlo, si possono ricordare alcune esperienze.

In Colombia la Costituzione del 1991 ha consacrato le più conosciute istituzioni di democrazia diretta, insieme con altre istituzioni caratteristiche dell'America spagnola: le azioni popolari¹⁰, tra cui quella d'incostituzionalità di lunga tradizione, il *cabildo abierto*, la consulta popolare, il plebiscito, i diversi tipi di referendum¹¹, la revoca del mandato –recall–, l'iniziativa popolare legislativa e costituzionale¹², la partecipazione della cittadinanza alla gestione o controllo delle imprese statali che prestano servizi, compresa la radiotelevisione¹³.

In Argentina la Costituzione in vigore, con l'ultima riforma del 1994, consacra il diritto di resistenza, l'iniziativa legislativa popolare, la consultazione popolare¹⁴. Da rilevare che in Argentina non sono ancora previsti il referendum, l'iniziativa popolare costituzionale, la revoca del mandato elettivo.

In Brasile, il testo costituzionale del 1988, prevede l'iniziativa legislativa popolare ed il referendum¹⁵.

La Repubblica dell'Ecuador ha riformato la Costituzione nel 1983, nel 1992 e nel 1996, per consacrare il referendum, la consultazione popo-

⁹ E. ROZO ACUÑA, *Democrazia e partecipazione*, in *Temi di Diritto pubblico comparato* (dispensa), Urbino, 2002, 1 e ss.

¹⁰ Artt. 87, 88, 92, 103 e 369.

¹¹ Artt. 103, 105, 170, 377-78.

¹² Artt. 103-06.

¹³ Artt. 369.

¹⁴ Artt. 36, 39, 40 e 38, rispettivamente.

¹⁵ Artt. 61, 141, 49 XV.

lare e l'iniziativa popolare legislativa e costituzionale ¹⁶, in modo da rafforzare la democrazia con partecipazione.

La Repubblica del Perù, già nella costituzione del 1979, aveva previsto alcune istituzioni di democrazia diretta, come il diritto di partecipazione alla vita politica, economica e sociale, il diritto di petizione e l'iniziativa popolare di riforma costituzionale ¹⁷. Con la nuova Costituzione del 1993 sono stati aggiunti altri istituti di partecipazione popolare diretta, come l'iniziativa legislativa, il referendum, la consultazione popolare, il mandato imperativo, la revoca dello stesso e il rendiconto del proprio operato da parte delle alte cariche dello Stato innanzi agli elettori ¹⁸.

La Repubblica del Paraguay ha dal 1992 una costituzione aggiornata in materia di partecipazione, che prevede l'iniziativa legislativa popolare, il referendum per partecipare alle decisioni politiche più importanti dello Stato, oppure per proporre riforme costituzionali ¹⁹. Nel Paraguay sono previsti meccanismi speciali per la partecipazione politica delle popolazioni indigene ²⁰, come è ormai tradizione nei paesi latinoamericani con costituzioni aggiornate (vedi Argentina, Brasile, Colombia, Perù, Uruguay e Venezuela, per menzionarne alcuni).

La Repubblica Orientale dell'Uruguay basa la propria democrazia sulla sovranità nazionale, non popolare. Però si può affermare che ha ampliato la partecipazione politica con vari istituti di democrazia diretta, come l'iniziativa legislativa e costituzionale e il referendum. La Costituzione del 1967 prevede esemplarmente che anche gli stranieri residenti sono titolari del diritto al voto ²¹.

Ma ci sono in America Latina anche degli Stati dove vige ancora la democrazia indiretta, formale, elettorale. Si può menzionare il caso del Costa Rica dove vige una costituzione molto simile alla vecchia costituzione colombiana vigente prima del 1991, che consacra l'impero degli eletti, non avendo il popolo la maggior parte dei diritti della democrazia diretta. Si potrebbe affermare che il Costa Rica è un piccolo Stato che è governato relativamente bene, senza molte istituzioni di partecipazione

¹⁶ Artt. 35, 70, 149 e 66 rispettivamente. Tali articoli si riferiscono al testo costituzionale antecedente alla riforma realizzata nel 1996. In seguito a tale riforma, gli articoli menzionati corrispondono attualmente agli artt. 57-59, 88 e 180 rispettivamente.

¹⁷ Vedi in ordine, artt. 2/16, 2/18 e 306 comma 4.

¹⁸ Artt. 31, 32 e 176.

¹⁹ Artt. 68, 69, 70.

²⁰ Art. 65.

²¹ In ordine, artt. 4, 66 e 67.

popolare, potendo in tal modo suscitare confusione ed eccesso di politicizzazione. In altre parole, ciò che importa è che ci sia democrazia per il popolo, anche se esercitata senza il suo concorso. Malgrado queste lacune, il Costa Rica vanta un sistema politico rispettoso delle libertà fondamentali e delle garanzie sociali e, precisamente per questo, gode di grande stabilità politica, che porta a comparare tale sistema a quello svizzero.

Altri paesi dell'America Centrale, come El Salvador e l'Honduras, possono essere presentati come stati con costituzioni non aggiornate in materia di democrazia e partecipazione; infatti, gli istituti di democrazia partecipativa si riducono -alcuni potrebbero ragionevolmente dire che è già tanto, considerando le tremende condizioni generali in cui si trovano da sempre- alla sola elezione dei rappresentanti o deputati, del Presidente e Vicepresidente e dei membri dei consigli comunali. Ma il Nicaragua e il Guatemala, Stati della stessa regione, che hanno e vivono ancora gravi problemi di sviluppo economico, politico, sociale, causati in gran parte dalle guerre civili, hanno aggiornato le loro costituzioni con le istituzioni della democrazia diretta, come l'iniziativa legislativa e costituzionale, il referendum, la consultazione.²²

La Costituzione degli Stati Uniti del Messico è una delle più antiche (1917) e, forse per questo motivo, non contempla le istituzioni di partecipazione popolare diretta, il che potrebbe spiegare alcuni dei problemi del suo sviluppo politico. Comunque, si tratta di uno dei paesi più importanti del continente americano, con una riguardevole cultura giuridica ed un forte sviluppo economico e sociale.

La Repubblica del Cile, nonostante la recente esperienza della dittatura di Pinochet, è stata nella storia latinoamericana uno dei paesi con più solide basi democratiche. Durante la menzionata dittatura è stata promulgata la Costituzione vigente – nel 1980- e , nonostante sia stata approvata con referendum popolare, non si può dire una carta democratica o per la libertà, come è stata chiamata alla sua promulgazione. Infatti, tale costituzione autorizza le autorità giudiziarie, con sentenza che non si rifà al diritto ma alla coscienza, a privare della cittadinanza i “nemici del sistema”²³; concede ai militari il diritto di tenere una rappresentazione per-

²² Per i testi vigenti in questi Paesi, vedi, AA.Vv. *Le Costituzioni del Centro-America*, Milano, 2001.

²³ Art. 11/ 3.

manente al Senato²⁴; stabilisce il carattere quasi vitalizio di Pinochet, prima come Presidente, dopo come comandante in capo delle forze armate del Paese e come senatore a vita²⁵. Lo stesso si può affermare dei vastissimi poteri di eccezione che ha il Presidente e che arrivano fino alla completa sospensione delle libertà, incluso il potere di ordinare l'arresto di qualunque persona sospettata di attentare al sistema²⁶.

La Costituzione comprende anche istituzioni che certamente devono essere segnalate come democratiche e liberali, come la possibilità per il popolo di partecipare agli affari più importanti del Paese per mezzo del plebiscito e il sistema di giustizia costituzionale, caratterizzato dalla Corte o Tribunale costituzionale e dall'azione pubblica di incostituzionalità indiretta, per mezzo dell'amparo o azione di protezione dei diritti²⁷.

3. - Il fondamento costituzionale della democrazia e della partecipazione nella Repubblica Bolivariana del Venezuela è da individuare, innanzitutto, negli articoli 5 e 6 che proclamano, rispettivamente, un sistema democratico rappresentativo e di partecipazione cittadina ed un governo democratico partecipativo, elettivo, decentrato, alternativo, responsabile, pluralista e con mandati revocabili. Tale fondamento costituzionale si ravvisa anche nell'art. 62, che consacra il diritto di libera partecipazione politica di tutti i cittadini agli affari pubblici, direttamente o per mezzo dei loro rappresentanti eletti. Inoltre, si consacra il diritto al voto universale, segreto e diretto²⁸, eliminando ogni considerazione o riferimento al voto obbligatorio o come dovere, previsto nella precedente costituzione del 1961.²⁹

Ancora, come base costituzionale della democrazia e della partecipazione politica popolare, la costituzione venezuelana riafferma i diritti di associazione e di riunione³⁰. Dall'art. 52 scaturisce il diritto di associazione con fini politici, mediante metodi democratici di organizzazione, funzionamento e direzione, senza prevedere o istituzionalizzare i partiti³¹,

²⁴ Art. 45/d.

²⁵ Norme transitorie 13-14 e art.45/a.

²⁶ Artt. 39-41.

²⁷ Art. 81-82 e 20.

²⁸ Art. 63, comma 1.

²⁹ Art. 110.

³⁰ Artt. 52 e 53.

³¹ Art. 67.

come nella costituzione precedente del 1961³². La “nuova classe politica” venezuelana considera i partiti politici colpevoli della lunga crisi politica, economica e sociale del Paese e si oppone alla possibilità di un ritorno della partitocrazia. Anche per questo motivo, la nuova costituzione esclude il monopolio dei partiti nella presentazione di candidati alle cariche pubbliche elettive, come invece occorre nella maggior parte delle democrazie occidentali. Gli organi di direzione delle associazioni politiche non sono necessariamente partiti politici e i candidati alle diverse cariche di elezione popolare devono essere selezionati in elezioni interne o primarie, con la partecipazione dei loro associati. La stessa Costituzione proibisce il finanziamento pubblico delle associazioni politiche e rinvia alla legge la disciplina del finanziamento, dei contributi privati e i meccanismi di controllo che assicurino la trasparenza dei fondi e della gestione. Infine, la Costituzione prevede espressamente che i direttori o capi delle associazioni con fini politici non possono avere contratti con il settore pubblico³³.

Interessante da rilevare, anche in senso comparativo con altre esperienze come l’italiana, è il divieto costituzionale, salvo l’esercizio del diritto di voto, di ogni attivismo politico, di associazioni politiche, sindacali o di simile natura, ai giudici, pubblici ministeri e difensori pubblici –ombudsmen-, in modo da garantire l’imparzialità e l’indipendenza della giustizia³⁴.

Un’altra base costituzionale della democrazia e della partecipazione in Venezuela si trova nella consacrazione del diritto di riunione, di fronte al quale lo Stato assume una posizione repressiva e non preventiva, nel senso che tutte le persone –non solo i cittadini– possono riunirsi con fini leciti, pubblicamente o privatamente, senza previo permesso delle autorità. Questa previsione costituzionale è l’unica compatibile con la libertà, giacché lo Stato può intervenire solo se l’esercizio del diritto-libertà di riunione viola la costituzione o la legge, cioè per reprimere l’eventuale violazione, ma non può intervenire vietando la riunione per prevenire la violazione³⁵.

Il testo costituzionale italiano, per una rapida comparazione, dispone una disciplina più ristretta, almeno nella forma, giacché solo i cittadini

³² Art. 114.

³³ Per la materia, vedi l’intero art. 67.

³⁴ Art. 256.

³⁵ Art. 53.

hanno il diritto di riunione; inoltre, lo Stato assume una posizione preventiva, incompatibile con il diritto-libertà, perché delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle per motivi di sicurezza o di incolumità pubblica³⁶.

Infine, si deve considerare come base costituzionale della democrazia e della partecipazione in Venezuela il diritto di manifestare pubblicamente, pacificamente e senza armi, anche se formalmente garantito soltanto ai cittadini. La previsione costituzionale vieta l'uso di armi da fuoco e sostanze tossiche nel controllo delle manifestazioni pacifiche³⁷. Per completare le basi costituzionali, è garantito il diritto alla libera espressione del pensiero, delle idee o opinioni, a viva voce, per scritto o in qualsiasi altra forma, e il diritto di fare uso di qualsiasi mezzo di comunicazione e diffusione, senza censura, salva la piena responsabilità nell'esercizio del diritto, con divieto dell'anonimato, della propaganda bellicista, dei messaggi discriminatori o d'intolleranza religiosa. Va precisato che la costituzione vieta anche la censura ai funzionari pubblici, in modo da impedire che non possano rendere conto degli affari pubblici sotto la loro responsabilità³⁸.

4. - La Costituzione del Venezuela in vigore ha previsto, in modo esplicito e tassativo, i mezzi generali di partecipazione politica, economica e sociale del popolo³⁹.

Per la partecipazione politica popolare, in base all'esercizio della sovranità, sono diversi i mezzi previsti dal nuovo testo costituzionale venezuelano: a) il primo e più importante mezzo è il voto universale, diretto e segreto, per eleggere i titolari delle più importanti cariche pubbliche a livello federale, statale e comunale⁴⁰. I cittadini, in altre parole, i venezuelani a partire dai 18 anni d'età, per propria iniziativa, e le associazioni politiche hanno diritto di partecipare ai processi elettorali, postulando candidati e candidandosi loro stessi⁴¹. In questo modo, come già precisato, è stato rotto il monopolio dei partiti nella presentazione o iscrizione

³⁶ Art. 17, comma 3.

³⁷ Art. 68.

³⁸ Art. 57.

³⁹ Art. 70.

⁴⁰ Da rilevare che la Costituzione, art. 64, prevede il diritto degli stranieri a partecipare alle elezioni locali, se hanno più di diciotto anni di età e almeno dieci di residenza nel Paese.

⁴¹ Art. 67, comma 3.

dei candidati, tipico delle democrazie rappresentative partitiche. Per superare il formalismo della democrazia elettorale, come precedentemente indicato, gli alti funzionari eletti della federazione, degli stati e dei comuni, devono rendere conto agli elettori del lavoro svolto, secondo i rispettivi programmi elettorali ⁴².

Si prosegue, b) con l'istituzione del Referendum Popolare ⁴³ che nel testo Venezuela ha una tipologia molto varia. Infatti, sono previsti:

1) I consultivi nazionali, ai quali possono essere sottoposte tutte le materie di speciale importanza nazionale, per iniziativa esclusiva del Presidente della Repubblica o dello stesso, ma in Consiglio dei Ministri; dell'Assemblea Nazionale, con il voto favorevole della maggioranza dei suoi membri o a richiesta di un numero non inferiore al 10% degli elettori iscritti all'anagrafe civile e elettorale.

2) I consultivi statali e municipali: con la stessa finalità, ma a livello degli stati federati e dei comuni. L'iniziativa in questo caso spetta alla Giunta Parrocchiale, al Consiglio Municipale e al Consiglio Legislativo, a maggioranza dei due terzi dei loro componenti; al Sindaco, al Governatore dello Stato o a richiesta di non meno del 10% degli iscritti alla circoscrizione corrispondente.

3) I revocatori: considerando che tutte le cariche e magistrature di elezione popolare sono revocabili, il procedimento della revoca del mandato prevede il referendum degli elettori ⁴⁴.

4) Gli approvatori di leggi: tutti i progetti di legge, in discussione all'Assemblea Nazionale o Parlamento unicamerale del Venezuela, possono essere sottoposti a referendum a richiesta del 25% degli elettori o dei due terzi dei componenti dell'organo. Se partecipa il 25% dell'elettorato iscritto, e la maggioranza è per l'approvazione, il progetto di legge è sanzionato come legge ⁴⁵.

5) Gli approvatori di trattati, convenzioni e accordi internazionali: allorquando riguardano la sovranità della nazione o il trasferimento di poteri a organi sopranazionali, possono essere sottoposti a referendum a iniziativa del Presidente della Repubblica, da solo o in Consiglio dei Ministri, dell'Assemblea Nazionale con il voto dei due terzi dei componenti o

⁴² Artt. 141, 161, 197, 315 e 319.

⁴³ Art. 70.

⁴⁴ Art. 72.

⁴⁵ Art. 73, comma 1.

del 15% degli elettori iscritti all'anagrafe elettorale⁴⁶. Come facilmente comprensibile, i problemi di frontiera, che oggi esistono fra la Colombia e il Venezuela, diventano insolubili, giacché nessun trattato, che significhi per quest'ultimo Paese dover compartire in campo internazionale parte del territorio, sarà mai approvato se sottoposto a referendum popolare.

6) Gli abrogatori di leggi: se richiesto dal 10% degli elettori iscritti o dal Presidente della Repubblica, solo o in Consiglio dei Ministri, le leggi sono sottoposte a referendum popolare per essere abrogate totalmente o parzialmente.

7) Gli abrogatori di decreti-legge: come i precedenti, ma l'iniziativa in questo caso spetta al 5% degli elettori iscritti all'anagrafe elettorale. In Venezuela, secondo la Costituzione⁴⁷, i decreti-legge sono promulgati come attribuzione del Presidente della Repubblica, previa autorizzazione, mediante legge delega, dell'Assemblea Nazionale.

Per la validità del referendum abrogatorio la costituzione richiede la partecipazione di non meno del 40% degli elettori iscritti. Non possono essere sottoposte a referendum le leggi del bilancio, le tributarie, le leggi sul credito pubblico, sull' amnistia, né quelle che hanno come scopo la protezione, garanzia o sviluppo dei diritti umani e le leggi che approvano i trattati internazionali. Inoltre, la Costituzione vieta che ci possa essere più di un referendum abrogatorio in un periodo costituzionale per la stessa materia⁴⁸.

Ancora per la partecipazione politica del popolo sono previste altri mezzi o canali come:

c) La consulta popolare⁴⁹, che in essenza è uguale al referendum consultivo a livello nazionale, statale o comunale, prevista dal articolo 71 della Costituzione.

d) La revoca del mandato per tutte le cariche e magistrature di elezione popolare. L'istituto prevede che, trascorsa la metà del periodo per il quale è stato eletto un funzionario, un numero non inferiore al 20% degli elettori iscritti della corrispondente circoscrizione può richiedere di indire un referendum per revocare il suo mandato. Per la revoca del funzionario è necessario che al referendum partecipi non meno del 25% de-

⁴⁶ Art. 73. comma 2.

⁴⁷ Art. 236/8.

⁴⁸ Art. 74, commi 3, 4 e 5.

⁴⁹ Art. 70.

gli elettori scritti e che i voti a favore della revoca siano uguali o superiori al numero con il quale lo stesso è stato eletto ⁵⁰. In caso di revoca, la vacante deve essere coperta il più presto possibile secondo la Costituzione e la legge.

e) L'iniziativa popolare legislativa, costituzionale e costituente. Con la prima, un numero non inferiore allo 0,1% dell'elettorato può presentare progetti di legge all'Assemblea Nazionale. La discussione di questi progetti deve avere inizio non oltre il periodo di sessioni ordinarie che segue la presentazione, altrimenti, il progetto passa a referendum popolare conformemente alla legge ⁵¹.

L'iniziativa popolare costituzionale è prevista sia per emendamenti sia per la riforma della Costituzione. Per gli emendamenti o per l'addizione o modifica di uno o vari articoli della Costituzione, l'iniziativa può partire dal 15% dei cittadini iscritti al registro o anagrafe civile e elettorale ⁵². La riforma costituzionale ha per oggetto la revisione parziale della Costituzione senza modificare la struttura, né i principi fondamentali del testo costituzionale ⁵³. L'iniziativa della riforma è esercitata dall'Assemblea Nazionale mediante accordo approvato con il voto della maggioranza; dal Presidente della Repubblica in Consiglio dei Ministri o da un numero non inferiore al 15% degli elettori iscritti. Il progetto di riforma deve essere prima discusso durante il periodo di sessioni che corrisponde alla sua presentazione; passa ad una seconda discussione per titoli o capitoli e, finalmente, ad una terza discussione articolo per articolo. Si considera approvato se ottiene il voto favorevole dei due terzi dei componenti dell'Assemblea, la quale dovrebbe chiudere l'iter di riforma in un termine non superiore a due anni dalla data di presentazione e approvazione dell'iniziativa. Concluso l'iter all'Assemblea con esito positivo, il progetto passa a referendum popolare entro i seguenti trenta giorni e la riforma sarà dichiarata approvata se i voti affermativi dei cittadini sono superiori

⁵⁰ Artt. 6 e 72.

⁵¹ Artt. 204 e 205.

⁵² Artt. 340 e 341. L'iniziativa appartiene anche al Presidente della Repubblica in Consiglio dei Ministri e al 30 % degli integranti dell'Assemblea Nazionale.

⁵³ La differenza fra *emendamento* e *riforma* è quasi inesistente se si considera che il primo ha per finalità *aggiungere o modificare* alcuni articoli e la riforma ha per finalità la *sostituzione* di alcuni articoli ma, in tutti e due i casi, senza alterare o modificare la struttura fondamentale della Costituzione. Il procedimento per quest'ultima, comunque, è più complesso, come si è potuto evidenziare.

ai negativi⁵⁴. Il Presidente della Repubblica è tenuto a promulgare gli emendamenti o riforme entro i dieci giorni che seguono l'approvazione⁵⁵.

L'iniziativa popolare costituente ha come fondamento il potere costituente originario, che risiede appunto nel popolo: in esercizio di questo potere il popolo, rappresentato almeno dal 15% dei cittadini iscritti al registro elettorale, può domandare la convocazione di un'Assemblea Nazionale Costituente ai fini di trasformare lo Stato, creare un nuovo ordinamento giuridico e redigere una nuova costituzione⁵⁶. L'iniziativa appartiene anche al Presidente della Repubblica in Consiglio dei Ministri, all'Assemblea Nazionale, nonché ai Consigli Municipali mediante il voto dei due terzi degli stessi. Il Presidente della Repubblica non potrà obiettare la nuova Costituzione, né i poteri costituiti potranno opporsi alle decisioni dell'Assemblea Costituente⁵⁷.

f) *Il Cabildo Abierto*, come forma di democrazia diretta, corrisponde ad un'istituzione, nata più dalla prassi che dal diritto coloniale ispano-indiano, secondo la quale il popolo aveva il *fuero* o "diritto" a riunirsi in consiglio aperto per prendere decisioni collettive per la soluzione di problemi comuni e la difesa dei suoi interessi e diritti. Tali decisioni, secondo la consuetudine, dovevano essere poi avallate dal governo o autorità rispettive. In questo senso, l'istituto ha avuto un ruolo molto importante nello sviluppo della democrazia nell'America spagnola, specialmente durante il periodo delle rivoluzioni d'indipendenza. Oggi, diverse sono le costituzioni latinoamericane che hanno dato nuova vita all'istituzione, come lo dimostra l'esperienza in studio del Venezuela dove, secondo la Costituzione, le decisioni prese dal popolo in *Cabildo abierto* o in assemblea dei cittadini hanno carattere vincolante⁵⁸.

g) *L'Assemblea dei cittadini*, come il *cabildo abierto*, è un veicolo di partecipazione diretta del popolo al processo di decisione, attuazione e controllo delle decisioni. La Costituzione del Venezuela non offre nessu-

⁵⁴ Anche se la Costituzione non è puntuale in questo caso, si può dedurre che il quorum di partecipazione popolare per la validità del referendum che approva la riforma deve essere lo stesso che la Costituzione prevede per i referendum di approvazione delle leggi, vale a dire, il 25% degli elettori iscritti. Inoltre, se l'iniziativa è respinta dal popolo non potrà essere ripresentata durante lo stesso periodo costituzionale.

⁵⁵ Artt. 342-346.

⁵⁶ Art. 447.

⁵⁷ Artt. 348 e 349.

⁵⁸ Art. 70.

na definizione o spiegazione dell'istituto; lo menziona soltanto, insieme al *cabildo*, per affermare il suo carattere di mezzo generale di partecipazione politica, le cui decisioni, come già detto, sono vincolanti⁵⁹, perché sono espressione diretta della sovranità che appartiene e risiede permanentemente nel popolo⁶⁰. Le differenze dell'Assemblea dei cittadini con il *cabildo abierto* non sono nette e la dottrina dominante tende a omologare le due istituzioni, annotando in alcuni casi che il *cabildo*, almeno storicamente, funziona più a livello municipale o parrocchiale, mentre l'Assemblea appartiene più alla macropartecipazione, alla cultura delle città e delle masse. Non sembra facile accettare questa differenza considerando che, ad ogni modo, le assemblee non possono essere "nazionali", ma sono e saranno sempre comunali. Come nel caso del *cabildo abierto*, si tratta di decisioni politiche autonome e di esclusiva iniziativa del popolo; decisioni di coloro che rappresentano la base sociale di un ente locale; decisioni che postulano e indicano l'unità del popolo nella difesa dei suoi interessi e diritti e che affermano l'autonomia incondizionata del potere popolare costituente.

4.1. - Una novità costituzionale del testo venezuelano si trova nel superamento della classica forma di organizzazione tripartita del pubblico potere. L'idea non è originale del costituente del 1999, perché corrisponde in verità alle proposte del Libertador, Simón Bolívar, che al Congresso di Angostura del 1819, che doveva emanare le basi costituzionali della nuova Repubblica della Gran Colombia e la Costituzione per la nuova Repubblica di Bolivia del 1826, aveva proposto non solo il *Poder Moral*, ma anche il *Poder Electoral*, in modo che ai classici tre poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – si aggiungevano questi altri due⁶¹.

La Carta del Venezuela in vigore ha fatto rinascere la dottrina costituzionale del Libertador della partecipazione politica popolare per mezzo del cd. *Poder Ciudadano* e, più precisamente, attraverso il *Consejo Moral de la República*, composto di due organi costituzionali tradizionali del diritto pubblico venezuelano, nonché latinoamericano: la *Contraloría General de la República* e la *Fiscalía General de la República* (Pubblico Ministero), nonché di un terzo, di recente creazione in tutta l'America Latina: il *Defensor del Pueblo*. Uno dei titolari di codesti organi, scelto

⁵⁹ Art. 70.

⁶⁰ Art. 5.

⁶¹ Vedi E. ROZO ACUÑA, *Bolívar y la organización de los poderes públicos*, Bogotá, 1988, 78 ss. e 96 ss.

dagli altri, svolge le funzioni di Presidente per un periodo annuale, eventualmente rinnovabile. Questi organi hanno, come attribuzione comune, prevenire, investigare e sanzionare i fatti che attentano l'etica pubblica e la morale amministrativa; vegliare per la buona gestione del patrimonio pubblico, per l'adempimento e l'applicazione del principio di legalità in ogni attività amministrativa dello Stato, nonché promuovere l'educazione, come processo creatore del cittadino, la solidarietà, la libertà, la democrazia, la responsabilità sociale e il lavoro⁶². Tutti i funzionari della Pubblica Amministrazione sono obbligati costituzionalmente e legalmente a collaborare in modo preferenziale e urgente con i rappresentanti del Consiglio Morale Repubblicano nelle sue inchieste e investigazioni⁶³.

Un aspetto interessante della partecipazione popolare attraverso il Potere Cittadino-Consiglio Morale, almeno dal punto di vista formale, si trova nel procedimento di selezione e nomina dei suoi titolari –Contralor, Fiscal e Defensor–.

Infatti, la costituzione prevede un Comitato di Valutazione delle Candidature, composto dai rappresentanti dei diversi settori della società, presso il quale si possono iscrivere tutti i cittadini che hanno i requisiti per nominare i titolari della *Contraloría*, *Fiscalía* o *Defensoría*. Fra costoro il Comitato, per mezzo di un procedimento pubblico, sceglie una terna di candidati da presentare all'Assemblea Nazionale che procederà, a maggioranza qualificata dei due terzi, alla designazione del titolare del rispettivo organo del Potere Cittadino. Il Difensore del Popolo, il Fiscal e il Controllore sono designati per un unico periodo di sette anni e possono essere rimossi dall'Assemblea Nazionale con previo provvedimento del Tribunale Supremo di Giustizia secondo la legge⁶⁴.

4.2. - Come già indicato, la Costituzione venezuelana differenzia la partecipazione politica popolare dalla partecipazione economica e sociale. Per quest'ultima la Carta ha previsto strumenti appropriati e diversi mezzi, come: le istanze di attenzione cittadina, che coincidono con il diritto di petizione, ma finalizzate ad ottenere la miglior prestazione dei servizi pubblici e della pubblica amministrazione; l'autogestione, in modo che alcuni servizi siano decentrati e devoluti alle comunità e ai gruppi parrocchiali, che abbiano dimostrato di essere in grado di gestirli; la cogestione, perché insieme la comunità e le pubbliche autorità amministrino le

⁶² Artt. 273 e 274.

⁶³ Art. 277.

⁶⁴ Art. 279 e 266, comma 3.

imprese di servizi; le cooperative in tutte le forme, incluse quelle a carattere finanziario; le casse di risparmio; l'impresa comunitaria e le altre forme associative guidate dai valori della mutua cooperazione e della solidarietà⁶⁵.

4.3. - Dal suo contenuto, la Costituzione del Venezuela si può definire come programmatica con forte tendenza alla retorica, come lo possono confermare alcune altre previsioni in materia di Partecipazione Politica e Cittadina, che contengono delle novità che meritano di essere rilevate più per l'idealismo che per il realismo giuridico che contengono. La prima riguarda il rapporto tra partecipazione politica ed esercizio dei pubblici poteri, che consacra la partecipazione protagonista del popolo, come titolare della sovranità, nella formazione, esecuzione e controllo della gestione pubblica, in modo da garantire il suo completo sviluppo individuale e collettivo, con l'obbligo o dovere dello Stato e della società di creare le condizioni necessarie a tale scopo⁶⁶.

Un'altra riguarda il diritto di partecipazione dei giovani in modo che possano diventare soggetti attivi dello sviluppo, dovendo lo Stato, con la partecipazione solidale delle famiglie e della società, creare i canali per il passaggio verso l'età adulta e specialmente per la formazione e l'accesso al primo impiego⁶⁷.

Da ricordare anche i diritti degli anziani e portatori di handicap e il dovere dello Stato, con la partecipazione solidale delle famiglie e della società, di procurare le necessarie condizioni per il loro esercizio⁶⁸. È prevista anche la partecipazione cittadina alla determinazione della politica di ordinamento territoriale e di protezione ambientale, nonché la partecipazione delle comunità organizzate al Consiglio Nazionale di Pianificazione e Coordinamento⁶⁹.

Si prevede costituzionalmente, anche a livello municipale, la partecipazione cittadina al processo di definizione ed esecuzione della gestione pubblica, al controllo e valutazione dei risultati ed alla creazione dell'ordinamento "parrocchiale"⁷⁰. Allo stesso modo, il decentramento di competenze statali e municipali a favore della cittadinanza; la partecipazione delle comunità e dei cittadini nella formulazione di proposte di investi-

⁶⁵ Artt. 62/2, 70, 184.

⁶⁶ Art. 62, comma 1.

⁶⁷ Art. 79.

⁶⁸ Artt. 80 e 81.

⁶⁹ Artt. 128 e 166.

⁷⁰ Artt. 168 e 173.

mento a livello degli stati federati e dei municipi, così come nell'esecuzione, valutazione e controllo delle opere, programmi sociali e servizi pubblici; la partecipazione ai processi economici, stimolando l'economia sociale attraverso le cooperative, casse di risparmio ed altre forme di associazione; la partecipazione dei lavoratori e delle comunità alla gestione delle imprese pubbliche mediante un meccanismo di autogestione e cogestione. È addirittura prevista la partecipazione delle comunità alle attività di avvicinamento agli istituti di pena e reclusione per l'integrazione dei detenuti nella popolazione⁷¹.

Si prescrive anche che l'Assemblea Nazionale o parlamento venezuelano, negli affari di sua competenza, organizzi e promuova la partecipazione cittadina⁷². In materia di amministrazione di giustizia, la partecipazione cittadina è assicurata mediante le giurie popolari, il potere di eleggere i giudici di pace a votazione universale, diretta e segreta⁷³.

4.4. - La partecipazione politica dei popoli indigeni è garantita dallo Stato, determinando un minimo di rappresentanti dei popoli indigeni, sia all'Assemblea Nazionale⁷⁴, che ai consigli degli enti federali e locali che abbiano popolazione indigena⁷⁵. Le disposizioni sono la conseguenza del riconoscimento costituzionale, da parte dello Stato, dell'esistenza dei popoli e comunità indigene, della loro organizzazione sociale, politica ed economica, nonché dei loro diritti fondamentali⁷⁶, della cui difesa e garanzia è espressamente incaricato il Difensore del Popolo⁷⁷. I popoli indigeni hanno il diritto anche a mantenere e sviluppare la loro identità etnica e culturale, il sistema dei valori, le concezioni del mondo, la loro spiritualità ed i luoghi sacri e di culto⁷⁸. Inoltre, le autorità legittime dei popoli indigeni possono anche esercitare nel loro territorio il potere giudiziario, secondo le proprie norme e i procedimenti, nel rispetto della costituzione, della legge e dell'ordine pubblico.

⁷¹ Art. 184, commi 1-7.

⁷² Art. 187, comma 4.

⁷³ Art. 253, commi 3 e 258.

⁷⁴ La Costituzione prevede tre deputati indigeni come componenti dell'Assemblea Nazionale, eletti nel rispetto delle loro tradizioni e consuetudini, vedi art. 186, comma 3.

⁷⁵ Art. 125 e Disposizione provvisoria 7.

⁷⁶ Art. 119.

⁷⁷ Vedi art. 181, comma 8.

⁷⁸ Art. 121.

Infine, è da rilevare che per la gestione e sfruttamento delle risorse naturali dei territori indigeni è necessaria la consulta e la partecipazione delle rispettive comunità indigene, in modo da garantire la loro integrità culturale, sociale ed economica⁷⁹. Per concludere bisogna ricordare che, in tema dei diritti di partecipazione dei popoli indigeni, il testo venezuelano è stato dovutamente aggiornato, se si considera che la precedente Costituzione del 1961 appena accennava alla materia⁸⁰. Tale aggiornamento corrisponde ad una delle più importanti tendenze attuali del diritto pubblico Latinoamericano, come lo dimostrano le norme costituzionali, in vigore in Argentina, Brasile, Colombia, Ecuador, Perú e Paraguay, solo per menzionare alcune fra le più importanti esperienze dell'America del Sud nella materia⁸¹.

4.5. - La nuova Costituzione venezuelana in materia di cittadinanza e diritti politici ha fatto importanti passi in avanti, come è dimostrato dalle nuove norme sulla doppia cittadinanza e dalla concessione di alcuni diritti politici agli stranieri, in maniera tale che anche loro possano partecipare alla vita politica del Paese. La Costituzione venezuelana del 1961 già prevedeva che gli stranieri avessero gli stessi diritti e doveri dei venezuelani, con le limitazioni e le eccezioni determinate dalla legge⁸². Anche se in materia di diritti politici la carta disponeva che appartenevano esclusivamente ai venezuelani, tuttavia la costituzione faceva una eccezione, prescrivendo che il voto per le elezioni municipali poteva essere concesso anche agli stranieri residenti, alle condizioni determinate dalla legge⁸³.

Nel nuovo testo, non ci sono più queste norme perché, in materia di uguaglianza di diritti, l'articolo in vigore proclama che tutte le persone sono uguali dinnanzi alla legge e, di conseguenza, è proibita ogni discriminazione e lo Stato ha il dovere di garantire le condizioni giuridiche e amministrative, perché l'uguaglianza dinnanzi alla legge sia effettiva e reale⁸⁴. Inoltre, il nuovo testo prescrive che il voto per le elezioni municipali

⁷⁹ Art. 120.

⁸⁰ Infatti, l'art. 77, comma 2, di quel testo disponeva che la legge avrebbe dovuto determinare un regime speciale per la protezione delle comunità indigene e per la loro progressiva integrazione nella vita della Nazione.

⁸¹ E. ROZO ACUÑA, *Diritti umani e dei popoli indigeni*, in *Temi di Diritto Pubblico Comparato* (Dispensa), Urbino, anno accademico 1999-2000, pp. 216 ss.

⁸² Vedi, art. 45, commi 1 e 2.

⁸³ Art. 111, comma 2.

⁸⁴ Art. 21.

e parrocchiali e negli stati federati si estende agli stranieri che abbiano compiuto 18 anni di età, con più di dieci anni di residenza nel Paese ⁸⁵.

Quanto all'innovazione costituzionale della doppia cittadinanza, bisogna ricordare che la Carta in vigore dispone che i venezuelani per nascita o per adozione possono avere un'altra cittadinanza senza perdere la venezuelana ⁸⁶, come invece era previsto nella precedente Costituzione ⁸⁷. Ma la nuova Costituzione, che in principio presenta una gran apertura internazionalista, restringe considerevolmente i diritti politici e, quindi, la partecipazione dei cittadini venezuelani che hanno doppia cittadinanza. Infatti, la norma costituzionale stabilisce che solo i venezuelani per nascita, e senza alcun'altra cittadinanza, possono esercitare le cariche di: Presidente o Vicepresidente della Repubblica; Presidente o Vicepresidente dell'Assemblea Nazionale; Giudice del Tribunale Supremo di Giustizia; Presidente del Consiglio Elettorale; Procuratore Generale della Repubblica; Controllore Generale della Repubblica; Fiscal Generale della Repubblica; Difensore del Popolo, Ministro dei dicasteri che riguardano la sicurezza nazionale, le finanze, energia e miniere, pubblica istruzione; Governatori e Sindaci degli Stati e dei Municipi di frontiera, nonché quelle determinate nella legge organica della Forza Armata Nazionale ⁸⁸. Come si può constatare, sono tante le cariche dello Stato, e le più importanti, che rimangono escluse ai venezuelani con doppia cittadinanza, anche se sono cittadini per nascita, vale a dire, nati in territorio nazionale o figli di cittadini venezuelani. Per un paese di forte immigrazione, come il Venezuela, la suddetta norma non solo emargina molte persone dal diritto elettorale passivo e di nomina, ma viola il diritto fondamentale all'uguaglianza, ed è contraria alla moderna tendenza del diritto pubblico ad ammettere la doppia cittadinanza senza penalizzare i titolari, come lo dimostrano gli esempi dell'Italia, in Europa ⁸⁹, o della Colombia, in America Latina ⁹⁰.

5. - L'analisi del principio democratico e della partecipazione politica popolare nella nuova Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela potrebbe continuare ancora ricordando altre forme previste dalla

⁸⁵ Art. 64.

⁸⁶ Art. 34.

⁸⁷ Vedi, art. 39, comma 1.

⁸⁸ Vedi, art. 41.

⁸⁹ Vedi il titolo IV della Parte Prima della Costituzione e la Legge 5 febbraio 1992, n. 91 sulle nuove norme sulla cittadinanza, specialmente l'art. 11.

⁹⁰ Vedi art. Cost. 96/c 2, e Legge 1993, n. 43.

Carta. È questo il caso della partecipazione ai processi di istruzione, secondo la quale lo Stato, con la partecipazione delle famiglie e della società, promuove il processo dell'istruzione⁹¹. Ugualmente con riguardo all'amministrazione pubblica, che ha tra i suoi principi basilici la partecipazione cittadina⁹²; con riguardo alla politica di gestione del territorio e dell'ambiente, che deve comprendere l'informazione, la consulta e la partecipazione dei cittadini⁹³. Analogamente la sicurezza cittadina prevede la partecipazione cittadina nei programmi destinati alla prevenzione, sicurezza cittadina e gestione delle emergenze⁹⁴.

Tuttavia, sembra più importante, come conclusione, trattare di altre due forme fondamentali di partecipazione cittadina che sono a) la difesa popolare della costituzione per mezzo dell'azione pubblica d'incostituzionalità, creata per via giurisprudenziale, con le sentenze della Suprema Corte degli anni 1960, 1963 e 1971, e confermata dalla Legge Organica della stessa Corte del 1976 e b) l'azione o ricorso popolare diretto di amparo.

Nel primo caso, la partecipazione popolare per garantire la supremazia della Costituzione consiste nel diritto-dovere di ogni cittadino, investito o meno di autorità, di collaborare per assicurare la vigenza della costituzione⁹⁵, mediante il ricorso ad azione d'incostituzionalità contro le norme che si presumono contrarie alla Costituzione. Tuttavia, l'azione pubblica o popolare d'incostituzionalità in Venezuela, anche con la nuova Costituzione, non è universale o completamente popolare o pubblica, come in altri paesi latinoamericani, come la Colombia⁹⁶. In effetti, la Legge Organica della Corte o Tribunale Supremo ha limitato l'impugnazione o l'azione d'incostituzionalità alle persone che sono state lese nei loro diritti o interessi⁹⁷.

Nel sistema di garanzia o protezione della Carta, innanzitutto, tutti i giudici della Repubblica, nell'ambito delle loro competenze, sono obbli-

⁹¹ Art. 102.

⁹² Art. 141.

⁹³ Artt. 128 e 129.

⁹⁴ Art. 55, comma 2.

⁹⁵ Art. 333, comma 2.

⁹⁶ Vedi art. 40, comma 6, che recita "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: ...6.- Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley". Per il tema in generale, vedi, E. ROZO ACUÑA, *Controllo di costituzionalità e difesa dei diritti fondamentali*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 2000, IV, 1829-72.

⁹⁷ Art. 12 della menzionata Legge Organica.

gati ad assicurare la supremazia della costituzione, disapplicando le norme che siano contrarie alla costituzione e dando in questo modo vita al controllo diffuso di costituzionalità o per via incidentale. D'altra parte, in Venezuela esiste anche il controllo accentrato di costituzionalità, che spetta esclusivamente alla *Sala* o Sezione Costituzionale del Tribunale Supremo di Giustizia che, a richiesta di parte, anche delle persone interessate, con le sue sentenze dichiara la nullità delle leggi nazionali, statali e municipali, degli atti del governo, con forza di legge, e di tutti gli altri organi statali di esecuzione diretta e immediata della Costituzione, emessi in esercizio del pubblico potere⁹⁸.

Per quanto concerne il diritto o azione di *Amparo* costituzionale, bisogna precisare che si tratta non solo di una garanzia costituzionale dei diritti costituzionali, ma anche di una forma di partecipazione popolare in difesa della supremazia della costituzione, ormai comune al diritto pubblico latinoamericano⁹⁹. L'esperienza venezuelana ci insegna che l'istituto era già presente nella Costituzione precedente del 1961¹⁰⁰ e che il testo attuale lo ha confermato in forma esplicita, più chiara e precisa, come un diritto costituzionale che si esercita mediante diversi mezzi, azioni e ricorsi giudiziari di protezione dei diritti costituzionali e, conseguentemente, di difesa della supremazia della Costituzione e dell'ordinamento giuridico. In Venezuela, secondo la Costituzione, ogni persona –non solo il cittadino– ha diritto ad essere protetta dai tribunali nell'esercizio dei suoi diritti e garanzie costituzionali, anche di quelli inerenti alla persona che non sono contemplati nella Costituzione o negli strumenti internazionali sui diritti umani. Il procedimento dell'azione è orale, pubblico, breve, gratuito e non soggetto a formalità; l'autorità giudiziaria competente ha potestà per ristabilire immediatamente e nel modo più soddisfacente la situazione giuridica lesa; l'azione può essere presentata in ogni momento e il giudice deve darle tramite prioritario. Il diritto di *Amparo* non può essere sospeso durante gli stati di eccezione o di re-

⁹⁸ Vedi art. 334, commi 1 e 2.

⁹⁹ Vedi, E. ROZO ACUÑA, *La Tutela o Amparo dei diritti fondamentali in America Latina*, in G. GUIDI (a cura di), *Un Collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino*, Rimini, 2000, 213 ss.

¹⁰⁰ Art. 49: "I tribunali proteggeranno ogni abitante della Repubblica nell'esercizio dei diritti e delle garanzie stabilite dalla Costituzione... a tale fine il procedimento deve essere breve e sommario. Il giudice competente dovrà avere il potere di ristabilire immediatamente la situazione giuridica lesa", Vedi G. GUIDI ed E. ROZO ACUÑA, *Costituzioni straniere contemporanee*, V. I, *I Paesi Andini*, Milano, 1990, 30 ss.

strizione delle garanzie costituzionali¹⁰¹. Merita ricordare che il Difensore del Popolo è anche titolare dell'azione di *Amparo* in considerazione delle sue funzioni di promozione, difesa e vigilanza dei diritti, delle garanzie costituzionali e dei trattati internazionali sui diritti umani, nonché degli interessi legittimi, collettivi e diffusi dei cittadini¹⁰². Inoltre, va rilevato che la Sala Costituzionale del Tribunale Supremo di Giustizia ha l'attribuzione di revisione, in ultima istanza, delle sentenze di *Amparo* costituzionale emesse dai Tribunali della Repubblica¹⁰³.

Dall'analisi che precede facilmente si può constatare che la Costituzione formale del Venezuela è un testo complesso, anche troppo lungo (350 articoli e 18 norme transitorie), ma con grandi innovazioni costituzionali che senza dubbio rappresentano un contributo al diritto pubblico: è sufficiente ricordare le materie trattate in quest'analisi per la conferma dell'affermazione. Forse per questa ragione è un testo più per un paese con strutture politiche, economiche e sociali già sviluppate, che per un paese in via di sviluppo. Gli stessi problemi politici, economici e sociali, che oggi tormentano il governo del Presidente Hugo Chávez e che molto probabilmente finiranno per fare concludere negativamente la sua esperienza politica, hanno un carattere strutturale e non congiunturale, vale a dire che, in qualsiasi altro tipo e circostanze di governo, sono causa d'instabilità politica, di forti tensioni sociali e di confrontazioni politiche, che impediscono il normale funzionamento di tutto il sistema costituzionale e di governo.

Facendo queste considerazioni viene in mente l'analisi di Leowenstein sulle costituzioni¹⁰⁴, paragonate a opere sartoriali che rispondono a tutti i canoni de *la haute couture*, quindi, formalmente perfette, ma che richiedono, per il completamento della loro perfezione, di corpi senza imperfezioni, precisamente corpi di modelle. La nuova Costituzione della Repubblica Bolivariana del Venezuela è formalmente un'opera di alta ingegneria costituzionale, un esemplare vestito sartoriale; ma purtroppo il corpo sociale, politico, economico che lo deve indossare e, da non dimenticare, il contesto internazionale (e particolarmente continentale), dominato senza limiti dagli interesse statunitensi, nel quale tale corpo deve funzionare, non corrispondono al modello costituzionale. Corpo e ambiente hanno

¹⁰¹ Vedi art. 27, commi 1-4.

¹⁰² Art. 280.

¹⁰³ Art. 336, comma 10.

¹⁰⁴ K. LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcellona, 1962, 205-20.

grandi imperfezioni che impediscono il funzionamento della realtà costituzionale. Per questo motivo, la Costituzione venezuelana del 2000 non rappresenta la costituzione materiale del Paese: è un testo che, alla luce della teoria di Leowenstein, risponde più all'idea di costituzione semantica o nominale, che al concetto di costituzione normativa.

Se si crede, comunque, alla funzione pedagogica del diritto, e siamo in molti a farlo, il testo costituzionale venezuelano, nonostante il breve periodo che ha di vigenza, ha molto insegnato al suo popolo, specialmente in tema di democrazia e partecipazione politica popolare, tanto che sarà impossibile tornare indietro. Il governo di Chávez, artefice della Costituzione, potrà finire, come conseguenza delle condizioni politiche interne ed internazionali che vive il Paese, ma i prossimi governi non potranno cancellarla o annullarla o fare finta che non sia mai esistita. La forza del principio democratico, presente in tutta la Costituzione, obbligherà i futuri governanti del Venezuela a mantenere la maggior parte delle istituzioni di partecipazione che ne scaturiscono e che sono state brevemente analizzate in questo commento.

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*, rappresenti 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 sè, 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*: mancando-vi (*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 dottrinaria 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 competevasi quindi anche 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 mortescque, 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.

