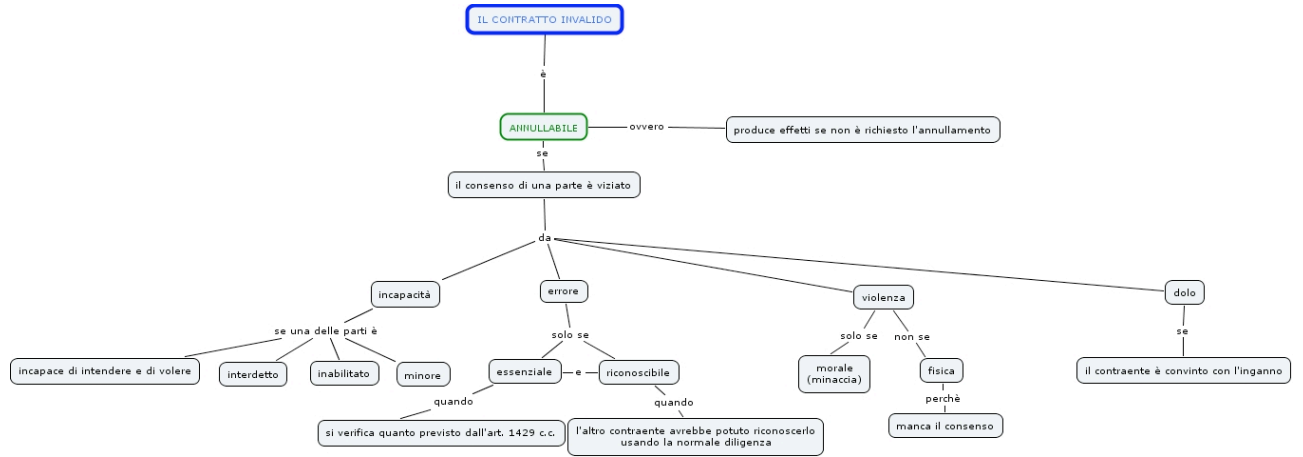


# CAPITOLO 4

Invalidità del contratto:



(fonte: <http://libroblog.altervista.org>)

## CAPITOLO 5

### Appendice

#### Sentenza della Corte costituzionale n. 384 del 1990

REPUBBLICA ITALIANA  
In nome del Popolo Italiano  
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

Presidente

Dott. Francesco SAJA,

Giudici

Prof. Giovanni CONSO

Prof. Ettore GALLO

Dott. Aldo CORASANITI

Prof. Giuseppe BORZELLINO

Dott. Francesco GRECO

Prof. Renato DELL'ANDRO

Prof. Gabriele PESCATORE

Avv. Ugo SPAGNOLI

Prof. Francesco Paolo CASAVOLA

Prof. Antonio BALDASSARRE

Prof. Vincenzo CAIANIELLO

Avv. Mauro FERRI

Prof. Luigi MENGONI

Prof. Enzo CHELI

ha pronunciato la seguente

#### SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, della legge 27 ottobre 1988, n. 458 (Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai pregressi maggiori oneri delle indennità di esproprio), promosso con ordinanza emessa il 15 novembre 1989 dal Tribunale di Brescia nel procedimento civile vertente tra la {Soc. cooperativa a r.l. Comitato di quartiere S. Polo Case} ed altra e {Zubani Aldo} ed altre, iscritta al n. 191 del registro ordinanze 1990 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 18, prima serie speciale, dell'anno 1990.

Visti gli atti di costituzione di {Zubani Aldo} ed altre e del Comune di Brescia nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri; udito nell'udienza pubblica del 27 giugno 1990 il Giudice relatore Gabriele Pescatore; uditi l'avv. Alfredo Bucciante per {Zubani Aldo} ed altre, Sergio Panunzio per il Comune di Brescia e l'Avvocato dello Stato Franco Favara per il Presidente del Consiglio dei ministri.

#### **Fatto**

Ritenuto in fatto

1. - Il Tribunale di Brescia, con ordinanza emessa il 15 novembre 1989, nel corso di un giudizio avente ad oggetto, tra l'altro, la restituzione di talune aree espropriate dal comune di Brescia e concesse a due cooperative edilizie, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, della legge 27 ottobre 1988, n. 458, in riferimento all'art. 42, secondo e terzo comma, della Costituzione.

Nell'ordinanza di rimessione si espone quanto segue.

Il 21 agosto 1979 il sindaco di Brescia disponeva l'occupazione d'urgenza di alcune aree in attuazione del P.E.E.P. di cui si era dotato il comune. Il decreto veniva impugnato dai proprietari delle aree davanti il giudice amministrativo, il quale, con sentenza del luglio 1984 (in seguito confermata in appello e passata in giudicato) annullava il decreto di occupazione di urgenza e gli atti successivi, anch'essi impugnati dai proprietari (variante del P.E.E.P., decreto di esproprio, proroga della validità del piano di zona).

Nel frattempo il comune di Brescia concedeva il diritto di superficie su parte delle aree anzidette alla cooperativa "{Comitato di quartiere S. Polo Case}" ed alla cooperativa "{Case amici di S. Polo}".

In pendenza del giudizio davanti al giudice amministrativo, i proprietari delle aree ottenevano dal pretore un provvedimento ex art. 700 c.p.c., col quale veniva disposta la restituzione da parte del comune di Brescia delle aree occupate. Le cooperative, però, ottenevano dallo stesso pretore un altro provvedimento d'urgenza, col quale venivano escluse dalla già disposta restituzione, le aree sulle quali era stato costituito il loro diritto di superficie.

A seguito di tale secondo provvedimento d'urgenza, le cooperative proponevano, nell'aprile 1981, davanti al tribunale competente, il giudizio a quo, chiedendo la condanna del comune di Brescia e dei proprietari delle aree al risarcimento dei danni derivati dal ritardo nella costruzione degli edifici e la conferma del provvedimento ex art. 700, che escludeva le aree in questione dall'ordine di restituzione in precedenza impartito dallo stesso pretore. Entrambe le parti convenute chiedevano la reiezione delle domande proposte e i proprietari delle aree anche la condanna delle attrici al risarcimento dei propri danni.

Nelle more del giudizio a quo, veniva accolto il ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto dai proprietari delle aree contro le concessioni edilizie rilasciate alle cooperative, in quanto sprovviste di titolo per ottenerle. Veniva invece respinta, dalla Corte d'appello di Brescia, un'altra domanda, proposta in un giudizio autonomo rispetto al giudizio a quo dai Proprietari delle aree, per ottenerne la restituzione a seguito delle declaratorie ottenute con l'esperimento dei ricorsi giurisdizionali amministrativi.

Il giudice a quo, dopo avere premesso, nell'ordinanza di rimessione, quanto sopra, afferma che, con le loro conclusioni, le parti chiedono l'accertamento, da parte del tribunale, le une del loro diritto di superficie e le altre del loro diritto di proprietà. "accertamento che è logicamente e giuridicamente preliminare per la decisione di ogni altra domanda".

Tale accertamento, peraltro, sarebbe precluso dall'art. 3 della l. n. 458 del 1988, a norma del quale: "Il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato legittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene".

Da ciò la rilevanza della questione di legittimità costituzionale della norma suindicata, rilevanza che non verrebbe meno neppure a seguito del passaggio in giudicato della ricordata sentenza della Corte d'appello di Brescia, trattandosi "di una controversia tra soggetti parzialmente diversi e con domande diverse", rispetto a quella oggetto del giudizio a quo.

Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, nell'ordinanza di rimessione si deduce che l'art. 42, terzo comma, della Costituzione, limita "il potere di esproprio della pubblica amministrazione - quale eccezione al riconoscimento e alla garanzia della proprietà privata di cui al primo comma dell'articolo - ai soli casi tassativi preventivamente stabiliti e tipizzati dalla legge, anche in considerazione della circostanza che nei procedimenti ablativi della proprietà solo attraverso il rispetto delle norme procedurali è consentito al privato di rappresentare i propri interessi ai fini di una più adeguata e imparziale valutazione dell'interesse pubblico". Sarebbe pertanto non conforme a Costituzione rendere legittimi, come ha fatto l'art. 3 della legge n. 458 del 1988, comportamenti della pubblica amministrazione dichiarati non conformi a legge ed annullati dal giudice amministrativo.

2.- Nel giudizio davanti a questa Corte è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o infondata.

Sotto il primo profilo ha dedotto che l'art. 3 della legge n. 458 del 1988 è una meta applicazione del principio stabilito dall'art. 4, della legge n. 2248 del 1865, all. E, per cui la sua eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe irrilevante.

Sotto il secondo profilo ha sostenuto la legittimità della norma impugnata, sottolineando che è impensabile che "gli ex proprietari del terreno acquisiscano le case costruite dalle cooperative e la nuda proprietà del comune di Brescia", essendo ciò in contrasto con la funzione sociale della proprietà e con il diritto, anch'esso costituzionalmente protetto, degli assegnatari degli alloggi.

3.- Davanti a questa Corte si è costituito anche il comune di Brescia, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile o, comunque, infondata. Sotto il primo profilo, ha dedotto che nel frattempo la Corte di cassazione ha respinto il ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Brescia indicata nell'ordinanza di rimessione, così che "si sarebbe formato giudicato sulla impossibilità", per i proprietari delle aree in contestazione, "di richiedere al comune di Brescia (dante causa delle cooperative) il rilascio" di tali aree.

Ha inoltre dedotto che il giudizio a quo aveva ad oggetto unicamente domande di risarcimento dei danni e non di restituzione delle aree, con la conseguenza che la questione sarebbe irrilevante anche sotto tale profilo.

Quanto al merito, si deduce la non fondatezza della questione, essendo stata la norma impugnata il risultato di una valutazione comparativa fra l'interesse dei privati proprietari alla restituzione delle aree illegittimamente espropriate e l'interesse pubblico a conservare ad esse la destinazione a fini di edilizia residenziale. La scelta di subordinare il primo interesse al secondo non sarebbe irrazionale e non confliggerebbe con l'art. 42 Cost., trovando una giusta contropartita nel diritto, attribuito ai proprietari, di ottenere il risarcimento del danno.

4.- Si sono costituiti pure i proprietari delle aree espropriate, chiedendo la declaratoria d'illegittimità della norma impugnata.

Nelle note depositate essi hanno sostenuto che l'art. 3 della legge n. 458 del 1988 ha sanato attività amministrative "scorrette e fraudolente" ed ha posto nel nulla la tutela contro gli atti illegittimi della Pubblica amministrazione - conseguita in sede di giurisdizione amministrativa - sancendo la perdita della proprietà su beni illegittimamente espropriati, in contrasto con le garanzie previste dall'art. 42 della Costituzione.

## **Diritto**

Considerato in diritto

1.- Il giudice a quo ha sollevato la seguente questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 3, primo comma, della legge 27 ottobre 1988, n. 458: tale norma - con lo statuire che il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, restando esclusa la retrocessione del bene - contrasterebbe con l'art. 42, secondo terzo comma, della Costituzione, in quanto l'anzidetto articolo 3, facendo venir meno la limitazione dei poteri espropriativi connessa alla tipizzazione compiuta da queste norme, renderebbe esperibile la potestà ablativa anche in fattispecie non preventivamente determinate.

2.- Il comune di Brescia - parte del giudizio a quo - costituitosi, ha eccepito in via pregiudiziale che la questione proposta sarebbe inammissibile, per difetto di rilevanza, sotto un duplice profilo.

Innanzitutto perché il giudizio a quo non avrebbe ad oggetto la restituzione di beni espropriati con provvedimento dichiarato illegittimo; in secondo luogo per l'esistenza di un giudicato esterno, in base al quale i proprietari delle aree in contestazione non potrebbero, comunque, ottenerne la restituzione.

Anche l'Avvocatura generale dello Stato, intervenuta per il Presidente del Consiglio dei ministri, ha eccepito l'inammissibilità della questione, sotto il diverso profilo che la norma impugnata sarebbe mera applicazione di una disciplina preesistente.

3. - Dette eccezioni preliminari sono prive di fondamento.

In ordine alla prima di esse, va rilevato che l'ordinanza di rimessione è stata emessa nel corso di un giudizio tra i proprietari di alcune aree, il comune di Brescia che ne aveva disposto l'occupazione d'urgenza - ottenendone poi l'espropriazione con provvedimento, successivamente annullato dal giudice amministrativo - e due cooperative, titolari del diritto di superficie e delle inerenti concessioni edilizie, di poi annullate a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Il giudizio era stato instaurato dinanzi al Tribunale di Brescia per la convalida di un provvedimento ex art. 700 c.p.c., avente ad oggetto l'esclusione di talune delle aree, illegittimamente occupate ed espropriate, dalla restituzione ordinata dallo stesso pretore di Brescia: oggetto principale del giudizio, era, pertanto, la conferma di tale provvedimento pretorile. Le attrici - come si espone nell'ordinanza di rimessione - avevano chiesto anche la condanna del comune di Brescia e dei proprietari delle aree al risarcimento dei danni derivati dal ritardo nella costruzione degli edifici; entrambe le parti convenute instavano per la reiezione delle domande e i proprietari delle aree anche per la condanna delle cooperative attrici al risarcimento dei danni subiti.

Nel delimitare il contenuto di tali pretese, il Tribunale di Brescia ha posto in rilievo il carattere preliminare dell'accertamento dei diritti delle parti sulle aree in contestazione, accertamento che sarebbe precluso dall'impugnato art. 3 della legge n. 458 del 1988.

La motivazione dell'ordinanza costituisce sufficiente fondamento alla rilevanza della questione a norma dell'art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87, tenuto conto che rientra nella competenza del giudice remittente determinare il thema decidendum del giudizio devoluto alla Corte; questa, in sede di verifica della

sussistenza della rilevanza, non può, con proprie valutazioni, sindacare l'iter logico seguito dal giudice remittente nella impostazione prescelta per pervenire alla decisione del merito. Il controllo della Corte sulla rilevanza deve contenersi nella verifica che &lt; ricorra una ragionevole possibilità, valutata a priori in limine litis, che la disposizione contestata sia applicabile ai fini della definizione del giudizio a quo (sentenza n. 1012 del 1988), mentre deve ritenersi esclusa ogni valutazione che implichi statuizioni influenti sul merito di esso (ordinanza n. 125 del 1987 e sentenza n. 189 del 1986).

Non maggior pregio ha la seconda eccezione d'inammissibilità, sollevata dal comune di Brescia sotto il profilo che, sull'oggetto della domanda, esisterebbe un giudicato esterno, in base al quale i proprietari delle aree in contestazione non potrebbero più ottenerne la restituzione, anche se la norma impugnata fosse dichiarata costituzionalmente illegittima.

Secondo quanto ammette la stessa ordinanza di rimessione, il giudicato riguarda un giudizio attinente ad una controversia tra soggetti parzialmente diversi, con domande diverse e, come tale, non potrebbe operare nell'attuale controversia.

Comunque, avendo il giudice a quo congruamente motivato, affermando la permanente rilevanza della questione non ostante l'anzidetto giudicato, il riesame della motivazione al riguardo, attenendo al merito della causa, si sottrae al giudizio di questa Corte, in sede di controllo della rilevanza.

Infondata, infine, è anche l'eccezione d'inammissibilità che l'Avvocatura generale dello Stato ricava dal carattere della norma impugnata: essa sarebbe mera applicazione del principio posto dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 all. E, e, come tale, opererebbe comunque, anche dopo una eventuale declaratoria d'illegittimità della norma applicativa.

Osserva la Corte che l'art. 3 della legge n. 458 del 1988 non può ricondursi al principio della non revocabilità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario, poiché la norma è chiamata ad operare in una fattispecie in cui, per essere stato annullato l'atto amministrativo, il giudice ordinario non incontra più, nell'esercizio della sua giurisdizione, il limite posto dall'art. 4 della legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo.

3. - Nel merito la questione è infondata.

L'art. 3, primo comma, della legge 27 ottobre 1988, n. 458 statuisce che il proprietario del terreno utilizzato per finalità di edilizia pubblica, agevolata o convenzionata, ha diritto al risarcimento del danno causato da provvedimento espropriativo dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato, con esclusione della retrocessione del bene.

Secondo il giudice a quo tale norma contrasterebbe con l'art. 42, secondo e terzo comma, della Costituzione, alla stregua del quale la potestà espropriativa sarebbe caratterizzata da una peculiare sua tipicità, in quanto riferibile a casi preventivamente e tassativamente individuati dalla legge; sarebbe da escludere che il trasferimento coattivo della proprietà possa essere stabilito ex post, sanando retroattivamente situazioni d'illegittima occupazione di beni di proprietà privata.

Questa tesi non trova riscontro nel contenuto dell'articolo indicato a parametro.

Il secondo comma dell'art. 42 della Costituzione stabilisce, infatti, che la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi d'acquisto, di godimento ed i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. In tal modo viene demandata alla legge la determinazione dei modi di acquisto della proprietà, sia in via generale, sia in relazione a situazioni peculiari sempre in presenza della finalità di assicurarne la funzione sociale.

Il terzo comma dell'art. 42 della Costituzione non implica che la potestà espropriativa debba riferirsi ad ipotesi ablativo prefigurate in via generale e accompagnate da sequenze procedurali costanti ed unitarie.

Quella potestà si esplica legittimamente anche quando-sempre se sorretta da motivi d'interesse generale-si riferisce a concrete fattispecie ablativo non usuali, e perfino già realizzate.

Non è precluso, infatti, alla legge (cfr. sentenza n. 95 del 1966) disporre direttamente l'espropriazione, anche se l'effetto ablatorio non si inquadri nell'ipotesi comune di un trasferimento preventivo all'operazione, sempre che questa sia assistita da motivi di pubblico interesse e dal giusto indennizzo.

Non esattamente, dunque, il giudice a quo contrappone la atipicità di un tale intervento rispetto a quelli che si pongono, nella materia, con carattere di generalità. Per il solo fatto di essere previsti singolarmente dalla norma, essi non sono privi di una loro tipicità, anche se operano in uno spazio più limitato.

È quanto ricorre nella fattispecie, considerata nell'ordinanza di rimessione. La norma, della cui legittimità si dubita, fu inserita (alla stregua dei lavori preparatori) nella legge 27 ottobre 1988, n. 458, allo scopo di assicurare una giustizia equitativa ed eliminare situazioni d'incertezza giuridica, in relazione ai molti casi in cui i comuni avevano proceduto al rilascio di concessioni per costruzioni di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, senza che la procedura espropriativa dei suoli fosse stata esperita regolarmente.

Trattasi di una fattispecie strutturalmente diversa da quella, esaminata da questa Corte (sentenza n. 549 del 1989), della privazione ritenuta legittima del diritto alla retrocessione dei beni espropriati che non abbiano avuto la prevista destinazione, ma ad essa assimilabile sotto il profilo del comune giudizio di prevalenza del pubblico interesse rispetto al diritto dell'espropriato alla restituzione dei beni.

Con la norma ora impugnata il legislatore, nel contrasto fra l'interesse dei proprietari dei suoli ad ottenerne, in caso di espropriazione illegittima, la restituzione e l'interesse pubblico realizzato con l'impiego dei predetti beni per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata o convenzionata, ha dato prevalenza a quest'ultimo interesse.

Siffatta scelta legislativa persegue una finalità, segnata da sicuri motivi d'interesse generale, compatibile con la disciplina dell'art. 42, secondo e terzo comma, della Costituzione, in quanto esplicazione concreta della funzione sociale della proprietà. Al raggiungimento di un siffatto obiettivo il disposto dell'art. 3 della legge n. 458 del 1988 accompagna, proprio per le modalità con le quali la finalità pubblica si realizza, un'attenta considerazione della posizione dei titolari dei beni impiegati.

Il legislatore, infatti, con la norma impugnata, in una completa ed adeguata valutazione degli interessi in gioco, non si è limitato a corrispondere l'indennizzo, ma ha previsto l'integrale risarcimento del danno subito, ivi compresi (art. 3, ultimo comma, della legge impugnata) quanto dovuto a titolo di svalutazione monetaria e le ulteriori somme di cui all'art. 1224, secondo comma, cod. civ., a decorrere dal giorno dell'occupazione illegittima.

Al mancato adempimento della pretesa restitutoria, imposto da preminenti ragioni di pubblico interesse, si sostituisce la tutela risarcitoria (art. 2043 cod. civ.), integralmente garantita.

Non sussiste pertanto la dedotta violazione dell'art. 42, secondo e terzo comma, della Costituzione.

## **PQM**

### PER QUESTI MOTIVI

#### LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, primo comma, della legge 27 ottobre 1988, n. 458 (Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai pregressi maggiori oneri delle indennità di esproprio), sollevata, in riferimento all'art. 42, secondo e terzo comma, della Costituzione, dal tribunale di Brescia, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 12/07/90.

Francesco SAJA PRESIDENTE

Gabriele PESCATORE, REDATTORE

Depositata in cancelleria il 31/07/90.

## CAPITOLO 8

### Appendice

**Casistica: Cass., 20 ottobre 1997, n. 10250**

Consideriamo ora un caso concreto in tema di servitù: il caso è quello delle due fasce di terreno, l'una sovrastante l'altra; il proprietario della fascia sottostante non taglia le piante che crescendo vanno a impedire la vista mare del proprietario della fascia rialzata.

Il proprietario di questa fascia, che è attore in giudizio perché agisce appunto per ottenere la condanna del convenuto proprietario della fascia sottostante a rimuovere le piante o quantomeno a ridurne l'altezza, nelle sue argomentazioni richiama anche l'esistenza di una servitù di panorama.

In che senso?

Nel senso che secondo questa impostazione il proprietario della fascia di terreno sovrastante è titolare di una servitù di panorama.

Il fondo sovrastante è il fondo dominante e il fondo sottostante è il fondo servente.

In quanto fondo servente, la tesi è che il suo proprietario non poteva non tagliare gli arbusti, perché se non li avesse tagliati avrebbe pregiudicato la vista del proprietario del fondo dominante: la difesa del proprietario del terreno rialzato ha affermato, letteralmente, che il vicino aveva lasciato crescere una piantagione di ligustri che pregiudicava l'esercizio della servitù.

Questa tesi è fondata o infondata?

Cioè: è ravvisabile la fattispecie della servitù di panorama?

Ragioniamo nel modo che deve sempre seguire il giurista, cioè qualificando il fatto alla luce della norma giuridica.

Cioè riconduciamo la fattispecie concreta alla fattispecie astratta (tecnica della sussunzione).

Ragioniamo innanzitutto nell'ottica dei principi generali in tema di diritti reali: noi sappiamo che uno dei principi generali è il principio di tipicità, del numero chiuso.

Questo principio di tipicità può essere invocato nel nostro caso per escludere l'esistenza di una servitù di paesaggio, che nel codice civile non è mai menzionata, mentre nel codice noi troviamo la disciplina di numerose servitù?

Ad esempio la servitù di acquedotto, la servitù di passaggio, la servitù di elettrodotto.

Di certo nel codice non si parla di servitù di panorama.

Vi soddisfa la risposta per cui il principio di tipicità dei diritti reali impedisce di configurare una servitù di panorama, cioè una servitù diversa da quelle disciplinate nel codice?

Dobbiamo di nuovo considerare la definizione di servitù, che è espressa dall'art. 1027 cod. civ.: il peso imposto sopra un fondo per l'utilità di altro fondo appartenente ad un diverso proprietario.

Vedete che questa definizione non ci dice quale deve essere il contenuto della servitù, ma ci dice soltanto quali elementi devono sussistere perché la fattispecie concreta possa essere qualificata come servitù.

L'art. 1027 individua la struttura della servitù, e questa struttura è inderogabile, cioè le parti non potrebbero costituire un diritto di servitù la cui struttura fosse diversa da quella indicata del suddetto articolo.

Però l'inderogabilità della struttura non si ripercuote sul contenuto, cioè sulla funzione della servitù, funzione nel senso dello scopo economico di una certa struttura giuridica.

Pensate alla causa del contratto: essa è un elemento strutturale del contratto: se la causa manca il contratto è nullo, perché la causa fa parte della struttura del contratto.

Però voi sapete che la causa è rilevante anche sotto il profilo funzionale, ed infatti la definizione istituzionale di causa è quella di funzione economico-sociale del contratto, cioè lo scopo economico che il contratto persegue attraverso quella determinata causa.

Funzione economica ma anche sociale: perché?

Perché l'ordinamento effettua un controllo sulla meritevolezza dello scopo economico del contratto, cioè sulla liceità della causa.

Se la causa è tipica questo controllo è superato automaticamente perché è lo stesso legislatore che disciplinando un determinato contratto tipico esprime il proprio favore per quel contratto con quella determinata causa e cioè con quella determinata funzione economico sociale.

Se invece il contratto è atipico, emerge appunto il criterio della meritevolezza degli interessi perseguiti attraverso quel contratto: le parti possono dar vita a contratti atipici purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2).

Quindi tornando alla nostra servitù, l'interpretazione del tutto pacifica sia in dottrina come in giurisprudenza è che la struttura della servitù è inderogabile, mentre il contenuto, cioè la funzione economica della servitù è rimessa alle parti.

E dico parti perché molto spesso la fonte della servitù è un contratto: il contratto con il quale il proprietario di quello che tecnicamente sarà il fondo servente costituisce una servitù a favore del titolare del futuro fondo dominante.

Quindi astrattamente è ammissibile, cioè può essere costituita una servitù di panorama, sotto il profilo strutturale e funzionale, cioè dal punto di vista del modo in cui la servitù è costituita e dal punto di vista dello scopo per il quale quella servitù è costituita.

Sotto il profilo strutturale la servitù di panorama è un peso imposto sul fondo servente (che nel nostro caso è la fascia di terreno sottostante) per l'utilità del fondo dominante, che è la fascia soprastante.

Nel nostro caso esiste questa utilità per il fondo dominante?

Saremmo portati a rispondere di sì perché già sappiamo che il concetto di utilità del fondo può anche avere a che fare con l'amenità del fondo (ce lo dice l'art. 1028), e capite benissimo che la vista a mare è un aspetto dell'amenità del fondo.

Ora la Corte di cassazione che cosa dice riguardo alla servitù di panorama?

Dice che essa in realtà va qualificata come una servitù di non sopraelevazione, cioè una servitù che impedisce al proprietario del fondo servente un determinato utilizzo del fondo stesso: costruire oltre una certa altezza, lasciar crescere gli alberi oltre una certa altezza: e questa altezza è quella che consente la vista al proprietario del fondo dominante.

È quindi una servitù negativa, richiamando la differenza tra servitù affermative e servitù negative.

Se si tratta di una servitù, bisogna anche capire allora qual è la sua fonte?

Ora a questo proposito la distinzione da fare è tra le servitù legali, dette anche coattive, e le servitù volontarie.

Quando una servitù è legale?

Quando la legge prevede che il proprietario di un fondo ha diritto di ottenere da parte del proprietario di un altro fondo la costituzione di una servitù.

Un caso è ad esempio quello previsto dall'art. 1033: servitù di acquedotto coattivo: la regola è che il proprietario del fondo è obbligato a far passare sul suo fondo acque di ogni specie, se l'altro proprietario (quello che sarà il proprietario del fondo dominante, una volta che la servitù sia stata costituita) ha diritto di utilizzare queste acque per i bisogni della vita (quindi acqua potabile) o per usi agrari o industriali.

Cerchiamo di capire bene questa regola: c'è P1 proprietario di F1; su F1 è insediato un impianto di produzione di concimi; F1 confina con F2 che a sua volta confina con un torrente.

L'impianto industriale non può produrre concimi senza acqua; P1 può ottenere la costituzione coattiva di una servitù di acquedotto, di modo che l'acquedotto, attraversando F2 possa portare l'acqua a F1.

Perché si tratta di una servitù coattiva?

Perché la servitù di acquedotto coattivo è espressamente prevista dalla legge, e quindi anche se P2 rifiuta di costituire con un contratto questa servitù, dato che si tratta di servitù coattiva, P1 ha diritto ad ottenere coattivamente la costituzione di questa servitù attraverso un provvedimento di un giudice, attraverso una sentenza.



Capite benissimo che le servitù coattive sono previste dal codice proprio per aiutare, per favorire i proprietari di fondi che hanno caratteristiche tali da subire un pregiudizio economico in assenza della servitù.

Nel nostro caso, se la servitù coattiva non potesse essere costituita e se P2 rifiutasse di costituire tramite un contratto questa servitù di acquedotto, la fabbrica non potrebbe funzionare, con ovvie conseguenze economiche.

Implicitamente occorre riferirsi al criterio del temperamento delle esigenze della produzione industriale con le ragioni della proprietà.

In che senso?

Nel senso che il legislatore, in quei casi in cui c'è un conflitto tra produzione e proprietà privata (come appunto tra l'interesse dell'impresa ad attingere acqua e l'interesse del privato che non vuole un acquedotto che attraversi il suo terreno) afferma la prevalenza dell'interesse imprenditoriale, e questo perché il nostro legislatore assegna la prevalenza agli usi produttivi delle cose piuttosto che al non utilizzo dei beni.

Sotto il profilo funzionale, il contenuto economico, lo scopo della servitù di panorama è quello di far sì che il fondo dominante goda del panorama.

Quindi un contenuto economico diverso dal contenuto delle servitù espressamente disciplinate dal codice ma un contenuto che non contrasta con norme imperative.

Faccio a questo proposito ancora un rilievo in chiave strutturale e funzionale: le servitù che il codice disciplina nel dettaglio sono tutte servitù coattive.

È ovvio che le servitù coattive siano disciplinate dalle leggi: è la legge che deve necessariamente stabilire quali siano da considerarsi tali.

Ma questo ci fa capire anche un'altra cosa: che fuori dai casi delle servitù coattive, i privati possono dar vita a servitù che, se ne rispettano la struttura (che è inderogabile), possono avere contenuti diversi.

Allora torniamo alla servitù coattiva: il fatto che una servitù possa essere imposta per legge non significa che l'imposizione coattiva sarà l'unico modo per costituire la servitù.

Nel nostro esempio della fabbrica di concimi, P2 può essere favorevolissimo a costituire per contratto la servitù di acquedotto, ricevendo in cambio una controprestazione: la fabbrica ottiene la servitù ma, come corrispettivo paga a P2 un prezzo.

Se però P2 non vuole in nessun modo costituire la servitù, si potrà ricorrere alla costituzione in via coattiva.

Contrapposte alle servitù coattive sono le servitù volontarie, quelle che cioè hanno ad esempio fonte nel contratto.

A questo punto torniamo alla nostra sentenza: nella loro difesa, gli attori affermano di essere titolari di una servitù di panorama per destinazione del padre di famiglia.

Che cosa significa?

Intanto richiamiamo il fatto di causa: gli attori dicono che la loro fascia sovrastante e la fascia sottostante prima che fossero acquistate dai due proprietari attuali appartenevano a un unico proprietario. E questo è un dato oggettivo.

La destinazione del padre di famiglia è un modo di acquisto delle servitù prediali che troviamo disciplinato nell'art. 1062.

Se è provato che due fondi, attualmente divisi, sono appartenuti a un unico proprietario (come nel nostro caso) e se questi ha fatto in modo che materialmente uno dei fondi fosse dominante e l'altro servente, cioè che vi fosse un peso imposto su una parte del fondo per l'utilità dell'altra, che cosa accade quando il proprietario non è più unico, ma divide il fondo tra due persone diverse?

Succede che, anche senza disporre nulla con riguardo alla servitù, questa servitù è costituita automaticamente: un fondo sarà dominante e un fondo sarà servente.

In questo modo viene giuridicizzata la situazione materiale preesistente.

Perché esiste questo meccanismo, che senso ha?

È chiaro che finché il proprietario è unico non ci poteva essere una servitù, dato che uno dei presupposti strutturali è che il fondo dominante e il fondo servente appartengano a proprietari diversi.

Però materialmente un fondo è gravato da un peso che serve all'utilità dell'altro fondo.

Nella nostra sentenza: gli attori dicono: un tempo le due fasce appartenevano allo stesso proprietario. Ma poi questo proprietario unico ha diviso il terreno e ne ha venduto una parte a noi e una parte all'attuale proprietario della fascia sottostante.

La fascia sopraelevata godeva e tuttora gode della vista a mare, quindi era ed è materialmente fondo dominante rispetto alla fascia sottostante.

Nel momento in cui il fondo è diviso ed appartiene a due distinti proprietari sorge di diritto una servitù di paesaggio a favore del fondo soprastante.

Qual è la risposta della Cassazione?

Questa tesi non può essere accolta, perché questa servitù, che come vi ho già detto la Cassazione qualifica come servitù di sopraelevazione, è una servitù negativa, e come tale è una servitù non apparente.

Nel nostro caso non sono individuabili opere visibili e permanenti per l'esercizio della servitù, cioè non ci sono opere che servono per l'esercizio di questa servitù di sopraelevazione, appunto perché la servitù di sopraelevazione è una servitù negativa.

## CAPITOLO 9

### Appendice

#### Casistica giurisprudenziale

A questo punto vediamo due sentenze.

La prima sentenza fa applicazione della regola del possesso vale titolo.

Vediamo i fatti che sono i seguenti:

A (compratore) nel 1990 acquista da B (venditore), tramite C (intermediario), due dipinti a olio su tela risalenti al XVII secolo attribuiti al pittore Brugnoli.

Il prezzo pagato è pari a 220 milioni di lire, 200 milioni per i quadri e 20 milioni per l'attività di intermediazione.

Nel 1995 questi due quadri vengono posti sotto sequestro dai carabinieri perché risultavano essere stati rubati nel 1977.

Il giudice penale archivia il procedimento a carico del compratore A, cioè A non è neppure rinviato a giudizio.

Attore in giudizio è lo stesso A, cioè il compratore, che chiede al tribunale di essere dichiarato il legittimo proprietario dei due quadri.

Convenuto in giudizio è D, che è l'erede della persona che nel 1977 era proprietaria dei quadri rubati.

La questione sottoposta al giudice è se nei confronti di A si sia integrata la fattispecie dell'acquisto *a non domino*, cioè dell'acquisto dal non proprietario; fattispecie disciplinata dall'art. 1153.

Cioè si tratta di capire se A, quando ha comprato i due quadri nel 1990 da chi non ne era in realtà proprietario perché i quadri erano stati rubati, ne è comunque diventato proprietario in virtù della regola del possesso vale titolo.

Noi sappiamo quali sono i tre presupposti perché questa regola possa operare, vediamo allora l'analisi del tribunale.

È pacifico che esista un titolo idoneo ad acquistare i quadri: è provata non solo la trattativa tra A, B e C, ma anche il pagamento dei 220 milioni di lire.

È pacifico il possesso dei quadri da parte di A, che li aveva appesi in casa sua, ed infatti i carabinieri li avevano trovati lì.

Si tratta allora di accertare se A fosse in buona fede quando acquistò i quadri.

Buona fede nel senso di ignoranza di ledere un diritto altrui: quindi secondo la giurisprudenza (la sentenza del tribunale richiama in particolare una sentenza di cassazione) questa buona fede si concreta in un comportamento conforme ai criteri della norma diligenza e prudenza.

Quindi la buona fede non è configurabile quando il possessore non usi quel minimo di diligenza per accertare l'eventuale lesione del diritto altrui.

Nel nostro caso il tribunale afferma la sussistenza della buona fede di A, sia perché A ha pagato un prezzo del tutto congruo per i due quadri; sia perché A aveva esposto i quadri in casa sua, e quindi non vi era alcuna clandestinità dei quadri;

sia perché sia il venditore che l'intermediario erano seri professionisti nonché noti collezionisti.

Inoltre il tribunale rileva che il furto del 1977 non ebbe alcuna reale risonanza nel mondo dell'arte, tanto è vero che nel 1982 una rivista specializzata aveva pubblicato un articolo che riguardava alcuni dipinti del pittore Brugnoli tra cui i due oggetto di causa, senza fare alcun cenno al furto ed anzi dicendo che i due dipinti appartenevano a collezione privata.

Il secondo caso è il seguente: A, che è un avvocato, riceve l'incarico dal proprietario di un immobile (e questo proprietario è straniero e vive all'estero) di occuparsi della vendita di questo immobile, e quindi gli consegna le chiavi del cancello per entrare nel condominio dove si trova questo appartamento.

Una condomina nel palazzo cambia la serratura del cancello e si rifiuta di dare le nuove chiavi all'avvocato che quindi non può più accedere all'immobile e far visionare l'appartamento agli eventuali interessati, perché non potendo aprire il cancello non può nemmeno percorrere la stradina che dalla strada pubblica porta all'ingresso del condominio.

Il punto di diritto è: può l'avvocato agire in reintegrazione per poter continuare ad entrare dal cancello e raggiungere l'immobile?

Per rispondere occorre qualificare la sua posizione rispetto al bene.

Il tribunale la qualifica come detenzione qualificata.

Il detentore qualificato può agire in via di reintegrazione, questo lo sappiamo perché ce lo dice il comma 2 dell'art 1168.

Ma vediamo come il diritto vivente legge questo secondo comma, cioè vediamo qual è la regola operativa rispetto al detentore qualificato che eserciti l'azione di reintegrazione: secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, dice il tribunale, il detentore qualificato deve provare la sussistenza del titolo giuridico sul quale si fonda la detenzione qualificata.

Cioè in sostanza il detentore qualificato deve dare la prova di ciò che fonda la detenzione qualificata.

L'avvocato ha fornito la prova che il proprietario dell'appartamento gli aveva conferito mandato: il mandato è un contratto con cui il mandante, che nel nostro caso è il proprietario, incarica il mandatario, che nel nostro caso è l'avvocato, di compiere uno o più atti giuridici nell'interesse del mandante stesso.

Nel nostro caso l'avvocato era stato incaricato di trattare la vendita dell'appartamento, quindi la sua detenzione era qualificata dall'esistenza del contratto di mandato.

Il contratto di mandato escludeva la detenzione non qualificata, per ragioni di servizio o di ospitalità.

L'avvocato è detentore qualificato, il proprietario, assente perché vive all'estero, è possessore mediato, mediato appunto perché c'è un detentore qualificato.

Di qui l'esperibilità dell'azione di reintegrazione da parte dell'avvocato e l'ordine di reintegrarlo nel passaggio, pedonale e carrabile, avente ad oggetto il vialetto che dalla strada comunale porta all'appartamento; con conseguente ordine di consegna all'avvocato delle chiavi del cancello.

## CAPITOLO 10

### Appendice

#### **Casistica: Sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008**

A questo punto analizziamo nel dettaglio una sentenza importantissima: una sentenza di Cassazione, resa a sezioni unite (a sezioni unite perché il codice di procedura civile prevede la possibilità che la questione di diritto da risolversi sia rimessa alle sezioni unite quando si tratta di una questione che ha avuto interpretazioni difformi da parte della Corte di cassazione).

Si tratta della sentenza n. 26972 dell'11 novembre 2008.

La questione di diritto riguarda la figura del danno non patrimoniale, quindi la portata applicativa dell'art. 2059.

Il punto di partenza è questo: nel 2003 due sentenze della Corte di cassazione hanno espressamente affermato che l'art. 2059 deve essere interpretato in relazione alla Costituzione, e in particolare in relazione all'art. 2 che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo.

In questa prospettiva il danno non patrimoniale va inteso quale danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica.

L'art. 2059, dice la Corte, è una norma di rinvio, nel senso che contiene un rinvio alle ipotesi normative di risarcibilità del danno non patrimoniale.

Ma anche al di fuori dei casi previsti dalla legge il danno non patrimoniale è comunque sempre risarcibile quando derivi dalla lesione di diritti inviolabili della persona riconosciuti dalla Costituzione.

E a questo proposito dice espressamente la Corte: in conseguenza dell'estensione dell'area del danno non patrimoniale, va ricondotto a questa categoria il danno alla salute che invece era stato considerato risarcibile attraverso un collegamento tra art. 2043 e art. 32 Cost.

Questa lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 riporta il sistema della responsabilità aquiliana nell'ambito della bipolarità prevista dal codice: danno patrimoniale (art. 2043) e danno non patrimoniale (art. 2059).

Dal punto di vista della struttura dell'illecito civile, cioè dal punto di vista degli elementi dell'illecito civile (in particolare: condotta, nesso di causalità, danno) c'è una differenza fondamentale tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale.

Il risarcimento del danno patrimoniale è connotato da atipicità, nel senso che è ingiusta la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante, mentre il risarcimento del danno non patrimoniale è connotato da tipicità: il danno non patrimoniale è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui il danno consista nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona.

Quindi nel caso di danno non patrimoniale la selezione tra interessi giuridicamente tutelati e interessi non tutelati avviene o in via normativa, negli specifici casi determinati dalla legge, o in via interpretativa, quando il giudice individua, appunto in via interpretativa, la sussistenza di uno specifico diritto inviolabile della persona costituzionalmente protetto.

Ora il fatto che la Cassazione parli di sistema bipolare del danno aquiliano, ha una conseguenza molto importante: quelle sotto-categorie del danno non patrimoniale precedentemente autonome come quella del danno morale soggettivo, del danno biologico e del danno esistenziale non sono più autonome: sono semplicemente delle descrizioni sintetiche di specifici pregiudizi non patrimoniali.

All'interno di questo sistema bipolare messo in ordine dalla Corte emerge che il pregiudizio qualificato danno morale soggettivo individua un tipo di pregiudizio costituito esclusivamente dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata.

La durata e l'intensità del danno morale non assumono più rilevanza ai fini dell'esistenza del danno ma assumono rilevanza soltanto ai fini della quantificazione del danno.

E questo è un punto molto importante, nel senso che la cassazione afferma il superamento del carattere transeunte del danno morale.

Non è più così: anche il danno morale può essere un danno permanente.

Perché ci sia danno morale ci deve però essere un reato.

Ma ovviamente il danno morale non esaurisce l'ambito del danno non patrimoniale: vi sono i casi in cui la fattispecie risarcitoria del danno non patrimoniale è individuata dal legislatore e casi in cui ci potrà essere tutela risarcitoria al di fuori della fattispecie tipizzata dal legislatore solo se ci sarà una lesione di un diritto inviolabile della persona.

Per usare le parole della Corte, se ci sarà una ingiustizia costituzionalmente qualificata.

Punto importantissimo, questo, perché dice la Corte: la tutela ex art. 2059 non è ristretta ai casi di diritti inviolabili della persona espressamente riconosciuti dalla costituzione nel presente momento storico, ma grazie al fatto che l'art. 2 Cost. è aperto ad un processo evolutivo, «deve ritenersi consentito all'interprete rinvenire nel complesso sistema costituzionale indici che siano idonei a valutare se nuovi interessi emersi nella realtà sociale siano non genericamente rilevanti per l'ordinamento, ma di rango costituzionale, attenendo a posizioni inviolabili della persona umana».

Nell'ambito di questo quadro che posizione ricopre il cosiddetto danno esistenziale?

Il danno esistenziale, dice la Corte, secondo una tesi elaborata dalla dottrina a partire dai primi anni '90, è un pregiudizio non patrimoniale distinto dal danno biologico perché non c'è una lesione dell'integrità psico-fisica, e anche dal danno morale soggettivo, perché il danno esistenziale non attiene alla sfera interiore del sentire: il danno esistenziale va riferito alla sfera del fare non reddituale del soggetto.

Quando vi è danno esistenziale, secondo la dottrina? Quando il fatto illecito limita le attività realizzatrici della persona, obbligandola ad adottare nella vita di tutti i giorni comportamenti diversi da quelli passati: io ho paura di essere di nuovo aggredito e non esco più alla sera.

Quindi il pregiudizio che caratterizza il danno esistenziale consiste nella alterazione della vita di relazione, nella perdita della qualità della vita, nella compromissione della dimensione esistenziale della persona.

Dice la Cassazione: dopo che è stato affermato il principio della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 (principio espressamente affermato dalla cassazione in due famose sentenze del 2003), anche il danno esistenziale non è più qualificabile come categoria autonoma di danno, esattamente come il danno biologico e il danno morale soggettivo.

La categoria del danno esistenziale era stata creata per supplire ad un vuoto di tutela, in questo senso: il danno biologico copriva il danno fisico e psichico; il danno morale soggettivo copriva la sofferenza soggettiva della persona nei casi tassativamente previsti dalla legge, ma si poneva il problema di come tutelare la lesione di un interesse non patrimoniale della persona in assenza di una espressa previsione normativa.

La lettura costituzionale dell'art. 2059 supera questi problemi: ogni lesione della sfera personale dell'individuo è sempre tutelabile: o perché il legislatore dispone espressamente la risarcibilità, o perché la situazione lesa trova una copertura nella costituzione.

Questo discorso ovviamente non significa dire che sempre e comunque la lesione di un interesse della persona troverà tutela: il risarcimento ci sarà sempre a condizione che il legislatore abbia espressamente previsto la risarcibilità di quel danno (anche se l'interesse della persona leso non ha una copertura costituzionale).

Ma se il legislatore ordinario nulla ha disposto, il limite sarà quello della rilevanza costituzionale dell'interesse, della situazione soggettiva. Se l'interesse leso ha una protezione costituzionale allora ci sarà il risarcimento del danno non patrimoniale, altrimenti no.

Il pensiero della Cassazione è nettissimo:

«Il pregiudizio di tipo esistenziale è risarcibile solo entro il limite segnato dalla ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno. Se non si riscontra lesione di diritti costituzionalmente inviolabili della persona, non è data tutela risarcitoria».

È un'affermazione che apre diversi problemi: i classici problemi che sempre si pongono di fronte ad un testo che contiene una fattispecie aperta, di fronte ad una clausola generale, di fronte ad un principio generale, e cioè: c'è un limite alla creazione per via giudiziaria, giurisprudenziale, di diritti fondamentali dell'uomo? e se sì qual è questo limite?

Dopo la sentenza del 2008 come si orienta la giurisprudenza della Cassazione?

In un caso abbastanza recente (si tratta della sentenza di Cassazione, 8 marzo 2010, n. 5564) è stato negato il risarcimento del danno non patrimoniale a due persone che avevano subito immissioni di rumore intollerabili (art. 844).

Queste persone aveva esercitato con successo l'azione inibitoria ma avevano anche chiesto il risarcimento del danno non patrimoniale derivato dal rumore subito.

La Cassazione afferma che non sussiste un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito alla tranquillità domestica.

Il caso è il seguente: due persone abitano vicino ad una villa adibita a luogo per ricevimenti e banchetti nuziali.

Questi ricevimenti producono immissioni di rumore provenienti sia dall'attività di ristorazione svolta nella villa sia dalla presenza degli invitati ai vari banchetti.

In primo grado il giudice condanna la società proprietaria della villa ad installare doppi vetri inamovibili alle finestre e vietava alla società di utilizzare per le attività di ristorazione e di intrattenimento il cortile della villa.

In appello la società proprietaria della villa viene condannata anche al risarcimento del danno: 15 mila euro a testa a titolo di danno morale: non solo perché il danno, dice la corte d'appello, deriva da una condotta costituente reato (immissioni moleste, art. 659 c.p.), ma anche perché il danno era una conseguenza della lesione del diritto alla tranquillità del proprio ambiente domestico, che è tutelato dall'art. 32 Cost.

La somma complessiva di 30 mila euro deriva da una valutazione equitativa, tenuto conto della durata e della intensità delle immissioni intollerabili.

La Cassazione nega questo risarcimento del danno, sia perché la condotta fonte di immissioni non era tale da integrare un reato ma solo un illecito amministrativo, sia perché (ed è questo il punto che a noi soprattutto interessa) nel nostro caso manca una lesione di un diritto fondamentale della persona costituzionalmente garantito: non è infatti tale il diritto alla tranquillità domestica, che quindi non può essere ricondotto all'art. 2 Cost.

### **Casistica relativa al paragrafo 10.15**

A questo punto è indispensabile un'analisi casistica per analizzare qualche aspetto operativo di queste disposizioni.

La prima sentenza che analizziamo riguarda un caso di responsabilità dei genitori per fatto illecito commesso dal figlio minore: art. 2048.

Il caso in breve è questo: scontro tra due ciclomotori con conseguente morte di uno dei due ragazzi che li guidavano.

I genitori del ragazzo rimasto ucciso agiscono ex art. 2048 sia contro l'altro ragazzo (minorenne ma capace naturale) sia contro i suoi genitori.

In primo e in secondo grado i giudici affermano la responsabilità al 70% del ragazzo che era rimasto in vita.

La questione di puro diritto sottoposta alla Corte di cassazione riguarda il contenuto dell'onere probatorio.

La Cassazione osserva che il contenuto della prova liberatoria prevista dall'art. 2048 consiste nella positiva dimostrazione da parte dei genitori di aver osservato l'obbligo previsto dall'art. 147 cod. civ., cioè in particolare l'obbligo di educare i figli.

Quindi in base a questa impostazione i genitori, per sottrarsi a responsabilità, devono provare di aver impartito ai figli una educazione normalmente sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto all'ambiente, alle abitudini e alla personalità dei figli.



Onere della prova che nel caso di specie non è stata assolto dato che era emerso che il figlio non indossava il casco: elemento che ha fatto concludere i giudici nel senso che i genitori non avevano impartito una educazione adeguata al figlio.

L'analisi degli orientamenti della giurisprudenza mostra notevoli oscillazioni: la giurisprudenza è tuttora orientata a ritenere che la fattispecie dell'art. 2048 sia una ipotesi di responsabilità per colpa presunta.

Il problema è che il contenuto della colpa, sia *culpa in educando* che *culpa in vigilando* è piuttosto sfuggente, nel senso che la giurisprudenza della corte di cassazione è arrivata a giudizi opposti di fronte a condotte pressoché analoghe.

La tendenza è però nel senso di rendere assai oneroso l'assolvimento dell'onere della prova, imponendo ai genitori non solo di vigilare con attenzione sull'operato del minore ma poi anche di dimostrare (quando l'età del minore non consente una continua vigilanza da parte del genitore) di aver fatto tutto quanto serviva per educarlo correttamente e per prepararlo a comportamenti e a scelte ragionevoli.

Quando si verifica l'illecito, in molti casi la prova della colpa sembra essere in re ipsa: è vero che la giurisprudenza non fa espressamente questo ragionamento, però di fatto la conseguenza di questa impostazione è che, se c'è stato l'illecito, allora ciò significa che il genitore non ha assolto quanto meno al suo obbligo educativo.

Dal punto di vista della politica del diritto, questo orientamento giurisprudenziale ha l'obiettivo di tutelare il più possibile la vittima dell'illecito, di modo che sia garantito il risarcimento del danno attingendo al patrimonio dei genitori.

Però dal punto di vista della tecnica giuridica e della trasparenza delle motivazioni la giurisprudenza, pur non dicendolo, applica una regola di responsabilità oggettiva: in quanto genitori, cioè in ragione del loro status, i genitori rispondono dell'illecito dei figli minori conviventi.

Ma allora sarebbe opportuno abbandonare l'argomentazione apparente della presunzione di colpa per accogliere espressamente l'argomentazione fondata sulla responsabilità oggettiva, dato che, di fatto, anche oggi la prova di non aver potuto impedire il fatto è difficilissima a darsi, tanto che la dottrina parla di *probatio diabolica* (prova diabolica) a carico dai genitori.

Il che è un fattore grave di incertezza del diritto, perché di fronte ad illeciti di minori che possono essere perfettamente confrontati a volte la giurisprudenza ha affermato la responsabilità dei genitori e a volte l'ha negata, senza che fossero ravvisabili significative differenze sotto il profilo del comportamento dei genitori.

In un caso piuttosto noto del 1984 un ragazzino di 10 anni, mentre va da un insegnante privato gioca con una fionda e ferisce un bambino di 5 anni.

La Cassazione ha ritenuto che i genitori non potessero prevenire un danno che non potevano neppure preventivare, tenuto conto dell'educazione data al figlio, cresciuto, per usare le parole della Corte, secondo i principi educativi della ubbidienza, del dovere e della riflessione: conseguentemente i genitori non furono ritenuti responsabili.

In un caso analogo invece la Cassazione ritenne i genitori responsabili perché il fatto che il loro figlio di 10 anni avesse ferito con una fionda un coetaneo rivelava di per sé una impropria educazione impartita al figlio.

Secondo la Cassazione, «l'inadeguatezza dell'educazione derivava direttamente dal fatto che, non solo fu consentito al bambino di allontanarsi di casa, ma lo si lasciò uscire con un attrezzo pericoloso come la fionda, di cui, per evidente trascuratezza, si ignorava addirittura l'esistenza».

Due fattispecie sostanzialmente identiche; due soluzioni opposte.

Vediamo ora un caso in tema di attività pericolosa: art. 2050.

All'interno di un cantiere un operaio viene ferito da una scavatrice che stava lavorando: il danneggiato agisce ex art. 2050 sia nei confronti del conducente la scavatrice sia nei confronti dell'impresa.

In primo e in secondo grado i giudici rigettano la domanda risarcitoria ritenendo che il danno era stato cagionato in conseguenza della colpa del danneggiato.

La Cassazione condivide questa soluzione ritenendo che il comportamento colposo del danneggiato è idoneo ad interrompere il nesso di causalità tra la condotta di chi esercita l'attività pericolosa ed il danno.

Siamo nell'ambito del caso fortuito, che spezza il nesso di causalità: il danno non è stato cagionato dalla condotta di chi esercitava l'attività pericolosa, ma dalla colpa del danneggiato stesso.

Il caso fortuito spezza il nesso di causalità perché è un elemento esterno che si inserisce nella catena eziologica tra condotta e danno, per cui il danno è il prodotto della condotta dello stesso danneggiato e non dalla condotta di chi sta svolgendo un'attività pericolosa.

La particolarità della decisione sta nel fatto che la Cassazione ritiene che la colpa del danneggiato spezzi il nesso di causalità anche nell'ipotesi in cui l'esercente l'attività pericolosa non abbia adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

È un'impostazione che inquadra la responsabilità dell'esercente nell'ambito della responsabilità oggettiva: ed infatti il principio di diritto affermato dalla Corte è che anche nell'ipotesi in cui l'esercente non abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (realizzando in tal modo una situazione astrattamente idonea a originare una sua responsabilità), tuttavia la causa efficiente sopravvenuta che abbia i requisiti del caso fortuito e sia idonea a causare da sola l'evento, recide il nesso eziologico tra l'evento e l'attività pericolosa, producendo effetti liberatori, e ciò anche quando questa causa efficiente sopravvenuta sia attribuibile al fatto di un terzo o al fatto dello stesso danneggiato.

Ecco, la lettura tradizionale, da parte della giurisprudenza, dell'art. 2050 è invece nel senso di escludere la natura oggettiva di questa responsabilità, parlandosi appunto di colpa presunta a carico di chi esercita l'attività pericolosa.

Questa lettura è stata progressivamente superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti che sono orientate a qualificarla come responsabilità oggettiva, come appunto avviene nella nostra sentenza.

Di qui la necessità della prova del caso fortuito perché l'esercente sia liberato da responsabilità: il danneggiante deve dimostrare che il fatto del terzo o il comportamento dello stesso danneggiato o un elemento totalmente estraneo alla condotta del danneggiante ha provocato il danno.

Infine due sentenze in tema di responsabilità del custode, art. 2051.

Un signore scivola sul marciapiede di una strada comunale mettendo il piede su un foglio di plastica che era fuoriuscito da una cassetta di frutta del proprietario di un negozio di frutta e verdura.

Il signore cita in giudizio sia il comune sia il proprietario del negozio, e l'argomentazione è fondata in particolare su due punti:

- i) il proprietario del negozio è responsabile ex art. 2051 in quanto custode del marciapiede;
- ii) il proprietario del negozio è responsabile ex art. 2043 perché su di lui grava un obbligo di tener pulito il marciapiede antistante il negozio, per cui il fatto che quel tratto di marciapiede presentasse pezzetti di verdura o altra sporcizia integrava una condotta omissiva, e come tale colposa, del titolare del negozio.

La decisione della Corte di cassazione, in linea con i giudici di merito, è che il marciapiede è un bene comunale e quindi il dovere di tenerlo pulito da quanto terze persone possa avervi gettato non grava su chi esercita nei pressi un'attività commerciale.

Ma con specifico riferimento alla responsabilità ex art. 2051, chi è il custode della cosa?

Custode è chi ha la disponibilità materiale del bene ed è in grado di esercitare un concreto potere fisico sulla cosa: quindi oltre al proprietario, può benissimo essere custode il possessore o il detentore della cosa.

Il classico problema che anche l'art. 2051 pone riguarda la natura della responsabilità: responsabilità per colpa o responsabilità oggettiva?

Anche in base alla formulazione letterale dell'art. 2051 che fa espresso riferimento alla prova del caso fortuito, è minoritaria l'opinione per cui si tratta di una responsabilità per colpa presunta: in base a questa impostazione il custode è liberato non solo se prova il caso fortuito, ma anche se prova di aver tenuto una condotta diligente.

Quindi in base a questa tesi il fortuito è esteso alle situazioni in cui il custode dimostra di non essere stato in colpa.

Ma l'opinione maggioritaria è nel senso che la responsabilità da cose in custodia è una responsabilità oggettiva.

In questa prospettiva è irrilevante la prova, da parte del custode, di aver tenuto una condotta diligente, cioè di essere esente da colpa, perché la diligenza del custode non esclude la sua responsabilità, che si fonda non su un suo comportamento o su una sua attività, ma sulla relazione di custodia intercorrente tra il custode e la cosa dannosa.

Dal punto di vista probatorio allora, il soggetto danneggiato che agisce in giudizio dovrà provare il danno e il nesso causale sussistente tra la cosa in custodia e il danno: questo vuol dire che la cosa in custodia deve essere la causa generatrice del danno.

Per liberarsi dalla responsabilità il convenuto, cioè il custode, dovrà provare la sussistenza del caso fortuito, cioè quel fattore che spezza il nesso eziologico tra cosa in custodia e danno.

E questo fattore potrà essere il fatto illecito del terzo che si appropria della cosa e la utilizza provocando un danno, oppure l'uso imprudente della cosa da parte del danneggiato.

La causa ignota non costituisce caso fortuito però: la causa ignota non spezza il nesso di causalità tra cosa e danno.

Allora nella nostra vicenda un primo rilievo è che il marciapiede è un bene comunale e quindi la richiesta di danni avrebbe dovuto essere avanzata soltanto nei confronti del comune.

Con riguardo ai fogli di plastica delle cassette della frutta certamente essi sono di proprietà dell'esercente.

Nel nostro caso i giudici di merito hanno affermato che non era stata provata la concreta provenienza del foglio di plastica: cioè non era stato accertato se questo foglio fosse stato fatto cadere da qualche cliente oppure se volato dal negozio al marciapiede.

In questa seconda ipotesi avrebbe potuto essere affermata una responsabilità del negoziante ex art. 2051, mentre nella prima ipotesi la condotta del cliente che fa cadere il foglio avrebbe spezzato il nesso di causalità, configurandosi quale caso fortuito.

L'ultima sentenza decide la seguente controversia: una signora agisce contro un ente previdenziale per ottenere il risarcimento del danno subito cadendo mentre scendeva le scale di questo ente.

Scendendo le scale la signora cade a causa dell'acqua piovana presente nelle scale, acqua che si era infiltrata da una finestra difettosa.

In primo grado il tribunale rigetta la domanda perché non era stata fornita la prova del nesso di causalità tra cosa in custodia, cioè scala, e danno.

Corte d'appello e Corte di cassazione confermano la decisione.

Nella motivazione, la sentenza di cassazione afferma il principio, piuttosto singolare, per cui la responsabilità da cose in custodia sussiste in base a due presupposti:

- i) l'alterazione della cosa, da cui la configurazione della cd. insidia, o trabocchetto,
- ii) e l'imprevedibilità e l'invisibilità di questa alterazione per il soggetto che subisce il pregiudizio.

Nel nostro caso la caduta della signora è stata ritenuta prevedibile dato che si era verificata in un condominio e la signora era una condomina del palazzo da diversi anni e quindi era in grado di conoscere le caratteristiche dello stabile, tra cui la possibilità di infiltrazioni d'acqua in caso di pioggia.

Quindi anche in base a questa impostazione il custode, per liberarsi da responsabilità, deve provare l'insussistenza del nesso di causalità tra la custodia della cosa che ha prodotto l'insidia e il danno.

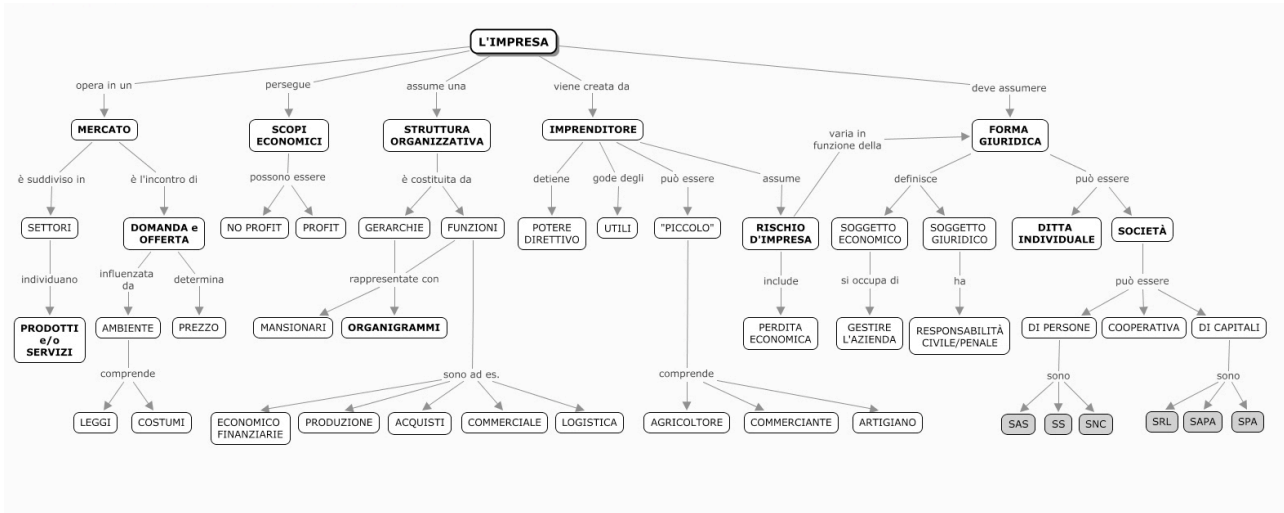
Però la particolarità è che l'elemento della prevedibilità e della visibilità dell'insidia è un fattore che spezza il nesso di causalità, perché se l'alterazione della cosa è visibile e prevedibile ciò significa che il danno conseguito all'alterazione della cosa era anche evitabile.

Il non averlo evitato configura una colpa del danneggiato qualificabile come caso fortuito.

Ma questa sentenza collegando la responsabilità per cosa in custodia alla sussistenza di un'insidia determinata da un'alterazione della cosa stessa si discosta da un filone giurisprudenziale piuttosto consolidato.

## CAPITOLO 12

L'impresa:



## CAPITOLO 15

### LETTURA

#### I titoli di credito e i processi di dematerializzazione<sup>1</sup>

“Dopo la grande rivoluzione rappresentata nel Medioevo dalla smaterializzazione del denaro, dei crediti e degli scambi nel documento cartolare, una seconda rivoluzione consistente anche nella smaterializzazione del documento, può dirsi ormai compiuta.

Negli ultimi decenni, infatti lo si è accennato nella premessa, si è sviluppato ed è ora in atto un **fenomeno di crisi del supporto documentale**, il quale si manifesta **in operazioni che astraggono dalla “carta” come veicolo necessario a far valere il diritto e si traducono in processi di dematerializzazione dei titoli cartacei**. Si tratta di un’esperienza esattamente antitetica rispetto a quello che è stato il punto d’arrivo della storia e dell’evoluzione dei titoli di credito: se, nel passato l’incorporazione del diritto nel documento ha rappresentato una conquista come meccanismo capace di assolvere le esigenze di speditezza e sicurezza nella circolazione, scaturisce ora dalla prassi l’opposta esigenza di compiere un processo inverso, diretto ad affidare la circolazione dei diritti a meccanismi diversi da quelli legati alla *traditio* materiale del documento.

Si tratta di un fenomeno in evoluzione, che ha toccato in diversi momenti storici e con diversa incidenza i più vari settori del commercio, con intensità e gradazione differenti, in base all’ambito in cui si è radicato ed alla fattispecie coinvolta: talora ha inciso sia sull’emissione che sulla circolazione del titolo di credito, giungendo ad una forma di **scorporazione totale del diritto dalla cartula** [...]. L’esperienza legislativa di molti paesi pare assecondare questa tendenza, anche se occorre verificare, con riferimento alle singole fattispecie cartolari, quale sia effettivamente il grado di dematerializzazione raggiunto.

Le forme di dematerializzazione che hanno coinvolto i vari titoli (documenti rappresentativi di merci, cambiali, assegni, azioni e titoli di stato) presentano **linee di tendenza uniformi**. Comuni ne sono le esigenze, riconducibili tutte alla necessità di una maggiore rapidità e speditezza nella circolazione dei titoli e delle operazioni sottostanti. Comuni sono le modalità telematiche ed informatiche con cui si realizza il fenomeno, sulla scia di un’evoluzione delle operazioni collegate: in tal senso, esso appare più comprensibile e naturale con riferimento ai titoli causali, che rappresentano una deviazione rispetto al titolo di credito atteso il caratteristico legame con il rapporto sottostante: ed in particolar modo nei casi in cui il documento causale informatizzato (es. titolo rappresentativo delle merci) sia, come spesso avviene, legato ad un contratto (es. trasporto) redatto in forma elettronica.

Per altro verso le diverse esperienze nascono normalmente come esperienze convenzionali e solo successivamente, ove questo sia già avvenuto, sono disciplinate dal legislatore. Il mercato dei titoli informatici è infine caratterizzato dalla presenza di uno o più intermediari che operano nella rete, nella quale circolano i documenti o i dati in essi incorporati.

Un settore particolarmente favorevole all’utilizzo e diffusione delle nuove tecniche è quello del commercio e dei trasporti, nei quali la polizza di carico ed il titolo rappresentativo di merci hanno perso il tradizionale supporto cartaceo e sono stati travolti dalla diffusione di nuove tecniche, che dapprima hanno improntato il contratto di trasporto e, quindi, hanno coinvolto tutti quei titoli che in esso trovano la loro causa: le nuove tecniche di utilizzo dei documenti smaterializzati vanno dal deposito dei titoli presso un “registro” centralizzato sino alla loro completa sostituzione con “messaggi” inviati tramite *networks* computerizzati ai quali possono accedere i diversi operatori (banche, vettori, associazioni di caricatori, importatori, esportatori, spedizionieri).

I vari meccanismi accomunati dal vantaggio di rendere estremamente celeri e poco onerosi rispetto al ricorso al supporto cartaceo, possono prevedere o meno, anche in un momento successivo alla consegna per il trasporto, la stampa del documento: nell’ipotesi in cui questa non venga effettuata, si assiste ad un fenomeno di dematerializzazione completa e la legittimazione a ricevere la merce dipende da un’indicazione non più

---

<sup>1</sup> Gastone Cottino, a cura di, “Lineamenti di diritto commerciale” 2014, pag.155 e ss.

iscritta nel documento cartaceo, ma trasferita a mezzo impulsi elettronici ed inserita e risultante dall'operatore.

È interessante notare che, in tutte queste fattispecie, si ricorre in concreto a meccanismi di legittimazione alternativi, ma equivalenti a quelli tradizionali, assicurando le funzioni normalmente garantite attraverso il documento cartaceo.

I diritti sulle merci sono "incorporati" su supporti, circolano mediante impulsi elettronici ed i dati impressi telematicamente consentono il loro ritiro e trasferimento; molto spesso al loro titolare è attribuito un codice identificativo che crea un legame proprio come avveniva attraverso il possesso della carta.

Se pure questi fenomeni hanno maggiormente interagito con riferimento ai titoli causali, per una sorta di contagio dell'informatizzazione relativa ai rapporti sottostanti, la de cartolarizzazione ha coinvolto anche il settore dei titoli individuali astratti, come le cambiali e gli assegni ...

Importantissima è poi la diffusione e l'evoluzione del fenomeno con riferimento ai titoli di massa. Il cammino che ha portato all'evoluzione genetica di questi titoli, culminando nell'accentramento obbligatorio degli strumenti finanziari, ha mosso i primi passi da esperienze di fonte convenzionale che risalgono agli anni ottanta, coinvolgendo inizialmente i **titoli del debito pubblico** per poi attrarre anche le **azioni**. [...].

[...]Tirando le fila e riprendendo anche alcuni spunti della Premessa, le linee di evoluzione della fattispecie cartolare paiono muoversi in diverse direzioni.

**Il titolo di credito assume un volto nuovo di fronte alle mutanti esigenze dei mercati** come emerge dall'esperienza dei documenti più diversi [...].

Laddove esso è utilizzato nei nuovi contesti, l'evoluzione ha fatto emergere la necessità di nuove regole e/o di attualizzazione di quelle tradizionali. Da qui la **coesistenza tra le discipline speciali dei nuovi mercati e la normativa cartolare codicistica e delle legge speciali**. Per altro verso, il titolo di credito vede modificati il suo ruolo e il suo impiego anche nei contesti consueti. La concorrenza di moderni e più veloci mezzi di pagamento – bancomat, carte di credito, tanto per fare un esempio tratto dalla vita quotidiana- ha inciso inevitabilmente sull'utilizzo degli strumenti tradizionali [...].<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> G. Cottino, 2014, "Lineamenti di diritto commerciale" pag. 161 Mia Callegari.

## CAPITOLO 16

### Appendice

#### **Casistica: “Cass. 4 febbraio 2009, n. 2711: “Non fallisce il socio unico di società per azioni”.**

*La possibilità di dichiarare il fallimento del socio unico di società per azioni, in via di estensione del fallimento della società, è stato oggetto di contrastanti opinioni. La questione è ora risolta dal la nuova disposizione contenuta all’art. 147 l.fall., che circoscrive l’applicazione della ipotesi di estensione del fallimento sociale ai soli soci illimitatamente responsabili di società in nome collettivo, di società in accomandita semplice e di società in accomandita per azioni. La Cassazione chiarisce i motivi che, anche nel vigore della previgente disciplina, escludevano la fallibilità del socio unico di s.p.a.*

L’art. 147 l.fall., nella parte in cui commina l’estensione del fallimento della società ai soci illimitatamente responsabili, si riferisce a quelle società che, in base al tipo legale, sono strutturalmente conformate in modo tale da comportare, nonostante l’autonomia patrimoniale – o addirittura, la personalità giuridica, come nelle società in accomandita per azioni – la responsabilità solidale illimitata dei soci o di una categoria di essi per tutte le obbligazioni sociali. Tale norma non è invece estensibile ai soci occasionalmente responsabili

delle obbligazioni contratte per accadimenti specifici e storicamente delimitabili: come nel caso del socio unico di s.p.a. (art. 2362 cod. civ.) e di s.r.l. (art. 2497 cod. civ.), secondo la normativa

previgente alla tipizzazione legale delle predette società in forma istituzionalmente

unipersonale. L’art. 2362 cod. civ., che sanciva per l’unico azionista prima della riforma di cui al d.lgs. n. 6/03, la perdita del beneficio della limitazione della responsabilità, va infatti configurato come norma eccezionale, impositiva di una responsabilità *latu sensu* fidejussoria *ex lege*, per il periodo in cui

è venuta meno la pluralità dei soci. L’inapplicabilità dell’art. 147 l.fall. discende dal fatto che la perdita del beneficio è solo temporanea, e cioè ristretta al periodo di concentrazione del capitale nelle mani di un solo socio: con la conseguente dissonanza tra la responsabilità della società per tutte le obbligazioni e quella del socio unico, limitata alle sole obbligazioni *ratione temporis* solidali.

Tale distinzione potrebbe, in ipotesi, comportare un’insolvenza maturata in epoca

anteriore alla sopravvenuta unipersonalità; e perfino l’inesistenza assoluta di obbligazioni la cui genesi sia ascrivibile al periodo di esposizione a responsabilità del socio (che si configura, nello schema della norma, come una parentesi nella vita e nell’attività imprenditoriale della società): con la conseguenza, invero, paradossale, secondo la tesi propugnata dal ricorrente, di una fallibilità in estensione del socio unico, nonostante la carenza, in concreto, dei presupposti di fatto per l’operatività dell’art. 2362 cod. civ. La dichiarazione di fallimento, in quest’ottica, finirebbe con l’acquisire un’esclusiva valenza sanzionatoria, di cui non v’è traccia nella lettera e nella *ratio* della norma. Al riguardo, non appaiono decisivi i contrapposti argomenti adottati da una parte della dottrina per sminuire la



portata dirimente della limitazione temporale della responsabilità solidale illimitata. Si assume che analoga limitazione sussiste nell'ipotesi di recesso del socio – che fallirebbe anche se solidalmente obbligato per debiti maturati prima della cessazione del rapporto sociale, o nella fattispecie di trasformazione in società di capitale di una società di persone già insolvente, il cui fallimento si estenderebbe ai soci in origine illimitatamente responsabili, sebbene questi rispondano delle sole obbligazioni sorte prima della trasformazione. O ancora, nell'ipotesi di fusione di società di persone (insolvente) con una società di capitali che l'incorpori, il beneficio della responsabilità limitata non retroagirebbe, liberando i soci illimitatamente responsabili all'epoca del manifestarsi dell'insolvenza.

Senonchè, il parallelismo con la fattispecie di cui all'art. 2362 cod. civ. è solo apparente.

In tutti i casi sopra menzionati, infatti, il limite temporale di responsabilità illimitata e solidale del socio è solo quello finale: *dies ad quem* che segna la cessazione del rapporto sociale della responsabilità solidale del singolo, per recesso (o morte), o per il passaggio dall'autonomia patrimoniale imperfetta alla personalità giuridica della società (nella trasformazione o nella fusione in una società di capitali). Tale limite unidirezionale, valido per i soli debiti sociali

sorti dopo gli eventi suddetti, lascia invece universale ed illimitata la responsabilità solidale del socio per le obbligazioni pregresse della società: e cioè proprio per quelle che l'hanno condotta all'insolvenza.

Per contro, la fattispecie di cui all'art. 2362 cod. civ. pone un doppio limite temporale: non solo un *dies ad quem* finale, coincidente con il ritorno alla pluripersonalità – considerata, nel

sottosistema delle società di capitali, condizione normale prima della riforma, (anche se l'unipersonalità non era necessariamente transeunte, a differenza che per le società di persone: art. 2272, n. 4 cod. civ.) – ma anche un *dies a quo* iniziale dell'esposizione a responsabilità.

Questa non abbraccia, quindi, automaticamente l'intera massa di debiti maturati prima che venisse meno la pluralità dei soci: in contrasto con l'assunzione di responsabilità per la totalità delle obbligazioni pregresse, prevista, per contro, quale effetto legale dell'ingresso in una società di persone del socio strutturalmente coobbligato in via solidale art. 2269 cod. civ.).

Se poi si sottopone a scrutinio penetrante la norma, si può fondatamente escludere che sussista nella s.p.a. la stessa *ratio* dell'imputazione dell'insolvenza a titolo di responsabilità oggettiva, sulla base dell'accettazione del rischio di impresa. Mentre infatti nei tipi caratterizzati da responsabilità istituzionale dei soci, si può ravvisare, in effetti, una relazione tra il dominio sull'impresa e la responsabilità illimitata che ne deriva; o quanto meno la volontaria accettazione di un rischio oggettivo ed immanente – anche se il singolo socio resti, di fatto, estraneo alla gestione della società: come, ad esempio, nel caso di un socio in nome collettivo dimostratosi assenteista e passivo, che resta, non di meno, assoggettato al

fallimento -, non sembra che analoga *ratio* possa giustificare il fallimento del socio unico di una società di capitali, la cui posizione può derivare da eventi del tutto indipendenti dalla sua volontà (come ad esempio per recesso degli altri soci per una delle evenienze giustificative di cui all'art. 2437 cod. civ.).

Ancor meno convincente è la tesi, pur affacciata in dottrina, che l'art. 2362 cod. civ., nel testo originario, disegnasse una responsabilità non diversa da quella dei soci illimitatamente responsabili della società di persone, in ragione di una opzione legislativa penalizzante l'imprenditore individuale rispetto a quello collettivo: tesi, che parte da una sorta di manifesto ideologico sull'indefettibilità della plurisoggettività, quale fondamento del beneficio della personalità giuridica e dell'autonomia

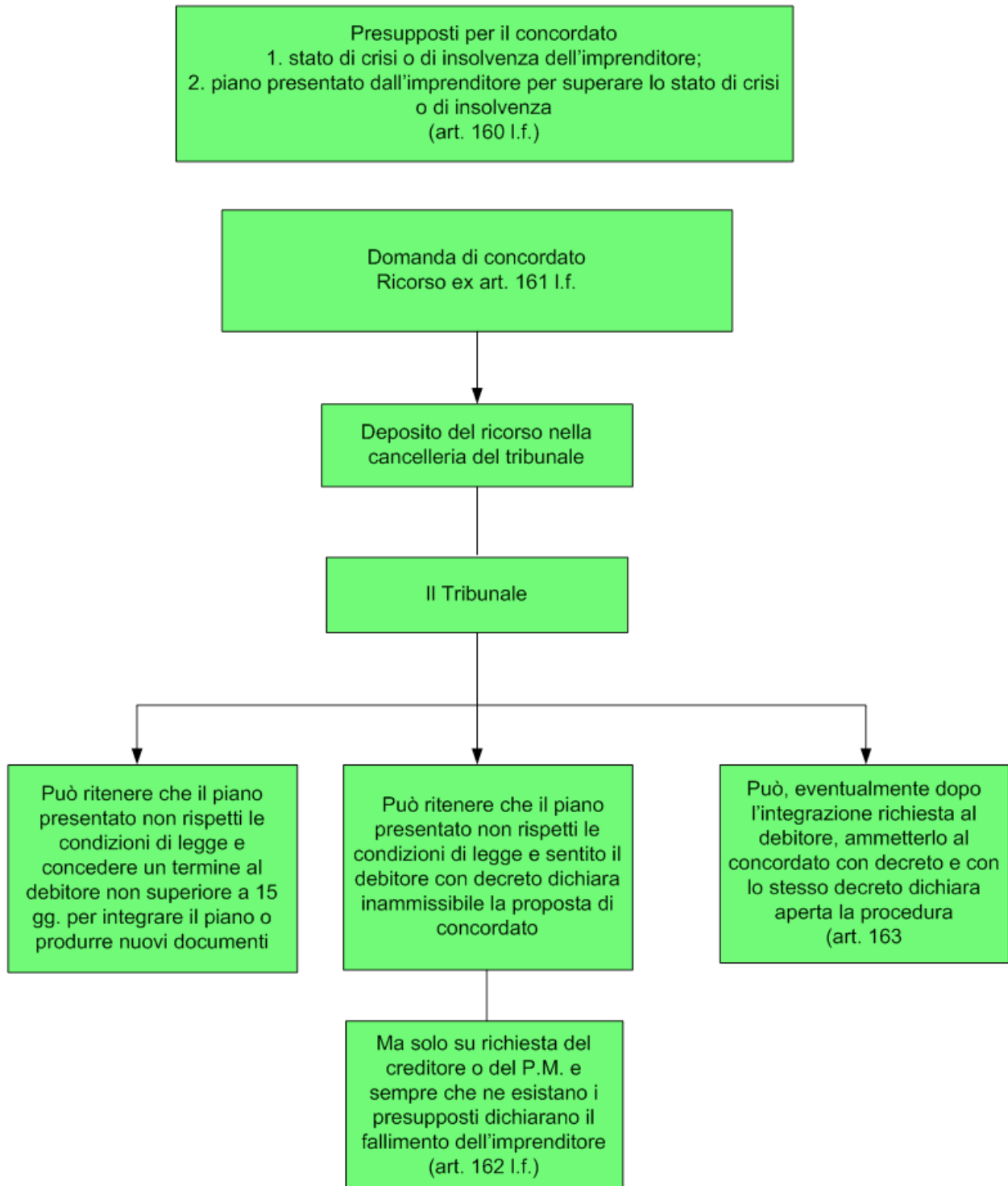
patrimoniale perfetta, smentita dall'evoluzione legislativa che ha portato all'istituzione di società di capitali unipersonali: dapprima con il d.lgs n. 88/93, in attuazione della direttiva CEE n. 667/89, introduttiva della s.r.l.

unipersonale, e poi con il d.lgs. n. del 2003.

In chiusura di analisi si può aggiungere che la tesi qui predicata sarebbe gravida di sviluppi indefiniti, qualora il socio unico di una s.p.a. insolvente sia, a sua volta, una società di capitali unipersonale; dando adito a fallimenti a catena.”

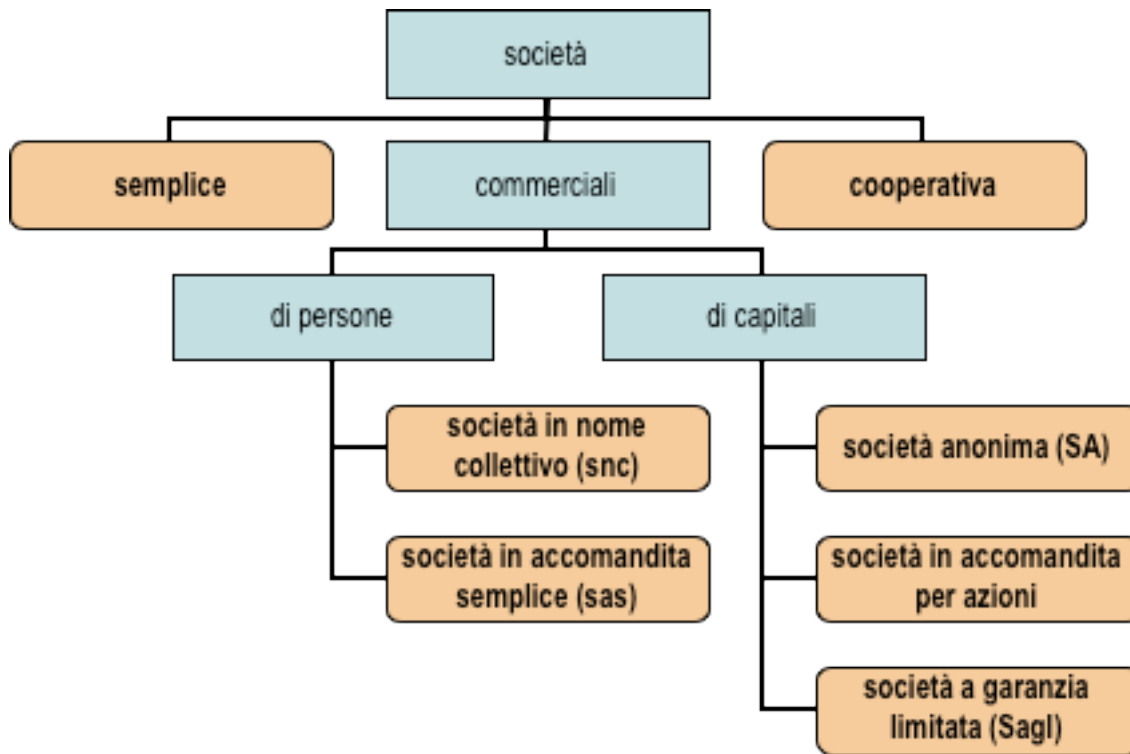
## IL CONCORDATO PREVENTIVO:

Prima fase  
Introduzione e ammissione  
del concordato



## CAPITOLO 17

LA SOCIETÀ:



	<b>Società di persone</b>	<b>Società di capitali</b>
<b>Autonomia patrimoniale</b>	Impresa collettiva con autonomia patrimoniale "imperfetta"	Impresa collettiva con autonomia patrimoniale "perfetta"
<b>Iscrizione Registro Imprese</b>	Le snc e le sas vengono iscritte nella sezione ordinaria del registro, mentre le ss in una sezione speciale	La società acquista personalità giuridica unicamente al momento dell'iscrizione nel registro
<b>Capitale sociale</b>	Non è previsto un capitale sociale minimo	E' previsto un capitale sociale minimo di 10.000 euro per le srl e di 120.000 euro per le spa
<b>Poteri di amministrazione</b>	Spettano a tutti i soci illimitatamente responsabili	Spettano all'organo amministrativo (amministratore unico o consiglio di amministrazione)
<b>Poteri di controllo</b>	Spettano a tutti i soci	Oltre ai soci spetta, a certe condizioni, anche ad altri soggetti (collegio sindacale, ecc ...)
<b>Responsabilità soci per obbligazioni della società</b>	Illimitata e solidale con esclusione dei soci accomandanti della s.a.s.	Limitata al conferimento con esclusione dei soci accomandatari dalla s.a.p.a.
<b>Modifica del contratto di società</b>	Decide l'unanimità dei soci	Decide l'assemblea qualificata dei soci
<b>Attribuzione reddito società ai fini fiscali</b>	Indipendentemente dall'effettiva percezione viene tassato in capo ai soci	Il socio è sottoposto a tassazione solo sulla parte di utili effettivamente distribuita

## CAPITOLO 19

### Letture

#### *L'analisi di Adam Smith*

L'origine delle economie di scala fu individuata già da A. Smith (1776) in relazione alla capacità di scomporre il ciclo di produzione in fasi in cui sviluppare competenze specifiche e macchine appositamente disposte. Smith rilevò come l'organizzazione della produzione debba sempre essere limitata dall'estensione del mercato e quindi l'impianto produttivo debba essere commisurato alla domanda effettiva e nel contempo alla presenza di altri competitori con cui confrontarsi. All'ampliamento dell'estensione del mercato, cioè all'aumento dei volumi e dell'articolazione della domanda di un dato bene, l'organizzazione della produzione deve quindi essere ridefinita, potendosi distinguere il ciclo in fasi, ognuna composta da mansioni, la cui produttività si accresce nel tempo, sia attraverso la progressiva evoluzione delle competenze richieste sia per l'introduzione di macchine, predisposte per compiere una particolare o diverse mansioni. All'aumento dei livelli di attivazione dei processi di produzione, questa articolazione può essere definita in maniera più specifica, permettendo lo sviluppo di un effetto *'learning'*, che dà origine a economie di scala dinamiche<sup>3</sup>.