

## **TRACCE DEL CONCORSO A 360 POSTI**

### **PREMESSA**

Come da tradizione si pubblica lo studio della commissione, affisso in aula in occasione della lezione pre-concorso, e la comparazione tra le tracce assegnate al concorso e quelle trattate al corso. L'analisi che segue lascia aperto un dubbio antropologico: se è agevole comprendere perché i corsi divulgano le tracce ma non i risultati conseguiti sulle medesime (con l'eccezione del presente), sfugge a una spiegazione razionale perché gli studenti guardino le prime più dei secondi. Le tracce rappresentano la base dell'edificio, i risultati la sua costruzione. Che senso ha, per chi voglia abitarlo, occuparsi di quella e non di questa?

### **TRACCE ASSEGNATE**

#### **Diritto civile:**

- Concorso, 11 luglio 2017 > *“Riflessi patrimoniali della crisi e della cessazione dei rapporti di famiglia: matrimonio, unioni civili, contratto di convivenza e convivenza di fatto”*.
- Lezione pre-concorso, 10 luglio 2017: *“Contratti della crisi coniugale, trascrizione, assegnazione della casa familiare, nuovo regime dell'assegno divorzile”*.
- Corso intensivo 2017, I e II sessione mirata: *“Le unioni civili”* e *“Contratti coniugali e di convivenza”*.

La famiglia era segnalato nello studio della commissione tra gli argomenti probabili.

#### **Diritto amministrativo:**

- Concorso, 12 luglio 2017 > *“Premesso un breve disegno sistematico sul regime giuridico dei beni pubblici, tratti il candidato, in particolare, dei beni patrimoniali indisponibili con specifico riguardo al momento dell'acquisto e della perdita del carattere d'indisponibilità”*.
- I beni pubblici sono oggetto del programma del corso ordinario (lezione su beni e proprietà).
- Corso intensivo 2017, III sessione mirata e lezione pre-concorso: *“Società e servizi pubblici – sussidiarietà orizzontale (privatizzazioni), semplificazione e liberalizzazioni nel quadro della riforma della P.A.”*.

Privatizzazioni e liberalizzazioni erano segnalati nello studio della commissione tra gli argomenti probabili.

#### **Diritto penale:**

- Concorso, 14 luglio 2017 > *“Premessi cenni sulle cause di esclusione della pena, tratti il candidato della difesa legittima e dei relativi limiti, con particolare riguardo ai fatti commessi in occasione del delitto di rissa e a quelli commessi in luogo di privata dimora”*.
- Corso intensivo 2017, IV sessione mirata e ultima lezione: *“Tentativo di delitto nel privato domicilio e legittima difesa, con particolare riferimento all'ipotesi di impossibilità dell'evento lesivo”* e *“Delitti aggravati dall'evento morte – la rissa”*.

La legittima difesa era segnalata nello studio della commissione tra gli argomenti probabili.

## **ANALISI DELLE TRACCE**

Le tracce appartengono a tipi classici e sono costruite secondo lo schema generale/particolare. Tecnicamente la più complessa era quella di civile, ma quella di penale nascondeva delle insidie, che potrebbero aver messo in difficoltà i più deboli sul piano del ragionamento. Amministrativo era meno noto, ma scolastico.

L'analisi di seguito riportata è su base schematica e tiene conto del fatto che si tratta di temi, in cui è decisiva la comprensione del problema e l'argomentazione della sua soluzione, non la monografica illustrazione delle informazioni in argomento.

### **DIRITTO CIVILE**

*“Riflessi patrimoniali della crisi e della cessazione dei rapporti di famiglia: matrimonio, unioni civili, contratto di convivenza e convivenza di fatto”.*

#### **1. Problema conoscitivo**

Il tema verte sulle diverse forme giuridiche dei legami di coppia e sulle conseguenze patrimoniali derivanti dalla crisi o dallo scioglimento di essi. Vengono in rilievo quattro aree tematiche del diritto di famiglia:

- Relazioni personali e negozio giuridico;
- Tecniche di uscita dal rapporto giuridico;
- Regime patrimoniale legale della sospensione e della fine del rapporto;
- Spazi dell'autonomia privata.

Dal punto di vista strutturale, la traccia segue uno schema quadripartito, costituito da quattro rapporti familiari da analizzare con riferimento a due ipotesi. L'ordine logico di trattazione preferibile, tuttavia, non è verticale (ciascun rapporto esaminato singolarmente sotto il profilo dei riflessi patrimoniali delle sue patologie), ma orizzontale:

1. Definizione di matrimonio, unioni civili, contratti di convivenza, convivenze di fatto.
2. Individuazione delle ipotesi di crisi e scioglimento di ciascuno di essi.
3. Effetti patrimoniali di fonte legale.
4. Effetti patrimoniali di fonte convenzionale.

#### **2. Svolgimento**

##### **2.1 Matrimonio, unioni civili, contratti di convivenza, convivenze di fatto**

Stabilisce l'art. 29 della Costituzione: *“La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare”.*

Stabilisce l'art. 2 della Costituzione: *“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.*

La Costituzione, dunque, riconosce due poli opposti delle relazioni personali, idonei a dar vita alla cellula sociale primigenia: la famiglia fondata sul matrimonio e la famiglia di fatto.

In entrambi i casi all'origine c'è un accordo, ma mentre nel primo caso questo è sufficiente, trattandosi di un accordo qualificato dalla legge, nel secondo no, occorrendo altresì la convivenza (che nel matrimonio è l'effetto, non la causa del rapporto giuridico).

I due poli sono stati considerati ben distinti dalla giurisprudenza, sia costituzionale<sup>1</sup>, che di legittimità<sup>2</sup>.

Nello spazio tra famiglia legale e famiglia di fatto si sono però di recente inseriti nuovi modelli di relazione: le unioni civili e le convivenze registrate.

Si tratta di forme giuridiche conseguenti da un lato all'evoluzione della struttura reale, dall'altro alla penetrazione nel nostro ordinamento dei principi europei<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Corte Costituzionale 86/09:

«La Corte ha ripetutamente posto in evidenza la diversità tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio, in ragione dei caratteri di stabilità, certezza, reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri che nascono soltanto da tale vincolo, individuando le ragioni costituzionali che giustificano un differente trattamento normativo tra i due casi nella circostanza che il rapporto coniugale trova tutela diretta nell'art. 29 Cost. (ordinanza n. 121 del 2004). Deve essere riconfermato il principio secondo cui la mancata inclusione del convivente *more uxorio* tra i soggetti beneficiari dei trattamenti pensionistico e previdenziali trova ragionevole giustificazione nella circostanza che i suddetti trattamenti si collegano geneticamente ad un preesistente rapporto giuridico che, nel caso considerato».

<sup>2</sup> Cassazione II sez., n. 7214/13:

«Pur mancando una legge organica sulla convivenza non fondata sul matrimonio, il legislatore nazionale non ha mancato di disciplinare, e con accresciuta intensità in tempi recenti, settori di specifica rilevanza della stessa, anche al di là della filiazione (dove l'eliminazione di ogni residua discriminazione tra i figli è stata sancita, nel rispetto dell'art 30 Cost., dalla legge 10 dicembre 2012, n. 219). Basti pensare solo per citare alcuni esempi - all'art. 199 cod. proc. pen. per la facoltà di astenersi dal deporre concessa al convivente dell'imputato; agli artt. 342-*bis* e 343-*ter* cod. civ., introdotti dalla legge 4 aprile 2001, n. 154, sull'estensione al convivente degli ordini di protezione contro gli abusi familiari; all'art. 6 della legge 4 maggio 1983, n. 184; così come sostituito ad opera della legge 28 marzo 2001, n. 149, per gli effetti della convivenza precedente al matrimonio sulla stabilità del vincolo ai fini dell'adozione; all'art 408 cod. civ., così come novellato dalla legge 9 gennaio 1994, n. 6, per la scelta dell'amministratore di sostegno, che può cadere anche sulla persona stabilmente convivente; all'art. 129 del d.lgs 7 settembre 2005, n 209, in tema soggetti che non possono essere considerati terzi e che non hanno diritto ai benefici derivanti dall'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, limitatamente ai danni alle cose.

Soprattutto, è stata la giurisprudenza costituzionale a sottolineare che «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare anche a sommaria indagine costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)» (sentenza n. 237 del 1986); e a ribadire, di recente, che «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico» (sentenza n. 138 del 2010), in questo contesto si colloca la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 6 della legge sulla locazione d'immobili urbani 27 luglio 1978, n. 392 (sentenza n. 404 del 1988), con cui la Corte costituzionale ha posto il convivente *more uxorio* tra i successibili nella locazione, in caso di morte del conduttore, e ha stabilito che il convivente medesimo, affidatario di prole naturale, succede al conduttore che abbia cessato la convivenza.

La qualità di formazione sociale della convivenza *more uxorio* (Cass., Sez. III, 19 giugno 2009, n. 14343) ha consentito a questa Corte di guardare alla stessa come fonte di doveri morali e sociali di ciascun convivente nei confronti dell'altro; con l'effetto, tra l'altro: (a) di escludere il diritto del convivente *more uxorio* di ripetere le eventuali attribuzioni patrimoniali effettuate nel corso delle convivenza (Sez. III, 20 gennaio 1989, n. 285; Sez. II, 13 marzo 2003, n. 3713; Sez. III, 15 maggio 2009, n. 11330); (b) di riconoscere il diritto del convivente al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale per la morte del compagno o della compagna provocata da un terzo (Sez. III, 28 marzo 1994, n. 2988; Sez. III, 16 settembre 2008, n. 23725); (c) di dare rilevanza alla convivenza intrapresa dal coniuge separato o divorziato ai fini dell'assegno di mantenimento o di quello di divorzio (Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24056; Sez. I, 10 agosto 2007, n. 17643; Sez. I, 11 agosto 2011, n. 17195; Sez. I, 12 marzo 2012, n. 3923)».

<sup>3</sup> Cassazione I sez., n. 4184/12:

«Il diritto positivo vigente e la giurisprudenza che su di esso si è formata, del resto, non fanno che riflettere anche «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio», come sottolinea la Corte costituzionale (cfr. la sentenza n. 138 del 2010, n. 6 del Considerato in diritto). Postulato non arbitrario, ma fondato su antichissime e condivise tradizioni - culturali (l'"ordine naturale" esige la diversità di sesso dei nubendi), prima ancora che giuridiche - che il diritto, come in altri innumerevoli casi, nel rispecchiare, ordina.

Ma, già da tempo ed attualmente, la realtà sociale e giuridica europea ed extraeuropea mostra, sul piano sociale, il diffuso fenomeno di persone dello stesso sesso stabilmente conviventi e, sul piano giuridico, sia il riconoscimento a tali

La Corte EDU ha affermato che l'Europa e la Costituzione non impongono al legislatore di estendere il vincolo del matrimonio alle persone dello stesso sesso che, invece, hanno il diritto a uno statuto protettivo, già azionabile, con diritti e doveri delle coppie di fatto.

Gli Stati sono tenuti ad assicurare il diritto al rispetto della vita privata e familiare, garantito dall'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, anche attraverso l'adozione di leggi che assicurino il riconoscimento di diritti a coppie dello stesso sesso che intendono formalizzare la propria unione. Malgrado il margine di apprezzamento concesso agli Stati, non sussiste alcuna necessità di limitare il riconoscimento di diritti e obblighi agli individui che decidono di avere una relazione stabile con persone dello stesso sesso. Il mancato riconoscimento giuridico impedisce, infatti, il godimento del diritto alla vita familiare secondo l'articolo 8.

È, quindi, una violazione degli obblighi positivi derivanti dall'articolo 8 della Convenzione l'assenza di una legislazione che assicuri il riconoscimento di diritti a coppie dello stesso sesso. Gli Stati non sono invece obbligati a riconoscere il diritto al matrimonio<sup>4</sup>.

---

persone, da parte di alcuni Paesi europei (anche membri dell'Unione Europea, come nella specie) ed extraeuropei, del diritto al matrimonio, ovvero del più limitato diritto alla formalizzazione giuridica di tali stabili convivenze e di alcuni diritti a queste connessi, sia - come si vedrà più oltre in dettaglio (cfr., *infra*, nn. 3.3.1. e seguenti) - un'interpretazione profondamente "evolutiva" dell'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

[...]

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la richiamata sentenza 24 giugno 2010 (Prima Sezione, caso Schalk e Kopf contro Austria), ha stabilito due novità.

A) La prima novità attiene appunto alla questione se il diritto al matrimonio, riconosciuto dall'art. 12 della Convenzione, comprenda anche il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso». La risposta della Corte non lascia adito a dubbi: «Visto l'articolo 9 della Carta (...), la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'articolo 12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto. Conseguentemente non si può affermare che l'articolo 12 sia inapplicabile alla doglianza dei ricorrenti. Tuttavia, per come stanno le cose, si lascia decidere alla legislazione nazionale dello Stato contraente se permettere o meno il matrimonio omosessuale

B) La seconda novità attiene alla questione se la relazione di una coppia omosessuale rientri nella nozione di "vita familiare" nell'accezione dell'articolo 8 della Convenzione.

Anche su tale questione la risposta della Corte è chiarissima: «Data quest'evoluzione (sociale e giuridica) la Corte ritiene artificiale sostenere l'opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della "vita familiare" ai fini dell'articolo 8. Conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di "vita familiare", proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione».

[...]

Ed allora, il limitato ma determinante effetto dell'interpretazione della Corte europea sta nell'aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell'istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi e, conseguentemente, nell'aver ritenuto incluso nell'art. 12 della CEDU anche il diritto al matrimonio omosessuale. La Corte europea, in altri termini, sulla base della ricognizione delle differenze, anche profonde, delle legislazioni nazionali in materia, «che spaziano dal permesso dei matrimoni omosessuali al loro esplicito divieto», ha (soltanto) rimosso l'ostacolo - la diversità di sesso dei nubendi appunto - che impediva il riconoscimento del diritto al matrimonio omosessuale, riservando tuttavia la garanzia di tale diritto alle libere opzioni dei Parlamenti nazionali.

[...].

I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se - secondo la legislazione italiana - non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero, tuttavia - a prescindere dall'intervento del legislatore in materia -, quali titolari del diritto alla "vita familiare" e nell'esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di «specifiche situazioni», il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza».

<sup>4</sup> CEDU 21 luglio 2015.

Pertanto è intervenuto il legislatore, che ha profittato dell'occasione offerta dalla necessità di regolare le coppie omogenee, per dare una disciplina giuridica anche alle convivenze di fatto.

L'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76 stabilisce che:

*“1. La presente legge istituisce l'unione civile tra persone dello stesso sesso quale specifica formazione sociale ai sensi degli articoli 2 e 3 della Costituzione e reca la disciplina delle convivenze di fatto.*

In base al comma 2 *“Due persone maggiorenni dello stesso sesso costituiscono un'unione civile mediante dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni”*

Nei commi successivi è dettata la disciplina di costituzione, rapporto e scioglimento, secondo un criterio di sostanziale equiparazione al matrimonio, che però non è stato implementato mercé l'estensione integrale della normativa del vincolo coniugale tradizionale, pur rinviandosi in parte alle relative norme del codice civile ovvero riproducendosene per altre il contenuto nei commi di riferimento. Il risultato è l'adozione di una disciplina frammentata, in alcune parti divergente da quella comune, rispetto alla quale l'interprete, per comprendere l'operatività o il funzionamento di determinati istituti matrimoniali all'interno delle unioni civili, dovrà operare un raffronto continuo con le norme del codice civile, e solo con riguardo a quelle che siano state espressamente richiamate. Dovrà tenersi conto infatti delle ricadute operative della norma adattativa contenuta nel comma 20 che, se da un lato ha chiarito che *“le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole coniuge, coniugi o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi, e nei contratti collettivi, si applicano ad ognuna delle parti dell'unione civile”*, dall'altro ha anche precisato che *“questa previsione non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge”*.

I commi 36 e seguenti disciplinano le convivenze di fatto e i contratti di convivenza che ad esse possono aggiungersi. Gli istituti sono previsti innanzitutto dalle seguenti disposizioni:

*“36. Ai fini delle disposizioni di cui ai commi da 37 a 67 si intendono per «conviventi di fatto» due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da un'unione civile.*

*37. Ferma restando la sussistenza dei presupposti di cui al comma 36, per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'articolo 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'articolo 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223.*

*50. I conviventi di fatto possono disciplinare i rapporti patrimoniali relativi alla loro vita in comune con la sottoscrizione di un contratto di convivenza.*

*51. Il contratto di cui al comma 50, le sue modifiche e la sua risoluzione sono redatti in forma scritta, a pena di nullità, con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato che ne attestano la conformità alle norme imperative e all'ordine pubblico”*.

Mentre per il costituirsi di un matrimonio è indispensabile l'osservanza di una serie di insopprimibili formalità (articoli 93 e seguenti del codice civile) e non diversamente perché sorga una unione civile è necessaria una dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni, e, quindi, comunque, una manifestazione espressa di volontà delle parti per il costituirsi di un nuovo status, per l'accertamento di una convivenza di fatto (che a seguito della nuova legge fa sorgere, indubbiamente, un nuovo status), l'ordinamento prescinde dalla volontà

delle parti alla costituzione dello status medesimo, dando rilievo a dichiarazioni (la dichiarazione all'ufficiale di anagrafe) fatte a tutt'altro scopo. Resta fermo, chiaramente, che la convivenza presuppone un accordo, ma non è richiesta un'ulteriore manifestazione di volontà specificamente diretta a sottoporsi al regime delle convivenze registrate.

Il legislatore ha previsto una doppia disciplina, a geometria variabile. Poiché infatti ai conviventi è attribuita la facoltà di stipulare un contratto di convivenza, per fissare le regole dell'unione, si potrebbero avere convivenze di fatto regolate o meno da un contratto di convivenza.

Nel caso in cui la scelta sia stata quella di non stipulare tale contratto, al loro rapporto si applicherà la disciplina base prevista dai commi da 38 a 49 e 65, mentre i commi da 50 a 64 si applicheranno esclusivamente alle convivenze regolate contrattualmente.

La disciplina base, comune a tutte le convivenze che siano state accertate, prevede:

- l'estensione ai conviventi dei diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario (comma 38);

- l'estensione ai conviventi, in caso di malattia o di ricovero, del diritto di visita, di assistenza nonché di accesso alle informazioni personali, previste per i coniugi e i familiari (comma 39);

- la facoltà per il convivente di designare l'altro quale rappresentante, al fine di assumere decisioni in materia di salute (in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere) e (in caso di morte) di donazione di organi (commi 40 e 41);

- in caso di morte del convivente che sia proprietario della "casa di comune residenza", il convivente superstite ha diritto di continuare ad abitarvi per due anni (tre anni ove coabitino figli minori o disabili del convivente superstite) oppure per un periodo pari alla convivenza se superiore a due anni e comunque non oltre i cinque anni (comma 42);

- il diritto per il convivente di subentrare nel contratto di locazione in caso di morte o recesso del conduttore (comma 44);

- il diritto per il convivente di ottenere l'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, alla stessa stregua di un familiare (comma 45);

- il diritto del convivente a essere nominato curatore, tutore o amministratore di sostegno (comma 48), il diritto al risarcimento del danno al pari del coniuge superstite per il caso di morte del convivente (comma 49);

- in caso di cessazione della convivenza di fatto, il diritto del convivente stabilito dal giudice, di ricevere dall'altro convivente, gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento (comma 65).

Per i conviventi non è stato previsto alcun diritto successorio (a differenza di quanto stabilito per le delle unioni civili). A questi fini i conviventi restano soggetti estranei tra loro né è stata prevista alcuna agevolazione fiscale per le donazioni o i lasciti compiuti l'uno a favore dell'altro.

I conviventi possono decidere di regolare i reciproci rapporti economici con un contratto. Per la sottoscrizione, modifica o risoluzione, è necessaria la forma scritta e l'accordo deve essere predisposto con l'assistenza di un professionista (avvocato o notaio) sotto forma di atto pubblico o di scrittura privata. Il contratto può contenere:

- a) l'indicazione della residenza;

- b) le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo;

- c) il regime patrimoniale della comunione dei beni, peraltro suscettibile di variazione.

La regolamentazione delle convivenze non esclude la rilevanza delle convivenze di mero fatto, ossia non dichiarate all'anagrafe, secondo i principi già fissati dalla giurisprudenza.

## 2.2 Crisi e scioglimento

Per il matrimonio, come noto, sono previsti gli istituti della separazione e del divorzio. La separazione produce un'attenuazione del vincolo matrimoniale e dei correlati diritti e doveri. Il divorzio produce l'estinzione del vincolo matrimoniale, ancorché ne residuino taluni effetti.

Meritano un approfondimento:

- a) le forme concordate giurisdizionali: separazione consensuale (art. 158 c.c. e art. 711 c.p.c.) e divorzio congiunto (art. 4, comma 16 legge 898/70);
- b) le forme concordate non giurisdizionali: negoziazione assistita e accordi dinanzi all'ufficiale di stato civile (rispettivamente art. 6 e art. 12 decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132).

Per le unioni civili non opera l'istituto della separazione. La disciplina dello scioglimento dell'unione è dettata dai seguenti commi dell'art. 1 della legge 20 maggio 2016, n. 76:

*“23. L'unione civile si scioglie altresì nei casi previsti dall'articolo 3, numero 1) e numero 2), lettere a), c), d) ed e), della legge 1° dicembre 1970, n. 898.*

*24. L'unione civile si scioglie, inoltre, quando le parti hanno manifestato anche disgiuntamente la volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale dello stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione.*

*25. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 4, 5, primo comma, e dal quinto all'undicesimo comma, 8, 9, 9-bis, 10, 12-bis, 12-ter, 12-quater, 12-quinquies e 12-sexies della legge 1° dicembre 1970, n. 898, nonché le disposizioni di cui al Titolo II del libro quarto del codice di procedura civile ed agli articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162”.*

In primo luogo il comma 23 non prevede lo scioglimento a seguito di separazione, non essendo richiamato l'articolo 3, numero 2), lettere b) della legge 1° dicembre 1970, n. 898.

In secondo luogo il comma 24 prevede lo scioglimento diretto dell'unione civile su domanda anche disgiunta previa dichiarazione di volontà tre mesi prima all'Ufficiale di Stato Civile.

In terzo luogo il comma 25 richiama le norme del titolo II, libro IV è fatto in quanto compatibili: non sono, dunque, richiamate, perché incompatibili, le disposizioni sulla separazione atteso che, nel caso di unione civile, è prevista la procedura di scioglimento diretto.

Sono invece richiamati il divorzio congiunto, la negoziazione assistita e gli accordi dinanzi all'ufficiale di stato civile.

Naturalmente discorso diverso per i contratti di convivenza e le convivenze di fatto, che non danno luogo a status, ma a semplici rapporti giuridici, a carattere patrimoniale (contratti di convivenza) o anche personale (convivenze di fatto).

Il contratto di convivenza si risolve per:

- a) accordo delle parti;
- b) recesso unilaterale;
- c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona;
- d) morte di uno dei contraenti.

La convivenza cessa a seguito del venir meno di uno dei requisiti costitutivi (legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, dichiarazione anagrafica) o per il sopraggiungere di un vincolo familiare incompatibile (parentela, affinità o adozione, matrimonio, unione civile).

## **2.3 Effetti patrimoniali di fonte legale**

La trattazione deve essere necessariamente sintetica, data la vastità dell'argomento, da declinare con riguardo a ciascuna delle tipologie giuridiche prima definite, essenzialmente con riguardo alle parti (effetti interni), accennando, per matrimonio, unione civile e contratti di convivenza ai terzi (effetti esterni). Letteralmente rientrerebbero nella traccia anche i riflessi patrimoniali della separazione e del divorzio sui figli, ma un'interpretazione sistematica induce a delimitare l'area di interesse all'assegnazione della casa familiare e alla negoziazione dell'assegno di mantenimento, poiché la materia del rapporto genitori-figli appare estranea alla traccia (peraltro, diversamente opinando, la stessa assumerebbe un'ampiezza abnorme).

### **2.3.1 Matrimonio**

#### **a) Separazione**

- Scioglimento della comunione legale;
- Assegno di mantenimento per il coniuge che non abbia adeguati redditi propri, determinato in relazione alle circostanze ed ai redditi dell'obbligato e, comunque, anche in caso di addebito, assegno alimentare in favore del coniuge privo dei mezzi di sussistenza;
- Assegnazione della casa familiare in presenza di figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti;
- Conservazione dei diritti risarcitori da danno parentale, dei diritti successori e pensionistici;
- Risarcimento del danno in ipotesi di responsabilità civile per violazione dei doveri coniugali.

È opportuno soffermarsi sugli aspetti più importanti: assegno di mantenimento al coniuge e casa familiare.

In ordine alla quantificazione dell'assegno di mantenimento a favore del coniuge cui non sia addebitabile la separazione, criterio di riferimento è il tenore di vita del quale i coniugi avevano goduto durante la convivenza, quale situazione condizionante la qualità e la quantità delle esigenze del richiedente. A tal fine il giudice non può limitarsi a considerare soltanto il reddito (sia pure molto elevato) emergente dalla documentazione fiscale prodotta, ma deve tenere conto anche degli altri elementi di ordine economico, o comunque apprezzabili in termini economici, diversi dal reddito dell'onerato, suscettibili di incidere sulle condizioni delle parti, dovendo, in caso di specifica contestazione, effettuare i dovuti approfondimenti rivolti a un pieno accertamento delle risorse economiche dell'onerato.

L'assegnazione della casa familiare, non priva di riflessi economici, anche nella nuova disciplina (art. 337-sexies c.c.) è finalizzata alla tutela dell'interesse della prole a permanere nell'ambiente domestico in cui è cresciuta e non può essere disposta a titolo di componente degli assegni di separazione o divorzio, allo scopo di sopperire alle esigenze economiche del coniuge più debole. Ne consegue che, in difetto di figli, minorenni o maggiorenni non autosufficienti conviventi con i coniugi, sia che la casa familiare sia in comproprietà tra i coniugi, sia che appartenga in via esclusiva a un solo coniuge, il giudice non potrà adottare con la sentenza di separazione un provvedimento di assegnazione. In mancanza di una normativa speciale in tema di separazione, la casa familiare in comproprietà è soggetta, infatti, alle norme sulla comunione. Se l'assegnazione è disposta, di essa dovrà tenersi conto nella regolazione dei rapporti economici tra i coniugi.

#### **b) Divorzio**

- Scioglimento della comunione legale, se non già avvenuto in sede di separazione;
- Assegno di mantenimento per il coniuge che non disponga di adeguati mezzi economici o abbia difficoltà di procurarseli per ragioni oggettive, determinato in relazione alle condizioni



economiche dei coniugi, alle ragioni della decisione di divorziare, al contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, al reddito di entrambi;

- Assegnazione della casa familiare in presenza di figli minorenni o maggiorenni non autosufficienti;
- Estinzione dei diritti successori, salvo il diritto alla pensione di reversibilità (o a una quota se vi è un coniuge superstite), e, se vi è stato di bisogno, assegno alimentare a carico dell'erede determinato in base all'importo complessivo dell'eredità, all'entità del bisogno, all'eventuale pensione di reversibilità, all'importo dell'assegno divorzile percepito in passato, al numero, qualità degli eredi e loro condizioni economiche, alla durata del matrimonio
- Cessazione del fondo patrimoniale;
- Cessazione della partecipazione all'impresa familiare;
- Diritto a una quota del trattamento di fine rapporto spettante all'ex-coniuge.
- Estinzione dei diritti risarcitori da danno parentale.

L'assegnazione della casa familiare è regolata allo stesso modo che nella separazione.

Per quanto riguarda l'assegno di mantenimento, l'orientamento giurisprudenziale che applicava lo stesso criterio visto per la separazione è stato superato, avendo la suprema Corte affermato che il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'articolo 5, comma 6, della legge n. 898 del 1970, come sostituito dall'articolo 10 della legge n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi e dell'ordine progressivo tra le stesse stabilito da tale norma, deve:

A) verificare, nella fase dell'*an debeat*ur – informata al principio della auto-responsabilità economica di ciascun degli ex coniugi quali persone singole, e il cui oggetto è costituito esclusivamente dall'accertamento volto al riconoscimento, o no, del diritto all'assegno di divorzio fatto valere dall'ex coniuge richiedente -, se la domanda di quest'ultima soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di mezzi adeguati, o comunque, impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive), con esclusivo riferimento alla indipendenza o autosufficienza economica dello stesso, desunta dai principali indici – salvo altri, rilevanti nelle singole fattispecie – del possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali e immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), delle capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso e al mercato del lavoro dipendente o autonomo), della stabile disponibilità di una casa di abitazione; ciò, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte dal richiedente medesimo, sul quale incombe il corrispondente onere probatorio, fermo il diritto alla eccezione e alla prova contraria dell'altro ex coniuge;

B) tenere conto, nella fase del *quantum debeat*ur – informata al principio della solidarietà economica dell'ex coniuge obbligato alla prestazione dell'assegno nei confronti dell'altro in quanto persona economicamente più debole (artt. 2 e 23 cost.), il cui oggetto è costituito esclusivamente dalla determinazione dell'assegno, ed alla quale può accedersi soltanto all'esito positivo della prima fase, conclusasi con il riconoscimento del diritto -, di tutti gli elementi indicati dalla norma («... condizioni dei coniugi ... ragioni della decisione ... contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune ... reddito di entrambi») e valutare tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, al fine di determinare in concreto la misura dell'assegno di divorzio. Ciò sulla base

delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova (articolo 2697 del Cc)<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Cassazione I sez., n. 11504/17.

«Il parametro del “tenore di vita” induce inevitabilmente ma inammissibilmente, come già rilevato (cfr., *supra*, sub n. 2.1), una indebita commistione tra le predette due “fasi” del giudizio e tra i relativi accertamenti.

È significativo, al riguardo, quanto affermato dalle Sezioni Unite, sempre nella sentenza n. 11490 del 1990: «(...) lo scopo di evitare rendite parassitarie ed ingiustificate proiezioni patrimoniali di un rapporto personale sciolto può essere raggiunto utilizzando in maniera prudente, in una visione ponderata e globale, tutti i criteri di quantificazione supra descritti, che sono idonei ad evitare siffatte rendite ingiustificate, nonché a responsabilizzare il coniuge che pretende l'assegno, imponendogli di attivarsi per realizzare la propria personalità, nella nuova autonomia di vita, alla stregua di un criterio di dignità sociale (...)».

Le menzionate sentenze delle Sezioni Unite del 1990 si fecero carico della necessità di contemperamento dell'esigenza di superare la concezione patrimonialistica del matrimonio «inteso come “sistemazione definitiva”, perché il divorzio è stato assorbito dal costume sociale» (così la sentenza n. 11490 del 1990) con l'esigenza di non turbare un costume sociale ancora caratterizzato dalla «attuale esistenza di modelli di matrimonio più tradizionali, anche perché sorti in epoca molto anteriore alla riforma», con ciò spiegando la preferenza accordata ad un indirizzo interpretativo che «meno traumaticamente rompe(ss) con la passata tradizione» (così ancora la sentenza n. 11490 del 1990). Questa esigenza, tuttavia, si è molto attenuata nel corso degli anni, essendo ormai generalmente condiviso nel costume sociale il significato del matrimonio come atto di libertà e di autoresponsabilità, nonché come luogo degli affetti e di effettiva comunione di vita, in quanto tale dissolubile (matrimonio che - oggi - è possibile “sciogliere”, previo accordo, con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile, a norma del Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132, articolo 12, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, articolo 1, comma 1).

Ed è coerente con questo approdo sociale e legislativo l'orientamento di questa Corte, secondo cui la formazione di una famiglia di fatto da parte del coniuge beneficiario dell'assegno divorzile è espressione di una scelta esistenziale, libera e consapevole, che si caratterizza per l'assunzione piena del rischio di una eventuale cessazione del rapporto e, quindi, esclude ogni residua solidarietà postmatrimoniale da parte dell'altro coniuge, il quale non può che confidare nell'esonero definitivo da ogni obbligo (cfr. le sentenze nn. 6855 del 2015 e 2466 del 2016). In proposito, un'interpretazione delle norme sull'assegno divorzile che producano l'effetto di procrastinare a tempo indeterminato il momento della recisione degli effetti economico-patrimoniali del vincolo coniugale, può tradursi in un ostacolo alla costituzione di una nuova famiglia successivamente alla disgregazione del primo gruppo familiare, in violazione di un diritto fondamentale dell'individuo (cfr. Cass. n. 6289/2014) che è ricompreso tra quelli riconosciuti dalla Cedu (articolo 12) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (articolo 9). Si deve quindi ritenere che non sia configurabile un interesse giuridicamente rilevante o protetto dell'ex coniuge a conservare il tenore di vita matrimoniale. L'interesse tutelato con l'attribuzione dell'assegno divorzile come detto - non è il riequilibrio delle condizioni economiche degli ex coniugi, ma il raggiungimento della indipendenza economica, in tal senso dovendo intendersi la funzione - esclusivamente - assistenziale dell'assegno divorzile.

Al di là delle diverse opinioni che si possono avere sulla rilevanza ermeneutica dei lavori preparatori della L. n. 74 del 1987, non v'è dubbio che chiara era la volontà del legislatore del 1987 di evitare che il giudizio sulla “adeguatezza dei mezzi” fosse riferito “alle condizioni del soggetto pagante” anziché “alle necessità del soggetto creditore”: ciò costituiva «un profilo sul quale, al di là di quelle che possono essere le convinzioni personali del relatore, qui irrilevanti, si è realizzata la convergenza della Commissione» (cfr. intervento del relatore, sen. N. Lipari, in Assemblea del Senato, 17 febbraio 1987, 561a sed. pom., resoconto stenografico, pag. 23). Nel giudizio *sull'an debeat*, infatti, non possono rientrare valutazioni di tipo comparativo tra le condizioni economiche degli ex coniugi, dovendosi avere riguardo esclusivamente alle condizioni del soggetto richiedente l'assegno successivamente al divorzio.

[...]

Le precedenti osservazioni critiche verso il parametro del “tenore di vita” richiedono, pertanto, l'individuazione di un parametro diverso, che sia coerente con le premesse.

Il Collegio ritiene che un parametro di riferimento siffatto - cui rapportare il giudizio sull'”adeguatezza-inadeguatezza” dei “mezzi” dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio e sulla «possibilità-impossibilità “per ragioni oggettive”» dello stesso di procurarseli - vada individuato nel raggiungimento dell'”indipendenza economica” del richiedente: se è accertato che quest'ultimo è «economicamente indipendente» o è effettivamente in grado di esserlo, non deve essergli riconosciuto il relativo diritto.

Tale parametro ha, innanzitutto, una espressa base normativa: infatti, esso è tratto dal vigente articolo 337-*septies*, primo comma, cod. civ. La legittimità del richiamo di questo parametro - e della sua applicazione alla fattispecie in esame - sta, innanzitutto, nell'*analogia legis* (articolo 12, comma 2, primo periodo, delle disposizioni sulla legge in generale) tra tale disciplina e quella dell'assegno di divorzio, in assenza di uno specifico contenuto normativo della nozione di “adeguatezza dei mezzi”, a norma della L. n. 898 del 1970, articolo 5, comma 6, trattandosi in entrambi i casi, *mutatis mutandis*, di prestazioni economiche regolate nell'ambito del diritto di famiglia e dei relativi rapporti.

[...]

### 2.3.2 Unioni civili

I diritti e i doveri delle parti dell'unione civile sono coincidenti con quelli stabiliti per il matrimonio, vale a dire quelli stabiliti negli articoli 143 e 144 del codice civile, riprodotti ma non richiamati nei commi 11 e 12 della legge. Quindi l'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale, alla coabitazione (ma non alla fedeltà), alla contribuzione ai bisogni comuni, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale e casalingo, nonché alla scelta di comune accordo dell'indirizzo della vita familiare e della residenza comune.

Il regime patrimoniale dell'unione civile, secondo quanto stabilito dal comma 13, è quello della comunione legale dei beni, se il contrario non risulta da apposita convenzione matrimoniale. In tal modo il legislatore, in linea con la scelta di fondo di aver esteso alle unioni civili il regime patrimoniale legale della famiglia fondata sul matrimonio, ha riprodotto il disposto dell'articolo 159 del codice civile.

Coerentemente con tale scelta il legislatore ha richiamato non solo tutta la disciplina della comunione legale (articoli da 177 a 197 del Cc), ma anche l'intero apparato normativo del codice che consente ai coniugi – tramite una convenzione matrimoniale – di conformare secondo le proprie esigenze, il regime patrimoniale della famiglia. Alle unioni civili si applicano, pertanto, le norme sul fondo patrimoniale (articoli 167 e seguenti del codice civile), sulla comunione convenzionale (articoli 210 e seguenti) e sulla separazione dei beni. Si applica altresì la norma sull'impresa familiare.

Ne discende che gli effetti patrimoniali dello scioglimento dell'unione civile sono analoghi a quelli del divorzio.

Con riguardo all'assegnazione della casa familiare, si tratta di un provvedimento ipotizzabile anche per le unioni civili poiché la più recente giurisprudenza ammette la possibilità per le coppie omogenee di acquisire lo status di genitore in virtù di adozione<sup>6</sup> o di procreazione assistita<sup>7</sup>.

---

Ciò premesso, il Collegio ritiene che i principali "indici" - salvo ovviamente altri elementi, che potranno eventualmente rilevare nelle singole fattispecie - per accertare, nella fase di giudizio *sull'an debeat*, la sussistenza, o no, «dell'indipendenza economica» dell'ex coniuge richiedente l'assegno di divorzio - e, quindi, l'adeguatezza», o no, dei "mezzi", nonché la possibilità, o no "per ragioni oggettive", dello stesso di procurarseli possono essere così individuati: 1) il possesso di redditi di qualsiasi specie; 2) il possesso di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari, tenuto conto di tutti gli oneri lato sensu "imposti" e del costo della vita nel luogo di residenza («dimora abituale»: articolo 43 c.c., comma 2) della persona che richiede l'assegno; 3) le capacità e le possibilità effettive di lavoro personale, in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo; 4) la stabile disponibilità di una casa di abitazione».

<sup>6</sup> Cassazione sez. I, n. 12962/16:

«Nell'ambito di un rapporto di convivenza di coppia dello stesso sesso la domanda proposta da uno dei componenti la coppia per l'adozione del figlio minore dell'altro, ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, non determina ex se alcun conflitto di interesse, anche solo potenziale, tra il genitore e il minore stesso.

Poiché all'adozione in casi particolari, prevista dall'articolo 44, comma 1, lett. d), della legge n. 184 del 1983, possono accedere sia le persone singole che le coppie di fatto, l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge sia in astratto, sia in concreto non può essere svolto, neanche indirettamente, dando rilievo all'orientamento sessuale del richiedente e alla conseguente natura della relazione da questo stabilita con il proprio partner. Deriva da quanto precede, pertanto, che in caso di partners dello stesso sesso, il figlio, minore, biologico di uno di questi può essere adottato dall'altro».

<sup>7</sup> Cassazione sez. I, n. 19599/16:

«1. Il giudice italiano, chiamato a valutare la compatibilità con l'ordine pubblico dell'atto di stato civile straniero (nella specie, dell'atto di nascita), i cui effetti si chiede di riconoscere in Italia, a norma della L. n. 218 del 1995, articoli 16, 64 e 65, e Decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 2000, articolo 18, deve verificare non già se l'atto straniero applichi una disciplina della materia conforme o difforme rispetto ad una o più norme interne (seppure imperative o inderogabili), ma se esso contrasti con le esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, desumibili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo.

### 2.3.3 Contratti di convivenza

La risoluzione del contratto di convivenza implica il venir meno *ex nunc* di tutte le regolazioni dei rapporti patrimoniali ivi contemplate.

In particolare, qualora il contratto di convivenza preveda, a norma del comma 53, lettera c), il regime patrimoniale della comunione dei beni, la sua risoluzione determina lo scioglimento della comunione medesima e si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla sezione III del capo VI del titolo VI del libro primo del codice civile. Resta in ogni caso ferma la competenza del notaio per gli atti di trasferimento di diritti reali immobiliari comunque discendenti dal contratto di convivenza.

La risoluzione del contratto di convivenza per accordo delle parti o per recesso unilaterale deve essere redatta a pena di nullità con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata da un notaio o da un avvocato.

Nel caso di recesso unilaterale da un contratto di convivenza il professionista che riceve o che autentica l'atto è tenuto, oltre che agli adempimenti di cui al comma 52, a notificarne copia all'altro contraente all'indirizzo risultante dal contratto. Nel caso in cui la casa familiare sia nella disponibilità esclusiva del recedente, la dichiarazione di recesso, a pena di nullità, deve contenere il termine, non inferiore a novanta giorni, concesso al convivente per lasciare l'abitazione.

---

2. Il riconoscimento e la trascrizione, nei registri dello stato civile italiani, di un atto straniero validamente formato in Spagna, nel quale risulti la nascita di un figlio da due donne - in particolare, da una donna italiana (indicata come «madre B») che ha donato l'ovulo a una donna spagnola (indicata come «madre A») che l'ha partorito, nell'ambito di un progetto genitoriale realizzato dalla coppia, coniugata in quel Paese - non contrastano con l'ordine pubblico per il solo fatto che il legislatore nazionale non preveda o vieti il verificarsi di una simile fattispecie sul territorio italiano, dovendosi avere riguardo al principio, di rilevanza costituzionale primaria, dell'interesse superiore del minore, che si sostanzia nel suo diritto alla continuità dello status filiationis, validamente acquisito all'estero (nella specie, in un altro Paese della Ue).

3. L'atto di nascita straniero (valido, nella specie, sulla base di una legge in vigore in un altro Paese della Ue), da cui risulti la nascita di un figlio da due madri (per avere l'una donato l'ovulo e l'altra partorito), non contrasta di per sé con l'ordine pubblico per il fatto che la tecnica procreativa utilizzata non sia riconosciuta nell'ordinamento italiano dalla legge n. 40 del 2004, la quale rappresenta una delle possibili modalità di attuazione del potere regolatorio attribuito al legislatore ordinario su una materia, pur eticamente sensibile e di rilevanza costituzionale, sulla quale le scelte legislative non sono costituzionalmente obbligate.

4. In tema di procreazione medicalmente assistita, la fattispecie nella quale una donna doni l'ovulo alla propria partner (con la quale, nella specie, è coniugata in Spagna), che partorisca utilizzando un gamete maschile donato da un terzo ignoto, non costituisce una situazione di maternità surrogata o di surrogazione di maternità, ma un'ipotesi di genitorialità realizzata all'interno della coppia, assimilabile alla fecondazione eterologa, dalla quale si distingue per essere il feto legato biologicamente a entrambe le donne registrate come madri in Spagna (per averlo l'una partorito e per avere l'altra trasmesso il patrimonio genetico).

5. La regola secondo cui è madre colei che ha partorito, a norma dell'articolo 269, comma 3, del codice civile, non costituisce un principio fondamentale di rango costituzionale, sicché è riconoscibile in Italia l'atto di nascita straniero dal quale risulti che un bambino, nato da un progetto genitoriale di coppia, è figlio di due madri (una che l'ha partorito e l'altra che ha donato l'ovulo), non essendo opponibile un principio di ordine pubblico desumibile dalla suddetta regola».

Cassazione sez. I, n. 14879/17:

«Non è contraria all'ordine pubblico internazionale la trascrizione, in Italia, di un atto redatto all'estero, a correzione di un precedente atto di nascita, pur esso redatto all'estero, che preveda che il minore sia registrato come figlio oltre che della madre che lo ha partorito (a seguito di fecondazione assistita), come già risultante dall'originario atto di nascita, anche di altra donna, unita in matrimonio con la prima, e di cui assume il cognome, pur non avendo il minore stesso alcun rapporto biologico con quest'ultima.

Il giudice italiano deve esaminare la contrarietà all'ordine pubblico internazionale dell'atto estero, con riferimento ai principi della nostra Costituzione, ma pure alla Dichiarazione ONU dei Diritti dell'Uomo, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ai Trattati Fondativi e alla Carta dei diritti fondamentali della Unione Europea e con riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, alla Dichiarazione ONU dei diritti del Fanciullo, alla Convenzione ONU dei Diritti del Fanciullo, alla Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore».

### **2.3.4 Convivenza di fatto**

Con la cessazione della convivenza si estinguono i diritti spettanti ai conviventi, come il diritto di continuare ad abitare la casa di comune residenza in caso di morte del convivente proprietario o il diritto di subentrare nel contratto di locazione della stessa in caso di morte o recesso del conduttore, nonché il diritto al risarcimento del danno per morte o lesioni del convivente derivante dal fatto illecito di terzi.

Il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente gli alimenti qualora versi in stato di bisogno e non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento. In tali casi, gli alimenti sono assegnati per un periodo proporzionale alla durata della convivenza e nella misura determinata ai sensi dell'articolo 438, secondo comma, del codice civile. Ai fini della determinazione dell'ordine degli obbligati ai sensi dell'articolo 433 del codice civile, l'obbligo alimentare del convivente di cui al presente comma è adempiuto con precedenza sui fratelli e sorelle.

## **2.4 Effetti patrimoniali di fonte convenzionale**

È il punto più qualificante dell'elaborato, poiché l'evoluzione del diritto di famiglia è nel senso di un riconoscimento sempre più ampio all'autonomia privata, in nome dell'incontro tra persona e contratto, che è la direttiva principale del diritto civile contemporaneo, di cui l'esempio più significativo sono i contratti esistenziali.

### **2.4.1 Matrimonio**

#### **a) Separazione**

La possibilità per i coniugi di disciplinare tramite atti di autonomia contrattuale gli aspetti patrimoniali e personali della vita coniugale – e, in particolare, i profili della crisi della famiglia – costituisce ormai un dato acquisito sia in dottrina, sia nella giurisprudenza.

Anche se nel nostro ordinamento non si rinviene alcuna disposizione positiva che espressamente attribuisce ai coniugi la facoltà di stipulare accordi, nella fase della cosiddetta crisi coniugale, alcune norme forniscono supporto alla tesi dell'ammissibilità di tali negozi: ad esempio, con riguardo alla separazione consensuale, l'art. 711, comma 3 c.p.c. prevede che nel processo verbale deve darsi atto delle “*condizioni riguardanti i coniugi stessi e la prole*” e il comma 5 della medesima disposizione menziona espressamente “*le condizioni della separazione*”.

La lettura delle predette disposizioni alla luce della giurisprudenza della Suprema Corte secondo la quale ciascun coniuge ha il diritto di condizionare il proprio assenso alla separazione a un soddisfacente assetto dei rapporti patrimoniali (Cass. 5.7.1984, n. 3940; Cass. 15.3.1991, n. 2788; Cass. 24.2.1993, n. 2270; Cass. 22.1.1994, n. 657) porta ad attribuire al complemento di specificazione contenuto nell'art. 711, comma 5 c.p.c. – condizioni «della separazione» – un valore non soltanto soggettivo, bensì anche oggettivo: così, «condizioni della separazione» non sono soltanto quelle regole di condotta destinate a scandire il ritmo delle reciproche relazioni per il periodo successivo alla separazione (o al divorzio), ma anche tutte quelle pattuizioni alla cui conclusione i coniugi intendono comunque ancorare la loro disponibilità per una definizione consensuale della crisi coniugale; e tra queste ultime non può non rientrare l'assetto, il più possibile definitivo, dei propri rapporti economici, con la liquidazione di tutte le pendenze ancora eventualmente in atto (anche Cass. 14.3.2006, n. 5473, evidenzia lo spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di separazione consensuale, aggiungendo che il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto).

In realtà, l'ammissibilità delle pattuizioni tra i coniugi in crisi trova il suo principale fondamento nella generale affermazione del principio di autonomia privata, piuttosto che in un preciso dato legislativo. Il richiamo all'autonomia privata (e alle sue regole) nel campo dei rapporti patrimoniali tra i coniugi in crisi si rinviene sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza di legittimità, la quale, in plurime decisioni (Cass. 25.10.1972, n. 3299; Cass. 5.7.1984, n. 3940; Cass. 15.5.1997).

L'accordo sulle condizioni della separazione comprende tutte quelle pattuizioni volte alla regolamentazione del nuovo stato di vita separata, cui si aggiungono le eventuali pattuizioni che trovano occasione nella separazione stessa, ma non hanno causa in questa, in quanto non sono direttamente collegate ai diritti e agli obblighi che derivano dal perdurante matrimonio. Le clausole dell'accordo di separazione che, nel quadro della complessiva regolamentazione dei rapporti fra i coniugi, prevedano il trasferimento di beni immobili, ovvero la costituzione di diritti reali minori, tra cui il diritto di abitazione, presentano una loro propria individualità, quali espressioni di libera autonomia contrattuale delle parti interessate, dando vita, nella sostanza, a veri e propri contratti atipici, con particolari presupposti e finalità, non riconducibili né al paradigma delle convenzioni matrimoniali né a quello della donazione, ma diretti comunque a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c.<sup>8</sup>.

Scartata la tesi della causa *solutionis* (per difetto di una preventiva predeterminazione quantitativa dell'obbligazione che il trasferimento andrebbe, in tutto o in parte, ad estinguere), nonché della causa *transactionis* (per la mancanza di un *aliquid datum* contrapposto ad un *aliquid retentum* ed inoltre per l'indisponibilità dei diritti in gioco, attinenti alle prestazioni di cui agli articoli 30 Cost., 147 e 148 cod. civ.), la dottrina prevalente riconosce nel negozio in esame un contratto con causa atipica.

Non manca, poi, dottrina che rinviene nei negozi traslativi in sede di separazione/divorzio una causa tipica: se si tiene conto del carattere di «negoziato globale» che la coppia in crisi attribuisce al momento della «liquidazione» del rapporto coniugale, di fronte alla necessità di valutare gli infiniti e complessi rapporti di dare-avere che la convivenza protratta per anni genera, si può riconoscere un vero e proprio «contratto di definizione della crisi coniugale» (o, più esattamente, dei suoi aspetti patrimoniali), un negozio tale da abbracciare ogni forma di costituzione e di trasferimento di diritti patrimoniali compiuti, con o senza controprestazione, in occasione della crisi coniugale.

In assenza di prole minorenni l'esame dell'autorità giudiziaria in sede di omologazione non riguarda la rispondenza delle pattuizioni all'interesse dei figli, ma si estende comunque alla verifica di legalità del negozio e, cioè, della sua non contrarietà ai principi di ordine pubblico e buon costume o alle norme imperative dell'ordinamento. Poiché, dunque, l'intero accordo di separazione costituisce oggetto del controllo giudiziale, in presenza di pattuizioni nulle (perché contrastanti coi principi di ordine pubblico e buon costume o con norme inderogabili) il giudice deve rifiutare in toto l'omologazione, indipendentemente dalla eventuale (e successiva) verifica della conformità delle pattuizioni agli interessi della prole.

L'ammissibilità dei contratti di definizione della crisi familiari, in particolare dei patti di trasferimento familiare, è stata rafforzata dall'entrata in vigore dell'art. 2645-ter c.c., che richiama

---

<sup>8</sup> Cassazione sez. I, n. 8516/06, che richiama Cassazione n. 11342/04, relativo al caso di un padre che aveva promesso di trasferire un immobile a favore della figlia, a titolo di contributo una tantum per il mantenimento di quest'ultima, a fronte dell'impegno della madre di consentire più frequenti visite del padre alla figlia, trattandosi di pattuizione che dà vita ad un contratto atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 c.c.

espressamente il secondo comma dell'art. 1322 c.c., riconoscendo in termini generali gli atti di destinazione patrimoniale – ed in particolare i trasferimenti immobiliari - che abbiano come scopo pratico il perseguimento di interessi meritevoli.

Con la trascrizione nei registri immobiliari ex articolo 2645-ter del Cc dell'accordo di separazione con cui un coniuge trasferisce all'altro beni immobili con vincolo di destinazione in favore dei figli fino al raggiungimento dell'autonomia economica, il vincolo risulta opponibile *erga omnes*, offrendo così ai minori una significativa tutela, sia con riguardo ai frutti dei beni (da destinare al mantenimento), sia con riguardo all'inalienabilità. Mentre l'impignorabilità per debiti contratti per scopi estranei o differenti rispetto a quelli individuati nell'atto di destinazione dei beni (e dei relativi frutti) conferiti ai sensi del nuovo articolo 2645-ter del codice civile appare assoluta, l'articolo 170 dello stesso codice assoggetta a esecuzione i beni del fondo patrimoniale anche per debiti contratti per scopi estranei ai bisogni della famiglia, a condizione che il creditore non sia a conoscenza di tale ultima circostanza.

Un'alternativa cui i coniugi potrebbero ricorrere in casi simili è il trust.

I patti di trasferimento immobiliare sono possibili anche in sede di negoziazione assistita, contemplata dall'art. 6, decreto legge n. 132/2014 convertito nella legge 162/2014:

*“1. La convenzione di negoziazione assistita da almeno un avvocato per parte può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.*

*2. In mancanza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 10414, ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita è trasmesso al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente il quale, quando non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il nullaosta per gli adempimenti ai sensi del comma 3. In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l'accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l'accordo risponde all'interesse dei figli, lo autorizza. Quando ritiene che l'accordo non risponde all'interesse dei figli, il procuratore della Repubblica lo trasmette, entro cinque giorni, al presidente del tribunale, che fissa, entro i successivi trenta giorni, la comparizione delle parti e provvede senza ritardo. All'accordo autorizzato si applica il comma 3.*

*3. L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Nell'accordo si dà atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori. L'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5”.*

Non così invece per gli accordi di separazione conclusi dinanzi all'ufficiale di stato civile, poiché il successivo art. 12 prevede che:

*“1. I coniugi possono concludere, innanzi al sindaco, quale ufficiale dello stato civile a norma dell'articolo 1 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui e' iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 1° dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.*

*2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero economicamente non autosufficienti.*

*3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente, con l'assistenza facoltativa di un avvocato, la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Nei soli casi di separazione personale, ovvero di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio secondo condizioni concordate, l'ufficiale dello stato civile, quando riceve le dichiarazioni dei coniugi, li invita a comparire di fronte a se' non prima di trenta giorni dalla ricezione per la conferma dell'accordo anche ai fini degli adempimenti di cui al comma 5. La mancata comparizione equivale a mancata conferma dell'accordo”.*

Il Consiglio di Stato, peraltro, ha inteso il divieto del comma 2 in senso restrittivo, affermando che l'espressione “patti di trasferimento patrimoniale” presente nell'articolo 12 del decreto legge n. 132 del 2014 si riferisce, letteralmente, ai soli accordi traslativi della proprietà (o di altri diritti) con i quali i coniugi decidono, mediante il cosiddetto assegno “una tantum”, di regolare l'assetto dei propri rapporti economici una volta per tutte e di trasferire la proprietà o la titolarità di altri diritti sui beni da uno all'altro, anziché prevedere la corresponsione di un assegno periodico. La disposizione concerne propriamente, quindi, i contratti con effetti reali che, ai sensi dell'articolo 1376 del Cc, hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, nei quali la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato. Il divieto legislativo, riferendosi al trasferimento e non a tutte le modifiche del patrimonio, proibisce tutti i patti ad effetti reali, che i coniugi non possono inserire tra le condizioni economiche connesse alla separazione personale o al divorzio<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Cons. Stato sez. III, n. 4478/16:

«9.1 Non è questa la ratio della nuova normativa, che ha invece consentito ai coniugi, nell'ottica della «degiurisdizionalizzazione» fortemente perseguita dal legislatore, di addivenire alla separazione personale o allo scioglimento (o alla cessazione degli effetti civili) del matrimonio anche regolando i rapporti economici tra di loro o di modificare le condizioni di tali rapporti già raggiunte davanti al Tribunale con una procedura semplificata avanti all'ufficiale dello stato civile, senza la necessaria assistenza tecnico-legale dei difensori.



#### b) Divorzio.

L'art. 4, comma 16 legge 898/70 stabilisce che: *“La domanda congiunta dei coniugi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio che indichi anche compiutamente le condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, è proposta con ricorso al tribunale in camera di consiglio. Il tribunale, sentiti i coniugi, verificata l'esistenza dei presupposti di legge e valutata la rispondenza delle condizioni all'interesse dei figli, decide con sentenza. Qualora il tribunale ravvisi che le condizioni relative ai figli sono in contrasto con gli interessi degli stessi, si applica la procedura di cui al comma 8”*.

Per il divorzio congiunto si possono ripetere integralmente le considerazioni svolte con riferimento alla separazione consensuale. Anzi, è proprio in sede di divorzio che viene esplicitamente previsto un accordo volto a ricomprendere la regolazione completa dei rapporti economici. L'unica differenza di rilievo potrebbe riguardare proprio la previsione dell'assegno di mantenimento, che nel divorzio è oramai sganciato dal criterio del tenore di vita, e di ciò non può non tenerne conto il giudice nel valutare la meritevolezza e la liceità dell'accordo economico.

Al divorzio si applicano anche i già visti articoli 6 e 12 del decreto legge n. 132/2014 convertito nella legge n. 162/2014.

#### **2.4.2 Unioni civili**

Poiché alle unioni civili si applica la normativa sul divorzio, vuoi se ottenuto in sede giudiziale, vuoi se ottenuto in sede extragiudiziale, la disciplina è la stessa.

È dunque possibile che le parti di un'unione civile regolino i rapporti economici in sede di scioglimento congiunto dinanzi al tribunale, oppure in sede di negoziazione assistita, ovvero dinanzi all'ufficiale di stato civile.

---

9.2. Ritiene il Collegio, in accordo con la dottrina maggioritaria, che sia preferibile la tesi restrittiva del divieto qui in esame, come ha correttamente ritenuto la circolare n. 6/2015 qui controversa, poiché, diversamente e irragionevolmente contra tenorem rationis, l'operatività dell'istituto sarebbe limitata ai soli accordi che, in sostanza, modificano lo status dei coniugi, con esclusione di ogni pattuizione economica.

9.3. Il divieto dei «patti di trasferimento immobiliare», invece, mira esclusivamente ad evitare che con gli accordi stipulati in seno a tale procedura, anche per i limitati poteri di verifica che l'ufficiale di stato civile può esercitare nell'ambito delle proprie competenze, possano realizzarsi una volta per tutte trasferimenti di beni (o di altri diritti) che, per la loro particolare rilevanza socio-economica, incidono irreversibilmente sul patrimonio dei coniugi e, in quanto tali, richiedono un controllo non solo formale – si pensi alle verifiche notarili o agli obblighi fiscali connessi alle compravendite di beni immobili – ma anche sostanziale sulla 'equità' di tali condizioni, inteso a scongiurare una definitiva compromissione economica del coniuge più debole.

[...]

10.3. La valorizzazione dell'autonomia privata anche nella fase della crisi matrimoniale, che ispira entrambi gli istituti della negoziazione assistita (art. 6) e degli accordi avanti all'ufficiale dello stato civile (art. 12), ha reso eventuale e non più necessaria la tutela giurisdizionale costitutiva in materia di status, tradizionale caposaldo della materia, nei limiti ovviamente fissati dallo stesso d.l. n. 132 del 2014 (e dalle modifiche introdotte in sede di conversione).

10.4. Ma l'autonomia privata e il libero consenso dei coniugi rimangono pur sempre il fondamento e il presupposto di tale eventualità e, in assenza di accordo, il coniuge “più debole” non solo può rivolgersi ad un legale, per esperire tale procedura a condizioni eque o tentare la negoziazione assistita, ma mantiene inalterato, pena la violazione degli artt. 2, 3, 24, 29 e 111 Cost., il diritto potestativo di ottenere in via giurisdizionale la separazione o il divorzio, tramite la “tradizionale” tutela costitutiva, alle condizioni ritenute legittime ed equilibrate dal Tribunale.

10.5. Proprio la natura convenzionale di tale accordo, che il coniuge può liberamente rifiutare, scongiura il rischio di una deminutio tutelae o, addirittura, di una denegatio tutelae del coniuge ritenuto “più debole”, il quale non solo potrà invocare l'assistenza di un legale per concludere a condizioni accettabili la procedura semplificata, non solo potrà scegliere l'ulteriore strumento della negoziazione assistita, pure prevista in questa delicata materia per una finalità deflattiva del contenzioso (art. 6 dello stesso d.l. n. 132 del 2014) senza percorrere la via giurisdizionale, ma potrà immancabilmente, infine, adire il Tribunale».

### **2.4.3 Contratti di convivenza**

Non vi è ragione di escludere la possibilità di regolare in via pattizia gli effetti della risoluzione del contratto di convivenza, nei limiti ricavabili dalla legge. Così, ad esempio, sarebbe valida la clausola che disponesse la prosecuzione del regime patrimoniale tra i conviventi, la quale avrebbe il significato di determinare la novazione o la modificazione del contratto (a seconda che le parti intendano estinguere o meno il precedente rapporto).

### **2.4.4 Convivenze di fatto**

I conviventi non possono derogare alla disciplina legale della cessazione della convivenza, che ha natura imperativa, ma possono determinare pattiziamente l'assegno di mantenimento.

## **3. Conclusioni**

Traccia di difficoltà media, che richiedeva buone capacità di organizzazione del materiale normativo, dottrinale e giurisprudenziale.

Dal punto di vista degli allievi, il terreno era spianato dalla lezione tenuta il giorno prima, che, oltre a soffermarsi su singoli punti rilevanti del tema (assegno di mantenimento, assegnazione della casa familiare, accordi giudiziali sulla separazione, negoziazione assistita e accordi dinanzi all'ufficiale di stato civile sulla separazione e sul divorzio), aveva inquadrato nel sistema il problema della crisi e dei fallimenti coniugali.

Importante anche la trattazione nel corso intensivo delle unioni civili e delle convivenze, delineando l'articolazione in più livelli dei legami di coppia, sullo sfondo della teoria dei giochi.

## **DIRITTO AMMINISTRATIVO**

*“Premesso un breve disegno sistematico sul regime giuridico dei beni pubblici, tratti il candidato, in particolare, dei beni patrimoniali indisponibili con specifico riguardo al momento dell'acquisto e della perdita del carattere d'indisponibilità”.*

### **1. Problema conoscitivo**

Il tema è stile anni 50', ossia istituzionale. La traccia verte sui beni pubblici, con particolare riferimento alla tipologia intermedia, e ai riflessi sulla sua qualificazione delle vicende soggettive e oggettive che ne caratterizzano lo sfruttamento da parte della pubblica amministrazione. Vengono in rilievo quattro aree tematiche dell'organizzazione amministrativa:

- La teoria dei beni pubblici alla luce dell'evoluzione del sistema amministrativo;
- I beni patrimoniali indisponibili come riflesso dell'indisponibilità dell'interesse pubblico;
- Tecniche di ingresso e di uscita dalla categoria;
- I fenomeni di privatizzazione degli enti pubblici e liberalizzazione dei servizi pubblici.

Dal punto di vista strutturale la traccia segue lo schema generale/speciale/particolare, articolandosi testualmente in tre parti, corrispondenti alla concezione tradizionale del bene pubblico, su cui si inserisce una quarta, relativa all'incidenza delle recenti trasformazioni della pubblica amministrazione. L'ordine logico di trattazione doveva essere il seguente:

1. Nozione, classificazioni, inquadramento e regime giuridico dei beni pubblici.
2. I beni patrimoniali indisponibili.
3. L'acquisto e la perdita del carattere d'indisponibilità.
4. Privatizzazioni dei beni e degli enti pubblici e liberalizzazione dei servizi pubblici.

## 2. Svolgimento

### 2.1 Nozione, classificazioni, inquadramento e regime giuridico dei beni pubblici

Punto di partenza dell'indagine è la teoria dei beni.

Alle origini dell'elaborazione dogmatica la nozione di bene giuridico risentiva della concezione individualistica della proprietà come regola di ripartizione delle risorse fisiche tra i consociati, che il diritto assegna sulla base delle libere contrattazioni o di eventi naturali. Da qui il postulato secondo cui sono beni le cose che esistono in misura tale da non poter soddisfare tutti gli uomini. Tale idea non deriva dall'esperienza (che evidenzia cose illimitatamente disponibili che possono formare oggetto di diritti se ne siano note le tecniche di apprensione), ma da una scelta politica: è l'attività umana che attribuisce alla cosa l'attitudine a formare oggetto di diritti. Corollario di questa teoria è che i beni sono le porzioni della realtà materiale suscettibili di assumere una funzione economica.

La critica a questa impostazione è giunta dalle dottrine normativistiche, le quali hanno evidenziato come l'attività individuale sia giuridicamente rilevante nei limiti e per le ragioni riconosciute dall'ordinamento, sicché la connotazione delle cose come bene dipende dalla qualificazione giuridica delle situazioni di cui forma oggetto, che non può essere ricondotta al mero riconoscimento del potere del singolo di soddisfare i propri bisogni: il contenuto delle posizioni giuridiche non consiste mai in un interesse assolutamente egoistico perché è subordinato al giudizio selettivo e tipizzante dell'ordinamento.

La dialettica sviluppata nel diritto privato si è riflessa nel diritto pubblico.

Secondo un primo indirizzo, che accoglie il criterio soggettivo, è pubblico ogni bene che appartiene ad un ente pubblico.

All'opposto, i fautori di una concezione oggettiva definiscono pubblico soltanto il bene che realizza un interesse della collettività, indipendentemente dalla sua appartenenza ad un soggetto pubblico o ad un privato.

Entrambe le tesi sono insufficienti: da un lato, perché gli enti pubblici non possiedono soltanto beni pubblici, ma anche beni soggetti al comune regime privatistico (si tratta dei beni del patrimonio disponibile), dall'altro, perché anche beni privati possono realizzare interessi pubblici (la funzione sociale della proprietà privata è riconosciuta dall'art. 42, comma 2 Cost). Si è quindi affermato un criterio misto, in base al quale un bene è pubblico se appartiene ad un ente pubblico ed è destinato a soddisfare un interesse pubblico, ancorché parte della dottrina preferisca un criterio giuridico-formale, per cui un bene è pubblico o privato a seconda che sia assoggettato ad una disciplina pubblicistica o privatistica.

Muovendo dal piano teorico al diritto positivo, l'art. 810 c.c. stabilisce che "*Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti*". Si tratta di una definizione che combina l'elemento materiale e l'elemento normativo, configurando il bene giuridico entità materiali rappresentative di interessi – individuali o collettivi – giuridicamente protetti. La validità della nozione è stata confermata a seguito di una lettura dell'art. 810 c.c. adeguata al sistema costituzionale, che da un lato pone al centro della tutela la persona, dall'altro allarga il novero delle situazioni soggettive

suscettibili di rilevanza giuridica, nell'ottica di una nozione più ampia del concetto di bene giuridico, che tenga conto della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c. (ingiustizia del danno). La dicotomia tra bene giuridico come oggetto di un valore e come oggetto di un diritto risulta sterilizzata dal principio di atipicità e dalla valenza teleologica dell'interesse protetto.

In conclusione, la qualificazione di determinate cose come beni pubblici o privati dipende dalla attitudine a realizzare funzioni pubbliche o situazioni soggettive meritevoli: le cose sono beni perché vengono assunti dall'ordinamento come punti di riferimento oggettivo di vari interessi, selezionati e tipizzati dall'ordinamento stesso. La teoria tradizionale si palesa inadeguata a spiegare la pubblicità di un bene, che per definizione non risponde allo schema egoistico della proprietà privata.

Il codice civile si occupa dei beni appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici negli articoli 822-830, contenuti nel secondo capo del terzo libro, dedicato alla proprietà, in coerenza con il disposto dell'art. 42, comma 1 Cost. (*“La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati”*).

In esso vengono individuate tre categorie di beni pubblici: i beni demaniali, i beni patrimoniali indisponibili ed i beni patrimoniali disponibili.

L'art. 822 individua i beni demaniali, distinguendo un demanio necessario, composto dai beni indicati nel primo comma, che appartengono necessariamente ed esclusivamente allo Stato o ad un altro ente pubblico territoriale, ed un demanio eventuale, composto dai beni indicati nel secondo comma, che possono appartenere a chiunque ma sono demaniali se appartengono allo Stato o ad un altro ente pubblico territoriale; pertanto, vi sono beni che devono essere demaniali (e sono quelli del demanio necessario) e beni che possono essere demaniali (e sono quelli del demanio eventuale).

I beni demaniali si suddividono, inoltre, in beni naturali, cioè beni che esistono in natura (quali, ad esempio, tutti i beni appartenenti al demanio necessario, tranne quelli del demanio militare), e artificiali, se non esistono in natura ma vengono costruiti dall'uomo, come i beni del demanio incidentale (strade, acquedotti e così via).

La tecnica utilizzata dal legislatore per individuare i beni demaniali è quella dell'elencazione, ritenuta tassativa, anche se la giurisprudenza vi include i beni sostanzialmente assimilabili a quelli definiti demaniali in senso stretto. La ragione di tale tassatività è esplicitata nella relazione del Guardasigilli al libro della proprietà e deriva dalla necessità di non adoperare criteri fissi e generali, dato che la determinazione dei beni demaniali dipende da quella dei compiti che la P.A. si riserva in un dato momento e dal rapporto necessario che si instaura tra quei compiti e questi beni, pertanto, risulta logico che la loro determinazione sia essenzialmente storica e di ordine positivo.

L'articolo 826 c.c. identifica al secondo e al terzo comma la seconda specie di beni pubblici, cioè quella dei beni patrimoniali indisponibili: *“Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico, e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra. Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato, o, rispettivamente, delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a pubblico servizio”*.

Il concetto di patrimonio indisponibile origina nella contabilità pubblica, dove compare sin dal regolamento di contabilità del 1885 e poi in quello del 1924.

La sua trasposizione nell'ordinamento sostanziale ha la finalità di creare una categoria aperta, tale da comprendere gli edifici destinati a sede di uffici pubblici e in genere tutti i beni destinati a pubblici servizi e non demaniali.

I beni patrimoniali indisponibili, a differenza dei beni demaniali, possono appartenere a qualunque ente pubblico e non solo a quelli territoriali, e, inoltre, possono essere anche beni mobili. Tuttavia, anch'essi sono individuati in base ad un elenco, come avviene per i beni demaniali; l'elenco dei beni demaniali è ritenuto tassativo, mentre quello dei beni patrimoniali indisponibili non viene considerato altrettanto tassativo, dal momento che la formulazione dell'ultimo comma dell'art. 826 si palesa più generale, individuando una categoria piuttosto che singoli e specifici beni.

L'ultima specie di beni pubblici, rappresentata da quelli del patrimonio disponibile, viene individuata in via residuale, anzi la sua esistenza si evince *a contrario* dalla disposizione del primo comma dell'art. 826 c.c., a norma della quale: *“I beni appartenenti allo Stato, alle province e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato e, rispettivamente, delle province e dei comuni”*. Qui il legislatore non opera alcuna distinzione tra patrimonio disponibile e indisponibile, ma nei commi successivi elenca i beni del patrimonio indisponibile, pertanto si ritiene che la categoria dei beni del patrimonio disponibile includa in generale tutti i beni esclusi dall'elenco di quelli demaniali e patrimoniali indisponibili, se appartengono allo Stato e agli altri enti pubblici anche non territoriali.

I beni demaniali sono caratterizzati da un regime di diritto pubblico. Ai sensi dell'art. 823 c.c. *“I beni che fanno parte del demanio pubblico, sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice”*.

Essi sono innanzitutto inalienabili, di conseguenza ogni atto di trasferimento è radicalmente nullo. La regola citata non è tuttavia assoluta, ma subisce un'eccezione di rilievo ad opera dell'art. 53, comma 2 d.lgs. 42/2004: *“I beni del demanio culturale non possono essere alienati, né formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi previsti dal presente codice”*.

Problema diverso dall'alienabilità è quello dell'ammissibilità del trasferimento di tali beni dal demanio di un ente pubblico territoriale a quello di un altro, che viene risolto dalla giurisprudenza in senso positivo, purché la loro appartenenza al primo non abbia carattere di stretta necessità e il trasferimento non pregiudichi il carattere stesso di demanialità.

I beni demaniali non possono essere acquistati da privati neppure per usucapione, come si evince dal combinato disposto dell'art. 823 c.c. e dell'art. 1145 c.c. (*“Il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto”*).

Il diritto di proprietà dell'ente territoriale su tali beni è imprescrittibile, a sottolineare la necessità che essi appartengano e continuino ad appartenere alla mano pubblica, e non sono suscettibili né di espropriazione forzata per gli eventuali debiti contratti dall'ente, né di espropriazione per pubblica utilità, come è rimarcato dall'art. 4 del D.P.R. 327/2001 (*“I beni appartenenti al demanio pubblico non possono essere espropriati fino a quando non ne viene pronunciata la sdemanializzazione”*).

Con riguardo, poi, alla problematica del momento di acquisto della demanialità, che implica l'assoggettamento al regime differenziato sopra descritto, è opportuno distinguere tra beni demaniali per natura, beni del demanio artificiale necessario e beni del demanio artificiale eventuale.

Per i primi, l'acquisto della demanialità coincide con la loro venuta ad esistenza e, quindi, è legato non ad un atto della P.A., bensì ad un fatto giuridico naturale; lo stesso vale per i beni del demanio artificiale necessario, cioè anche per essi l'acquisto della demanialità è collegato ad un fatto giuridico, consistente, però, nella loro costruzione per legge ad opera dell'uomo.

All'opposto, i beni del demanio artificiale eventuale acquistano la relativa caratteristica in virtù di un atto di acquisto da parte dell'ente territoriale e di un suo successivo atto di destinazione (ad esempio, l'acquisto di una strada da parte del comune e la sua destinazione al traffico pubblico).

Quanto enunciato per l'acquisto della demanialità va poi ribadito con riguardo alla perdita della stessa. Pertanto, i beni demaniali per natura cessano dalla relativa qualifica quando vengono meno (ad esempio, un fiume cessa di appartenere al demanio idrico se si prosciuga), i beni del demanio necessario artificiale quando perdono la destinazione pubblica, e, quindi, vengono sdemanializzati con un atto di declassificazione, mentre per i beni del demanio artificiale accidentale occorre un atto di sottrazione della cosa al pubblico servizio.

Per quel che concerne in particolare il decreto di sdemanializzazione, si deve precisare che esso è disciplinato principalmente dall'art. 829 c.c., che ne descrive la natura dichiarativa e l'effetto di far transitare il bene che ne è oggetto dalla categoria del demanio a quella del patrimonio disponibile. La giurisprudenza si è, inoltre, interrogata sulla possibilità di una sdemanializzazione tacita o per comportamento concludente, e vi ha dato risposta positiva, statuendo che essa si verifica in caso di cessazione dell'uso di un bene demaniale da parte dell'ente territoriale per la perdita oggettiva dei suoi connotati pubblicistici o per avvenuto venir meno dell'effettiva destinazione all'uso pubblico, accertabili alla stregua di parametri esteriori certi ed inequivocabili, sempre che risulti in base ad indici altrettanto certi la volontà dell'ente di rinunciare al ripristino dei due elementi caratteristici della demanialità.

All'opposto dei beni demaniali, i beni del patrimonio disponibile hanno un regime privatistico, salvo deroghe suggerite dalla loro natura pubblica: stabilisce l'art. 828 comma 1: "*I beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle province e dei comuni sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice*".

Pertanto tali beni sono suscettibili di esecuzione forzata, di espropriazione per pubblica utilità e di acquisto per usucapione ad opera di terzi, mentre ad essi non è applicabile l'istituto della concessione amministrativa non può essere applicato ai beni patrimoniali disponibili, occorrendo utilizzare per il trasferimento della gestione ai privati un contratto di diritto privato, quale, ad esempio, la locazione. Derogatoria è, invece, la disciplina dell'alienazione, che deve comunque rispettare le forme del diritto pubblico, e, pertanto, le regole dell'evidenza pubblica, sancita dal codice dei contratti pubblici.

La riferita classificazione e il connesso regime giuridico sono il frutto dell'impostazione giuridico-formale del codice civile.

L'evoluzione del sistema amministrativo, in applicazione dei nuovi principi costituzionali (buon andamento in senso economico e sussidiarietà orizzontale) e dell'imperativo categorico di risanamento della finanza pubblica (pure costituzionalizzato: art. 97, comma 1), impongono una revisione o, quantomeno, un'integrazione di tali concetti.

Esemplificativa di questa rilettura è una pronuncia della suprema Corte in ordine all'appartenenza al demanio marittimo delle valli da pesca site nella laguna Nord di Venezia<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Cass. sez. un., n. 3811 del 2011.

La Corte, dopo aver ricostruito il sistema dei beni pubblici nel codice civile, considera i referenti costituzionali, ricavando dagli artt. 2, 9 e 42 Cost. il principio della tutela della personalità umana e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del paesaggio, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti il demanio e il patrimonio oggetto della proprietà dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività<sup>11</sup>.

Su tali premesse la Corte sviluppa la sua rivisitazione del tema dei beni pubblici, andando oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica, coerentemente con l'evoluzione dallo Stato persona allo Stato comunità e, dunque, considerando la funzione di soddisfacimento dell'interesse generale cui il bene pubblico è rivolto<sup>12</sup>. A sostegno di tale ricostruzione si evidenziano istituti, già noti al codice civile, in cui il profilo funzionale appare prevalere su quello strutturale, come le servitù pubbliche e i diritti di uso pubblico<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> «L'art. 9 Cost., in particolare, prevede infatti che la Repubblica tutela "il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione", con una affermazione, contenuta nell'ambito dei principi fondamentali, che negli ultimi anni ha costituito fondamento per una ricca legislazione in tema di beni culturali (il richiamo va, in particolare, al d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, poi abrogato, a decorrere dal 1 maggio 2004, dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che contiene il codice dei beni culturali e del paesaggio, il cui art. 10 prevede una definizione dei beni culturali). A sua volta l'art. 42 Cost., pur essendo centrato prevalentemente sulla proprietà privata, esordisce sulla significativa affermazione secondo cui la proprietà "è pubblica o privata", il che costituisce un implicito riconoscimento di una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà. Più di recente, ancora, la riforma attuata con la Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato il titolo V della parte seconda della Costituzione, ha ricondotto alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (art. 117, comma 2), mentre ha stabilito la competenza concorrente dello Stato e delle Regioni per ciò che riguarda la valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 117, comma 3); l'art. 118 Cost., comma 3, inoltre, dispone che la legge statale disciplina "forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali"».

<sup>12</sup> «Ciò comporta che, in relazione al tema in esame, più che allo Stato - apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, "comune" vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini».

<sup>13</sup> «Del resto, già da tempo, la dottrina ma anche la stessa giurisprudenza hanno fatto proprio l'idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività, sino ad ipotizzare casi di gestione patrimoniale dei beni pubblici (come la loro alienazione e cartolarizzazione). In proposito vale la pena ricordare che già il codice prevede espressamente, all'art. 825, la figura giuridica dei diritti demaniali su beni altrui; osserva questa norma che il regime del demanio pubblico si estende ai diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni quando essi "sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati negli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi". In tal modo vengono in evidenza le servitù pubbliche e i diritti di uso pubblico, quali le strade vicinali, gli usi civici e le proprietà collettive. Tali figure, generalmente assimilate fra loro, presentano singolarmente caratteristiche peculiari. Le servitù pubbliche, soprattutto la servitù di elettrodotto, costituiscono il tipico esempio di *ius in re aliena*, cui possono per certi aspetti essere paragonate le strade vicinali, che hanno la caratteristica di essere strade di proprietà privata e tuttavia soggette al pubblico transito (i comuni deliberano periodicamente l'elenco di queste strade e l'inserimento in esso fa presumere *iuris tantum* l'esistenza di un diritto di uso pubblico). Mentre in dette servitù pubbliche risulta evidente la distinzione tra titolarità del diritto di proprietà e uso pubblico sulla cosa altrui, tale distinzione è meno netta negli usi civici che, quali espressione della proprietà in senso collettivo non conosciuta dal legislatore del codice civile,

Passando ai dati desumibili dalla legislazione speciale, la Corte si sofferma sulle normative in tema di privatizzazioni degli enti pubblici e sui trasferimenti di beni pubblici in favore di società pubbliche che confermano l'ammissibilità di una separazione tra forma giuridica privata e funzione pubblica dei beni<sup>14</sup>.

Dal complesso degli elementi indicati discende che il solo aspetto della demanialità non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività. In tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l'aspetto dominicale della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità.

La suprema Corte, quindi, conclude nel senso che le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione

---

trova una sua specifica disciplina nella L. n. 1766 del 1927 (e relativo regolamento) e nella più recente legge n. 97/1994 (Nuove disposizioni per le zone montane); tali "usi" presentano la caratteristica della non appartenenza, a titolo di proprietà individuale, a persone fisiche od enti in quanto spettanti ad una comunità di abitanti che ne godono collettivamente. La finalità che il legislatore ha perseguito con detti usi è quella della liquidazione, in realtà non raggiunta, perché negli anni è andato sempre più emergendo il collegamento funzionale tra disciplina degli usi pubblici e la tutela dell'ambiente (sul punto, le sentenze della Corte Costituzionale n. 46/95, 345/97 e 310/2006). Infine, con la Legge Quadro 6 dicembre 1991, 394, il legislatore è intervenuto creando e regolando le aree protette. Sulla base di questa legge, il cui obiettivo è quello di dare attuazione agli artt. 9 e 32 Cost., (art. 1, comma 1), possono essere individuate aree naturali protette sottoposte a particolari vincoli, la cui costituzione, però, non modifica l'appartenenza proprietaria delle aree medesime; non si creano, quindi, diritti demaniali su beni altrui, ma vincoli finalizzati alla tutela del paesaggio e della salute dei consociati. E' sempre necessario, però, un apposito provvedimento di individuazione e delimitazione (v. art. 8, che prevede un decreto del Presidente della Repubblica per l'istituzione di un parco e un decreto del Ministero dell'ambiente per l'istituzione delle riserve naturali statali).

Se quindi, da un lato, sono già ipotizzabili nel nostro ordinamento norme caratterizzanti, il godimento e la fruizione, a vario titolo, di beni da parte della collettività, dall'altro lato, altre norme risultano destinate a scindere il binomio bene pubblico demaniale-indisponibilità, nel senso che prevedono il trasferimento, sulla base di determinati presupposti e in relazione a specifici fini, di beni dello Stato. Pertanto, la regola della non commerciabilità di detti beni, originariamente prevista dal legislatore in modo assoluto, incontra sempre più eccezioni, con la conseguenza, lungi però dal diventare "sistematica" nella normativa civilistica ed anzi configurando una diversità di enunciati tra codice civile e leggi ordinarie, che in alcune ipotesi la proprietà "pubblica" del bene e la destinazione dello stesso ad usi e finalità pubbliche (della collettività) diventano aspetti scindibili».

<sup>14</sup> «In tale quadro vanno inserite le leggi aventi ad oggetto la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni (tra cui il D.L. n. 386 del 1991, convertito nella L. n. 35 del 1992), quelle riguardanti la privatizzazione di enti proprietari in maniera rilevante di beni pubblici (come l'Enel, ex L. n. 359 del 1992, e le Ferrovie dello Stato, mediante Delibera Cipe del '92), nonché il d.lgs. n. 267 del 2000, che ha consentito il trasferimento a società di capitali di beni pubblici da parte degli enti locali (con riferimento a "i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni"), il D.L. n. 63 del 2002 (convertito nella L. n. 112 del 2002) che, tra l'altro, ha dato luogo alla costituzione di un'apposita società per azioni (la Infrastrutture S.p.a.), sotto la vigilanza del Ministro dell'Economia e delle Finanze) cui possono essere trasferiti beni pubblici sino alla L. n. 326 del 2003, con particolare riferimento all'art. 30 (che tra l'altro statuisce che "ai fini della valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato e con le procedure di cui al primo periodo del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, art. 3, comma 15, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 novembre 2001, n. 410, vengono promosse le società di trasformazione urbana secondo quanto disposto dall'art. 120 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che includano nel proprio ambito di intervento immobili di proprietà dello Stato, anche con la partecipazione del Ministero dell'economia e delle finanze, attraverso l'Agenzia del demanio, delle regioni, delle province, e delle società interamente controllate dallo stesso Ministero."), e la L. n. 112 del 2002, che all'art. 7, prevede ai commi 1 e 10, che "per la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato è istituita una società per azioni, che assume la denominazione di "Patrimonio dello Stato S.p.a." e che "alla Patrimonio dello Stato S.p.a. possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato di cui al d.lgs. 7 agosto 1997, n. 279, art. 14, ovvero ogni altro diritto costituito a favore dello Stato».



sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine a una concezione di bene pubblico inteso non solo come oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Detta natura di tali beni ha la sua origine costitutiva nella legge, sulla base della sussistenza di determinate caratteristiche fisico-geografiche e prescinde da disposizioni e da provvedimenti di ordine amministrativo, nonché da atti privatistici di trasferimento, i quali, se posti in essere, sono nulli per impossibilità giuridica dell'oggetto.

## **2.2 I beni patrimoniali indisponibili**

Approfondendo la classificazione operata nella parte generale, i beni pubblici patrimoniali possono essere indisponibili:

- a) per natura: i beni che devono necessariamente appartenere allo Stato o alle Regioni, come le miniere e le acque minerali e termali;
- b) per appartenenza: i beni intrinsecamente di interesse generale che (e solo se) appartengono ad un ente pubblico, potendo invece essere di proprietà dei privati, come le foreste e i beni culturali;
- c) per appartenenza e destinazione: i beni che necessitano di ricevere una particolare destinazione, come le sedi e gli arredi degli uffici e gli altri beni destinati a un pubblico servizio. Ad esempio gli impianti sportivi comunali per il nuoto rientrano tra i beni del patrimonio indisponibile del Comune, essendo finalizzati a soddisfare proprio l'interesse dell'intera collettività alle discipline sportive.

Trasversale a queste categorie è la distinzione tra patrimonio naturale (foreste, miniere, cave, beni artistici nel sottosuolo) e artificiale (caserme, uffici, beni destinati a servizi pubblici).

In linea generale il regime giuridico dei beni patrimoniali disponibili è quello proprio dei beni demaniali<sup>15</sup>.

Stabilisce l'art. 828, comma 2 c.c. che *“I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano”*.

Con ciò il legislatore esprime un temperamento alla regola generale dell'inalienabilità, che con riferimento a questa categoria di beni pubblici perde i connotati dell'assolutezza, tipici, invece, del regime dei beni demaniali<sup>16</sup>; dunque, per i beni patrimoniali indisponibili è ammissibile l'alienazione, purché essa non ne comporti la sottrazione alla destinazione pubblici, salvo le miniere, le foreste e gli atti e i documenti di enti pubblici, che sono inalienabili. I beni patrimoniali indisponibili sono, altresì, acquistabili da terzi mediante usucapione, se sono stati sottratti alla loro destinazione *a non domino* e trasferiti a terzi di buona fede, a norma dell'art. 1153 c.c.

Si può pertanto affermare la commerciabilità dei beni del patrimonio indisponibile, che però diventano incommerciabili quando la loro circolazione o la costituzione su di essi di diritti a favore di terzi potrebbe comportarne la sottrazione alla destinazione pubblica che li vincola: in tal senso si parla di incommerciabilità relativa.

---

<sup>15</sup> Cons. Stato sez. V, n. 1065 del 05/03/2014:

«Si deve applicare ai beni del patrimonio indisponibile un regime giuridico sostanzialmente analogo a quello dei beni demaniali, sia sotto il profilo della incommerciabilità, che della tutela in via amministrativa (art. 828 c.c.)».

<sup>16</sup> *Idem*:

«I beni facenti parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano (art. 828 c.c.); tale regola comporta la nullità di tutti gli atti preordinati ad incidere sulla destinazione del bene, diversi da quelli di volta in volta previsti dalle leggi. Dal vincolo di tali beni in ordine alla loro destinazione, si evince che il regime giuridico che li riguarda risulta di pregnanza pubblicistica, che, seppure attenuata rispetto ai beni demaniali, impone sempre e comunque che resti fermo il loro vincolo di destinazione a finalità pubbliche».

Come i beni demaniali, la gestione dei beni patrimoniali indisponibili può essere affidata ai privati tramite concessione amministrativa. Le relative controversie spettano alla giurisdizione amministrativa esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. b) c.p.a.<sup>17</sup>.

I beni patrimoniali indisponibili sono insuscettibili di esecuzione forzata in sede civilistica, mentre ne è ammessa l'espropriazione per pubblica utilità alle condizioni dettate dall'art. 4 del D.P.R. 327/2001 (*“I beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato e degli altri enti pubblici possono essere espropriati per perseguire un interesse pubblico di rilievo superiore a quello soddisfatto con la precedente destinazione”*).

Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie l'art. 823, comma 2 c.c., pur riferito espressamente solo al demanio, è applicabile (quantomeno a titolo di analogia) anche al patrimonio indisponibile, e serve sia a proteggere i beni da turbative, sia ad eliminare ogni contrasto col pubblico interesse che deve ispirarne l'uso. Essa, quindi, introduce innanzitutto l'attività di polizia amministrativa, che consiste nell'attuazione di verifiche, controlli e accertamenti atti a palesare la sussistenza di abusi.

Viene, poi, in considerazione il potere di autotutela, che si suddivide a sua volta in autotutela decisoria e autotutela esecutiva.

Appartengono al primo tipo di autotutela i provvedimenti di annullamento, revoca o modifica del contenuto di una concessione, le decisioni dei ricorsi amministrativi proposti dagli interessati contro provvedimenti della P.A. relativi a beni pubblici, le decisioni amministrative che irrogano sanzioni ai contravventori, gli atti di diffida emessi per richiedere ad un soggetto di adeguarsi alla legge o alla concessione riguardo al bene pubblico che utilizza e gli ordini di riduzione in pristino. Tutti questi atti costituiscono esercizio di un potere generale dell'Amministrazione, finalizzato alla soluzione dei conflitti coi privati.

Si inquadrano, invece, nel secondo tipo di autotutela i mezzi previsti dalla legge e diretti a dare esecuzione pratica alle decisioni amministrative; sono tali, ad esempio, gli sgomberi d'ufficio e gli ordini di rimborso delle spese. Essi attuano un potere non generale, bensì espressamente previsto a favore della P.A. di volta in volta dalla legge per casi tassativi, in ossequio al principio di legalità. Inoltre, il potere di autotutela esecutiva incontra l'ulteriore limite di dover essere rivolto verso i privati, cioè esso non è ammesso nei confronti di altre Amministrazioni.

In particolare, il potere di rimozione e di ripristino è previsto dall'art. 378 legge 2248/1865 all. f), e consiste in un'attività di polizia demaniale con cui la P.A. vigila affinché l'uso dei beni pubblici non avvenga in contrasto con le norme vigenti e non siano violati i diritti propri e dei concessionari.

Inoltre, secondo la giurisprudenza, l'autotutela amministrativa dei beni demaniali o del patrimonio indisponibile non si esaurisce nei provvedimenti autoritativi testé citati, ma ricomprende anche la facoltà di revoca e di modifica coattiva degli atti e delle situazioni incompatibili con la destinazione pubblica del bene.

---

<sup>17</sup> Cassazione sez. un., ordinanza n. 15980 del 21/07/2011:

«Nell'ipotesi in cui una Azienda Unità Sanitaria Locale (AUSL) abbia affidato ad un privato la gestione del servizio di bar all'interno di un ospedale pubblico, il rapporto tra la P.A. ed il privato, avendo ad oggetto un'attività da svolgersi all'interno di locali facenti parte della struttura immobiliare ospedaliera - come tale destinata a pubblico servizio e perciò rientrante tra i beni patrimoniali indisponibili ai sensi dell'art. 830 cod. civ. -, può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tali beni essere trasferiti nella disponibilità di privati, per usi determinati, solo mediante concessioni amministrative, con la conseguenza che le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come novellato dall'art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205».

Spettano alla giurisdizione amministrativa di legittimità le controversie relative all'esercizio dei poteri amministrativi di autotutela<sup>18</sup> e a quella ordinaria le azioni comuni a difesa della proprietà o del possesso<sup>19</sup>.

### **2.3 Acquisito e perdita del carattere d'indisponibilità**

Per quanto concerne la questione dell'acquisto e della perdita della qualità di beni indisponibili, valgono considerazioni analoghe a quelle formulate a proposito dei beni demaniali.

I beni indisponibili per natura acquistano la relativa qualità con la loro venuta ad esistenza e la perdono col loro venir meno. I fatti giuridici rilevanti sono eventi indipendenti dalla volontà della pubblica amministrazione: il bene entra nel patrimonio indisponibile per solo il fatto di nascere con determinate caratteristiche e, di converso, ne esce per effetto della loro perdita.

Così, ad esempio, l'inclusione di una miniera nel patrimonio indisponibile avviene a seguito della scoperta di un giacimento naturale, mentre la fuoriuscita si verifica a causa dell'esaurimento del giacimento, a prescindere da eventuali provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione, che hanno natura puramente dichiarativa.

I beni indisponibili per appartenenza, invece, acquistano la relativa qualità quando l'ente pubblico ne acquista la proprietà e la perdono al venir meno della titolarità pubblica.

Ne deriva che occorre esaminare i principali modi di acquisto della proprietà, sia di diritto privato che di diritto pubblico:

- acquisti a titolo originario (occupazione, accessione, usucapione, etc.);
- contratti traslativi;
- successione *mortis causa*;
- decreto di espropriazione;
- cessione volontaria;
- acquisizione sanante.

Il carattere di indisponibilità si perde al verificarsi della fattispecie traslativa in favore di privati. Occorre però considerare i già indicati limiti al trasferimento di beni indisponibili, sicché la nullità dell'atto traslativo impedisce la perdita della qualità.

---

<sup>18</sup> Cassazione sez. un., ord. n. 9827 del 07/05/2014:

«Appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento dell'ordinanza di sgombero, emessa in via di autotutela dalla P.A. ai sensi dell'art. 823, secondo comma, cod. civ., nell'esercizio di un proprio potere autoritativo, non ponendosi in discussione la proprietà statale del bene oggetto del giudizio e rientrando la controversia nelle fattispecie previste dall'art. 7, comma 1, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104».

<sup>19</sup> Cassazione sez. un., n. 5912 del 05/03/2008:

«La persistente utilizzazione di un bene demaniale da parte del concessionario dopo la scadenza della concessione, legittima la P.A. ad avvalersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà - senza ricorrere ai poteri autoritativi di tutela di cui pure è titolare - con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione ordinaria. (Fattispecie relativa a rapporto concessorio di fondo rustico, scaduto il quale l'ente proprietario aveva chiesto l'accertamento negativo di un titolo che giustificasse la conservazione da parte del privato della detenzione del fondo stesso)».

Cassazione sez. un., ord. n. 17954 del 24/08/2007:

«Il difetto assoluto di giurisdizione è ravvisabile solo quando manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, sì che non possa individuarsi alcun giudice titolare del potere di decidere. Deve, pertanto, escludersi che ricorra tale difetto nell'ipotesi - come nella specie - di esperimento di un'azione possessoria da parte di un Comune nei confronti di privati, poiché l'ordinamento attribuisce alla P.A., in virtù dell'art. 823, comma secondo, cod. civ., la possibilità di ricorrere tanto all'autotutela amministrativa quanto ai mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso e tale norma, ancorché dettata per i beni demaniali, costituisce, peraltro, espressione di un principio generale, valido per ogni situazione giuridica in cui siano esercitabili, da parte della P.A., rimedi giurisdizionali in alternativa agli strumenti di autotutela in sede amministrativa».

Infine, per i beni indisponibili per appartenenza e destinazione, oltre alla titolarità del bene, occorre la destinazione pubblicistica, la quale peraltro è implicita nei modi di acquisto di diritto pubblico (es. espropriazione di un suolo per pubblica utilità) o in altri atti amministrativi (es. bando di appalto per la realizzazione di un'opera pubblica). Il requisito della destinazione si compone di due momenti: uno soggettivo, consistente nella volontà di destinare il bene ad una pubblica finalità; uno oggettivo, consistente nella concreta utilizzazione secondo la destinazione impressa (ed è sotto tale profilo che la riconoscibilità del bene come indisponibile e la sottrazione del medesimo al regime privatistico si ritengono basati sul principio di effettività della destinazione). In tal senso è orientata sia la giurisprudenza amministrativa, sia quella civile<sup>20</sup>.

La qualità si perde al venir meno della titolarità o della destinazione. Non è sufficiente, invece, la mera trascuratezza nell'utilizzazione del bene<sup>21</sup>.

Questione diversa è, invece, la possibilità che la destinazione cessi per fatti concludenti, ossia per effetto di un comportamento incompatibile con la volontà di mantenere il bene asservito all'interesse pubblico.

Al riguardo può farsi applicazione dei principi in tema di sdemanializzazione tacita, la quale non può desumersi dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito anche da lungo tempo ad uso pubblico, essendo ravvisabile solo in presenza di atti e fatti che evidenzino in maniera inequivocabile la volontà della P.A. di sottrarre il bene medesimo a detta destinazione e di rinunciare definitivamente al suo ripristino, non potendo desumersi una volontà di rinuncia univoca e concludente da una situazione negativa di mera inerzia o tolleranza.

## **2.4 Privatizzazioni dei beni e degli enti pubblici e liberalizzazione dei servizi pubblici**

Le privatizzazioni hanno un impatto sotto un duplice profilo:

- a) diretto, in ipotesi di privatizzazione dei beni pubblici;
- b) indiretto, in ipotesi di privatizzazione degli enti pubblici.

Entrambi i fenomeni di privatizzazione sono riconducibili ai principi di buon andamento e sussidiarietà orizzontale, essendo finalizzati, da un lato, alla gestione più efficiente dei beni e delle imprese pubbliche, al conseguente risparmio di spesa, alla monetizzazione dei patrimoni derivante

---

<sup>20</sup> Cass. sez. un., ordinanza n. 6019 del 25/03/2016:

«Affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili, in quanto destinati a un pubblico servizio ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c., deve sussistere il doppio requisito (soggettivo e oggettivo) della manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico (e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene a un pubblico servizio) e dell'effettiva e attuale destinazione del bene al pubblico servizio; in difetto di tali condizioni e della conseguente ascrivibilità del bene al patrimonio indisponibile, la cessione in godimento del bene medesimo in favore di privati non può essere ricondotta a un rapporto di concessione amministrativa, ma, inerendo a un bene facente parte del patrimonio disponibile, al di là del "nomen iuris" che le parti contraenti abbiano inteso dare al rapporto, essa viene a inquadrarsi nello schema privatistico della locazione, con la conseguente devoluzione della cognizione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario».

<sup>21</sup> Cass. sez. un., n. 4430 del 25/02/2014:

«La dismissione di un fondo incluso nella categoria dei beni patrimoniali indisponibili di un Comune, ex art. 826, terzo comma, cod. civ. (nella specie, a seguito della destinazione ad un pubblico servizio mediante costruzione sullo stesso di un impianto sportivo aperto alla collettività), con conseguente regressione al patrimonio comunale disponibile, necessita di una manifestazione di volontà, espressa in un atto amministrativo, e la materiale cessazione della destinazione al servizio pubblico, non essendo sufficiente, a tale scopo, una trascurata gestione dell'impianto, sebbene prolungata, sicché la controversia inerente alla risoluzione di una successiva convenzione stipulata con un privato, ed avente ad oggetto la gestione e l'ampliamento del complesso sportivo, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, attenendo ad un rapporto di natura concessoria».

dalla dismissione; dall'altro lato all'incremento degli spazi in cui il perseguimento dell'interesse generale è affidato ai cittadini, in nome di una redistribuzione dei compiti tra settore pubblico e settore privato aderente all'enunciato costituzionale secondo cui *"la sovranità spetta al popolo"*.

Tali finalità, peraltro, non si manifestano allo stesso modo nelle privatizzazioni formali e in quelle sostanziali, distinzione elaborata per gli enti pubblici e valevole anche per i beni pubblici.

I due tipi di privatizzazione rispondono ad esigenze diverse: la prima sorge in seguito alla constatazione che la gestione dell'impresa e dei beni da parte della mano pubblica è stata fallimentare ed è, pertanto, finalizzata a conseguire una nuova, efficace ed economica, senza sottrarre l'impresa e i beni alla loro destinazione; la seconda è impiegata per reperire risorse finanziarie che alimentino il bilancio dello Stato, che può fronteggiare i debiti con le entrate derivanti dalle alienazioni.

Il concetto di privatizzazione formale dei beni pubblici tende a coincidere con il fenomeno di privatizzazione (formale o sostanziale) degli enti pubblici, nel senso che il bene perde l'appartenenza pubblica, ma ne conserva la destinazione.

Il concetto di privatizzazione sostanziale è invece più ampio, perché oltre all'ipotesi dell'alienazione, comprende le fattispecie, già esaminate, della sdemanializzazione e della revoca della destinazione pubblica, che conducono a risultati analoghi a quelli della privatizzazione, tranne che per la circostanza che i beni che ne vengono interessati restano nel patrimonio disponibile dell'ente.

#### **2.4.1 Le privatizzazioni dei beni pubblici**

Il sistema di alienazione dei beni pubblici è stato fortemente innovato dalla politica di privatizzazione immobiliare, avviata con la legge n. 35/1992.

Il procedimento di privatizzazione è scomponibile in diverse fasi. In particolare, in seguito alla legge n. 112/2002 il Ministero dell'economia è competente per l'individuazione dei beni patrimoniali dello Stato suscettibili di utilizzazione economica, mentre la valorizzazione, la gestione e l'alienazione dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato sono divenute di competenza della S.p.a. Patrimonio dello Stato, appositamente costituita a tal fine, con capitale sociale pari a un milione di euro, che opera secondo gli indirizzi stabiliti dal Ministero, il quale ne detiene anche la titolarità delle azioni. La Patrimonio dello Stato S.p.a. è una persona giuridica avente natura pubblicistica, istituita direttamente dalla legge ed inquadrabile nel diritto interno tra gli enti strumentali dello Stato e nel diritto comunitario tra gli organismi di diritto pubblico.

In base all'art. 7 della medesima legge, è possibile, ed è effettivamente avvenuto, il trasferimento a detta società dei diritti pieni o parziali sui beni pubblici dello Stato; in seguito ad esso, tuttavia, il regime dei beni trasferiti non viene modificato, a meno che il trasferimento stesso non sia finalizzato alla cartolarizzazione; pertanto, in tutti gli altri casi i beni demaniali e patrimoniali indisponibili restano rispettivamente tali. Ne consegue che solo in ipotesi di cartolarizzazione la privatizzazione sarà sostanziale, mentre negli altri casi essa sarà semplicemente formale.

Per le dismissioni immobiliari sono poi previsti i procedimenti alternativi della costituzione di fondi immobiliari, delle cessioni dirette e della cartolarizzazione.

Fonte principale del procedimento di cartolarizzazione è il decreto legge n. 351/2001 (*"Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare"*), convertito nella legge n.

410/2001, che contiene una disciplina di ampio respiro, atta ad essere applicata nei suoi principi generali a tutte le operazioni di cartolarizzazione dei beni pubblici, anche non statali.

Nella prima fase della procedura in esame, l'Agenzia del demanio provvede ad individuare gli immobili statali, distinguendoli in demaniali, patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili.

Successivamente i beni così individuati, se non rappresentano più uno strumento necessario per l'esercizio di funzioni pubbliche, possono essere dismessi con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze, che vengono pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale ed hanno l'effetto di trasferire a titolo oneroso i beni stessi ad apposite società intermediarie, sottoposte alle disposizioni concernenti gli intermediari finanziari. In seguito a tali decreti i beni che ne sono oggetto passano al patrimonio disponibile delle società intermediarie

Queste ultime sono costituite, anche direttamente dal Ministero, in forma di s.r.l. con capitale iniziale di diecimila euro, hanno ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione, disciplinate specificamente dai decreti di dismissione, e sono comunemente denominate S.C.I.P. (che sta per Società Cartolarizzazione Immobili Pubblici).

Le S.C.I.P. Provvedono, quindi, a cartolarizzare i beni, in modo da finanziare il pagamento alla P.A. del prezzo iniziale di trasferimento, e successivamente li rivendono a terzi, applicando in genere la regola della procedura competitiva che accerti chi sia il migliore offerente.

Gli atti delle procedure di vendita poste in essere dalle S.C.I.P. hanno posto in particolare il problema della giurisdizione sulla loro impugnazione; a tal proposito ci si è chiesti se la procedura di vendita all'asta utilizzata in genere rientri nel paradigma dell'evidenza pubblica o sia piuttosto una semplice offerta al pubblico disciplinata dal codice civile. La giurisprudenza si è finora pronunciata in senso favorevole alla prima soluzione, dichiarando la natura pubblicistica della procedura in esame e la conseguente giurisdizione amministrativa, ma il dibattito è ben lungi dall'essere sopito; non manca, infatti, chi sostiene che il soggetto proprietario non sia un ente pubblico, che il bene non sia più pubblico e che, pertanto, non possa trovare applicazione la normativa sull'evidenza pubblica.

Con la legge finanziaria per il 2003 la procedura di cartolarizzazione è stata poi estesa ai beni pubblici delle Regioni e delle autonomie locali.

Altra normativa di un certo rilievo è il decreto legge n. 269/2003 (*"Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e la correzione dell'andamento dei conti pubblici"*) convertito nella legge n. 326/2003. Oltre a contenere modifiche e aggiunte alla disciplina vigente in materia, limita l'alienazione dei beni culturali (previa sdemanializzazione per quelli ricadenti nel demanio di Stato, Regioni ed enti pubblici territoriali) ai casi di accertata insussistenza dell'interesse artistico, storico, archeologico, antropologico. Prevede, altresì, la valorizzazione degli immobili dello Stato attraverso strumenti societari, attribuendo al Ministero dell'economia il potere di promuovere, attraverso l'Agenzia del demanio, la costituzione (anche con partecipazione di Comuni, Province e Regioni interessati) di S.p.a. di trasformazione urbana aventi ad oggetto la valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare con le procedure di cui al decreto legge n. 351/01, come modificato dall'art. 4 del decreto legge 12 luglio 2004, n. 168. Quest'ultimo, al dichiarato scopo di conseguire saldi finanziari attivi per il 2004, dispone che la vendita di immobili dello Stato adibiti ad uffici pubblici dovrà avvenire tramite trattativa privata con procedura d'urgenza.

In maniera non dissimile, l'art. 58 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008 n. 133, prevede un procedimento diretto a consentire la dismissione dei beni pubblici non strettamente connessi all'esercizio delle funzioni dei singoli enti

territoriali. Secondo la relazione di accompagnamento al decreto legge, l'articolo, rubricato "*Ricognizione e valorizzazione del patrimonio immobiliare di regioni, comuni ed altri enti locali*", contiene disposizioni dirette a garantire il riordino, la gestione e la valorizzazione del patrimonio di Regioni, Province, Comuni e altri enti pubblici; a tal fine, ciascun ente individua, attraverso una delibera dell'organo di governo – redatta sulla "*base e nei limiti della documentazione esistente nei propri uffici*" – i singoli beni, ricadenti nel proprio territorio, non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni e, quindi, suscettibili di venire sottoposti a valorizzazione o a dismissione.

L'istituto di cui all'art. 58, tuttavia, non si limita a facilitare la sdemanializzazione di beni pubblici, ma costituisce una figura in cui operano, congiuntamente, il principio di sussidiarietà orizzontale e quello di semplificazione procedurale. Oltre a definire un *iter* capace di snellire i tempi necessari al passaggio di un bene dal demanio o dal patrimonio al quello disponibile, infatti, la previsione in esame stabilisce una devoluzione dei beni pubblici a soggetti privati in una prospettiva diretta, da un alto, a contenere la spesa pubblica, dall'altro a immettere nel circuito privato nuova ricchezza. In questo modo, attraverso una razionalizzazione di tipo organizzativo, vengono garantite l'efficienza e il buon funzionamento della P.A., poiché la dismissione di beni pubblici consente di ridurre le spese necessarie al loro mantenimento, favorendo la riallocazione delle risorse amministrative negli ambiti e nelle attività dotate di maggiore rilievo.

Un ulteriore incentivo alla dismissione dei beni pubblici è costituito dagli art. 6 e 7 della legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità per l'anno 2012) che prevedono le modalità per la dismissione, rispettivamente, dei beni immobili del patrimonio statale e dei terreni agricoli.

Merita segnalare anche l'art. 3 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modifiche nella legge 7 agosto 2012, n. 135 (c.d. *spending review*).

Il comma 11 modifica l'art. 306 del codice dell'ordinamento militare approvato col d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, introducendovi – al fine di accelerare le procedure di vendita degli alloggi militari non realizzati su aree ubicate all'interno di basi, impianti, installazioni militari o posti a loro diretto e funzionale servizio – il nuovo comma 4-*bis*. In particolare, si prevede che spetti al Ministero della difesa definire, con proprio decreto, i contenuti di fondo e le eventuali condizioni o clausole a garanzia dei diritti dello Stato nei contratti stipulati tra il Ministero della difesa e gli acquirenti privati. Tali contratti produrranno i loro effetti dal momento della sottoscrizione e saranno sottoposti esclusivamente al controllo successivo della Corte dei Conti, la quale dovrà pronunciarsi in merito alla regolarità, alla correttezza e all'efficacia della gestione.

In considerazione delle particolari condizioni del mercato immobiliare e delle difficoltà di accesso al credito, nonché al fine di agevolare e semplificare le dismissioni immobiliari da parte degli enti previdenziali "*inseriti nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuati dall'ISTAT ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196*", la novella stabilisce, inoltre, che il termine per l'esercizio, da parte dei conduttori, del diritto di prelazione sull'acquisto di abitazioni oggetto delle procedure in esame non potrà essere inferiore a 120 giorni dalla ricezione dell'invito dell'ente. In questo modo, i termini non ancora scaduti alla data di entrata in vigore della legge saranno prorogati, di diritto, di 120 giorni (comma 11-*bis* dell'articolo 306 del codice dell'ordinamento militare).

#### **2.4.2 Le privatizzazioni degli enti pubblici**

Nell'ipotesi di privatizzazione formale dell'ente la dottrina prevalente e la giurisprudenza amministrativa sono orientate a riconoscere la continuità del regime giuridico dei beni.

Come anticipato, alcuni ravvisano un parallelismo tra la privatizzazione anche solo formale dell'ente e quella del bene, nel senso che anche il bene, come l'ente, sarebbe stato solo privatizzato formalmente, mentre il regime giuridico dei beni resterebbe nella sostanza identico a quello precedente, e cioè finalizzato al perseguimento di un pubblico interesse.

In particolare, resterebbe anche a carico del soggetto formalmente divenuto privato, il divieto di sottrarre il bene alla sua destinazione al pari di quanto dispone il codice civile per i beni patrimoniali indisponibili.

A volte il legislatore sancisce chiaramente questo principio in occasione di norme particolari sulle privatizzazioni di precedenti enti pubblici. Ad esempio l'art. 15 della legge 17 maggio 1985 n. 210, sulla trasformazione della Azienda autonoma Ferrovie dello Stato in Ente pubblico economico, stabilisce che i beni passano all'ente "*secondo il regime civilistico della proprietà privata*", ma che "*i beni destinati a pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'Ente*".

Tuttavia la giurisprudenza civile ha ritenuto che i beni mobili ed immobili già dell'Azienda Autonoma sono stati sottratti all'originaria condizione giuridica propria del patrimonio indisponibile degli enti pubblici non territoriali ed assoggettati ad un regime di piena disponibilità negoziale di diritto privato, ancorché destinati all'esercizio del pubblico servizio, con la conseguenza che, in caso di concessione del godimento di essi ad un privato, dietro pagamento di un canone, si instaura un rapporto di locazione soggetto all'ordinario regime privatistico, ivi compresa la devoluzione alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie ad esso relative<sup>22</sup>.

Diversa l'interpretazione data dal Consiglio di Stato, che continua a classificare i beni ferroviari nel demanio accidentale<sup>23</sup>.

Come si vede il tema ricade nel più ampio contesto della natura giuridica delle società a capitale pubblico, che originano dalle privatizzazioni, ma possono anche essere state costituite in tale forma.

Per queste privatizzazioni, che tra l'altro gestiscono i più importanti servizi a rete (F.S., ANAS, ENEL) o un servizio universale (Poste Italiane S.p.A.), la giurisprudenza amministrativa ha costantemente affermato che, malgrado la forma privata, costituiscono tuttora entità strumentali dello Stato e che, di conseguenza, anche al di là delle esplicite affermazioni normative, il regime dei loro beni rimanga sostanzialmente immutato rispetto al passato, in cui era pacificamente riconosciuto il carattere di bene demaniale o di bene patrimoniale indisponibile.

Tanto più che la nozione moderna di bene pubblico, anche per l'influenza del diritto comunitario, tende a valorizzare il profilo oggettivo dell'uso pubblico e della conseguente regolazione, rispetto a quello soggettivo della proprietà.

A conclusioni analoghe parte della dottrina e della giurisprudenza è pervenuta per le società oggetto di privatizzazione sostanziale esercenti servizi di pubblica necessità, in ragione della loro perdurante sottoposizione a tratti di disciplina pubblicistica, compendiate nella riserva al Ministero del Tesoro di poteri speciali (*golden share*) e nella regolazione delle Autorità indipendenti, cui spetta tra l'altro il compito di fissare le tariffe dei servizi e la loro qualità, nonché di disciplinare l'accesso al mercato. Così, ad esempio, il regime giuridico dei beni della Telecom Italia, già titolare del servizio pubblico di telefonia, sarebbe rimasto invariato.

---

<sup>22</sup> Cass. sez. un. ord., n. 4269 del 2006.

<sup>23</sup> Cons. Stato sez. IV 14 dicembre 2002 n. 6923; Cons. Stato. sez. V, 4 giugno 2003 n. 3074.



L'analisi sin qui svolta deve però confrontarsi con il T.U. sulle società partecipate, emanato in attuazione della delega Madia (Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, come integrato dal decreto legislativo 16 giugno 2017, n. 100).

La suprema Corte si è già pronunciata al riguardo, osservando che tale normativa chiarisce la natura privatistica delle società pubbliche, ancorché costituite secondo il modello *in house*<sup>24</sup>. A tale conclusione è giunta in particolare sulla base di tre disposizioni:

- l'art. 1, comma 3: *“Per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato”*;

- l'art. 12: *“I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house”*;

- l'art. 14: *“Le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi”*, menzionando nell'ultimo comma la *“dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti”*, facendo così inequivoco ed esplicito riferimento alle società *in house*, che, appunto, sono le società titolari di affidamenti diretti (cfr. art. 16, 10 comma).

In tema di beni pubblici, però, ci sono almeno altre due disposizioni di rilievo.

L'art. 4, comma 3: *“Al solo fine di ottimizzare e valorizzare l'utilizzo di beni immobili facenti parte del proprio patrimonio, le amministrazioni pubbliche possono, altresì, anche in deroga al comma 1, acquisire partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse, tramite il conferimento di beni immobili allo scopo di realizzare un investimento secondo criteri propri di un qualsiasi operatore di mercato”*.

L'art. 17, comma 5: *“Nel rispetto delle disposizioni del presente articolo, al fine di ottimizzare la realizzazione e la gestione di più opere e servizi, anche non simultaneamente assegnati, la società può emettere azioni correlate ai sensi dell'articolo 2350, secondo comma, del codice civile, o costituire patrimoni destinati o essere assoggettata a direzione e coordinamento da parte di un'altra società”*.

Dal quadro normativo sopra delineato sembra difficile sostenere ancora che i beni delle società a capitale pubblico, ancorché le stesse abbiano ad oggetto missioni pubbliche (produzione di servizi di interesse generale, autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti, etc.), non facciano (più) parte del patrimonio indisponibile e siano assoggettati a un regime privatistico, salvo che si tratti di società per le quali ai sensi dell'art. 1, comma 4, lett. a) sia prevista una disciplina speciale.

In senso contrario a detta soluzione, tuttavia, potrebbe invocarsi l'art. 4, comma 1: *“Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”*.

---

<sup>24</sup> Cass. sez. un., ord. n. 24591 del 2016.

Da tale disposizione, insieme a quella del comma successivo (che delimita l'oggetto delle società pubbliche), indica lo stringente vincolo di scopo che legittima l'esistenza di dette società. La stessa previsione di cui al comma 3, prima citata, costituisce una deroga alla limitazione di cui al comma 1.

### **2.4.3 Le liberalizzazioni dei servizi pubblici**

Il fenomeno delle liberalizzazioni dei servizi pubblici, che attende di essere completato con la riforma dei servizi economici locali (oramai denominati servizi di interesse economico generale) in attuazione della delega Madia, incrocia il tema in esame in chiave antitetica.

In primo luogo, l'apertura dei mercati alla concorrenza, quando implica la scomparsa del servizio pubblico, fa venir meno il requisito tipico del regime pubblicistico dei beni.

In secondo luogo, all'opposto, quando il servizio pubblico permane (quantomeno nel suo nocciolo duro di servizio universale), si pone il problema di valutare se l'apertura del settore alla concorrenza, insieme all'eventuale modificazione della forma giuridica del gestore, incida sul regime giuridico dei beni.

L'art. 4, comma 1 del T.U. sulle società pubbliche milita in senso negativo, prevedendo che *“Le società a controllo pubblico, che svolgano attività economiche protette da diritti speciali o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, in deroga all'obbligo di separazione societaria previsto dal comma 2-bis dell'articolo 8 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, adottano sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività”*.

Per comprendere il significato di questa disposizione occorre fare una breve premessa sul quadro UE di riferimento in materia di servizi pubblici, che rappresentano una deroga alla disciplina della concorrenza.

Le regole antitrust impongono, da un lato, ai soggetti che svolgono attività di impresa di evitare di porre in essere comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; dall'altro, agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 TFUE).

Uno dei postulati essenziali per il funzionamento delle regole di concorrenza – sul presupposto che *“i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”* (art. 345 TFUE) e dunque assumono un atteggiamento neutrale nei confronti delle scelte di privatizzazione – è rappresentato dal principio di pari trattamento tra imprese pubbliche e private, richiamato anche dalla legge delega (art. 18, comma 1, lettera i).

L'art. 106 TFUE dispone, infatti, che: *“gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei Trattati (...)”*. Specularmente un eventuale trattamento di favore per le sole imprese private potrebbe comportare un altrettanto grave violazione delle regole della concorrenza. Corollario del principio in esame è quello della “separazione” tra attività di impresa e attività amministrativa ovvero attività “protetta” da privilegi pubblici: la ragione è di evitare che l'impresa possa utilizzare i vantaggi che le derivano dall'essere considerata, a determinati fini, una pubblica amministrazione ovvero dal godere di particolari agevolazioni in un mercato diverso in cui compete con altri operatori economici.

In definitiva, si consente alle imprese private e pubbliche di svolgere attività di interesse generale ne rispetto delle regole della concorrenza.

Il diritto europeo prefigura, nei casi in cui non si siano ancora completati i processi di liberalizzazione, lo scenario in cui si realizza il cosiddetto “fallimento del mercato” e cioè quando lo stesso non è in grado di assicurare l'erogazione di determinati servizi di rilevanza pubblica agli utenti. A tale proposito, il secondo paragrafo del citato art. 106 TFUE dispone che: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all' adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*.

La disposizione in esame consente, dunque, una deroga all'applicazione dei principi di libera concorrenza nel caso in cui essa possa ostacolare l'adempimento della «specifica missione» affidata alle imprese, pubbliche o private, incaricate della gestione di servizi definiti di «interesse economico generale» (cosiddetti SIEG). In questo ambito rientrano, tra l'altro, gli obblighi di servizio universale che devono assicurare l'effettiva prestazione del servizio, qualunque sia la collocazione geografica dell'utente, a condizioni eque e non discriminatorie.

In definitiva, gli Stati membri possono imporre alle imprese pubbliche o private l'assolvimento di specifici obblighi di servizio che siano strettamente proporzionati al fine di assicurare l'interesse pubblico alla tutela di tutti gli utenti dei servizi stessi.

L'art. 14 del TFUE attribuisce alla competenza degli Stati membri il compito di *“fornire, fare eseguire e finanziare”* servizi di interesse economico generale. Rientra, dunque, nell'autonomia degli Stati membri individuare gli ambiti in cui è necessario un intervento pubblico nel mercato per assicurare l'assolvimento della «specifica missione». La Commissione europea può sindacare la scelta degli Stati membri, in attuazione del principio di sussidiarietà, soltanto in caso di errore manifesto.

La norma del T.U. sulle partecipate che prevede l'adozione di sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi costituisce un contrappeso della sottrazione alle regole sulla concorrenza e conferma che esiste un'area riservata del servizio pubblico in cui il soggetto, ancorché dotato di forma giuridica privatistica, agisce sotto l'impero di penetranti vincoli pubblicistici, che inducono a ritenere conservato il regime giuridico dei beni strumentali al servizio pubblico.

Deve peraltro ritenersi che la spinta dei principi concorrenziali sia idonea a superare talune barriere del regime giuridico pubblicistico.

Emblematica al riguardo è la vicenda dei porti, che hanno la classica natura di bene demaniale (art. 822, comma 1 c.c.) ed erano interamente regolati, quanto alle attività economiche che vi si svolgevano, da atti amministrativi adottati direttamente da organi statali centrali e periferici, ovvero da speciali enti pubblici i quali, oltre ad attività amministrative, svolgevano anche attività economiche (e cioè talune operazioni portuali), in regime inizialmente di sostanziale monopolio.

La condanna, da parte della Corte di Giustizia, del sistema monopolistico italiano delle operazioni portuali (in quanto contrario alle regole della libera concorrenza nonché alla libera circolazione delle merci), ha portato alle modifiche sostanziali di cui alla legge 28 gennaio 1994 n. 84 ed alla nascita delle Autorità portuali. Ad esse sono stati attribuiti compiti esclusivamente di controllo ed indirizzo, mentre le operazioni portuali vengono affidate ad imprese private che operano in regime di piena concorrenza, ancorché limitata dalle dimensioni del bene porto su cui debbono operare.

L'utilizzazione porto, ancorché abbia conservato la qualificazione di demaniale marittimo, assume una connotazione aziendalistica, nel senso che diventa il luogo in cui si svolgono attività di imprese private, che l'Autorità portuale può bensì regolamentare, ma secondo i criteri di

riconosciuti necessari dalla U.E. e cioè di privatizzazione delle attività (l'Autorità non può riservarsi talune delle operazioni portuali) di non discriminazione (l'Autorità non può favorire operatori nazionali). L'Autorità deve poi consentire alle imprese la autoproduzione dei servizi portuali ed infine, anche per i cosiddetti servizi di interesse generale del porto (es. trasporti ferroviari interni, servizi ecologici, di telecomunicazioni, etc.) si applica ormai, anche per l'intervento dell'antitrust, il principio dell'affidamento ad imprese terze tramite gara comunitaria).

Gli spazi portuali vengono invece affidati alle imprese dei servizi portuali in regime di concessione e quindi, di fatto se non di diritto, anche il porto stesso risulta almeno in parte "privatizzato" ed almeno per la durata della concessione.

Vicende analoghe hanno riguardato le infrastrutture aeroportuali, alla luce del processo di liberalizzazione tanto del trasporto aereo, quanto dei servizi di assistenza terrestre.

Il regolamento comunitario n. 2408/92 ha liberalizzato l'accesso agli aeroporti da parte dei vettori aerei in regime di concorrenza. In base al regolamento anzidetto la ripartizione del traffico aereo sui vari scali è stato fortemente condizionato dall'Unione Europea, come dimostra la condanna ricevuta dall'Italia nel caso Malpensa, in cui è stato considerato discriminatorio e contrario alle regole di libera prestazione di servizi il riservare lo scalo di Linate alla sola compagnia di bandiera.

Da un lato, dunque, le reti di esercizio dei servizi pubblici conservano la natura di beni pubblici, facenti parte del demanio o del patrimonio indisponibile, dall'altro viene garantita la loro accessibilità alle imprese private entrate nel mercato (si pensi, ancora, al trasporto ferroviario).

### **3. Conclusioni**

Traccia manualistica (la maggior parte dello svolgimento, infatti, è tratto dal Nuovo Sistema del diritto amministrativa, ed. Diritto e Scienza), salvo l'ultima parte, che però non è decisiva per il raggiungimento dell'idoneità, non essendo stata esplicitamente richiesta dalla traccia.

Dal punto di vista degli allievi, ancorché non si fosse studiato il relativo capitolo del Manuale, la parte istituzionale era agevolmente ricostruibile dal codice civile, quella inerente a privatizzazioni societarie e liberalizzazioni dei servizi pubblici era stata trattata durante il corso intensivo e nella lezione pre-concorso. Si trattava solo di esaminare le ricadute del fenomeno sulla qualificazione dei beni nella titolarità dei soggetti privatizzati e strumentali ai servizi pubblici.

## **DIRITTO PENALE**

*“Premessi cenni sulle cause di esclusione della pena, tratti il candidato della difesa legittima e dei relativi limiti, con particolare riguardo ai fatti commessi in occasione del delitto di rissa e a quelli commessi in luogo di privata dimora”.*

### **1. Problema conoscitivo**

Il tema verte sui limiti della legittima difesa, ma non è coerente, poiché rissa e luogo di privata dimora non hanno nulla in comune, anzi sono situazioni antitetico: nella prima lo spazio della legittima difesa si contrae, nella seconda si espande.

Sullo sfondo, tuttavia, si avverte come la traccia esiga una riflessione sulla attuale portata della legittima difesa, in un'epoca caratterizzata dall'insicurezza urbana.

Vengono in rilievo quattro aree tematiche del diritto penale:

- L'autodifesa nel sistema delle scriminanti;
- L'autodifesa in luoghi pubblici e in contesti di violenza;
- I reati aggravati dall'evento;
- L'autodifesa in luoghi privati.

Dal punto di vista strutturale, la traccia segue uno schema quadripartito discendente: generale/speciale/particolare/particolare. L'ordine logico della trattazione è:

1. Le cause di esclusione da pena, in particolare le scriminanti.
2. La legittima difesa.
3. La legittima difesa in un contesto di rissa.
4. La legittima difesa nella privata dimora.

## 2. Svolgimento

### 2.1 Cause di esclusione da pena, in particolare le scriminanti

«Cause di esclusione da pena» è un'espressione generica, che comprende tutti gli istituti che neutralizzano l'effetto tipico del reato, ossia la pena: esimenti oggettive (cause di giustificazione o scriminanti), esimenti soggettive (cause di esclusione della colpevolezza o scusanti), cause di esenzione personale da pena.

Nell'impostazione della concezione tripartita del reato, oggi largamente prevalente, l'antigiuridicità viene meno qualora una disposizione di legge autorizza o impone il fatto incriminato: detta norma, proprio in ragione del meccanismo cui dà luogo, viene definita «scriminante».

Per connotarne il generale effetto di liceità – anche extrapenale – molto utilizzata è l'espressione «causa di giustificazione», che anzi è la traduzione della parola composta «*Rechtfertigungsgründe*», con cui in Germania si contrassegnano le cause di non punibilità che escludono l'antigiuridicità.

La loro rilevanza nel sistema è dimostrata dall'inserimento nella parte generale del codice penale, agli articoli 50 (consenso dell'avente diritto), 51 (esercizio del diritto e adempimento del dovere), 52 (legittima difesa), 53 (uso legittimo delle armi), 54 (stato di necessità), applicabili a tutti i reati.

Esistono anche cause di giustificazione applicabili solo a determinati reati, previste nella parte speciale del codice penale: articoli 365, comma 2 (omissione di referto per il fatto della persona assistita); 384, comma 1 (stato di necessità giudiziario); 393-bis (reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale); 638 (uccisione di volatili nel proprio fondo) e altre. Cause di giustificazioni specifiche sono previste pure nella legislazione complementare (es. l'attività di polizia giudiziaria sotto copertura).

Le scriminanti appartengono alla categoria generale delle esimenti, le quali possono essere definite come le situazioni che escludono la responsabilità per un fatto costituente reato in virtù di ragioni oggettive o soggettive.

Le scriminanti hanno natura oggettiva, giacché sono riconducibili ad una sfera di azione consentita, elidendo l'illiceità del fatto (articoli 50-54 c.p.), ed operano anche se non conosciute dall'agente (art. 59, comma 1 c.p.). In presenza di una situazione scriminante il fatto è offensivo (*contra ius*), ma non antigiuridico (*non iure datum*), pertanto le scriminanti si estendono ai concorrenti nel reato (art. 119, comma 2 c.p.).

Alle esimenti oggettive si contrappongono le esimenti soggettive, denominate scusanti o cause di esclusione della colpevolezza, le quali elidono la rimproverabilità rispetto ad un fatto che oggettivamente resta illecito (articoli 54, comma 3; 51, comma 4; 55; 59, comma 4 c.p.). Le esimenti soggettive, a differenza delle cause di giustificazione, hanno un effetto di sola liceità penale e non si estendono ai concorrenti nel reato (art. 119, comma 2 c.p.).

Rientrano nelle esimenti i limiti istituzionali della punibilità (ad esempio, l'art. 649 c.p.).

In posizione distinta rispetto alle esimenti, ma pur sempre all'interno dell'ampio genere delle cause di non punibilità, si collocano le cause di esenzione della pena, le quali non incidono sul reato, ma sui suoi effetti. Hanno carattere eterogeneo e sono accomunate dall'impedire l'applicazione della sanzione (ad esempio: la desistenza volontaria dal tentativo e la ritrattazione delle false dichiarazioni rese in un procedimento penale).

La classificazione di un'esimente è, ovviamente, preliminare rispetto alla sua indagine. Al riguardo, limitando la riflessione a quelle contemplate dalla parte generale del codice penale, è pacifico che consenso dell'avente diritto, esercizio del diritto, adempimento del dovere, uso legittimo delle armi costituiscano esimenti oggettive. Ad analoga conclusione la dottrina largamente prevalente perviene con riguardo alla legittima difesa.

Maggiori dubbi ha sollevato l'inquadramento dogmatico dello stato di necessità (art 54 c.p.). Alcuni studiosi sono infatti propensi a riconoscere a tale esimente la natura di causa di esclusione della colpevolezza, poiché chi agisce in stato di necessità non è giustificato, ma scusato: non è da lui esigibile una condotta conforme al paradigma normativo. Accanto alle due tesi opposte, esiste un'opinione intermedia, che attribuisce allo stato di necessità una duplice natura: l'art. 54 c.p. abbraccerebbe, in tal modo, sia le ipotesi in cui il fatto è giustificato, sia le ipotesi in cui esso è semplicemente scusato. Si ritiene, in particolare, che lo stato di necessità operi come causa di giustificazione nel caso in cui il bene salvato abbia un maggiore valore rispetto a quello sacrificato, come scusante in tutti i casi di equivalenza tra i beni in conflitto.

Chiarita la natura giuridica delle scriminanti, altrettanto importante è l'individuazione del loro fondamento, ossia della *ratio* che ispira la liceità del fatto posto in essere dall'agente in presenza di una situazione scriminante. Al riguardo, il minimo comune denominatore di tutte le ipotesi sembra essere il bilanciamento degli interessi.

Ciò è evidente con riguardo alle scriminanti dell'esercizio del diritto e dell'adempimento del dovere, dove l'interesse contrapposto a quello tutelato dalla norma incriminatrice è formalizzato da una norma giuridica permissiva o impositiva.

Per quanto concerne le ipotesi disciplinate dagli articoli 52 e 54 del codice penale, parte della dottrina ritiene che il fatto compiuto, rispettivamente, per legittima difesa o in stato di necessità, non costituisca reato perché la legge lo impone o lo consente. Le esimenti in questione, secondo gli stessi autori, darebbero origine ad un conflitto di interessi, il cui bilanciamento si risolverebbe con la prevalenza dell'interesse ingiustamente aggredito nella legittima difesa o del valore superiore nello stato di necessità, ovvero nell'equivalenza dell'interesse nelle restanti ipotesi in cui si configura lo stato di necessità.

Con riguardo alla legittima difesa, significativi consensi ha raccolto la teoria secondo la quale essa sarebbe manifestazione di autotutela privata, il cui esercizio è ammesso da parte di chiunque si trovi nell'impossibilità di ottenere un tempestivo ed efficace intervento della pubblica autorità. In un'ottica giusnaturalistica tale autotutela è ricondotta al principio di ragion sufficiente superiore al diritto positivo. È stato rilevato inoltre come chi agisce per legittima difesa, oltre a difendere un diritto proprio o altrui, realizza uno scopo fondamentale dell'ordinamento giuridico, che è quello

della lotta contro l'illecito; l'agente compie un atto di giustizia e svolge al contempo una funzione di prevenzione speciale nei confronti dell'autore dell'aggressione.

Si è ritenuto da parte di alcuni che anche lo stato di necessità, al pari della difesa legittima, costituirebbe una forma di autotutela, sebbene la diversità per specie e contenuto delle situazioni in cui esso si integra ha dato origine a profonde divisioni in dottrina. Chi aderisce alla teoria unitaria, secondo cui lo stato di necessità ha natura oggettiva, ritiene che essa si fondi sul bilanciamento degli interessi in conflitto. Chi aderisce alla teoria binaria, rilevando come il bilanciamento non possa operare se gli interessi messi a confronto sono incommensurabili, ravvisa una natura anche soggettiva; sulla base di questo secondo fondamento, il soggetto che agisce in stato di necessità non è punibile a causa della pressione psicologica che su di lui esercita la situazione necessitante, costringendolo a compiere il fatto di reato. L'esimente rientrerebbe in questo senso tra le cause in presenza delle quali viene meno il rimprovero di colpevolezza in considerazione della anomalia della motivazione dell'agente, pur permanendo l'illiceità obiettiva del fatto.

Per quanto concerne la scriminante del consenso dell'avente diritto, parte della dottrina nega che il suo fondamento sia nel bilanciamento degli interessi, rinvenendone la *ratio* nell'abbandono del diritto, giacché, per effetto del consenso, il titolare del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice dimostra di rinunciare alla sua tutela.

L'impostazione delle scriminanti legata alla teoria del bilanciamento di interessi è condivisibile, e caratterizza tutte le ipotesi, pur se con modalità diverse.

Essa, tuttavia, non investe il fondamento gnoseologico delle scriminanti: le scriminanti non risolvono un conflitto privato tra aspirazioni a beni della vita contrapposti, ma designano l'area in cui l'ordinamento giuridico può qualificare con le sue categorie un fatto che presenta i tratti di un illecito penale. Tale operazione non implica la separazione del reato dalla realtà da cui proviene, ma si prefigge la finalità di analizzarlo come entità logica inserita nel complessivo sistema penale e non confinato in una norma di parte speciale dotata di autonomia perfetta.

Ciò apre il passaggio dal concetto di antigiuridicità obiettiva a quello di qualificazione oggettiva.

Nell'impostazione scientifica non è appropriato parlare di elementi del reato come l'antigiuridicità o la colpevolezza normativa, perché sono metafore, prive di consistenza logica. Il reato ha una dimensione empirica fondamentale, che è il fatto e la sua doppia imputazione all'agente, le esimenti operano sul versante della valutazione di questa dimensione empirica. È incongruo operare delle trasfigurazioni per esprimere e materializzare in un elemento quasi sensibile – come si configurano l'antigiuridicità e la colpevolezza – quello che è un giudizio.

Si tratta né più e né meno di qualificazioni: l'una oggettiva, l'altra soggettiva.

La portata della qualificazione oggettiva si evince dal contenuto delle fattispecie scriminanti, costruite con elementi esclusivamente (consenso dell'avente diritto, esercizio del diritto e adempimento del dovere) o prevalentemente normativi (legittima difesa, uso legittimo delle armi e stato di necessità), desunti dall'ordinamento civile o amministrativo.

L'impiego di elementi normativi extrapenali sta indicare come il legislatore intenda assoggettare il fatto di reato ad una valutazione complessiva, e l'esito di tale valutazione è una qualifica, che può essere positiva o negativa. Se poi si vuol chiamare tale ultima qualifica con il termine antigiuridicità obiettiva nulla si aggiunge, ma si rischia di sovrapporre il giudizio a quello di tipicità.

La collocazione delle cause di giustificazione nella teoria del reato può essere così descritta:

### giudizio di fatto

PREMESSA MINORE <b>Fatto</b>	PREMESSA MAGGIORE <b>Norma</b>	CONCLUSIONE <b>Effetto</b>
Fatto Imputazione oggettiva Imputazione soggettiva	Disposizione incriminatrice	Fatto di reato

### giudizio di valore

PREMESSA MINORE <b>Fatto</b>	PREMESSA MAGGIORE <b>Norma</b>	CONCLUSIONE <b>Effetto</b>
Fatto di reato	Disposizione scriminante	Qualificazione oggettiva

Lo schema evidenzia plasticamente la duplice qualificazione: la prima operata sulla base della singola norma penale, preordinata all'incriminazione del fatto; la seconda preordinata alla valutazione (in questo caso oggettiva) dell'illecito.

Qualora al fatto di reato si aggiunga un fatto scriminante la qualificazione non è negativa, e il reato non sussiste.

La qualificazione oggettiva mette a confronto la lesione dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice con gli altri valori riconosciuti meritevoli di tutela dall'ordinamento. Due sono le questioni che si pongono al riguardo:

- come si coordina la seconda qualificazione con la prima;
- qual è la regola di accertamento della qualificazione oggettiva.

La prima questione sottintende il problema fondamentale, cioè come può un fatto di reato non costituire illecito penale.

La dottrina, utilizzando come modello dell'analisi la scriminante dell'esercizio del diritto, descrive il problema come un'ipotesi di conflitto tra norme, precisamente tra la norma incriminatrice e la norma scriminante<sup>25</sup>. Tuttavia, questa ricostruzione non è corretta, perché la norma scriminante non è la causa del conflitto, ma piuttosto il suo esito: solo se il sistema penale ravvisa l'esistenza di un interesse prevalente rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, allora istituisce una scriminante. Tecnicamente non è la scriminante a prevalere, ma è l'interesse sotteso alla norma di liceità: la giustificazione del reato presuppone – e non già prevarica – la norma incriminatrice.

---

<sup>25</sup> MANTOVANI, *Enciclopedia del Diritto*, voce *Esercizio del diritto*, XV, 1966, § 2 (Il conflitto tra norma scriminante e norma incriminatrice. Necessità di individuazione dei criteri risolutivi).

Successivamente (§ 4. Applicabilità di tali criteri al conflitto tra norma incriminatrice e norma scriminante) l'Autore precisa che il conflitto è derivato da quello tra norma incriminatrice e norma extrapenale: «Presupposti essenziali perché si versi in materia di scriminante sono innanzitutto la sussistenza di un conflitto tra norma incriminatrice e norma che afferma il diritto, nel senso che entrambe appaiano riferirsi ad un medesimo fatto, e, inoltre che tale conflitto vada risolto a favore di quest'ultima. Allorché il conflitto non sia, per diverse ragioni, configurabile, un problema di scriminante non può neppure porsi».



Dunque, tra norma incriminatrice e norma scriminante vi è concorso e non conflitto: il fatto viene privato del suo connotato di illiceità, ma resta in piedi come fatto tipico e lesivo di un bene giuridico, ragion per cui non c'è violazione dei principi di legalità e offensività. Ad esempio, l'omicidio commesso in stato di legittima difesa resta un omicidio, in quanto sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 575 c.p., solo che non viene qualificato negativamente dall'ordinamento penale.

Il meccanismo del concorso di norme traduce nel dominio giuridico la valutazione sottesa alla causa di giustificazione e il rapporto esistente tra norma incriminatrice e norma scriminante, ma non spiega come il fatto scriminante possa rendere lecito il fatto incriminato, il quale appartiene al dominio naturale.

Dunque, non è sufficiente fare riferimento alla *ratio* della norma scriminante, essendo non meno rilevante la legge epistemologica che la governa, la quale illumina il profilo conoscitivo del problema e spiega sul piano logico-scientifico il fenomeno – squisitamente giuridico – della prevalenza di una norma su un'altra.

Così come per le fattispecie incriminatrici esistono principi costituzionali che fondano la gnoseologia dell'incriminazione, per le fattispecie scriminanti c'è un principio matematico che fonda la gnoseologia della giustificazione: la non contraddizione.

Tale principio, come noto, trova riconoscimento nell'art. 3 Cost. ed è immanente nel carattere di «sistema» di un ordinamento giuridico, vieppiù quello penale.

Nella logica classica il principio di non contraddizione postula la falsità di ogni proposizione implicante che una certa affermazione (A) e la sua negazione (non-A), siano entrambe vere allo stesso tempo e nello stesso modo: «È impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo oggetto e sotto il medesimo riguardo»<sup>26</sup>. Più semplicemente, la proposizione “A è anche non-A” è falsa.

Un sistema logico dove siano valide le comuni regole di inferenza e dove sia anche presente una contraddizione, ossia sia vera una affermazione e anche la sua negazione, è privo di logica, di struttura e di informazione, poiché tutte le affermazioni sono vere (comprese le loro negazioni). E quindi non può essere interessante poiché non comunica informazione. Questo risultato è anche noto come principio di esplosione.

Tale principio connota a maggior ragione l'ordinamento giuridico, il quale deve comunicare informazioni attendibili, poiché tali informazioni sono, in realtà, il volano di regole, cioè di comandi.

Ciò posto, si tratta di capire come tale principio operi in materia di scriminanti. Lasciando all'analisi delle singole fattispecie gli approfondimenti, qui occorre indicare il meccanismo di fondo.

Se l'ordinamento legittima – tramite l'assegnazione di un potere, l'imposizione di un dovere, la previsione di una facoltà – una condotta umana, quella condotta non può essere punita dall'ordinamento medesimo: dato il comportamento A come lecito, non può esistere il comportamento A come illecito, perché, se così fosse, sarebbe “A è anche non-A”.

Se, ciò nondimeno, l'ordinamento penale ammettesse una situazione siffatta (ad esempio punendo un omicidio commesso per legittima difesa), le relative norme sarebbero incostituzionali. In tal senso il giudizio di costituzionalità appare il rimedio per evitare l'esplosione del sistema.

---

<sup>26</sup> ARISTOTELE, *Metafisica*, Libro Gamma, cap. 3, 1005 b 19-20.

Il fondamento della non contraddizione è palese nell'ipotesi di esercizio del diritto o adempimento del dovere: l'ordinamento autorizza un soggetto, o addirittura gli impone, di realizzare una condotta che un'altra norma incrimina. Se, naturalmente, entrambe le disposizioni di legge devono essere mantenute ferme, perché la norma incriminatrice deve poter funzionare in tutti gli altri casi, ma al tempo stesso colui che ha il diritto di esercitare quella condotta incriminata deve poterla esercitare, ecco che il principio di non contraddizione opera nel senso di scriminare la condotta illecita ogniqualvolta essa è autorizzata o imposta dall'ordinamento giuridico.

Ciò fa comprendere meglio come l'individuazione nel bilanciamento degli interessi della ratio delle scriminanti non implichi il riconoscimento di un conflitto tra di esse e le norme incriminatrici, in quanto, se la scriminante è motivata dal principio di non contraddizione, essa rappresenta proprio la soluzione dell'antinomia nella valutazione del fatto che ricade sotto entrambe le norme.

Nell'ipotesi di legittima difesa il richiamo al concetto di autodifesa privata non è sufficiente a far emergere il principio di non contraddizione, non spiegando di per sé come l'autodifesa possa mettere in equilibrio un fatto aggressivo con un fatto difensivo. La soluzione del problema è nel terzo principio della dinamica («ad ogni azione corrisponde una reazione uguale e contraria»), che entra nell'ordinamento giuridico per il tramite del principio di sussidiarietà orizzontale, in forza del quale i cittadini possono sostituirsi allo Stato nell'esercizio di funzioni di sicurezza.

Meno nitida è l'operatività del principio di non contraddizione nello stato di necessità, che però ne costituisce pur sempre espressione, in quanto disegna una sfera di azione lecita, corrispondente all'inevitabilità del pericolo, calibrata su una fonte straordinaria di poteri (la necessità).

Passando alla seconda questione, cioè la regola processuale cui è soggetta la qualificazione oggettiva, si pone il non facile problema dell'applicazione del principio b.a.r.d. all'accertamento delle scriminanti.

Trattandosi di un principio che ha anche riflessi sostanziali, l'analisi non può non considerare, anzitutto, se le esigenze gnoseologiche sottese alla regola secondo cui la responsabilità penale è provata "oltre ogni ragionevole dubbio" sussistano anche per le cause di giustificazione.

Come noto, il b.a.r.d. è la regola del rapporto tra diritto penale e scienza, sicché può apparire ragionevole escluderne l'applicazione alla materia delle scriminanti, che sono governate da leggi giuridiche. In tal senso l'argomento principale è dato proprio dal concetto di qualificazione oggettiva: poiché l'ordinamento qualifica negativamente un fatto di reato ogniqualvolta non risultino situazioni scriminanti, l'accertamento "oltre ogni ragionevole dubbio" è riservato alla sussistenza del fatto di reato, mentre l'accertamento in ordine all'insussistenza di cause di giustificazione può avere natura probabilistica.

La conclusione appena esposta trova conferma nell'art. 530, comma 3 c.p.p., il quale stabilisce che "*Se vi è la prova che il fatto è stato commesso in presenza di una causa di giustificazione o di una causa personale di non punibilità ovvero vi è dubbio sull'esistenza delle stesse, il giudice pronuncia sentenza di assoluzione a norma del comma 1*".

Per il principio di specialità alle cause di giustificazione, si applica quest'ultima norma, la quale statuisce l'assoluzione in caso di dubbio sulla loro esistenza. Ne consegue che la prova della loro inesistenza non deve essere data oltre ogni ragionevole dubbio, essendo sufficiente accertare che la loro esistenza è altamente improbabile, anche se non può escludersi *in toto* (il dubbio positivo postula una seria possibilità).

## 2.2 La legittima difesa

La legittima difesa è la prima delle scriminanti non costruite essenzialmente su elementi normativi, ma anche su elementi empirici, i quali permettono di apprezzare meglio il «fatto» scriminante e mettono sotto una diversa luce il fondamento comune a tutte le scriminanti, ossia il principio di non contraddizione.

L'analisi di carattere generale verte su:

- definizione e fondamento;
- struttura;
- limiti.

### 2.2.1 Definizione e fondamento

L'art. 52 c.p. stabilisce che:

*“Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.*

*Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.*

*La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale”.*

È il primo comma a dettare le linee fondamentali dell'istituto e sulla sua base la legittima difesa può definirsi come l'azione posta in essere per difendere la propria o l'altrui sfera giuridica da aggressioni ingiuste. La legittima difesa si incentra, dunque, su uno schema di azione/reazione: all'aggressione ingiusta (1) segue la difesa proporzionata (2).

Volendo fare l'anatomia dell'espressione «legittima difesa», si può dire che c'è un frammento di ciascun termine in ognuno dei due elementi: una condotta costituisce una «difesa» perché è in risposta ad un attacco, dunque essa postula sia un'aggressione (1), sia una reazione (2); la difesa è «legittima» perché l'ordinamento giuridico l'autorizza, il che postula l'ingiustizia della minaccia (1) e l'adeguatezza della difesa all'offesa minacciata (2).

Lo schema logico della legittima difesa è fondato sulla causalità giuridica: lo stesso concetto di «legittima difesa» predica un nesso tra l'aggressione e la difesa, sia sotto il profilo materiale (la difesa deve essere la conseguenza fisica dell'aggressione), sia sotto quello valutativo (la difesa deve essere la conseguenza giuridica dell'aggressione), nel senso che l'ordinamento stabilisce a quali presupposti via sia continuità naturalistica e di valore tra azione e reazione.

Anticamente sintetizzata nel brocardo *vim vi repellere licet*, la legittima difesa è riconosciuta in tutti gli ordinamenti, evoluti o rudimentali che siano, ma il suo fondamento è discusso.

Per la prevalente teoria pubblicistica essa trova fondamento in una delega che lo Stato concede ai cittadini nella tutela di interessi primari, sul presupposto che il compito della loro protezione è stato trasferito dai cittadini allo Stato con il contratto sociale.

Per la teoria privatistica la scriminante in esame va ricondotta al diritto naturale di autodifesa individuale, ma resta immanente presupposto del suo riconoscimento nel sistema penale l'intervento

autorizzatorio dello Stato, nel senso di rimozione del limite al libero esplicarsi di tale diritto, che comporta la neutralizzazione di beni altrui.

Altre teorie, facendo riferimento ad un concetto di anti giuridicità in senso sostanziale, ravvisano il fondamento della legittima difesa nell'assenza di un danno sociale ovvero nella tecnica del bilanciamento degli interessi in conflitto.

Le impostazioni dottrinarie riportate non sono antitetiche e si completano, ma è innegabile che – guardando alla realtà – sia dominante il profilo dell'autodifesa, cristallizzato anche sul piano formale dall'art. 1 della legge n. 59 del 2006 (che modifica l'art. 52 c.p.), inequivocabilmente rubricato “*Diritto all'autotutela in un privato domicilio*”.

Il diritto di autodifesa origina dall'art. 2 della Costituzione, in quanto diritto inviolabile dell'uomo, che lo Stato non può espropriargli, trattandosi altrimenti di una limitazione del contenuto essenziale della sovranità.

I lavori preparatori della legge n. 59 del 2006, che hanno modificato l'art. 52 c.p., confermano tale conclusione, esternando chiaramente la volontà legislativa di «riconoscere ad ogni cittadino il diritto naturale all'autodifesa, restituendogli la sovranità almeno nel proprio domicilio», si aggiunge, inoltre, che «Qualcuno obietterà che questo diritto esiste già, previsto dall'articolo 52 del codice penale sulla legittima difesa. Purtroppo l'eccessivo grado di discrezionalità che è stato lasciato al potere di interpretazione dei magistrati ha vanificato la certezza del diritto. Fatti del tutto simili vengono giudicati in modo completamente difforme da un tribunale all'altro, da un grado di giudizio all'altro».

Che si ravvisi il potere di reazione del soggetto aggredito nel diritto di autodifesa, ovvero in una delega da parte dello Stato a svolgere compiti di difesa personale, è decisivo considerare il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>27</sup>.

Con specifico riferimento alla legittima difesa la sussidiarietà giustifica l'attribuzione di poteri coercitivi – la cui attuazione integra reato – in capo ai soggetti aggrediti ingiustamente. L'operatività del principio è particolarmente avvertita nell'ipotesi in cui l'aggressione riguardi la sfera di un terzo, che non si può inquadrare nell'autodifesa, ma nell'esercizio di funzioni a difesa dell'altrui sfera giuridica, tipicamente di pertinenza dello Stato. È proprio nell'attribuzione ai privati di competenze dell'apparato pubblico – nella specie la prevenzione dei reati – che va ravvisata l'essenza della scriminante.

Oggi il principio di sussidiarietà orizzontale risulta codificato dall'articolo 118, comma 4 della Costituzione, che stabilisce: “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”.

La dimensione costituzionale del principio ne fa il criterio guida di sviluppo nell'interpretazione dell'art. 52 c.p., imponendo una rilettura della norma, pur nel rispetto dei canoni di ermeneutica penale, implicati dall'assioma della legalità e dai valori propri del sistema.

Ciò presenta intuitivi corollari con riguardo all'innovativa previsione della legittima difesa nel proprio domicilio, e meno intuitivi – ma di crescente attualità – con riguardo al possibile impiego di privati nello svolgimento dei compiti di sicurezza pubblica.

Tali profili attengono all'applicazione della scriminante, mentre qui occorre soffermarsi sul problema generale del fondamento.

---

<sup>27</sup> Per il quale si rinvia alle apposite trattazioni, limitandosi a segnalare che esso, quale criterio di distribuzione dei compiti tra pubblico e privato, opera anche in diritto penale, nel senso di escludere l'intervento dell'Autorità ogni qualvolta ciò sia possibile ed opportuno, o necessario.

Il riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale consente di cogliere con immediatezza l'operatività del principio di non contraddizione, trasferendo l'assetto reale della scriminante sul piano dell'ordinamento giuridico. In tal senso, riconosciuto al privato ciò che nello Stato moderno spetta al pubblico, cioè il potere di agire contro terzi – non nell'esercizio ma – a difesa di un diritto, si instaura un meccanismo concettuale non dissimile da quello esistente nelle altre cause di giustificazione, che rappresentano la soluzione dell'antinomia tra divieto e autorizzazione.

La differenza è che, mentre nelle ipotesi già esaminate l'autorizzazione nasce in ordinamenti giuridici extrapenalici, in materia di legittima difesa nasce nel dominio scientifico (la già citata terza legge di Newton, nota come principio di azione e reazione) e viene trasportata nel sistema penale grazie a un principio costituzionale, come sempre accade quando una legge di natura è chiamata ad operare nell'ordinamento penale.

Premessi definizione e fondamento, l'analisi si sposta sulla struttura della fattispecie, profondamente incisa dalla legge n. 59 del 2006, che ha inserito nell'art. 52 c.p. due nuovi commi, il primo dei quali fissa una presunzione di proporzionalità al verificarsi di un certo tipo di aggressione nel domicilio privato e il secondo estende la nozione di domicilio a tal fine.

In tal modo, pur non codificandosi l'autonoma scriminante dell'uso legittimo delle armi da parte del privato, si è creata una fattispecie che deroga alla *ratio* della legittima difesa, imperniata sul rapporto concreto tra aggressione e reazione.

La modifica dell'art. 52 c.p. ha fatto molto discutere.

Nella coscienza collettiva la riforma approvata è stata avvertita come giusta e necessaria, poiché l'aggressione nei luoghi di privata dimora è una forma criminale che mina alle fondamenta i diritti della persona e la sua fiducia nelle istituzioni, creando sentimenti di paura e di turbamento nella collettività, minacciata anche laddove più forte è la pretesa di sentirsi al sicuro e di poter svolgere in tranquillità la propria esistenza o le proprie attività professionali.

Per altra corrente di pensiero il metodo seguito dal legislatore allontana dalla nostra tradizione giuridica e introduce una sorta di licenza ad uccidere, legittimando la controversa figura del giustiziere privato. Accanto alla critica ideologica, si è censurata la scelta di inserire una scriminante speciale nella parte generale del codice penale, senza neppure renderla determinata. Infine, parte della dottrina ha lamentato la lesione dei principi di offensività e necessità, perché l'astrattezza della presunzione sottrae un'intera area di fatti concreti al giudice.

Pur nella diversità di impostazioni, la dottrina condivide la peculiarità della nuova fattispecie, tale da suggerire una trattazione separata dalla legittima difesa ordinaria.

### **2.2.2 Struttura**

La legittima difesa ordinaria è quella prevista nell'art. 52, comma 1 c.p. La struttura della fattispecie è direttamente desumibile dalla formulazione della disposizione (*“Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa”*), estremamente analitica, e può scomporsi nei seguenti elementi essenziali:

- 1) l'aggressione a un diritto proprio o altrui;
- 2) il pericolo attuale di un'offesa ingiusta;
- 3) la reazione legittima.

Tali elementi sono suscettibili di ulteriore scomposizione, ma rappresentano l'asse portante della scriminante: attacco - pericolo di lesione - difesa. Ciascun elemento è di seguito analizzato, nell'ordine indicato.

1) L'aggressione al diritto non è esplicitamente enunciata, ma è logicamente presupposta dall'essersi prodotta una situazione di pericolo di lesione per un bene giuridico.

L'aggressione è causata dalla condotta umana, oppure da cose o animali che sono soggette al dominio dell'uomo e, perciò, da lui controllabili. Ciò non solo quando l'agente se ne serve per realizzare l'aggressione<sup>28</sup>, ma anche quando essi sfuggano al suo controllo. In tal senso, d'altra parte, militano le disposizioni del codice civile, che prevedono sia la responsabilità per «qualunque fatto» doloso o colposo che cagioni un danno ingiusto, sia la responsabilità per danni cagionati da cose in custodia (art. 2051), da animali (art. 2052), da rovina di edifici (art. 2053).

La differenza è che nella prima ipotesi si applicano i comuni principi giuridici sull'azione, poiché l'imputazione avviene direttamente in capo al soggetto che si è avvalso delle forze naturali o degli animali, nella seconda ipotesi occorre che una norma giuridica istituisca una relazione tra la persona e la cosa o l'animale da cui origina l'aggressione.

Accanto all'esistenza di una condotta materiale imputabile alla persona, occorre che esista il nesso di imputazione con la situazione di pericolo, da accertarsi secondo le regole comuni sulla causalità (art. 40 e 41 c.p.).

In relazione alle tipologie di aggressione, dal riferimento che il codice vigente – diversamente dal precedente che utilizzava il termine “violenza” – fa alla “*offesa*”, si deduce che è rilevante qualsiasi comportamento, attivo od omissivo, idoneo a causare un pericolo di lesione, anche non intrinsecamente violento<sup>29</sup>.

Per quanto concerne l'oggetto dell'aggressione, esso viene identificato in un “*diritto proprio od altrui*”, senza tuttavia specificare la portata della nozione in esame. Trattandosi di elemento normativo, occorre dunque considerare gli ordinamenti giuridici extrapenalistici per definirlo, adattandone i concetti alla *ratio* della norma penale.

In tal senso, rientrano nella nozione i diritti soggettivi (assoluti o relativi, personali e patrimoniali, reali e relativi) ed i diritti potestativi; nonché tutte le altre posizioni giuridicamente qualificate, poste a presidio di interessi individuali. Non vi rientrano gli interessi giuridicamente tutelati pertinenti a beni pubblici o collettivi (personalità dello Stato, ordine pubblico, incolumità pubblica, ambiente, ecc.). A sostegno di tale conclusione non è sufficiente il dato letterale, poiché l'espressione «diritto altrui» di per sé esclude solo quei beni giuridici non riconducibili al concetto di diritto, pur estensivamente inteso, mentre lascia aperta la questione per le posizioni che hanno una titolarità soggettiva, quale che sia, poiché il termine “altrui” è suscettibile di designare qualsiasi soggetto giuridico, quindi anche enti pubblici e privati.

La dottrina argomenta la soluzione negativa dal superamento dei limiti in cui è eccezionalmente consentita l'autotutela privata, sul postulato che attribuire la difesa di beni superindividuali ai singoli darebbe luogo ad un'ingerenza dei privati nell'esercizio di funzioni pubbliche. Ricordando che il riferimento all'autotutela in materia di legittima difesa va inteso in senso materiale, cioè non come farsi giustizia da sé nell'esercizio di un diritto, ma come difesa di un interesse, la motivazione va chiarita. Ciò che è estraneo alla norma è un intervento dei privati nella difesa della legalità in sé considerata: la legittima difesa non costituisce supplenza allo Stato nella tutela di interessi intrinsecamente pubblici, bensì esercizio della libertà di difesa privata. Dunque, nel concetto di «diritto altrui» non possono essere comprese le situazioni giuridiche pubblicistiche.

---

<sup>28</sup> Si pensi al classico esempio di chi aizza un cane o un altro animale potenzialmente lesivo.

<sup>29</sup> A titolo esemplificativo possono annoverarsi tra le condotte offensive le minacce provenienti da un terzo per costringere l'automobilista ad adempiere l'obbligo di soccorso del ferito.

L'agire a difesa di diritti individuali altrui può essere facoltativo o doveroso: la dottrina maggioritaria ritiene che il soccorso di persona in pericolo è facoltativo qualora l'aggressione sia in *itinere* o sia suscettibile di convertirsi in un analogo pericolo per il difensore, è doveroso quando tale rischio non sussiste o l'aggressione si sia già esaurita o la persona versi in pericolo per altre cause (es. malattia); nella prima ipotesi si applica l'art. 52 del codice penale, la seconda è disciplinata dall'art. 593 del codice penale. La soluzione è corretta, ma tralascia l'ipotesi in cui il soggetto non sia tenuto ad esporsi a pericolo al fine di prestare assistenza al terzo, bensì solo a dare immediato avviso all'Autorità della situazione di pericolo in cui versi il terzo.

2) Secondo elemento di struttura è il “*pericolo attuale di una offesa ingiusta*”, così testualmente previsto dalla disposizione.

Il pericolo viene tradizionalmente definito come una situazione o complesso di circostanze che siano suscettibili di provocare un danno, ossia, più precisamente, la descrizione concreta di un rischio (inteso come probabilità che si verifichi un evento lesivo).

L'accertamento del pericolo si opera alla luce delle leggi di copertura, previa ridescrizione dell'offesa nel corrispondente accadimento materiale. Il giudizio consiste in una prognosi postuma su base totale, tenendo cioè conto di tutte le circostanze obiettive del caso concreto, anche se conosciute successivamente. Al riguardo la polemica tra sostenitori del giudizio *ex ante* e del giudizio *ex post* appare frutto di un equivoco: trattandosi di un elemento oggettivo di fattispecie il suo accertamento non può che operarsi alla luce della situazione esistente, conosciuta o meno all'agente, onde evitare risultati iniqui<sup>30</sup>. D'altra parte, essendo un giudizio su un elemento potenziale e non meramente reale (reale essendo la situazione, potenziale la sua qualifica di dannosità), implicante una predizione e non un mero giudizio storico, esso non potrà che formularsi con riguardo al momento in cui l'agredito ha reagito.

Lo *standard* dell'accertamento è probabilistico: come osservato a inizio capitolo la regola *b.a.r.d.* non si applica alla cause di giustificazione, inoltre il pericolo per definizione si sottrae ad un accertamento al di là di ogni ragionevole dubbio. Qualora il danno non sia probabile, ma solo possibile, cioè meramente ipotetico, il pericolo non giustifica la difesa, ma può rilevare ai fini di una condotta precauzionale, volta a scongiurare addebiti colposi nell'ipotesi in cui, concretizzatasi la situazione pericolosa, l'agente agisca in modo sproporzionato.

Il pericolo deve essere attuale, in quanto scaturente da una situazione che, se non interrotta, sfocerebbe nella lesione del diritto. Il pericolo è attuale quando è presente, con esclusione di quello già esaurito o non ancora nato: rilevano, dunque, il pericolo incombente e quello permanente. Il pericolo è incombente quando l'azione di aggressione sia prossima o abbia raggiunto la soglia di rilevanza penale, dando luogo a un tentativo di reato: in tale ipotesi la situazione di pericolo è già nata, ma non si è ancora tradotta in un danno, né tanto meno si è esaurita, essendo l'aggressione in *itinere*<sup>31</sup>. È attuale anche il pericolo perdurante, che si ha quando l'offesa del diritto è in corso (si

---

<sup>30</sup> «Si faccia, infatti, il caso che alla luce delle sole circostanze che in base all'esperienza erano conoscibili nel momento in cui fu realizzata la condotta difensiva, e di quelle ulteriori eventualmente note all'agente, risultasse un certo pericolo *ex ante* (esempio: una persona di notevole prestanza fisica si trova di fronte, a pochi passi di distanza, un aggressore di debole costituzione fisica che sembra chiaramente disarmato); che *ex post* si accerti tuttavia che il pericolo era più grave (esempio: si scopre in seguito che l'aggressore nascondeva, perfettamente occultata, una carica di esplosivo pronta a scoppiare al minimo urto). Secondo il criterio di valutazione *ex ante* il pericolo non appariva certo mortale; ed allora, se questo fosse veramente il concetto rilevante ai sensi dell'art. 52 c.p., l'agredito che avesse sparato al cuore dell'aggressore non potrebbe sfuggire ad una condanna per omicidio volontario: una conseguenza che, alla luce di ciò che si è rilevato *ex post*, non può apparire accettabile» (C. GROSSO, *Enciclopedia del diritto*, voce *Legittima difesa*, XXIV, 1974).

<sup>31</sup> Il nostro ordinamento non ammette la difesa anticipata. Si tratta di un principio comune agli ordinamenti occidentali e affermato nell'ordinamento internazionale, dove la legittima difesa (art. 51 Carta ONU) costituisce una deroga al divieto imperativo di uso della forza. Tuttavia, proprio nel diritto internazionale è stata elaborata – ed attuata – la dottrina della guerra preventiva, come risposta al

pensi ai reati permanenti) e può essere interrotta grazie ad un'azione lesiva posta in essere nei confronti dell'aggressore.

Requisito non esplicitato è il ruolo dell'agredito nell'origine del pericolo, che la tesi prevalente ritiene non debba essere stato volontariamente causato dall'agredito, con conseguente inapplicabilità dell'art. 52 c.p. al provocatore, a chi accolga una sfida o affronti una situazione di rischio prevista ed accettata<sup>32</sup>. Altra parte della dottrina – muovendo dal silenzio dell'art. 52 c.p. a differenza dell'art. 54 c.p. – ritiene che l'interpretazione sia arbitraria. Appare preferibile una soluzione intermedia, essendo sufficiente per l'applicazione della scriminante che il pericolo sia imputabile all'aggressore in base alle norme sulla causalità, tra cui quella sull'equivalenza delle cause (art. 41, comma 1 c.p.), ragion per cui l'eventuale concorso dell'offeso nella produzione dello stato di pericolo è irrilevante, salvo che non ne sia stata causa efficiente (art. 41, comma 2 c.p.). Secondo tale impostazione l'accettazione di una sfida esclude l'applicabilità della scriminante solo se vale a convertire il pericolo *ab externo* in una situazione cui il soggetto aderisce, recidendo il nesso causale tra aggressione e pericolo.

Il pericolo deve avere ad oggetto un'offesa ingiusta, cioè, appunto, una lesione antiggiuridica. Essendo già previsto che l'aggressione sia diretta contro un diritto (*contra ius*), il requisito dell'ingiustizia dell'offesa deve intendersi come danno *non iure*, non giustificato dall'ordinamento, siccome arrecato in assenza di una causa di liceità.

È pacifico che l'ingiustizia manchi se la condotta di aggressione sia effettuata in presenza di un'autorizzazione a tenerla, come nei casi di consenso dell'avente diritto, esercizio del diritto, adempimento del dovere.

Meno nitida è la soluzione nei casi in cui l'aggressione sia posta in essere per legittima difesa o nell'uso legittimo delle armi, oppure in stato di necessità.

Nella prima ipotesi non dovrebbero esservi dubbi: l'aggressore, minacciato dalla reazione dell'agredito, non può invocare a sua volta la legittima difesa, perché l'offesa che subisce non è ingiusta. Molteplici le ragioni: anzitutto, non è ragionevole riconoscere a chi si è reso responsabile di un'aggressione antiggiuridica la possibilità di opporsi alla reazione di chi si difende; inoltre, se si legittimasse la reazione dell'originario aggressore, si ammetterebbe la possibilità di una catena indefinita di singoli episodi di offesa-difesa reciproci tutti penalmente leciti; infine, poiché la difesa legittima costituisce una sanzione giuridica, che si sostanzia nella reazione contro l'aggressore, non

---

pericolo terroristico globale: «Gli Stati Uniti non possono più fare affidamento, come nel passato, soltanto su un atteggiamento reattivo. (...) Non possiamo permettere ai nostri nemici di attaccare per primi. Nella Guerra fredda la deterrenza rappresentava una difesa efficace. Ma una deterrenza basata esclusivamente sulla minaccia di rappresaglia ha assai meno possibilità di successo contro i leader di Stati canaglia molto più pronti ad assumersi rischi, mettendo in gioco le vite dei propri cittadini e la ricchezza delle loro nazioni» (The National Security Strategy of the United States of America, Cap. V, settembre 2002 cd. USNSS).

La dottrina dell'intervento preventivo: a) prescinde dall'attualità della minaccia o dall'imminenza di un attacco, ma si riconnette ad elementi di tipo prognostico, quali i collegamenti con gruppi terroristici o la politica di acquisizione di armi da parte di uno Stato, che vengono qualificati come elementi atti a dimostrare di per sé l'esistenza di un pericolo per la sicurezza nazionale; b) ammette espressamente la possibilità di operare azioni militari a carattere preventivo non solo nei confronti dei gruppi terroristici, ma anche nei confronti di Stati che, per il fatto di sostenere o ospitare sul proprio territorio gruppi terroristici, o per il fatto di possedere armi di distruzione di massa, possano costituire una minaccia per la sicurezza nazionale; c) rispetto all'azione militare, non pone limiti di carattere funzionale riferiti all'esigenza di respingere l'attacco o rimuovere l'immediatezza del pericolo, ed assume anzi come parametro di riferimento quello, ben diverso, della funzionalità rispetto all'esigenza di eliminare definitivamente la minaccia per la sicurezza nazionale.

È chiaro che una simile teoria è adeguata solo al particolare contesto internazionale in cui è stata elaborata, caratterizzata dal rischio di eventi distruttivi di notevoli proporzioni, paragonabili ad attacchi bellici. Tuttavia, il suo fondamento gnoseologico ha carattere universale ed appare condivisibile: i principi fondamentali del diritto, che rendono ingiusta, oltre che illegale, la difesa preventiva, sono pensati per un mondo razionale. Di fronte ad attori irrazionali il pericolo è imprevedibile, e lo stesso concetto di attualità perde significato. Allora la strategia impostata sul contenimento e sulla deterrenza appare inadeguata, e ciò suggerisce il passaggio dalla *reactive posture* alla *pre-ventive war*.

<sup>32</sup> Cass. sez. I, n. 15025 del 2006, n. 2911 del 2008, n. 33863 del 2009.



è concepibile che questo possa, a sua volta, reagire in una situazione di difesa legittima, come se si sanzionasse la sanzione.

Ad analoga conclusione si perviene con riguardo all'uso legittimo delle armi: sarebbe contraddittorio che il legislatore, dopo avere creato una scriminante autonoma (rispetto all'adempimento del dovere ed alla legittima difesa) allo scopo di assicurare all'autorità una più efficace e sicura possibilità di intervento, consentisse a chi si oppone all'azione del pubblico ufficiale di impedirne la coazione fatta al fine di rimuovere tale opposizione. Non solo la funzione della scriminante sarebbe vanificata, ma la situazione darebbe luogo ad un assurdo logico.

Meno scontata è la soluzione quando l'aggressore agisca in stato di necessità: parte della dottrina ritiene che l'aggressione resti antiggiuridica e che l'agredito conservi il diritto di difendersi, non potendosi imporre il sacrificio di un proprio interesse a ragione dell'interesse altrui; altra parte della dottrina sposta il conflitto di interessi nella sede propria, che è il giudizio di proporzionalità.

Estranea alla nozione di ingiustizia è la colpevolezza dell'aggressione: questa può caratterizzare l'azione offensiva da cui ci si difende, ma non è di per sé un requisito della legittima difesa. L'ordinamento riconosce il diritto di difendersi indipendentemente dall'esistenza, nella condotta di aggressione, di tutti gli estremi di un illecito, in particolare di quello soggettivo, facendo leva piuttosto sulla sua dimensione oggettivamente offensiva, come si evince dal riferimento che l'art. 52 c.p. fa al diritto quale oggetto della difesa. Ne consegue che l'aggressione è ingiusta se lede un interesse giuridicamente protetto da una norma extrapenale, ovvero – se questa manca – da una norma penale, nel qual ultimo caso la colpevolezza è rilevante solo in quanto condizione della protezione giuridica dell'interesse nell'ordinamento di appartenenza.

Analogamente non è rilevante che l'aggressore sia provvisto della capacità di intendere o di volere o della capacità penale, oppure se non sia da lui conoscibile la norma che tutela i beni dell'agredito, ovvero se agisca nell'erroneo convincimento dell'esistenza di una causa di giustificazione. Alla stessa conclusione deve pervenirsi allorché l'aggressore versi in eccesso colposo in causa di giustificazione, considerato che anche l'eccesso colposo scusa e non giustifica.

**3)** Terzo elemento di struttura è la reazione legittima, che è tale in presenza di una pluralità di condizioni, alcune delle quali, a rigore, appartengono all'elemento del pericolo ed alla conseguente necessità di difendersi, ma sono trattate in questa sede, in quanto valgono a connotare la reazione.

Prima di esse, pur non esplicitata, è che la difesa sia diretta contro l'aggressore. Ciò si desume dal riferimento fatto alla necessità di difendere il diritto "*contro*" il pericolo attuale di una offesa ingiusta.

Si pone allora il problema di individuare la regola del caso in cui l'agredito cagioni offesa a persona diversa dall'aggressore. Parte della dottrina esclude che possa applicarsi l'art. 82 c.p. (*aberratio ictus*), giacché tale disposizione presuppone la commissione di un reato, mentre nel caso in questione il colpevole agisce per legittima difesa, pur se erroneamente dirige la reazione contro un soggetto diverso dall'aggressore. La soluzione è criticata, perché l'agredito vuole commettere il reato, sia pure per legittima difesa, ma lo realizza nei confronti di persona diversa, dando luogo proprio alla fattispecie del reato aberrante. Una terza tesi propende per ravvisare in questa ipotesi un eccesso colposo in legittima difesa, con conseguente applicazione dell'art. 55 del codice penale.

A parte tale profilo, la reazione è legittima se sussistono i seguenti requisiti:

- la necessità di difendersi;
- l'inevitabilità del pericolo;
- la proporzione tra difesa e offesa.

Tali requisiti sono, al tempo stesso, elementi costitutivi e limiti di funzionamento dell'istituto.

### 2.2.3 Limiti

Poiché la traccia menziona separatamente i limiti, è preferibile una trattazione disgiunta degli elementi di struttura che, presentando un margine di flessibilità, possono interpretarsi come limiti.

Infatti, il concetto di “limite” in materia di scriminanti deve ricavarsi dall’art. 55 c.p., secondo cui “*Quando, nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall’ordine dell’Autorità ovvero imposti dalla necessità, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo*”.

La disposizione disciplina l’ipotesi in cui, in presenza degli elementi costitutivi di una scriminante, l’agente per colpa ne travalica i limiti.

L’ammissibilità di una fattispecie la cui struttura sia al tempo stesso perfetta (completa di tutti i suoi elementi) e imperfetta (priva di uno dei suoi elementi) sembra un assurdo logico, ma trova spiegazione nella funzione che taluni requisiti, impliciti o espliciti, hanno.

Coerentemente con la funzione di bilanciamento tra interessi contrapposti che è una costante del fenomeno, la struttura delle fattispecie scriminanti presenta un grado – minore negli articoli 50 e 51, maggiore negli articoli 52, 53 e 54 – di flessibilità, legato alla presenza di elementi elastici, graduabili in base alle circostanze concrete, che hanno la funzione di limitare la sfera di liceità dell’azione offensiva di colui a favore del quale si realizzano i presupposti della scriminante.

Di siffatti elementi è logicamente predicabile nel caso storico, non la sussistenza o l’insussistenza, ma il rispetto o la violazione. L’esempio più evidente è la proporzione tra pericolo e difesa, la cui mancanza significa in realtà che l’azione del soggetto giustificato è eccessiva. Ciò, tuttavia, può dirsi anche per la necessità di difendersi e per l’inevitabilità del pericolo.

La necessità di difendersi implica che il soggetto aggredito si trovi nell’alternativa di reagire o subire l’offesa e va valutata in rapporto al tipo ed all’intensità della aggressione, al luogo in cui si svolgono i fatti e alle persone coinvolte. La necessità, essendo sinonimo di inevitabilità, non dovrebbe sussistere in quei casi in cui il soggetto abbia un’ulteriore opzione, quale la fuga. L’opinione tradizionale ritiene che dall’aggredito non può pretendersi la fuga qualora essa sia disonorevole, cioè sia considerata vile dalla generalità dei consociati; doveroso sarebbe soltanto il cd. *commodus discessus*, cioè una ritirata comoda e dignitosa. La tesi non è conforme alla *ratio* della norma, che affida la soluzione dei conflitti di interesse alla tecnica del bilanciamento. Oggi si sostiene che il soggetto aggredito non sia tenuto a fuggire quando con la fuga esporrebbe sé od altri ad un probabile danno superiore, uguale o – secondo alcuni – ragionevolmente inferiore a quello che arreca all’aggressore difendendosi. In questa prospettiva il pregiudizio all’onore andrebbe considerato alla stregua di qualsiasi altra lesione del proprio interesse che l’aggredito possa risentire in ipotesi di fuga.

La inevitabilità del pericolo attiene all’impossibilità del soggetto di difendersi dal pericolo con una reazione di minore intensità lesiva rispetto a quella posta in essere. Non è, dunque, sufficiente che l’aggredito si trovi nella necessità di difendersi, ma occorre che egli non possa evitare l’offesa se non attraverso il fatto difensivo concretamente realizzato. Il giudice, al fine di accertare tale elemento, deve eliminare mentalmente la condotta tenuta dall’aggredito, onde stabilire se il pericolo poteva essere evitato in altro modo. Il giudizio è effettuato *ex ante* ed in concreto, sulla base della migliore scienza ed esperienza.

Parte della dottrina obietta che l’inevitabilità non è menzionata dall’art. 52 c.p., differentemente da quanto accade nell’art. 54 c.p., per cui non può esserne un requisito.

L’obiezione viene superata osservando che l’inevitabilità del pericolo:

a) è implicita nella *ratio* della legittima difesa;

b) si desume dallo stesso art. 52 c.p., nella parte in cui postula la “*necessità di difendere*”, che ben può essere interpretata come necessità di difendersi con un fatto meno lesivo;

c) è ricavabile dall’art. 55 c.p., poiché tale disposizione, riferendosi al superamento dei “*limiti imposti dalla necessità*”, postula che la necessità di difesa esista, ma che il soggetto ne abbia varcato i limiti.

La proporzione tra difesa ed offesa è il tratto più caratteristico della legittima difesa, la quale postula che il male inflitto all’aggressore sia inferiore, uguale o ragionevolmente superiore al male minacciato.

Secondo l’orientamento tradizionale<sup>33</sup> la proporzione intercorre tra i mezzi difensivi a disposizione dell’agredito e quelli effettivamente impiegati. Di conseguenza la legittima difesa può essere invocata anche da chi, reagendo, provoca un’offesa maggiore di quella a lui minacciata, purché il mezzo impiegato fosse il solo a disposizione dell’agredito.

Oggi si ritiene che la proporzione vada valutata comparando i beni in gioco, ossia quello minacciato dall’aggressione e quello pregiudicato dalla reazione difensiva. Il problema di oggettivare una comparazione tra valori è risolvibile facendo riferimento alle scelte già operate dal legislatore, dunque alla rilevanza che i beni protetti hanno nel codice penale, nella Costituzione e nelle fonti internazionali.

Esigenze di certezze suggeriscono di ordinare i valori in una proporzione matematica<sup>34</sup>, che assuma i beni giuridici come grandezza, e il *quantum* di pena previsto per i fatti che la offendono come unità di misura, da ponderare alla luce del parametro qualitativo.

Alla luce di tale impostazione risulta corretta la tesi maggioritaria che ritiene sussistente un rapporto di proporzione tra offesa e difesa allorché si tratta di beni omogenei, mentre, qualora i beni siano eterogenei (ad esempio, vita e incolumità individuale contro patrimonio), l’interprete deve attribuire un valore – in base al procedimento prima indicato – a ciascun bene giuridico in conflitto e poi comparare i risultati ottenuti.

Il giudizio di proporzionalità non è limitato all’astratto raffronto tra gli interessi protetti, perché l’esatta dimensione offensiva delle contrapposte condotte può essere colta solo in concreto, considerando le modalità dell’aggressione e della reazione, onde inferire il grado della lesione. La concretizzazione del giudizio, oltre ad essere pienamente conforme alla natura ed alla funzione della scriminante, è coerente con il sistema penale, che detta una serie di indici per valutare il fatto storico (art. 133 c.p.).

Deve precisarsi che il vecchio criterio del raffronto tra mezzi disponibili e mezzi impiegati non è abbandonato, ma svolge un ruolo complementare<sup>35</sup>. Diversamente, il giudizio di proporzionalità rischierebbe di tradursi in una valutazione irrealistica, che ignori l’effettiva possibilità dell’agredito di graduare la sua reazione, così finendo per ritenere sproporzionata qualsiasi difesa che ecceda quella teoricamente ammessa alla luce della comparazione delle rispettive offese, anche se la stessa non possa essere concretamente realizzata, per mancanza dei mezzi idonei.

---

<sup>33</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale*, II, Torino, 1982, p. 414; Cass. 6 dicembre 1968, in *Cass. pen. Mass. ann.* 1970, p. 72.

<sup>34</sup> In matematica la proporzione è una relazione funzionale che ha la forma  $y = kx$ , dove  $k$  è una costante numerica non nulla,  $y$  ed  $x$  sono i termini in rapporto di proporzione. Al termine proporzione si può anche attribuire il significato di particolare relazione fra quattro numeri: si dice che quattro numeri reali positivi  $a$ ,  $b$ ,  $c$ ,  $d$  sono in proporzione fra loro, se il rapporto fra il primo e il secondo è uguale al rapporto tra il terzo e il quarto; il che si esprime con la formula  $a : b = c : d$  ( $2 : 8 = 4 : 16$ ).

<sup>35</sup> Cass. sez. I, n. 47117 del 2009.

Pur così identificato, il giudizio di proporzionalità rimane caratterizzato da una buona dose di approssimazione, tenuto conto che a doverlo formulare è l'agredito, il quale normalmente agisce in una situazione concitata ed ha a disposizione un arco di tempo ridotto, sì che è più facile per lui affidarsi a intuizioni, che a ragionamenti analitici: già gli antichi affermavano che *adgreditus non habet staderam in manu* (l'agredito non ha la bilancia in mano). Ciò induce la giurisprudenza ad un atteggiamento piuttosto pragmatico e relativistico, per cui, considerata la casistica alquanto variabile, il giudizio di proporzionalità non è imbrigliato in rigidi schemi tecnico-giuridici, ma resta aperto a valorizzare ogni utile aspetto della vicenda storica.

L'eventuale scarto tra la soggettiva valutazione dell'agredito e quella imparziale del giudice potrà trovare sistemazione nell'art. 55 c.p., quale eccesso colposo in legittima difesa.

Nella valutazione dei requisiti di necessità e proporzionalità il giudice dovrà ricorrere al parametro dell'agente modello, analogamente a quanto avviene in tutte le ipotesi in cui l'ordinamento penale impone di personalizzare un requisito di fattispecie.

Ciò pone il problema se, anche in questa materia, operi la teoria dell'agente superiore, che predica la sostituzione al paradigma dell'agente modello di quello più elevato, qualora il soggetto conosca le leggi di realtà che operano nella concreta situazione e abbia le capacità psico-fisiche per attuarle, ovvero possieda competenze, cognizioni e abilità nel settore specificamente coinvolto dalla condotta aggressiva.

La risposta è senz'altro affermativa, atteso che i requisiti di necessità e proporzionalità non possono non tener conto, proprio per la funzione che rivestono nell'identificare i presupposti della reazione legittima, delle effettive capacità difensive dell'agredito, il quale ben potrebbe trovarsi in una situazione che, per gli esseri comuni è di necessità, per lui non è cogente o comunque consente una reazione meno lesiva o più proporzionata.

Ne discende che sia la necessità di difesa (quindi la possibilità di fuga), sia l'inevitabilità del pericolo (quindi la possibilità di tenere un'azione meno lesiva), sia la proporzionalità della difesa (quindi l'adeguatezza della reazione rispetto all'aggressione subita), sono valutate con maggior rigore rispetto all'agente superiore, tutte o alcune di esse, a seconda di quali siano le superiori abilità e conoscenze dell'agente, tali da consentirgli una condotta ugualmente idonea a proteggere il suo interesse, ma meno lesiva di quello altrui.

### **2.3 La legittima difesa in un contesto di rissa**

Stabilisce l'art. 588 c.p. che:

*“Chiunque partecipa a una rissa è punito con la multa fino a euro 309.*

*Se nella rissa taluno rimane ucciso o riporta lesione personale, la pena, per il solo fatto della partecipazione alla rissa, è della reclusione da tre mesi a cinque anni. La stessa pena si applica se l'uccisione o la lesione personale, avviene immediatamente dopo la rissa e in conseguenza di essa”.*

La struttura del delitto è descritta semplicemente con la locuzione “partecipa a una rissa”, che la giurisprudenza interpreta nel senso di ritenere necessario e sufficiente l'esistenza di una contesa violenta tra fronti contrapposti (uno dei quali formato anche da una sola persona), con volontà vicendevole di attentare all'altrui incolumità personale.

È un reato a concorso necessario bilaterale, siccome connotato non solo dalla necessaria pluralità di soggetti, ma anche dall'essere costoro contemporaneamente in posizione attiva e passiva rispetto al reato.

Controversa, almeno in dottrina, è l'individuazione dell'oggetto giuridico. All'opinione minoritaria che lo ravvisa nell'ordine pubblico e nella tutela della pubblica tranquillità, si

contrappone l'orientamento prevalente che, in conformità alla giurisprudenza dominante, lo individua nella tutela dell'incolumità personale dei rissanti e dei soggetti estranei che potrebbero essere coinvolti.

La rissa è reato di pericolo presunto, in quanto la contesa, anche per la possibilità che altre persone intervengano a prendere le parti dei contendenti, costituisce di per sé un pericolo per l'incolumità delle persone. Ricorrono gli estremi del reato di rissa anche quando le modalità dell'azione implicano spostamenti in luoghi vicini e frazionamenti in vari episodi che rimangano comunque concatenati tra loro e privi di soluzioni di continuità; ciò anche quando i gruppi si scindano in sottogruppi, pur di due sole persone o ad uno degli episodi in successione rimangano presenti solo due dei partecipi contrapposti.

La struttura e l'oggettività giuridica della rissa appare incompatibile con la legittima difesa, poiché, per definizione, se delle persone si difendono dall'aggressione di un gruppo non c'è rissa, mentre, se c'è rissa, i partecipanti hanno inteso agire e non reagire.

La giurisprudenza riferisce l'incompatibilità al requisito della necessità di difendersi, ammettendo l'applicazione della scriminante nella sola ipotesi in cui il partecipe ad una rissa abbia reagito a un'aggressione eccessiva rispetto al contesto<sup>36</sup>.

La conclusione appare imprecisa, poiché a venire in rilievo non è la necessità di difendersi (indubbiamente sussistente nell'ambito di uno scontro violento), ma l'involontarietà del pericolo, che manca.

Come anticipato nel par. 2.2 questo elemento è contestato da parte della dottrina, poiché non previsto, ma la questione può essere risolta facendo applicazione del principio di causalità: nell'ipotesi di rissa è evidente che il comportamento del partecipe recide (art. 41, comma 2 c.p.) il nesso causale tra aggressione e pericolo, nel senso che la fonte del pericolo non è l'aggressione altrui, bensì la scelta dell'agredito di dar luogo a un conflitto fisico.

Applicando tale schema si possono risolvere agevolmente i casi problematici, distinguendo la posizione di chi interviene in una rissa per difendersi da quella di chi intende sopraffare l'altro e assimilando alla prima la situazione di chi, pur partecipe attivo di una rissa, reagisce a un atto di violenza eccedente – per mezzi o modalità – il contesto.

Peraltro, che chi partecipi a una rissa non possa beneficiare della legittima difesa è imposto dallo stesso principio di non contraddizione su cui si fondano tutte le scriminanti: poiché i partecipanti alla rissa si trovano in posizione simmetrica, agendo l'uno contro l'altro, ciascuno dovrebbe beneficiarne della legittima difesa, perché al tempo stesso agisce e reagisce, sicché per definizione il fatto non sarebbe mai punibile.

Non può invece escludersi l'applicabilità al rissante della legittima difesa putativa, che prescinde dalla sussistenza oggettiva della fattispecie.

L'art. 59, comma 4 c.p. prevede che *“Se l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui. Se si tratta di errore determinato colpa, la punibilità non è esclusa, quando il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo”*.

---

<sup>36</sup> Cass. sez. V, 19-02-2015, n. 32381: «È inapplicabile al reato di rissa la causa di giustificazione della legittima difesa, considerato che i corrisanti sono ordinariamente animati dall'intento reciproco di offendersi ed accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si pongono, con la conseguenza che la loro difesa non può dirsi necessitata; essa può, tuttavia, essere eccezionalmente riconosciuta quando, sussistendo tutti gli altri requisiti voluti dalla legge, vi sia stata un'azione assolutamente imprevedibile e sproporzionata, ossia un'offesa che, per essere diversa a più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma ed in tal senso ingiusta».

Tale disposizione stabilisce la non punibilità nei confronti di chi, pur non agendo in una situazione scriminante, tiene la condotta criminosa nel falso convincimento della sua esistenza.

Non si tratta però di un'equiparazione, come si evince chiaramente dalla formulazione del testo, che non usa l'espressione «si applica la disposizione di cui», comunemente impiegata dal legislatore per estendere il precetto normativo a un caso diverso da quello per cui è tipicamente previsto. Ciò, d'altra parte, è confermato dalla seconda parte dell'articolo, che stabilisce la punibilità per il delitto colposo, se l'errore è determinato da colpa.

Come la scriminante reale ha un fondamento esclusivamente oggettivo, la scriminante putativa ha un fondamento esclusivamente soggettivo: l'agente si rappresenta il fatto illecito come lecito e ciò impedisce di qualificare negativamente la sua condotta, in quanto la direzione dell'azione all'evento, pur voluta, si fonda su un giudizio distorto in ordine al suo significato penale. La scriminante putativa è, dunque, una causa di scusa, perché incide sulla formazione della volontà dell'agente, rendendola non rimproverabile.

La struttura della scriminante putativa è formata da tre elementi:

- l'inesistenza della situazione scriminante;
- la rappresentazione della sua esistenza da parte dell'agente;
- un nesso logico tra inesistenza oggettiva ed esistenza soggettiva.

È quest'ultimo requisito che appare difficilmente compatibile con la rissa, postulando che la valutazione dell'agente non sia totalmente disancorata dalla realtà. Ne consegue che il convincimento soggettivo in ordine all'esistenza della causa di giustificazione deve avere un minimo di attendibilità.

In tal senso l'orientamento della giurisprudenza è consolidato<sup>37</sup> e trova sostegno in plurimi argomenti di carattere logico-sistematico.

In primo luogo, diversamente dall'errore sul fatto di reato, l'errore sul fatto scriminante si sostanzia nella prefigurazione di una situazione fittizia: un conto è l'ignoranza di una realtà esistente, altro è il convincimento di una realtà inesistente. È un principio generale dell'ordinamento giuridico – espresso nel diritto civile in numerosi istituti (apparenza, affidamento, errore) – che l'attribuzione di rilevanza ad una realtà inesistente, ma pensata come esistente, postula che essa si presenti come verosimile.

Inoltre, sarebbe difforme dalla funzione di regolazione e di orientamento delle condotte umane svolta dal sistema penale consentire che qualsiasi errore sull'esistenza di una causa di

---

<sup>37</sup> «L'erronea supposizione della sussistenza dello stato di necessità non può basarsi su un mero criterio soggettivo, riferito al solo stato d'animo dell'agente, ma dev'essere sostenuta da dati di fatto concreti, i quali siano tali da giustificare l'erroneo convincimento in capo all'imputato di trovarsi in tale stato» (Cass. sez. VI, n. 436 del 2005 e n. 28325 del 2003).

«La legittima difesa putativa postula i medesimi presupposti di quella reale con la sola differenza che, nella prima, la situazione di pericolo non sussiste obiettivamente, ma è supposta dall'agente a causa di un erroneo apprezzamento dei fatti. Tale errore – che ha efficacia esimente se è scusabile e comporta responsabilità di cui all'art. 59, comma ultimo, c.p. quando sia determinato da colpa – deve in entrambe le ipotesi trovare adeguata giustificazione in qualche fatto che, sebbene malamente rappresentato o compreso, abbia la possibilità di determinare nell'agente la giustificata persuasione di trovarsi esposto al pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sicché la legittima difesa putativa non può valutarsi alla luce di un criterio esclusivamente soggettivo e desumersi, quindi, dal solo stato d'animo dell'agente, dal solo timore o dal solo errore, dovendo, invece, essere considerata anche la situazione obiettiva che abbia determinato l'errore stesso. Essa, pertanto, può configurarsi se e in quanto l'erronea opinione della necessità di difendersi sia fondata su dati di fatto concreti, di per sé inidonei a creare un pericolo attuale, ma tali da giustificare, nell'animo dell'agente, la ragionevole persuasione di trovarsi in una situazione di pericolo, persuasione che peraltro deve trovare adeguata correlazione nel complesso delle circostanze oggettive in cui l'azione della difesa venga a estrinsecarsi» (Cass. sez. I, n. 3464 del 2010, più concisamente, Cass. sez. I, n. 4337 del 2005).

giustificazione liberi da responsabilità chi commette un reato, inducendolo a non tenere alcuna cautela nella conoscenza della situazione di fatto in cui si trova al momento di realizzare un'azione penalmente illecita.

In concreto difficilmente il convincimento di chi prenda volontariamente parte a una rissa di agire per legittima difesa potrà superare questa indagine.

Questione diversa, ancorché collegata a quella sinora trattata, è l'applicabilità della legittima difesa ai fatti commessi in occasione della rissa. Al riguardo vengono essenzialmente in rilievo gli eventi di morte o lesione che si verificano nel contesto della rissa:

- a) eventi avvenuti nel corso della rissa (588, comma 2, primo periodo);
- b) eventi lesione o morte avvenuti immediatamente dopo la rissa e “*in conseguenza*” di essa (588, comma 2, secondo periodo);
- c) eventi avvenuti “*in occasione*” della rissa, ma non in conseguenza di essa.

La prima ipotesi integra un delitto aggravato dall'evento, in cui morte o lesione costituiscono una circostanza aggravante, che concorre con i reati di omicidio o lesioni (dolosi o colposi) rispetto a colui che li abbia materialmente commessi ed anche rispetto agli altri componenti del gruppo se sussistono gli estremi dell'art. 110 c.p. o dell'art. 116 c.p.

A tali fatti non è applicabile la legittima difesa per le stesse considerazioni svolte con riferimento alla rissa semplice, trattandosi di eventi non solo causalmente riconducibili alla condotta di partecipazione alla rissa, ma avvenuti proprio nel corso della stessa. Peraltro sarebbe incongruo negare l'applicazione della scriminante alla rissa e ammetterla per i più gravi eventi cagionati nel corso della stessa.

Piuttosto, con riferimento alle eccezionali situazioni in cui la legittima difesa è applicabile al partecipante alla rissa, in questa ipotesi occorrerà verificare se la reazione sia proporzionata, attesa la gravità del danno arrecato.

Inoltre, nell'ipotesi di legittima difesa putativa, residuerà la responsabilità per il reato colposo ai sensi dell'art. 59, comma 4 c.p. se l'autore si sia erroneamente rappresentato la sussistenza della fattispecie scriminante per colpa.

Nella seconda ipotesi, poiché la legge equipara i fatti commessi al termine della rissa e conseguenti ad essa ai fatti commessi nel corso della rissa, deve ritenersi che, simmetricamente, valgano le stesse considerazioni formulate per la (non) applicabilità della legittima difesa a questi ultimi. Occorrerà però accertare non solo la continuità spazio-temporale tra l'azione lesiva e la partecipazione alla rissa, ma anche il nesso di causalità tra la seconda e la prima, in base agli articoli 40 e 41 c.p.

Qualora, invece, risultasse che il reo ha agito non in conseguenza della rissa, ma perché aggredito proditoriamente da uno dei presenti quando la contesa era oramai chiusa, si verserebbe nell'ipotesi successiva.

Nella terza ipotesi, mancando il nesso di causalità tra la l'azione lesiva e la rissa, si applicano i principi ordinari, sicché il reo potrà beneficiare della legittima difesa se ha reagito all'altrui aggressione non giustificata dalla rissa, perché posta in essere da un terzo ad essa estraneo o quando lo scontro è esaurito e rappresenta un pretesto per ulteriori atti di violenza.

#### **2.4 La legittima difesa nella privata dimora**

La legittima difesa nel domicilio è prevista nell'art. 52, commi 2 e 3, introdotti dalla legge n. 59/2006.

La struttura della fattispecie è composta dai seguenti elementi:

- 1) l'ingresso o la permanenza abusiva nell'abitazione o altro luogo di dimora privata, nonché in ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale;
- 2) un'aggressione all'incolumità, ovvero un'aggressione ai beni quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione all'incolumità;
- 3) la legittimità della presenza nel domicilio di chi reagisce;
- 4) la detenzione legale dell'arma o l'idoneità del mezzo impiegato per la reazione.

In presenza di tali presupposti la norma autorizza l'aggredito ad usare l'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendersi, presumendo *iuris et de iure* il rapporto di proporzione.

La presunzione di proporzionalità si realizza tecnicamente tipizzando il mezzo offensivo (“*Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma*”), quello difensivo (“*arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere*”), i beni danneggiati.

La previsione è stata vivacemente contestata da alcuni commentatori, perché neutralizza la rilevanza di qualsiasi nota del caso concreto, relativa alle modalità dell'aggressione o della difesa, tollerando ipotesi di difesa preventiva o eccedente la necessità. Inoltre, è consentita la lesione della vita o dell'integrità fisica dell'aggressore anche nell'ipotesi in cui l'aggressione sia diretta contro il patrimonio.

Si osserva, tuttavia, che i presupposti della scriminante sono sufficienti a circoscrivere la presunzione, sicché deve passarsi all'analisi dei medesimi.

1) L'ingresso o la permanenza abusiva nell'abitazione o altro luogo di privata dimora ed in quelli equiparati ai sensi del comma 3 è il requisito tipico della nuova fattispecie, che ne connota la funzione di protezione della persona umana nei luoghi più sensibili, che rappresentano il punto di riferimento degli interessi strettamente inerenti alla sfera più intima dell'individuo. I luoghi indicati si caratterizzano per essere delimitati da una barriera non solo fisica ma anche ideale rispetto alla criminalità e, in genere, rispetto a qualsiasi condotta offensiva proveniente da terzi e ricevono una tutela forte nell'ordinamento giuridico, costituzionale, civile e penale.

Più precisamente, la condotta di aggressione si caratterizza per essere già penalmente illecita, poiché costituisce violazione di domicilio. Infatti l'art. 52, comma 2 c.p. fa riferimento ai “*casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma*” e non, semplicemente, ai luoghi ivi indicati. Non costituisce violazione di domicilio l'aggressione all'interno di un luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale, tuttavia anche tale condotta – che l'art. 52, comma 3 equipara ai fini di consentire la legittima difesa domiciliare – costituisce un illecito, ad altro titolo penale, o comunque a titolo civile.

È innegabile, dunque, che l'aggressione domiciliare presenti *ex se* un contenuto maggiormente offensivo, e che la specifica offesa si trasferisca automaticamente dallo spazio al soggetto: la condotta di chi penetra illegalmente nel luogo in cui la persona vive è avvertita come una minaccia per la medesima.

2) Secondo elemento è che nei luoghi indicati si realizzi un'aggressione all'incolumità o ai beni, propri di chi reagisce o di un terzo. Tale elemento rappresenta una specificazione di quello generale e non pone alcun problema con riguardo all'ipotesi di aggressione all'incolumità, per difendere il quale può dirsi in astratto proporzionata anche una difesa con le armi. Diversamente nell'ipotesi di aggressione ai beni, in cui la comparazione dà esito negativo. Occorre, allora, attentamente considerare le condizioni che la norma fissa perché sia ammessa una difesa con le armi in questo caso.



Prima condizione è che “*non vi è desistenza*”, cioè che l’aggressore non desista dall’azione. Il concetto di “desistenza” non è nuovo nell’ordinamento penale, essendo impiegato nell’art. 56 c.p. per descrivere l’ipotesi in cui l’agente interrompe volontariamente l’*iter criminis*. Non pare, peraltro, che vada accolta un’accezione così ristretta, poiché non è richiesta la volontarietà, né l’interruzione di un’attività che abbia già raggiunto la soglia di punibilità. È sufficiente, dunque, che l’aggressore abbandoni l’azione intrapresa all’interno del domicilio privato, anche prima di aver realizzato un tentativo di reato contro il patrimonio, ed anche a seguito dell’intervento di fattori esterni, come l’arrivo della polizia o le intimidazioni del *dominus*.

Se è abbastanza chiaro quando c’è desistenza e, dunque, la scriminante non si applica, meno chiaro è quando non c’è desistenza, e il *dominus* è autorizzato – se vi è pericolo di aggressione all’incolumità – a difendersi con le armi. In particolare, la dottrina si interroga sulla necessità a tal fine che il *dominus* effettui un’intimazione nei confronti dell’aggressore, avvertendolo che, qualora non desista, si difenderà con le armi o altro mezzo idoneo. La logica dell’avvertimento è quella di richiamare l’attenzione dell’aggressore sul rischio che corre, dandogli la possibilità di sottrarsi. Se non lo fa, la determinazione con la quale sta agendo da un lato dimostra la concreta pericolosità dell’azione offensiva, dall’altro giustifica una reazione parimenti senza compromessi.

La tesi dell’avvertimento evoca un criterio che si è affermato nella prassi per valutare la legittimità dell’uso delle armi da parte del pubblico ufficiale, che è solito, ove ve ne sia l’opportunità, avvisare il colpevole dell’impiego delle armi qualora non vi sia desistenza (si pensi al celebre “fermo o sparo”). Essa appare coerente con la presunzione di proporzionalità, che trasferisce dalla realtà alla norma i dati che presiedono al bilanciamento di interessi, tuttavia appare difficile da collocare come vero e proprio obbligo del *dominus*, in assenza di un’espressa previsione.

Seconda condizione è il “*pericolo d’aggressione all’incolumità*”, ossia che l’azione offensiva dell’aggressore, pur diretta contro i beni, possa ledere l’incolumità di uno dei presenti.

La disposizione sarebbe semplice, se non fosse per la distinzione con l’ipotesi di cui alla lett. a), in cui l’oggetto di aggressione è immediatamente l’incolumità. Poiché la lett. b) fa riferimento a un «pericolo d’aggressione» all’incolumità, come conseguenza di un’azione diretta contro i beni, l’interprete potrebbe pensare che lo stato di sviluppo dell’aggressione che legittima la reazione è arretrato in questa ipotesi. Diversamente non si vede quale sarebbe la differenza rispetto al caso in cui l’azione è subito diretta contro l’incolumità.

Siffatta esegesi, tuttavia, viene contrastata osservando che porterebbe a negare l’attualità del pericolo, essendo sufficiente che un’aggressione dei beni sia astrattamente suscettibile di sfociare in un’offesa alle persone, siccome presenti in casa al momento dell’azione criminosa, anche se il comportamento tenuto dall’aggressore non abbia manifestato alcunché in tal senso.

Su un piano logico l’obiezione è modesta, perché è ben possibile distinguere il «pericolo d’aggressione» all’incolumità come conseguenza di un’azione diretta contro i beni, dall’aggressione immediatamente portata all’incolumità, senza paventare che nel primo caso il pericolo non sia attuale. La differenza tra lett. a) e lett. b) risiede in ciò: nel primo caso l’aggressione all’incolumità individuale si presenta allo stato puro; nel secondo, invece, passa necessariamente attraverso la messa in pericolo di un bene patrimoniale (si pensi al detto “o la borsa o la vita”). È fisiologico che il pericolo per l’incolumità sia immanente quando l’aggressione è indirizzata contro la persona, mentre quando l’aggressione è indirizzata ai beni, occorrerà accertare che l’azione sia stata successivamente rivolta contro la persona, per inferire che via sia un pericolo per l’incolumità.

3) Terzo presupposto è di ordine soggettivo: beneficia della scriminante solo chi si trova “*legittimamente*” presente in uno dei luoghi privati indicati, cioè i titolari dello *ius excludendi omnes alios* (proprietari, usufruttuari, locatari, domestici, ecc.) o coloro ai quali una norma di legge attribuisce siffatto diritto (si pensi, a titolo esemplificativo, all’ufficiale di polizia giudiziaria chiamato ad eseguire una misura cautelare reale).

Perplessità sorgono in ordine alla figura dell’ospite, cioè di chi si trovi nel domicilio in virtù della volontà del titolare, che non assurga però a negozio giuridico, dando luogo ad un mero rapporto di cortesia. In base alla concezione intermedia del rapporto tra legge penale ed ordinamenti extrapenali (in questa ipotesi il diritto civile), deve ritenersi che la posizione dell’ospite rientri tra quelle che danno titolo alla reazione, poiché la sua presenza è legittima, ossia conforme a legge, siccome autorizzata dall’avente diritto. La norma scriminante, infatti, non è volta a difendere prerogative patrimoniali, ma personali, sicché non è rilevante l’assenza di un interesse giuridicamente protetto a dimorare nel domicilio privato, quanto il trovarvisi legalmente, che giustifica la protezione dell’interesse all’incolumità.

4) Ultimo elemento è la legittima detenzione dell’arma o l’idoneità dell’altro mezzo impiegato per la difesa. La legittimità dell’arma è data dal rispetto di tutte le prescrizioni normative che regolano il possesso dell’oggetto, non solo quelle amministrative (relative al possesso delle necessarie autorizzazioni), ma anche quelle civili (relative al titolo – proprietà, possesso, detenzione – che legittima la materiale disponibilità dell’arma). Enigmatico il requisito dell’idoneità del mezzo diverso dall’arma, nel senso che lo stesso, più che un presupposto all’applicazione della scriminante, appare un elemento che ne descrive l’oggetto, ossia la condotta difensiva autorizzata, nel senso che è utilizzabile – oltre l’arma – qualsiasi mezzo lesivo, tale essendo gli strumenti che sono atti a offendere, anche se destinati alla difesa. Tuttavia, il riferimento all’idoneità può essere anche inteso come un limite volto a scongiurare l’uso di mezzi impropri, che presentino caratteristiche di costruzione tali da renderne difficile l’impiego per un agente inesperto, così ponendosi come una sorte di surrogato dell’autorizzazione prevista per le sole armi.

Quella che si è appena delineata è la struttura della scriminante esplicitata dalla norma, dalla quale sono assenti elementi tipici della legittima difesa, quali l’attualità e l’inevitabilità del pericolo. La questione relativa alla loro rilevanza, come limiti taciti, è strettamente legata alla natura della scriminante, in particolare al rapporto tra i commi 1 e 2 dell’art. 52.

L’orientamento prevalente ravvisa un rapporto di specialità tra le due norme, ritenendo che la seconda contenga tutti gli elementi della prima e specifichi quello di proporzionalità. La relativa fattispecie è definita, appunto, come «legittima difesa in privato domicilio» e vi svolgono un ruolo decisivo i presupposti di attualità ed inevitabilità del pericolo, che garantiscono dal rischio di un uso delle armi preventivo o sproporzionato. Da quanto detto discende che l’impiego legittimo delle armi a fini difensivi richiede che l’azione offensiva sia pervenuta ad uno stadio tale da rendere prossima la lesione all’incolumità, ovvero – nell’ipotesi di offesa diretta ai beni – da configurare una minaccia all’incolumità, e che non vi siano alternative ragionevoli per evitare il pericolo.

L’opposta corrente ermeneutica, che afferma l’autonomia del secondo comma, definisce la fattispecie ivi contemplata come «legittima difesa con armi»: il privato, possessore legittimo di armi, sarebbe equiparato al pubblico ufficiale ai fini dell’uso delle armi quando opera in ambito domiciliare. Si viene così a configurare una sorta di ibrido tra legittima difesa e uso legittimo delle armi, il cui fondamento sarebbe da ravvisare proprio nel principio di sussidiarietà orizzontale.

La tesi intermedia, pur valorizzando i profili di novità della scriminante, ravvisa tra i suoi requisiti l'attualità ed inevitabilità del pericolo. A sostegno di tale interpretazione sono portati molteplici argomenti.

Il primo argomento è di principio: poiché la scriminante rappresenta una forma di autodifesa, non può che sottostare alla sua ragion d'essere. L'autodifesa, in quanto sussidiaria alla pubblica sicurezza, non è ammissibile quando non sussiste un pericolo tale da rendere impossibile il ricorso tempestivo ed efficace all'autorità. L'attualità del pericolo, in definitiva, è un requisito immanente di qualsiasi forma di difesa privata.

Il secondo argomento è di ordine sistematico: poiché la scriminante giustifica l'uso dell'arma per difendersi, quindi anche la causazione della morte dell'aggressore, deve essere compatibile con la tutela del diritto alla vita garantito dall'art. 2 Cost. e dall'art. 2 CEDU, il quale ultimo stabilisce che la morte non è cagionata in violazione della disposizione convenzionale "*se è il risultato di un ricorso alla forza resosi assolutamente necessario per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale*". La liceità dell'omicidio, quindi, postula l'esistenza di una situazione di necessità difensiva cogente, in cui non vi sono alternative.

Il terzo argomento è di natura logica: la legittima difesa armata è consentita anche nell'ipotesi di offesa diretta al patrimonio "*quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione*", il che è possibile solo ammettendo uno spazio temporale apprezzabile tra l'aggressione e la reazione, in cui possa realizzarsi la desistenza dell'agredito o, al contrario, la progressione dell'offesa. Posto che il pericolo di aggressione non può essere riferito ai beni, i quali sono oggetto di un'aggressione già in corso, ma riguarda l'incolumità individuale, si deve ritenere che tale pericolo sia attuale, allineando tale ipotesi a quella in cui l'aggressione sia diretta contro l'incolumità. Il riferimento al "*fine di difendere*" effettuato dalla norma non può essere inteso in senso meramente soggettivo, ossia trasferendo il pericolo dalla realtà esteriore alla rappresentazione mentale dell'agente, sia perché il nesso istituito tra azione e reazione è anzitutto di tipo oggettivo, sia perché la distinzione tra scriminante reale e scriminante putativa costituisce una regola comune del sistema, la cui deroga deve risultare da un'indicazione univoca. Piuttosto, il riferimento alla finalità difensiva vale a sancire che la rilevanza del pericolo non può essere meramente obiettiva, implicando anche la sua percezione da parte dell'agente.

L'ultimo argomento è di struttura: la distinzione tra difesa da un'aggressione all'incolumità e difesa da un'aggressione ai beni patrimoniali che evolve in minaccia all'incolumità, per la quale ultima sono fissati presupposti ulteriori, postula che tra gli elementi costitutivi vi sia il pericolo, perché solo la sua presenza può spiegare come una stessa fattispecie è costruita su ipotesi diverse, in relazione alla graduazione di uno dei suoi requisiti.

La giurisprudenza da subito<sup>38</sup> ha aderito all'orientamento restrittivo, muovendo dalla struttura tipica della legittima difesa, in cui la necessità di difesa e la proporzione tra la difesa e l'offesa vanno intese nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda (apprezzate *ex ante*), l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto. Con la conseguenza di escludere la sussistenza della scriminante nella condotta di chi spari al ladro, in precedenza introdottosi nella sua abitazione, mentre oramai è in fuga. Tale ragionamento è stato esteso alla nuova formulazione dell'art. 52, ritenendo che la valutazione in ordine all'attualità del pericolo deve sempre operare in relazione alla situazione concreta sussistente nel momento in cui si faccia uso dell'arma; cioè, nel caso esaminato, nel momento in cui l'imputato ha

---

<sup>38</sup> Cass. sez. IV, n. 32282 del 2006.

fatto uso dell'arma, colpendo il fuggitivo (che aveva già guadagnato la strada) alle spalle, allorquando non sussisteva né la necessità di difendere la propria o altrui incolumità, né un pericolo di aggressione dei propri beni, poiché la vittima, dandosi alla fuga, aveva in sostanza desistito dal suo iniziale intento aggressivo.

La tesi che configura la scriminante in esame come ipotesi speciale di legittima difesa appare preferibile, sia per ragioni letterali, che sistematiche.

Sul piano letterale, appare decisivo il richiamo fatto dal secondo comma al primo comma allo scopo di fissare la presunzione di proporzionalità: tale tecnica di formulazione della norma si giustifica solo inquadrando la nuova fattispecie all'interno di quella esistente, non tanto perché vi fa rinvio, quanto perché il rinvio è effettuato allo scopo di disciplinare diversamente un elemento, il che sottende che gli altri restano fermi. Più precisamente si tratterebbe di una specialità per specificazione, poiché gli elementi aggiuntivi (aggressione nel domicilio, reazione tramite uso dell'arma legittimamente detenuta, pericolo per l'incolumità) sono una restrizione di elementi già esistenti, con la funzione di delimitare l'ambito di applicazione della scriminante. L'elemento della proporzionalità viene formalmente mantenuto, ma se ne presume l'esistenza.

Sul piano sistematico, il legislatore ha optato per inserire la nuova norma nel corpo della disposizione esistente, con ciò muovendo dalla premessa che, pur nella peculiarità della fattispecie, la difesa domiciliare esprime un'identità comune alla legittima difesa, caratterizzata dalla legittimazione del privato all'uso della forza per contrastare una minaccia alla sicurezza che non possa essere sventata dall'autorità.

Aderendo alla tesi della specialità, qualora difetti uno dei presupposti specifici della legittima difesa domiciliare, sarà sempre possibile applicare la legittima difesa ordinaria, ove ne sussistano tutti gli elementi, in particolare la proporzione tra difesa ed offesa.

Come anticipato la modifica dell'art. 52 c.p. ha fatto pensare ad alcuni che si fosse introdotta nel nostro ordinamento la figura del giustiziere privato, cioè di colui che, vittima o spettatore di un delitto, si fa giustizia da sé, con metodi sommari e violenti<sup>39</sup>.

L'idea che la legittima difesa rappresenti la concessione al privato della forza per affermare il diritto ha una sua validità sul piano epistemologico<sup>40</sup>. La giustizia, infatti, ha una componente naturale, radicata in un principio materiale o ideale, che ha carattere oggettivo, ed una componente umana, radicata in valutazioni di convenienza sociale, che ha carattere soggettivo. Il pensiero moderno, recepito dallo Stato di diritto, ha unificato le due matrici, riservando all'autorità l'affermazione della giustizia.

Tuttavia, quando l'autorità viene meno al suo compito, il fondamento oggettivo della giustizia non può essere perduto, spettandone l'attuazione al privato, cui la legge pone rigorosi limiti a garanzia che il profilo soggettivo non trasmodi nell'arbitrio di chi pretende di affermare la giustizia.

La giustizia del privato, dunque, trae la sua legittimazione dalla natura, mentre è la società – l'ordinamento giuridico – che la limita.

---

<sup>39</sup> Nel cinema il giustiziere è una persona che, sovente per reagire ad un torto personale, ignora il diritto all'equo processo e mette in atto la propria personale forma di giustizia quando ritiene che la presenza delle autorità sia insufficiente. Figura contigua, talvolta sovrapposta, è il vigilante, che opera al di fuori della legge per combattere il crimine, differenziandosi dal giustiziere in quanto la sua attività è sistematica, istituzionale, anche se non ufficiale, ed ha una funzione di prevenzione più che di punizione del delitto. Mentre il giustiziere è per lo più un comune cittadino, il vigilante spesso è un ex appartenente alla polizia, ai corpi militari, ai servizi segreti, ovvero, nella letteratura fumettistica, un supereroe.

<sup>40</sup> La giustizia è l'ordine razionale dei rapporti umani preteso dalla legge («*justitia*», che a sua volta deriva da «*justus*», giusto, e questo da «*jus*», diritto, ragione). Prima che l'ingiustizia si compia, l'ordinamento deve consentire al singolo di evitarla.

Se ciò vale in linea generale, l'evocazione della legittima difesa in quanto tale a sostegno della teoria del giustiziere privato, al di là della suggestione, si rivela del tutto impropria. Ciò non tanto perché dottrina e giurisprudenza hanno sterilizzato le opzioni ermeneutiche in tal senso, quanto perché la norma riconosce la facoltà di uso delle armi al privato in un perimetro circoscritto, abitazione o luogo di attività professionale, cioè un luogo chiuso, ed al solo fine di difendere se stesso, o terzi ivi presenti su suo permesso.

L'ampliamento della legittima difesa in questo caso discende dal riconoscimento al privato di maggiori poteri di autodifesa nei luoghi dove l'intervento della polizia è più difficile, proprio perché sono luoghi protetti, non solo dal crimine, ma anche dall'ingerenza dell'apparato pubblico. In uno Stato di diritto il cittadino deve godere di spazi esistenziali immuni dalla presenza della polizia, che è autorizzata ad accedervi solo su richiesta dell'interessato o quando abbia notizia che vi sia in corso un'attività criminosa, oltre che a fini di ricerca delle prove di un reato già commesso.

Di giustiziere privato, invece, potrebbe parlarsi con riguardo a chi opera in luoghi pubblici, a tutela non solo di singoli, quanto della collettività. In sostanza a chi si sostituisce alle forze di polizia nei compiti di sicurezza pubblica, per i quali è infatti prevista la scriminante dell'uso legittimo delle armi.

### **3. Conclusioni**

Traccia di difficoltà media, ancorché prevalentemente istituzionale, per la segnalata incoerenza tra le due situazioni particolari considerate (rissa e privata dimora) e per l'insidia legata alla formulazione del quesito sulla rissa.

Per quanto riguarda gli allievi, si devono pronosticare punteggi elevati, perché il tema si presta a una trattazione scientifica (tanto che la questione relativa all'uso delle armi è stata oggetto di rimessione all'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, segnalata sul sito della Scuola nella home page dei corsi al paragrafo "metodo scientifico") ed è stato esaminato nel corso intensivo.

## **CONCLUSIONI**

Due sono gli aspetti da considerare all'esito dell'analisi delle tracce, riguardanti rispettivamente il corso ed il concorso.

### **Il corso**

Da quanto illustrato nelle pagine precedenti si evince che gli argomenti oggetto delle tracce di diritto civile e penale sono stati trattati durante il corso intensivo (e quello di civile nella lezione pre-concorso), ma, ancor più, andavano affrontati con rigoroso ordine logico, attesa l'ampiezza della trattazione e l'importanza di raccordare le varie parti.

Il tema di amministrativo – a prescindere dallo studio del Manuale – era risolvibile in larga parte con l'analisi delle disposizioni del codice civile, mentre per la parte più ostica era sufficiente che l'allievo effettuasse il collegamento mentale tra i fenomeni di privatizzazione e liberalizzazione e i beni pubblici, esplicitando le ricadute che i primi (diffusamente trattati nel corso intensivo e richiamati nella lezione pre-concorso) hanno sui secondi.

## **Il concorso**

Già l'anno scorso con il tema di penale e in parte con quello di civile si era tornati a tracce classiche, in cui la formulazione della traccia e il suo oggetto mettono alla prova le capacità di analisi più che la conoscenza.

Nella pubblica opinione si è diffuso il convincimento che il presente concorso abbia segnato un mutamento di rotta: da tracce specialistiche, spesso calibrate sull'ultima sentenza, a tracce generaliste, che premiano il ragionamento. E questo allo scopo di neutralizzare le tecniche di insegnamento di talune Scuole.

Si tratta di congetture (e ben può affermarlo la Scuola che segue un metodo opposto a quello che sarebbe avversato), che peraltro non tengono conto del fatto che ad essere decisivo non è il tipo di traccia, ma l'indirizzo della Commissione nelle correzioni e, soprattutto, le qualità dello studente, che più facilmente si incrementano con un metodo normativo (ed, eventualmente, scientifico), che con un approccio nozionistico.

Prova ne siano i risultati conseguiti dalla Scuola: quali che siano state le tracce, la percentuale di successo da molti anni a questa parte si è collocata su tre/quattro volte la media nazionale e la media dei voti è sempre stata (anche significativamente) superiore a quella nazionale.

Peraltro, i temi classici non impediscono affatto la predizione delle tracce quando più conta, cioè nell'imminenza delle prove scritte, come questo concorso ed altri dimostrano (avendo la Scuola "catturato" il giorno prima la traccia di civile sulla famiglia, come già accadde in passato, totalmente con riguardo alla proprietà temporanea ed alla causalità negli infortuni sul lavoro, parzialmente per altri temi).

Le insidie sparse qua e là nelle attuali tracce erano superabili con l'uso della ragione, che troppo spesso appare indebolita da distorsioni emotive, strutturali o contingenti, però meno frequenti in chi è allenato dal metodo scientifico.

Per tutte queste ragioni, anche questa volta è ragionevole attendersi che la percentuale di vincitori della Scuola sarà di gran lunga superiore alla media nazionale.