



Concorso magistratura 2017: Traccia svolta diritto penale

Concorso in magistratura 2017

TRACCIA DI DIRITTO PENALE^[1]

Premessi cenni sulle cause di esclusione della pena, tratti il candidato della legittima difesa e dei relativi limiti, con specifico riguardo ai fatti commessi in occasione del delitto di rissa e ai fatti commessi nei luoghi di privata dimora.

Federico Noschese

1. Premessa: le cause di esclusione della pena in generale.

La categoria delle cause di esclusione della pena, nella sua accezione più ampia, ricomprende istituti eterogenei, il cui comun denominatore è rappresentato dall'effetto di escludere la sanzione per un fatto oggettivamente corrispondente ad una fattispecie di reato.

L'espressione affascia le cause di giustificazione (o anche scriminanti), le cause di esclusione della colpevolezza (o scusanti), e le cause di esclusione della punibilità,

anche dette cause di esclusione della pena in senso stretto; non vi rientrano invece le cause di estinzione del reato e della pena che attengono a fatti giuridici successivi, rispettivamente, alla perfezione del reato e all'applicazione della sanzione.

Le varie tipologie si distinguono tra loro per la diversa collocazione nella struttura del reato, nonché per le differenze di disciplina che ne conseguono.

Le cause di giustificazione appartengono all'area dell'antigiuridicità ed elidono l'illiceità del fatto tipico o, secondo i sostenitori della concezione bipartita, costituiscono addirittura elementi negativi di quest'ultimo, escludendo la stessa tipicità della condotta; si collocano, pertanto, all'interno della struttura del reato, al pari delle scusanti, che incidono sull'elemento soggettivo impedendone la configurabilità.

Al contrario, le cause di non punibilità in senso stretto operano esternamente ad un reato già perfezionatosi, impedendo l'irrogazione della pena per esso prevista.

Icasticamente, si può dire che le scriminanti rendono lecito un fatto corrispondente a quello tipizzato da una norma incriminatrice; le scusanti rendono invece non colpevole un fatto tipico e antigiuridico, e le cause di esclusione della sola pena rendono non punibile un fatto tipico, antigiuridico e colpevole.

Dal diverso inquadramento strutturale discendono importanti differenze di disciplina: muta, in primo luogo, la formula assolutoria tra quelle previste dall'art. 530 c.p.p. poiché la presenza di una causa di giustificazione o di esclusione della colpevolezza, determina l'assoluzione perché il "fatto non costituisce reato" mancandone uno degli elementi ulteriori alla condotta materialmente descritta dalla norma incriminatrice; viceversa, l'esistenza di una causa di non punibilità in senso stretto, impone l'adozione della formula di assoluzione "perché l'autore non è punibile", fondata su una valutazione successiva alla perfezione del reato in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi.

Da ciò consegue un diverso regime per quanto riguarda l'eventuale responsabilità

civile derivante dal fatto esentato da pena: solo le scriminanti sprigionano un effetto liceizzante del fatto nell'intero contesto ordinamentale, ed escludono anche una responsabilità di tipo risarcitorio in capo all'autore (artt. 2044 e 2045 c.c.); in presenza di una causa di non colpevolezza o non punibilità in senso stretto, il fatto non perde invece la propria connotazione illecita che permane nel diverso settore della responsabilità civile.

Allo stesso modo solo le cause di giustificazione, incidendo sull'antigiuridicità obiettiva, estendono il loro effetto esimente anche ai concorrenti nel reato, talché nessuno può essere punito per la realizzazione plurisoggettiva di un fatto scriminato; al contrario, le ulteriori esimenti escludono la pena o la colpevolezza per il solo concorrente cui si riferiscono.

Le cause di giustificazione e di non punibilità in senso stretto operano poi in via oggettiva e prescindono dall'effettiva conoscenza dei presupposti da parte dell'agente; diversamente, le scusanti sono a caratterizzazione soggettiva e richiedono proprio la conoscenza di quei presupposti che escludono la colpevolezza del processo motivazionale.

Eccezionale è invece l'attribuzione di rilevanza al putativo, valida per le sole cause di giustificazione: nella disciplina dell'art. 59 c.p., tuttavia, le categorie delle scriminanti e delle scusanti si sovrappongono poiché l'errore incolpevole sull'esistenza dei presupposti scriminanti si risolve in un giudizio di non colpevolezza per un fatto che resta obiettivamente antigiuridico.

Inoltre, sotto il profilo sistematico, le cause di giustificazione costituiscono espressione di principi generali dell'ordinamento, e pertanto se ne ammette un'applicazione analogica in *bonam partem*; altrettanto non può dirsi per le cause di esclusione della colpevolezza e della punibilità che costituiscono disposizioni speciali insuscettibili di estensione per analogia.

Alla base di tali diversità di disciplina si collocano le differenti *rationes* che sorreggono gli istituti in esame: le cause di non punibilità in senso stretto si fondano su valutazioni eccezionali di politica criminali, che portano il legislatore ad escludere la punizione di determinati fatti di reato (si pensi all'art. 649 c.p. che

per salvaguardare l'interesse familiare nega la sanzionabilità dei delitti contro il patrimonio commessi in danno dei congiunti).

Le scusanti sono espressione della concezione normativa della colpevolezza, e si basano sull'impossibilità di muovere un rimprovero al soggetto che abbia agito in presenza di circostanze particolari che abbiano reso inesigibile la condotta alternativa lecita (come emerge plasticamente dalla lettura dell'art. 384 c.p.).

Le scriminati, secondo la ricostruzione maggioritaria, sottendono un conflitto di interessi che l'ordinamento risolve facendo ricorso ai principi dell'interesse mancante e dell'interesse prevalente: il primo si riferisce alla scriminante di cui all'art. 50 c.p., che attesta la mancanza di interesse dell'ordinamento a tutelare un diritto cui lo stesso titolare rinuncia; il secondo, è comune a tutte le altre cause di giustificazione, e presuppone una valutazione comparativa tra la norma incriminatrice e quella scriminante, stabilendo la prevalenza di quest'ultima.

In alcuni casi il conflitto di interessi viene risolto in astratto dallo stesso legislatore che laddove facoltizza un determinato comportamento, automaticamente esclude l'operatività della disposizione incriminatrice, come avviene per la scriminante dell'esercizio del diritto; in altri, la suddetta valutazione comparativa è affidata all'interprete che deve accertare se nel caso concreto l'interesse riconducibile alla norma liceizzante debba prevalere su quello tutelato dalla fattispecie incriminatrice.

Nel operare tale giudizio, il parametro fondamentale è rappresentato dall'art. 55 c.p. che traccia i confini della norma scriminante e ripristina la punibilità per quelle condotte che ne travalichino colposamente i limiti.

2. Analisi dei presupposti e limiti della legittima difesa[2].

La logica della comparazione tra interessi confliggenti emerge nitidamente nella legittima difesa, i cui presupposti disvelano una continua tensione tra gli opposti poli dell'offesa ingiusta e della reazione difensiva.

La scriminante di cui all'art. 52 c.p., comunemente ritenuta espressione del principio di autotutela privata (*vim vi repellere licet*), consente in via eccezionale di reagire autonomamente avverso un'aggressione ingiusta, qualora non sia

possibile attendere l'intervento della forza pubblica.

Alla base della previsione vi è la *ratio*, antica e mai discussa, della prevalenza accordata all'ordinamento all'interesse dell'agredito, rispetto all'interesse dell'aggressore che ponga in essere un pericolo di offesa *contra legem*.

Strutturalmente, gli elementi che compongono la fattispecie sono rappresentati dai due estremi contrapposti della situazione aggressiva e della reazione difensiva, che a loro volta si caratterizzano per una serie di requisiti che consentono alla norma di produrre il suo effetto scriminante.

Quanto alla situazione aggressiva, si richiede in primo luogo il pericolo di un' "offesa ingiusta", ovvero *non iure*, dovendosi accertare che l'aggressione non sia in alcun modo autorizzata dall'ordinamento, non potendosi considerare tale l'esercizio di una facoltà legittima.

L'oggetto dell'offesa viene descritto in termini ampi, richiedendosi la minaccia ad un qualsiasi diritto, anche patrimoniale, ricomprendendo così ogni situazioni giuridica attiva del titolare.

Ben più stringente è invece il requisito del pericolo che deve caratterizzarsi per l'attualità e la concretezza.

L'attualità viene intesa nella sua duplice variante dell'imminenza, che indica l'incombenza dell'offesa al momento del fatto, o della persistenza, nei casi in cui l'aggressione già iniziata non si sia ancora conclusa; non rilevano, pertanto, né il pericolo passato, posto che la reazione da difensiva diverrebbe ritorsiva, né il pericolo futuro, non ammettendosi secondo l'opinione prevalente forme di legittima difesa anticipata.

La concretezza del pericolo esclude poi che l'esimente possa invocarsi a fronte di minacce ipotetiche ed astratte, salvo l'applicazione dell'art. 59 c.p.

L'art. 52 c.p. non menziona espressamente il requisito della non volontaria causazione del pericolo, previsto invece dall'art. 54 c.p.; ciò nonostante, l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza[3] ritiene che la scriminante in esame non operi a fronte di situazioni di pericolo in cui l'agredito si è deliberatamente cacciato, scegliendo di esporre i propri beni al rischio di aggressione.

In tale contesto, infatti, la reazione difensiva non potrebbe considerarsi legittima giacché eziologicamente riconducibile ad un comportamento illecito a monte dello stesso aggredito che, secondo alcuni autori, inciderebbe anche sull'ingiustizia dell'offesa recata dall'aggressore.

3. L'aggancio con il delitto di rissa: le diverse soluzioni interpretative.

L'enucleazione giurisprudenziale del requisito della non volontaria causazione del pericolo ha suscitato numerosi dubbi circa l'applicabilità della legittima difesa alla fattispecie di cui all'art. 588 c.p.

La rissa costituisce, infatti, un reato plurisoggettivo proprio che implica la necessaria partecipazione di più soggetti ad una violenta contesa, animati dal proposito di ledersi vicendevolmente.

È un reato di pericolo, posto a tutela dell'incolumità individuale con proiezione plurioffensiva verso l'ordine pubblico, che richiede sotto il profilo dell'elemento soggettivo il dolo generico consistente nella coscienza e volontà da parte dell'agente di partecipare alla mischia, dovendosi accertare che i contendenti siano animati dal reciproco intento di aggredirsi^[4].

Occorre tuttavia precisare che nella psiche dei concorrenti coesiste un duplice intento, diretto contemporaneamente ad attentare all'incolumità degli avversari, e a difendere la propria.

Tale atteggiamento psicologico si riflette nelle modalità del fatto tipico, che descrive un contesto in cui l'aggressione e la reazione anziché separarsi con nettezza, si intrecciano reciprocamente.

Un primo e più risalente orientamento riteneva di poter applicare la legittima difesa anche nelle situazioni di conflittualità reciproca facendo leva su un criterio cronologico, considerando ingiusta l'azione iniziale e scriminando così la successiva condotta di reazione.

L'impostazione, tuttavia, si rivela poco dirimente nella fattispecie di rissa che, oltre alla reciprocità, implica proprio la contestualità spazio-temporale delle condotte aggressive.

La giurisprudenza prevalente, pertanto, ritiene che la scriminante di cui all'art. 52 c.p. sia incompatibile con il delitto di rissa, mancando il requisito dell'involontaria causazione del pericolo, atteso che i corissanti sono ordinariamente animati dall'intento reciproco di offendersi ed accettano la situazione di pericolo nella quale volontariamente si pongono[5].

Ed inoltre, la reciprocità delle aggressioni, nella sua accezione più rigida e formalistica, oltre all'effetto esimente della legittima difesa, escluderebbe anche quello attenuante ex art. 62 n. 2 c.p., posto che la provocazione tra i corissanti si configurerebbe come reciproca, elidendosi vicendevolmente[6].

Un diverso orientamento, ugualmente giunge a negare la compatibilità tra il delitto di rissa e la legittima difesa, concentrandosi tuttavia su un ulteriore elemento costitutivo della scriminante, ovvero la necessità della reazione.

Guardando, infatti, al polo dell'azione difensiva si rileva che questa può considerarsi scriminata solo quando appaia assolutamente inevitabile, attesa l'inidoneità di condotte alternative lecite o comunque meno lesive di quella in concreto tenuto.

In proposito, la giurisprudenza ormai consolidata esclude l'operatività della legittima difesa qualora il soggetto aggredito possa darsi alla fuga, prediligendo così il *commodus discessus* alla reazione offensiva, salvo che la fuga esponga il soggetto o propri beni ad un pericolo maggiore a quello derivante dalla resistenza.

Calata nel contesto della rissa, tale affermazione porta a negare l'applicabilità dell'art. 52 c.p. poiché la reazione del corissante non può dirsi in alcun modo necessitata, qualora si accerti che egli avrebbe potuto sottrarsi alla contesa senza un maggior rischio per la propria incolumità[7].

Secondo una tesi meno rigorosa, la legittima difesa può essere invocata nella fattispecie di rissa dal soggetto che si sia lasciato coinvolgere nella contesa al solo scopo di resistere all'altrui violenza e che la difesa attiva sia contenuta nei limiti della necessità di neutralizzare l'aggressione subita, senza eccedere in iniziative offensive che, in quanto tali, superano l'ambito di applicabilità della esimente[8].

Tale soluzione non convince pienamente, poiché rischia di confondere i piani della tipicità e dell'antigiuridicità: in presenza di una condotta meramente difensiva che non implichi nessun attentato all'altrui incolumità, viene meno lo stesso fatto tipico del delitto di rissa, prima ancora che la sua antigiuridicità.

Ad ogni modo, se la relazione tra legittima difesa e delitto di rissa, analizzata dall'angolo visuale della non volontarietà del pericolo e dell'inevitabilità della reazione, appare di assoluta incompatibilità, maggiori aperture possono registrarsi se si pone l'accento sull'ultimo presupposto della scriminante ex art. 52 c.p., ovvero la necessaria proporzione tra l'offesa minacciata e la reazione difensiva.

Il requisito si inserisce tra i due poli della scriminante e ne sorregge l'impalcatura, segnando altresì il confine con l'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p.; è un criterio di misurazione delle condotte contrapposte volto ad evitare che gli interessi dell'aggressore risultino eccessivamente ed ingiustificatamente aggrediti rispetto a quelli dell'agredito.

Superate la tesi minoritaria che riferiva il giudizio di proporzione al raffronto tra i mezzi adoperati dagli antagonisti, l'orientamento consolidato calibra il giudizio sul confronto tra i beni che vengono in rilievo, ovvero tra quello minacciato e quello leso dalla reazione.

In maniera più pregnante, la giurisprudenza più recente riferisce il requisito della proporzionalità al raffronto tra le offese complessivamente considerate, affiancando alla valutazione sui beni coinvolti le modalità di tempo e di luogo dell'azione, nonché il rapporto di forza tra l'agredito e l'aggressore^[9].

Il giudizio va poi compiuto *ex ante*, confrontando non le offese effettivamente subite dai soggetti coinvolti, piuttosto quelle che l'agredito poteva ragionevolmente temere con quelle che poi ha cagionato al suo aggressore.

Il criterio della proporzionalità impone allora di riconsiderare il rapporto apparentemente antitetico tra la scriminante ex art. 52 c.p. e la fattispecie di

rissa.

Può accadere infatti che l'aggressione da parte di uno dei corissanti si connoti di una gravità tale da acquisire un'autonoma offensività e di trascendere dal contesto di pari illiceità delle condotte descritto dall'art. 588 c.p.; in tal caso, la reazione del compartecipe può dirsi scriminata qualora risulti necessaria a fronteggiare un'aggressione assolutamente sproporzionata, che appaia così imprevedibile ed esorbitante rispetto al pericolo che il corissante ha volontariamente accettato^[10].

La valutazione di proporzionalità delle condotte dei corissanti può dunque portare a ritenere configurabile la scriminante in parola per alcuno di essi, sebbene solo all'esito di un giudizio concreto sulle modalità del fatto e sull'intensità delle offese.

4. L'atteggiarsi della legittima difesa nei luoghi di privata dimora.

Si è detto che il giudizio di proporzione tra l'aggressione ingiusta e la reazione difensiva assume una connotazione certamente concreta, quanto meno per le ipotesi generali di legittima difesa.

Lo scenario invece si presenta diverso nei casi di legittima difesa cd. "domiciliare", introdotta ad opera della l. n. 59/2006, che ha aggiunto due nuovi commi all'art. 52 c.p.

La riforma ha introdotto una presunzione di proporzione tra l'offesa ingiusta e la reazione difensiva, nell'ipotesi di cui all'art. 614 c.p., qualora l'agredito, legittimamente presente nei luoghi indicati utilizzi un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo, al fine di difendere la propria o altrui incolumità (art. 52 co. 2 lett. a), o i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo di aggressione (art. 52 co. 2 lett. b).

L'infelice formulazione normativa ha suscitato una serie di perplessità interpretative, che rendono incerta la peculiare disciplina della legittima difesa domiciliare, e spingono l'istituto ai confini della legittimità costituzionale.

La giurisprudenza, pertanto, si è sforzata di fornire un'interpretazione quanto più costituzionalmente orientata della fattispecie, al fine di dissolvere i sospetti che

adombravano la riforma.

Si è dubitato, in primo luogo, della stessa natura della scriminante: il mancato riferimento all'attualità del pericolo e all'inevitabilità della reazione hanno indotto a ritenere che il legislatore abbia introdotto una nuova causa di giustificazione, assimilabile all'esercizio di un diritto di autodifesa nel proprio domicilio o nei luoghi ad esso assimilati.

L'orientamento prevalente ritiene invece che l'art. 52 co. 2 e 3 c.p. abbia introdotto un'ipotesi speciale di legittima difesa, derogatoria rispetto alla disciplina di cui al comma primo solo per quanto riguarda il requisito della proporzione che deve ritenersi presunto; ne consegue che, ancorché non implicitamente richiamati, operano anche i presupposti dell'attualità del pericolo e dell'inevitabilità della reazione^[11].

Tale soluzione consente di ridurre le perplessità derivanti dalla lettura testuale della norma, che sembra aver introdotto una presunzione *iuris et de iure* di proporzionalità tra l'aggressione e la reazione difensiva per i fatti che avvengano nei contesti domiciliari.

Valorizzando i requisiti dell'attualità del pericolo e della necessità della reazione, si riesce ad escludere un automatismo che vedrebbe sempre soccombere il bene della vita e dell'incolumità fisica dell'aggressore, per le condotte poste in essere nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. e ad esso equiparati.

Pertanto, anziché forzare il dato testuale della norma, un diverso indirizzo ritiene di dover intendere la presunzione di proporzionalità di cui all'art. 52 comma 2 c.p., in termini relativi che realizzerebbe solo un rafforzamento della posizione processuale dell'aggredito, spostando sulla pubblica accusa la prova dell'eccessività della reazione difensiva.

Ed infatti, la considerazione della presunzione in termini assoluti suscita non pochi dubbi, non tanto in relazione all'ipotesi di cui alla lettera a) dell'art. 52 comma 2 c.p., in cui il raffronto avviene tra beni omogenei (giacché l'incolumità dell'aggressore si rapporta con quella dell'aggredito o di un terzo), quanto in relazione all'ipotesi di cui alla lettera b), in cui la reazione ha lo scopo di tutelare beni di tipo patrimoniale.

Il rischio, in quest'ultimo caso, è quello di sovvertire la gerarchia dei beni

costituzionalmente protetti, accordando un'indiscriminata prevalenza alla tutela del domicilio e del patrimonio connesso rispetto all'incolumità fisica dell'aggressore.

Ecco perché la presunzione di proporzionalità deve intendersi come relativa, ed affiancata dalla valutazione degli ulteriori elementi che la disposizione contempla, ovvero il pericolo di aggressione e la mancata desistenza; al fine di fuggire dai predetti dubbi di legittimità, proprio il requisito del pericolo di aggressione deve riferirsi all'incolumità del soggetto che reagisce per tutelare i propri beni patrimoniali, riequilibrando il bilanciamento di interessi sottesi alla disposizione.

L'interpretazione restrittiva dei presupposti dell'ipotesi di cui all'art. 52 c.p. commi 2 e 3 c.p. si scontra con una formulazione eccezionalmente ampia dei luoghi in cui possa trovare applicazione la scriminante in esame, che non coincidono con il solo domicilio dell'offeso: la norma nel far riferimento all'art. 614 c.p., ricollega la presunzione di proporzionalità a tutte le condotte poste in essere non solo nell'abitazione, ma anche in ogni altro luogo di privata dimora, o nelle pertinenze di esse.

La *ratio*, evidentemente, è quella di ritenere maggiormente pericolose le aggressioni che si manifestano in quei luoghi in cui si esplica la sfera di intimità dell'offeso, in cui egli si mostra più vulnerabile confidando nella riservatezza degli stessi, e per i quali diviene difficilmente esigibile il *commodus discessus*.

A ciò si aggiunge, la correlazione con i diritti sanciti dall'art. 14 Cost., che risultano violati dalle condotte descritte dalla norma scriminante, rafforza la legittimità della presunzione di proporzionalità della reazione volta a tutelarli.

Tali considerazioni, tuttavia, non si conciliano facilmente con la previsione di cui al comma terzo dell'art. 52 c.p., che estende espressamente l'ambito applicativo della speciale esimente ai fatti avvenuti nei luoghi ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale ed imprenditoriale, per i quali manca il collegamento con la sfera privata dell'offeso, riaccendendo così i dubbi sulla legittimità della presunzione di proporzionalità esaminata.

Ciò anche in considerazione del *trend* giurisprudenziale che, nell'analizzare il concetto di "privata dimora", propende per un'accezione restrittiva, facendovi

rientrare solo quei luoghi esclusivamente i luoghi, nei quali si svolgono atti della vita privata in via non meramente occasionale, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare[12].

Del resto, la giurisprudenza pronunciata specificamente sul punto ha escluso l'operatività della legittima difesa domiciliare, per i fatti accaduti in contesti spaziali in cui manchino i presupposti della stabile permanenza e del compimento di atti afferenti la vita privata dell'offeso[13].

Pur nella consapevolezza che la disposizione di cui al comma terzo dell'art. 52 c.p., estende volutamente l'operatività della scriminante ai luoghi diversi da quelli abitati a privata dimora, come chiarito *incidenter tantum* dalle Sezioni Unite del 22 giugno 2017, n. 31345, si prospetta la necessità di accertare anche per l'esistenza di un legame con la sfera privata del soggetto ivi legittimamente presente, al fine di giustificare l'applicazione della presunzione di proporzionalità di cui al comma secondo dell'art. 52 c.p., e di escludere profili di arbitrarietà della scelta politico-criminale, espressa dalla l. n. 59/2006.

[1] Il presente *schema di elaborato* rappresenta il punto di vista dell'autore, nonché solo uno dei modi possibili in cui può essere svolta la traccia.

[2] Sul punto si veda, M. SANTISE - F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Torino, Giappichelli 2017, pp. 315 e ss.

[3] Cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sez. I, 30 aprile 2013 n. 18926, secondo cui "non è invocabile la scriminante della legittima difesa da chi reagisca ad una situazione di pericolo alla cui determinazione egli stesso abbia concorso e nonostante disponga della possibilità di allontanarsi dal luogo senza pregiudizio e senza disonore"

[4] Cfr., Cass. pen., 15 novembre 2006, n. 3932.

[5] Cfr., *ex pluris*, Cass. pen., Sez. V, 3 maggio 2017, n. 31446.

[6] Cfr., Cass. pen., Sez. V, 16 luglio 2014, n. 42826: *“l’attenuante della provocazione quando il fatto apparentemente ingiusto della vittima, cui l’agente abbia reagito, sia stato determinato a sua volta da un precedente comportamento ingiusto dello stesso agente o sia frutto di reciproche provocazioni”*.

[7] Cfr., Cass. pen., Sez. V, 31 gennaio 2017, n. 9164: *“la scriminante della legittima difesa non può essere riconosciuta a chi reagisca ad una situazione di pericolo alla cui determinazione egli stesso abbia concorso e nonostante disponga della possibilità di allontanarsi dal luogo senza pregiudizio e senza disonore, come nel caso di specie”*.

[8] Cfr., Cass. pen., Sez. VI, 6 marzo 2017, n. 10925.

[9] Cfr., Cass. pen., Sez. V, 3 settembre 2016, n. 36987: *“In tema di legittima difesa è configurabile la scriminante quando, al fine di evitare lesioni ulteriori e più gravi, si reagisce con un coltello all’aggressione altrui perpetrata a mani nude, se, a causa dell’evidente stato di inferiorità fisica rispetto all’aggressore, non si ha la concreta possibilità di difendersi con lo stesso mezzo utilizzato dalla controparte”*.

[10] Cfr., Cass. pen., Sez. V, 23 luglio 2015, n. 32381: *“La legittima difesa può eccezionalmente essere riconosciuta quando, sussistendo tutti gli altri requisiti voluti dalla legge, vi sia stata una reazione assolutamente imprevedibile e sproporzionata, ossia un’offesa che, per essere diversa e più grave di quella accettata, si presenti del tutto nuova, autonoma ed in tal senso ingiusta”*.

[11] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 3 luglio 2014 n. 28802.

[12] Cfr. Cass., SS. UU., 22 giugno 2017, n. 31345 che intervenute in tema di furto in abitazione hanno affermato il seguente principio di diritto: *“Ai fini della configurabilità del delitto previsto dall’art. 624-bis cod. pen., i luoghi di lavoro non rientrano nella nozione di privata dimora, salvo che il fatto sia avvenuto all’interno di un’area riservata alla sfera privata della persona offesa. Rientrano nella nozione di privata dimora di cui all’art. 624-bis cod.pen. esclusivamente i luoghi, anche destinati ad attività lavorativa o professionale, nei quali si svolgono non occasionalmente atti della vita privata, e che non siano aperti al pubblico né accessibili a terzi senza il consenso del titolare”*.

[\[13\]](#) Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 14 marzo 2013, n. 19375: “la legittima difesa prevista dalla l. n. 59/2006, *non opera con riguardo a condotte compiute nell’abitacolo di una autovettura, trattandosi di spazio privo dei requisiti minimi necessari per potervi soggiornare per un apprezzabile periodo di tempo e nel quale non si compiono atti caratteristici della vita domestica*”.

Concorso magistratura 2017: Traccia svolta diritto amministrativo

Concorso in magistratura 2017

Traccia di diritto amministrativo[\[1\]](#)

12 luglio 2017

Premesso un inquadramento sistematico sul regime dei beni pubblici, tratti il candidato, in particolare, dei beni patrimoniali indisponibili con particolare riguardo all’acquisto e alla perdita dell’indisponibilità.

1. I beni pubblici rappresentano l’insieme delle cose (in senso giuridico), mobili e immobili, appartenenti allo Stato o altra p.a., a titolo dominicale o ad altro titolo, idoneo ad assicurarne la disponibilità ed il godimento, identificabili in base a specifiche caratteristiche fissate dalla legge ovvero in ragione della destinazione ad uno scopo pubblico cui ne viene fatta (V. CERULLI IRELLI).

Più in generale, i beni pubblici possono essere definiti come quei beni di cui si

avvalgono le pubbliche amministrazioni per la realizzazione degli scopi e delle funzioni ad esse affidati.

La rilevanza dei beni pubblici è sempre stata distinta da quella dei beni appartenenti a soggetti privati in virtù del **vincolo** che la legge pone tra il bene medesimo e una specifica utilizzazione per il perseguimento di fini pubblici.

L'ordinamento pone un **nesso strumentale** tra bene pubblico e scopo pubblico, introducendo, di conseguenza, un particolare regime giuridico che investe il profilo del possibile godimento del bene, quello della sua circolazione giuridica e quello relativo alla sua tutela (M.SANTISE).

Questa differente disciplina rispetto ai beni privati è giustificata sul piano costituzionale dall'art. 42 Cost. il quale prevede che «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati». Su questa norma si fonda la possibilità di prevedere un particolare regime giuridico per la proprietà pubblica e, perciò, indirettamente per tutti i beni di appartenenza alla p.a.

Questa differenziazione di disciplina, infatti, come si vedrà subito dopo, riguarda anche quei beni disponibili in quanto appartenenti alla p.a., pur non qualificabili come beni pubblici in senso stretto.

2. La tradizionale nozione dei beni pubblici è, però, destinata a mutare con due sentenze delle sezioni unite della Corte di Cassazione (le nn. 3665 e 3811/2011) che hanno fornito una chiave di lettura innovativa e costituzionalmente orientata sulla natura pubblica e demaniale dei beni, prescindendo dal mero dato dominicale di appartenenza, pubblica e privata, e valorizzando appunto il ruolo della Costituzione nell'identificazione dei beni pubblici o demaniali.

Secondo le sezioni unite i beni pubblici vanno presi in considerazione in relazione alla loro **funzione sociale**, riconducendone la titolarità allo **Stato-collettività** e non allo Stato-apparato, il quale assurgerebbe a mero «... ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». Ciò in quanto, diversamente ragionando si finisce per appiattirsi sulla sola, e ormai "antiquata", dicotomia beni pubblici-beni privati, «... tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati».

Attraverso quest'orientamento si giunge a ritenere che un bene immobile, a prescindere dalla titolarità, per le sue caratteristiche intrinseche funzionali agli scopi dello Stato sociale come delineati dalla Costituzione repubblicana, che pone **al centro del sistema la persona ed i suoi interessi primari**, tra cui anche **l'ambiente ed il paesaggio** è da considerarsi, «... al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica», bene comune a prescindere dal titolo di proprietà, funzionale alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini.

3. Ciò premesso, la categoria dei beni pubblici può essere suddivisa in due sottocategorie:

a) **beni pubblici in senso stretto**, che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico;

b) **beni di interesse pubblico**, che, pur appartenenti ai privati, sono sottoposti ad un regime giuridico derogatorio rispetto a quello di diritto comune, in virtù della peculiare rilevanza riconosciuta agli stessi da parte della collettività.

Appartengono alla prima categoria, secondo la distinzione accolta dal Codice civile (art. 822 e ss.), i **beni c.d. demaniali** e quelli **appartenenti al patrimonio indisponibile**, che restano distinti rispetto ai beni patrimoniali c.d. disponibili e cioè quei beni che, pur appartenendo a soggetti pubblici, sono tendenzialmente sottoposti al diritto comune dei privati e per questo motivo definibili *beni privati sia pure in titolarità pubblica*.

In realtà, anche per i beni del patrimonio disponibile, il legislatore introduce una disciplina particolare quanto al loro godimento (ciò accade ad esempio per la disciplina dei contratti di locazione stipulabili con i terzi in cui la p.a. resta pur sempre vincolata alla destinazione, sia pur strumentalmente e, però, indirettamente, del bene alla realizzazione dell'interesse pubblico) oppure alla relativa circolazione giuridica (affidando, ad esempio, al Ministro competente per materia il potere regolamentare e, perciò, normativo per elaborare schemi tipo di contratti di vendita verso terzi, come nel caso dei beni culturali in cui è preminente l'interesse pubblico alla salvaguardia delle caratteristiche storico-artistiche di un bene immobile locato o comunque trasferito a terzi; ciò significa che pur essendo sottoposti in via generale al diritto comune si connotano pur sempre di una specialità di disciplina.

Alla luce di tali rilievi, si è ritenuto di ravvisare quale *ratio* giustificativa di questa specialità proprio questo nesso di strumentalità tra il bene e gli scopi istituzionali dell'ente pubblico proprietario.

La distinzione tra i beni disponibili rispetto a quelli propriamente pubblici, sarebbe rappresentata dal carattere *diretto* o soltanto *indiretto* di questa specialità.

Più precisamente, per i beni pubblici in senso stretto, il nesso è posto chiaramente dalla legge, ed è quindi diretto; con la conseguenza che l'ente pubblico non può adibire quel bene ad una destinazione pubblica diversa da quella tipizzata dal legislatore.

Per i beni privati o disponibili, invece, questo nesso non è posto espressamente dalla legge, ma lo si ricava in via interpretativa dai limiti che il legislatore pone al loro godimento ed alla relativa circolazione giuridica; ciò quantomeno per garantire il principio di economicità della attività amministrativa complessivamente intesa, visto che, sia per il loro godimento che per la circolazione giuridica, l'ente pubblico titolare percepisce corrispettivi da iscrivere in bilancio secondo le leggi di contabilità pubblica. Il nesso strumentale di questi beni, pertanto, si dice indiretto perché solo attraverso l'incremento delle poste di bilancio si consente all'ente il perseguimento degli scopi pubblici istituzionali. In tal caso, la p.a. può scegliere discrezionalmente l'utilizzazione del bene rispetto ai suoi scopi, a ciò non essendo vincolata dalla legge, come invece avviene

per i beni pubblici in senso stretto.

Al di fuori di questi limiti, secondo l'impostazione tradizionale, ai beni disponibili torna ad applicarsi il regime di diritto comune e, quindi, la distinzione rispetto ai beni propriamente pubblici torna ad essere rilevante, ad esempio ai fini della tutela.

4. I beni pubblici sono normativamente disciplinati a diversi livelli e, nell'insieme, in modo alquanto a-sistematico.

La Costituzione, come anticipato, anche se non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, stabilisce alcuni richiami che risultano comunque assai importanti per la definizione del sistema.

Tradizionalmente, la norma costituzionale di riferimento in tema di beni pubblici risulta essere, come detto, quella dell'art. 42 secondo cui la proprietà «è pubblica o privata », riconoscendo implicitamente una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà.

A tale norma, secondo il recente orientamento delle Sezioni Unite, occorre affiancare ulteriori dati normativi di rilievo costituzionale altrettanto significativi in tema di beni pubblici. Innanzitutto, gli artt. 2 e 9 Cost. che, letti in combinato disposto con il citato art. 42, esprimono un principio di tutela della personalità umana e «... del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche con riferimento al "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa codicistica, il demanio e patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per la 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».

Sempre a livello costituzionale, secondo questo indirizzo interpretativo, va richiamato l'art. 118 Cost. che, al III co., dispone della legge statale disciplina le «forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali»; analogamente va citata la riforma del titolo V della Costituzione con cui è stata prevista la competenza esclusiva dello Stato per la tutela dell'ambiente, e dell'ecosistema e dei beni culturali, oltre ad una competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni per ciò che concerne la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali. Il Codice civile, poi, detta una disciplina organica che tenta, sia pur in modo eccessivamente formalistico, di dare una classificazione alle diverse categorie di beni. Agli artt. 822 e s. si occupa del demanio pubblico e del relativo regime giuridico; dall'art. 826 in poi, si occupa, invece, dei beni appartenenti al patrimonio indisponibile e della relativa disciplina.

I beni pubblici vengono, poi, disciplinati anche da altre leggi speciali di settore come ad esempio il Codice della navigazione di cui al r.d. n. 327/1942, la normativa sui beni e le attività culturali oggi confluita nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004, la legge sulla fauna selvatica di cui alla legge n. 157/1992.

La nozione di **demanio pubblico** è prevista anche dalla normativa

sull'amministrazione e contabilità dello Stato di cui al r.d. n. 2440/1923, che prevede, per tali beni, la compilazione di particolari inventari, che hanno mera natura dichiarativa e non sono pertanto idonei a "costituire" la natura demaniale o comunque pubblica del bene in mancanza dei requisiti naturali e giuridici richiesti a tal fine dall'ordinamento ma oggetto), mentre quelli appartenenti al **demanio c.d. naturale** sono pubblici "in sé", in quanto dotati di particolari ed intrinseche caratteristiche.

Come indicato anche dall'art. 823 c.c., i beni che rientrano nel demanio pubblico sono, tra l'altro, inalienabili, impignorabili, non espropriabili e non possono formare oggetto di diritti su cosa altrui se non nei limiti previsti da norme di diritto pubblico che li riguardano.

Attraverso una serie di interventi normativi (solo a titolo di esempio si ricordano i seguenti interventi normativi di sdemanializzazione: legge n. 210/1985 con cui si è proceduti alla sdemanializzazione delle strade ferrate con vincolo di destinazione al servizio pubblico ferroviario; D.P.R. n. 283/2000 in tema di demanio storico ed artistico che ha riconosciuto la deroga alla loro inalienabilità e diritto di prelazione del Ministero dei beni e delle attività culturali., primari e secondari) si è riconosciuto ed avviato un processo di c.d. sdemanializzazione, che consente per il tramite di un apposito *iter* procedimentale di volta in volta previsto, di "affrancare" il bene demaniale da tale sua qualità, prodromica alla possibilità di poterlo alienare ovvero espropriare per pubblica utilità o pubblico interesse

5. Fanno parte del patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 826 c.c., invece, tutti quei beni, sia immobili che mobili, appartenenti alle p.a., che non rientrano tra quelli demaniali sopraindicati, in quanto destinati «in forza di un atto di volontà amministrativa concretamente attuato, a svolgere un servizio pubblico» (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 30 ottobre 2012, n. 1757).

Vi rientrano le acque minerali e termali, le cave e le torbiere, le cose di interesse archeologico, paleontologico ed artistico che una volta scoperte, da chiunque ed in qualsiasi modo, entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato, nonché la fauna selvatica. L'elencazione fatta dalla norma dal Codice non è tassativa stante la clausola generale prevista dall'ultima parte dell'art. 826 c.c.

Anche per questa categoria di beni pubblici occorre distinguere tra quelli per cui la proprietà pubblica è collegata alle caratteristiche e qualità proprie della cosa, ritenute dalla legge idonee di per sé a realizzare esigenze pubbliche (con la conseguenza che un eventuale atto amministrativo che qualifichi come tale il bene risulterà di **natura solo ricognitiva**), da quelli per cui l'appartenenza al patrimonio indisponibile della p.a. dipende da un atto o da un fatto dell'ente che concretamente li assegna ad un pubblico servizio (N. CENTOFANTI).

In giurisprudenza è stato affermato che «affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili perché “destinati ad un pubblico servizio”, ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c. deve sussistere **un doppio requisito**: la **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 ad un pubblico servizio, e **l'effettiva ed attuale destinazione** del bene al pubblico servizio» (Cass., Sez. II, 16 dicembre 2009, n. 26402 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 04/05/2017, n. 2034).

Seguendo questo orientamento, poi, la Cassazione ha ritenuto che l'appartenenza al patrimonio indisponibile di un bene «va esclusa quando il tempo che intercorre tra la destinazione ad uso pubblico del bene e l'inizio del periodo utile a fini di usucapione (oltre dieci anni) trascorre senza che sia stato posto in essere alcun atto concreto di utilizzazione del fondo a fini di pubblica utilità».

Queste conclusioni traggono spunto dall'impostazione delle Sezioni Unite della Cassazione secondo cui «un bene, in tanto può considerarsi appartenente al patrimonio indisponibile per essere destinato a pubblici servizi a norma del comma 3 dell'art. 826 c.c., in quanto abbia una effettiva destinazione a quel servizio, non essendo sufficiente la determinazione dell'Ente pubblico di imprimere al bene il carattere di patrimonio indisponibile» (Cass., SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6950).

Secondo l'art. 828 c.c. i beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato non possono essere sottratti alla loro destinazione se non attraverso le modalità stabilite dalla legge che li riguarda. Detti beni, perciò, sono in astratto commerciabili, salvi gli specifici divieti recati dalle disposizioni legislative di settore, ma sono gravati da uno specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che «i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione dalla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto **nella forma della concessione amministrativa**, la quale, anche quando si configuri come concessione-contratto - vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) -, implica sempre l'attribuzione dal privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico, con la conseguenza che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l'intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria»» (Cass., SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6950).

Diversamente dai beni demaniali, quelli indisponibili sono espropriabili e soggetti ad usucapione entro i limiti della loro destinazione, a condizione cioè che lo scopo pubblico risulti comunque servito dal bene così come destinato dalla p.a. Così è stato affermato in giurisprudenza per ciò che concerne l'espropriazione forzata per debiti, ritenuta ammissibile per i beni indisponibili sempre che la vendita forzata risulti compatibile con la permanenza del vincolo di destinazione pubblica.

Sotto quest'ultimo profilo, particolarmente problematico è stato l'inquadramento del **danaro delle p.a.** che inizialmente veniva ritenuto bene indisponibile non pignorabile per effetto dei c.d. vincoli di bilancio in cui era contabilizzato, idonei ad imprimergli una destinazione pubblicistica preclusiva all'espropriazione ai sensi degli artt. 2740 e 2741 c.c. Questa tesi, però, è stata sconfessata dalla Corte Costituzionale che, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto della questione di legittimità costituzionale degli artt. 823, 828 c.c. e 514 c.p.c., ha affermato che «... la mera iscrizione nel bilancio preventivo delle P.A. di somme di danaro o di crediti pecuniari traenti origine da rapporti di diritto privato non li trasforma di per sé in beni patrimoniali indisponibili ... in quanto la natura fungibile e strumentale delle somme di danaro non vale a determinarne la indisponibilità, a meno che esse non siano destinate immediatamente, nella loro individualità, ad un fine pubblico» (Corte Cost., 21 luglio 1981, n. 138) . L'affermazione della pignorabilità del danaro delle p.a., per gli inconvenienti pratici che possono verificarsi a causa del notorio stato di deficit in cui

normalmente versano gli enti pubblici, ha indotto il legislatore ad intervenire normativamente sul punto dichiarando la non assoggettabilità ad esecuzione forzata di determinate somme di danaro degli enti in ragione della loro destinazione come, ad esempio, per retribuzioni lavoratori dipendenti, oneri previdenziali, servizi essenziali ed altre ipotesi tassativamente, di volta in volta, indicate.

Per espressa previsione di legge, infine, i beni pubblici indisponibili possono formare oggetto di diritti reali in favore di terzi, ove ciò sia compatibile con la loro specifica destinazione pubblica.

Si potrebbe allora ritenere compatibile con la *ratio* del Codice civile la possibilità che possa essere rimosso il vincolo di destinazione per i beni appartenenti al patrimonio indisponibile, attraverso il previo esperimento di procedimenti amministrativi a ciò previsti dalle singole leggi di settore, così permettendone la libera circolazione.

Questa impostazione trae fondamento dalle ipotesi in cui il legislatore ha espressamente vietato la circolazione di detti beni, disponendone apertamente l'assoluta inalienabilità.

In ogni caso, gli atti dispositivi di detti beni contrastanti con la destinazione pubblica del bene saranno invalidi. Più precisamente, si tratterebbe di atti annullabili in quanto ci si troverebbe pur sempre in presenza di autolimiti di un potere pubblico pur sempre attribuito dalla legge. Secondo un'altra impostazione, però, ormai prevalente, sarebbe configurabile una nullità in quanto l'interesse tutelato è di natura generale e non particolare.

[1] Pubblichiamo uno *schema di elaborato* svolto tratto, per ampie parti, dal testo di M.SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, 2017, III edizione, pp. 118 e ss.

Concorso magistratura 2017: Traccia svolta diritto civile

Concorso in magistratura 2017

TRACCIA DI DIRITTO CIVILE[*]

11.7.2017

Riflessi patrimoniali della crisi e della cessazione dei rapporti familiari: matrimonio, unione civile, contratto di convivenza e convivenza di fatto

di Valentina Olisterno[†]

1. Inquadramento

La disciplina della crisi dei rapporti coniugali o paraconiugali rappresenta probabilmente l'aspetto più delicato della regolamentazione complessiva del fenomeno familiare, venendo in rilievo l'esigenza di trovare un giusto punto di equilibrio tra i valori di libertà e responsabilità, soprattutto nei confronti della prole e dei componenti della coppia.

La questione si complica ulteriormente alla luce dei recenti interventi legislativi - da ultimo L. n. 76/2016 cd. Cirinnà, recante la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze - che ha, definitivamente, consacrato a livello normativo (anche se si registrano numerosi precedenti interventi normativi sia pure frammentari e settoriali, quali l. n. 21/2013, artt. 342 bis e ter c.c., art. 6 L. n. 184/1983, artt. 406 e 417 c.c., art. 5 L. n. 40/2004, artt. 572, 612 bis c.p., art. 199 c.p.p., ecc.) l'accoglimento di un **modello pluralistico di famiglia** che riconosce insieme alla famiglia legittima (fondata sul matrimonio ai sensi dell'art. 29 Cost.) le altre relazioni familiari, come la famiglia di fatto che la Corte Cost. (ex multis sent. n. 138/2010 e 170/2014) ha ricondotto alle formazioni sociali, di cui all'art. 2 Cost., ove si svolge la personalità dell'uomo.

In specie la nuova legislazione in tema di rapporti di coppia ha modificato i confini del concetto di famiglia, delineando almeno quattro relazioni familiari (si veda sul punto, M.SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, 2017, p. 125 ss.).

Accanto al matrimonio si collocano, infatti, le unioni civili tra persone dello stesso sesso, le convivenze di fatto (omosessuali o eterosessuali) registrate e le convivenze (omosessuali o eterosessuali) non registrate.

Il diverso atteggiarsi di tali relazioni si riverberano sulla regolamentazione della crisi del rapporto familiare, ed in specie sulle ricadute patrimoniali della stessa, posto che i profili afferenti al rapporto con i figli prescindono, restando identici, dalla "forma" assunta dalla famiglia in cui si collocano.

L'interprete è chiamato inoltre a misurare il ruolo che l'autonomia negoziale, principio che la giurisprudenza ha elevato a rango costituzionale tramite l'aggancio agli artt. 2 e 41 Cost., può assumere in tali relazioni che orbitano tra il diritto pubblico e il diritto dei privati, alla luce del principio di indisponibilità degli *status*.

2. Matrimonio: assegno di separazione, assegno di divorzio, ammissibilità degli accordi in vista della separazione e del divorzio

2.1. La crisi del rapporto coniugale è segnata dalla **separazione personale** dei coniugi.

La separazione (che può essere di fatto o di diritto, consensuale o giudiziale) incide sugli effetti/sul rapporto non sull'atto, non elidendo il vincolo matrimoniale, ma sospendendolo.

Tra i coniugi permane un vincolo solidaristico e assistenziale in virtù del quale sorge (in sostituzione del dovere di contribuzione) il dovere di sopperire alle esigenze del coniuge economicamente meno provveduto. Invero al coniuge cui non sia addebitabile la separazione spetta un **assegno di mantenimento**, qualora non abbia adeguati redditi propri e vi sia una disparità economica tra i due coniugi (156 c.c.). L'entità dell'assegno è determinata in relazione alle circostanze di ordine economico e ai redditi dell'obbligato, ed è teso ad assicurare al coniuge economicamente più debole la conservazione di un tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio.

Nella separazione consensuale, gli effetti della separazione si ricollegano all'accordo delle parti, anche se sono sospensivamente condizionati all'omologa del giudice. Si tratta di un *negozio a carattere familiare*, che deve contenere una **parte necessaria** (il reciproco consenso a vivere separati) e una **eventuale**

(relativo alle pattuizioni avente ad oggetto l'instaurarsi della vita separata).

La giurisprudenza da tempo ammette i cd. accordi *a latere* dell'omologazione, cioè di pattuizioni anteriori, coevi o successivi all'accordo omologato, in base al **principio di non interferenza** e comunque purché prevedano condizioni non deteriori, discutendosi solo della natura atipica (Cass. n. n. 11342/2004, n. 21736/2013) o tipica di tali accordi con "causa familiare" (Cass. n. 5473/2006).

2.2. Il matrimonio si scioglie definitivamente con il **divorzio** che può essere pronunciato solo in presenza delle tassative cause stabilite dalla legge (art. 3 L. 898/1970).

Espressione di una pretesa solidarietà postconiugale, l'assegno divorzile - previsto dall'art. 5, comma 6 Legge sul divorzio - è corrisposto (fino a quando non muoia o non si risposi) all'ex coniuge qualora questi non abbia al momento della cessazione degli effetti civili del matrimonio mezzi adeguati e versi nell'impossibilità di procurarseli per ragioni oggettive. L'assegno ha **natura assistenziale** e non alimentare, di mantenimento.

Il giudizio di "inadeguatezza" viene operato raffrontando i mezzi del coniuge richiedente raffrontandolo "ad un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stessi i quale poteva legittimamente e ragionevolmente prefigurarsi sulla base delle aspettative maturate nel corso del rapporto" (Cass. 4079/2010).

Questo consolidato principio è stato tuttavia recentemente scardinato da **Cass. 10/05/2017, n. 11504** che ha segnato l'abbandono del tenore di vita, quale parametro di riferimento per la determinazione dell'assegno divorzile.

La Suprema Corte, superando, in considerazione dell'evoluzione del costume sociale, il proprio consolidato orientamento, ha stabilito "*Il giudice del divorzio, richiesto dell'assegno di cui all'art. 5, comma 6, della l. n. 898 del 1970, come sostituito dall'art. 10 della l. n. 74 del 1987, nel rispetto della distinzione del relativo giudizio in due fasi: a) deve verificare, nella fase dell'"an debeat", se la domanda dell'ex coniuge richiedente soddisfa le relative condizioni di legge (mancanza di "mezzi adeguati" o, comunque, impossibilità "di procurarseli per ragioni oggettive"), non con riguardo ad un "tenore di vita analogo a quello goduto in costanza di matrimonio", ma con esclusivo riferimento*

all'“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 mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri “lato sensu” imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), della 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 all'eccezione ed alla prova contraria dell'altro ex coniuge; b) deve tener conto, nella fase del “quantum debeatur”, di tutti gli elementi indicati dalla norma (“condizioni dei coniugi”, “ragioni della decisione”, “contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o 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 divorzile, sulla base delle pertinenti allegazioni, deduzioni e prove offerte, secondo i normali canoni che disciplinano la distribuzione dell'onere della prova.”.

Tradizionalmente la giurisprudenza ha sempre ritenuto che la convivenza dell'ex coniuge possa essere causa di riduzione dell'assegno o di quiescenza, ma non di definitiva cessazione (come avviene in altri ordinamenti, come quello spagnolo). L'unica norma che prevede l'incidenza della convivenza sui rapporti economici è l'art. 337 *sexies* in tema di assegnazione della casa familiare. Anche questa tradizionale impostazione è stata superata da **Cass., 3/4/2015, n. 6855**, la quale ha inaugurato un orientamento innovativo e rivoluzionario, secondo cui l'instaurazione da parte del coniuge divorziato di una nuova famiglia, ancorché di fatto, fa venire definitivamente meno l'assegno divorzile, in quanto viene rescissa ogni connessione con il tenore e il modello di vita caratterizzanti la pregressa fase di convivenza matrimoniale.

Oltre all'assegno divorzile che è disposto su ordine del giudice, si pongono gli accordi in vista del divorzio, nei confronti dei quali si registra una netta chiusura da parte della giurisprudenza a differenza degli accordi in vista o in occasione della separazione, tendenzialmente ammessi, come visto sopra.

La giurisprudenza commina la **nullità** di tali accordi per **illiceità della causa** ed in specie per violazione dell'art. 160 c.c., intesa come massima espressione della

totale **indisponibilità dei diritti** e dei doveri che scaturiscono dal matrimonio, ed in particolare dello *status coniugalis*.

E' stato infatti affermato che "gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico - patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c.. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludono il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione - specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione degli effetti civili del matrimonio (Cass., 18 febbraio 2000, n. 1810).

E' stato altresì precisato che "gli accordi dei coniugi diretti a fissare, in sede di separazione, i reciproci rapporti economici in relazione al futuro ed eventuale divorzio con riferimento all'assegno divorzile sono nulli per illiceità della causa, avuto riguardo alla natura assistenziale di detto assegno, previsto a tutela del coniuge più debole, che rende indisponibile il diritto a richiederlo. Ne consegue che la disposizione della L. n. 898 del 1970, art. 5, comma 8, nel testo di cui alla L. n. 74 del 1987 - a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico -, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati "secundum ius", non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio" (Cass., 10 marzo 2006, n. 5302; v. anche Cass., 9 ottobre 2003, n. 15064; Cass., 11 giugno 1981, n. 3777).

Da ultimo tali principi sono stati ribaditi da Cassazione civile, sez. I, 30/01/2017, n. 2224.

Tale impostazione, tuttavia, potrebbe essere oggetto di rivisitazione, perché l'art. 6 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132 convertito, con modificazioni, dalla Legge 10 novembre 2014, n. 16, tesa a valorizzare gli strumenti alternativi alla giurisdizione, ha introdotto la convenzione di negoziazione assistita per la separazione personale, la cessazione degli effetti civili del matrimonio, lo

scioglimento del matrimonio e la modifica delle condizioni di separazioni o di divorzio.

L'introduzione di questi nuovi meccanismi finalizzati ad attenuare o sciogliere il vincolo matrimoniale ha ridestato il dibattito sulla natura degli accordi familiari e sulla tenuta del *principio di indisponibilità dello status*.

Si sostiene che non è più vero che l'azione di scioglimento del matrimonio rientri nella categoria delle azioni costitutive necessarie, perché la fonte da cui scaturiscono gli effetti tipici della separazione e del divorzio va ravvisata anche nell'accordo.

Di recente proprio la sentenza della Corte di Cassazione 11504/2017, che si è pronunciata sull'assegno divorzile e il parametro del tenore di vita, ha valorizzato l'autonomia negoziale, precisando che " oggi - è possibile "sciogliere" il matrimonio, previo accordo, con una semplice dichiarazione delle parti all'ufficiale dello stato civile, a norma del D.L. 12 settembre 2014, n. 132, art. 12, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162, art. 1, comma 1".

3. Unioni civili

Come si è accennato la legge Cirinnà ha introdotto e disciplinato le unioni civili (ossia le unioni tra partners dello stesso sesso), in maniera pressoché analoga al matrimonio.

Circa il regime della crisi delle unioni civili, a differenza del matrimonio, è prevista quale causa dello scioglimento del vincolo esclusivamente il "divorzio", richiamandosi l'art. 3 l. 898/1970. Lo scioglimento è previsto anche per volontà unilaterale delle parti, mediante dichiarazione all'ufficiale di stato civile.

Fermo restando la disciplina dell'assegno divorzile, stante il richiamo all'art. 5 comma 6 della legge 1970, anche alla luce della recente sentenza della Cassazione, si pone il problema di verificare l'applicabilità dell'orientamento che esclude gli accordi in vista del divorzio.

Secondo una prima impostazione, poiché le unioni civili si possono sciogliere anche con una semplice dichiarazione unilaterale, si potrebbe propendere per una

maggior apertura per gli accordi in vista dello scioglimento del rapporto.

Tuttavia accedendo alla tesi secondo cui, salvo taluni profili differenziali, le unioni civili sono sostanzialmente equiparabili al matrimonio, si deve concludere per l'inammissibilità di tali accordi in quanto affetti da nullità.

4. Contratto di convivenza.

La legge Cirinnà si è, altresì, occupata di approntare una disciplina, sia pure non del tutto esaustiva, della convivenza di fatto cd. registrata.

Viene, in particolare, in rilievo il cd. contratto di convivenza con il quale i conviventi hanno la possibilità di disciplinare in via programmatica i loro rapporti (esclusivamente) patrimoniali mediante la sottoscrizione di un apposito contratto definito, appunto, "di convivenza".

La legge in parola ne individua la forma (scritta *ad substantiam* con atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata) e i requisiti di validità, l'opponibilità ai terzi (tramite iscrizione all'anagrafe ai sensi del regolamento di cui al d.p.r. 223/1989), nonché il contenuto (tra le altre, le modalità di contribuzione alle necessità della vita in comune, in relazione alle sostanze di ciascuno e alla capacità di lavoro professionale o casalingo, la scelta del regime patrimoniale della comunione dei beni).

Si discute se l'elencazione di cui al comma 53 sia tassativa, oppure se i conviventi, nell'esercizio del potere di autonomia negoziale, possano ampliare il contenuto di tale contratto con previsioni, per così dire, "atipiche", ed in specie se tale contratto possa contenere pattuizioni volte a disciplinare la crisi del rapporto di convivenza e, dunque la regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra gli ex conviventi.

Si osserva che la legge cd. Cirinnà non regola compiutamente la fase dello scioglimento della convivenza *more uxorio*, e, dunque i profili patrimoniali che seguono la risoluzione del contratto di convivenza.

Il comma 65 dell'art. 1 della legge Cirinnà si limita solo a stabilire che "*in caso di cessazione della convivenza di fatto, il giudice stabilisce il diritto del convivente di ricevere dall'altro convivente e 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".

Sul punto, diverse sono le posizioni degli interpreti.

Una tesi restrittiva nega la validità di una previsione contrattuale di una somma da corrisondersi per la cessazione della convivenza imputabile alla volontà o alla condotta del soggetto obbligato. Si tratterebbe in particolare di una clausola penale contrastante con norme imperative e, quindi, nulla.

Altra impostazione, maggiormente in linea con il valore che oggi si riconosce all'autonomia negoziale, ritenendo che la legge in parola appresti solo una "tutela minima", ammette simili accordi (che prescindono, quindi, dallo stato di bisogno dei conviventi) in considerazione del fatto che rispetto alla clausola penale è ammesso il controllo giudiziale di congruità o non eccessiva onerosità che tutelerebbe il soggetto tenuto alla corresponsione.

Infine, secondo una ricostruzione mediana, accedere alla tesi dell'elencazione tassativa non significa che le pattuizioni relative alla fine della convivenza ed obblighi di mantenimento successivi siano illecite o nulle, ma che non rientrano e non possono ritenersi disciplinate dalle disposizioni contenute nella legge n. 76/2016.

Ecco, quindi, che diventa necessario rifarsi ai principi elaborati dalla dottrina e giurisprudenza con riferimento alla fase patologica del rapporto di convivenza *more uxorio* ante legge Cirinnà.

5. Convivenza di fatto.

Con riferimento alle convivenze *more uxorio* o "prive di contratto" si ritiene che tra i conviventi non si determini automaticamente alcun diritto reciproco al mantenimento o obbligo di prestare alimenti, né quando la convivenza sia in corso, né dopo la sua cessazione.

In ordine ad eventuali pretese restitutorie, la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che *"in tema di convivenza "more uxorio", le attribuzioni reciproche fra*

*conviventi, non essendo dovute “ex lege” in quanto non scaturenti dall’obbligo di mantenimento reciproco in base alle proprie capacità lavorative, che presiede invece al vincolo matrimoniale, bensì essendo imputabili ad un semplice legame di affetto e solidarietà, si configurano come **obbligazioni naturali**. In quanto tali, salvo il caso in cui la loro realizzazione sia imputabile a persona incapace, esse non sono ripetibili e non costituiscono ingiustificato arricchimento in capo a chi ne ha beneficiato”.*

Fuori di queste ipotesi, tuttavia, un’indagine sulla causa in concreto può altresì rivelare la sussistenza di donazioni remuneratorie (nonché liberalità d’uso) o di vere proprie obbligazioni giuridiche in senso stretto.

Con riferimento a queste ultime, secondo alcuni non può negarsi che, nell’esercizio dell’autonomia privata, le parti-conviventi possano disciplinare i propri reciproci rapporti patrimoniali, con riferimento sia alla fisiologia della convivenza che ad una eventuale fase patologica, non venendo in quest’ultimo caso in rilievo il limite rappresentato dall’indisponibilità dello *status coniugalis*.

Tali accordi rientrerebbero nei **negozi della crisi familiare** che la Cassazione n. 5473/2006, qualifica quali negozi traslativi di diritti durante la crisi coniugale - in questo caso para-coniugale - come negozi rispondenti *“ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell’evento di “separazione consensuale”. Spirito che, sfuggendo da un lato alle connotazioni classiche dell’atto di “donazione” e dall’altro a quello dell’atto di vendita “svela, ..., una sua “tipicità” propria la quale ... può, colorarsi dei tratti dell’obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della “gratuità”, in ragione dell’eventuale ricorrenza ... nel concreto, dei connotati di una sistemazione “solutorio-compensativa” ...”* di quella serie di rapporti maturati nel corso della convivenza.

Questa tesi non è, tuttavia, condivisa da quanti ritengono che trattasi accordi non meritevoli di tutela, e come tali affetti da nullità, perché la previsione di obblighi assistenziali successivi allo scioglimento della convivenza si porrebbero in un’insanabile contraddizione con la caratteristica tipica della convivenza ovvero il libero scioglimento della stessa.

A sostegno di tale assunto si richiama la Cass 21 marzo 2013 n. 7214 che - in tema di tutela possessoria del partner estromesso dall’altro proprietario dell’abitazione - la quale, dopo aver affermato il principio secondo cui *“poiché ...*

la famiglia di fatto è compresa tra le formazioni sociali che l'art. 2 Cost. considera la sede di svolgimento della personalità individuale, il convivente gode della casa familiare, di proprietà del partner, per soddisfare un interesse proprio, oltre che della coppia, sulla base di un titolo a contenuto e matrice personale la cui rilevanza sul piano della giuridicità è custodita dalla Costituzione, si da assumere i connotati tipici della detenzione qualificata", si affretta a ribadire che ciò non significa pervenire ad un completo pareggiamento tra la convivenza more uxorio ed il matrimonio, contrastante con la stessa volontà degli interessati, che hanno liberamente scelto di non vincolarsi con il matrimonio proprio per evitare, in tutto o in parte, le conseguenze legali che discendono dal coniugio.

[*] Il presente *schema di elaborato* rappresenta il punto di vista dell'autore, nonché solo uno dei modi possibili in cui può essere svolta la traccia.

[†] Magistrato ordinario.

Sull'ammissibilità dei danni punitivi

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 5 luglio 2017 n. 16601.

Le Sezioni Unite, decidendo la corrispondente questione ritenuta di massima di particolare importanza, hanno affermato, avvalendosi del disposto dell'art. 363, comma 3, c.p.c., che *"nel vigente ordinamento, alla responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria del responsabile civile. Non è quindi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi. Il riconoscimento di una sentenza straniera che contenga una pronuncia*

di tal genere deve però corrispondere alla condizione che essa sia stata resa nell'ordinamento straniero su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa ed i limiti quantitativi, dovendosi avere riguardo, in sede di delibazione, unicamente agli effetti dell'atto straniero e alla loro compatibilità con l'ordine pubblico".

compensatio lucri cum damno

Cons. St., sez. IV, ord., 6 giugno 2017, n. 2719.

Va rimessa all'Adunanza plenaria la questione se sia possibile o meno sottrarre dal complessivo importo dovuto al danneggiato a titolo di risarcimento del danno gli emolumenti di carattere indennitario versati da assicuratori privati o sociali ovvero da enti pubblici, specie previdenziali.