UNIVERSITÀ DI PALERMO
PUBBLICAZIONI A CURA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
14

GIOVANNI TORREGROSSA
MAGISTRATO
ASSISTENTE NELL'UNIVERSITÀ DI PALERMO

IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO





MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1964

La spiegazione di tale distorsione dei principi è forse da ricercarsi nella impostazione finora seguita in materia di danni da costruzione di opere pubbliche. L'averli, cioè, considerati come dipendenti da atto legittimo ha probabilmente determinato la convinzione che a tale titolo la pubblica Amministrazione debba rispondere di danni che in base alle norme per responsabilità da atti illeciti non vanno risarciti (137).

(137) La prospettiva che nega il diritto al risarcimento nell'ipotesi esaminata nel testo (da noi adottata in *La responsabilità...*, *cit.*) è seguita ora da ALABISO (*Natura giuridica dell'interesse del frontista di strada pubblica*, in *Rass. avv. Stato*, 1964, p. 500 e ss.) il quale però nega che vi sia connessione fra la teoria della c.d. responsabilità da atto lecito e la soluzione seguita dalla giurisprudenza. Viceversa, noi riteniamo che l'unica spiegazione possibile dell'altrimenti inspiegabile soluzione sta nel fatto che finora si è seguito *in subiecta materia* un ordine di idee diverso dalla responsabilità da illecito.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DA ATTO LECITO NEL DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Concezione dell'atto dannoso necessitato come atto lecito. Conseguenze assurde. — 2. Concezione dell'atto necessitato come atto di espropriazione per privato interesse. Origine storica e critica della teoria. — 3. Criteri di configurazione dello stato di necessità e della legittima difesa come cause di espropriazione per pubblico interesse. Inaccettabilità. — 4. Diversità di incidenza dello stato di necessità e della legittima difesa sulla responsabilità penale e su quella civile. — 5. Ammissibilità di una difesa legittima contro l'atto necessitato in relazione particolarmente al requisito della proporzionalità della difesa all'offesa. — 6. Struttura e *ratio* della discriminante penale dello stato di necessità e della corrispondente disciplina della responsabilità civile. Note differenziali. — 7. Carattere subiettivo della discriminante dello stato di necessità. — 8. La pretesa liceità dell'atto dannoso necessitato. Critica. — 9. Indennità e risarcimento. Critica alla distinzione fondata sul riferimento all'equità. — 10. Varie accezioni del termine « indennità » nei testi legislativi e sue relazioni col concetto di risarcimento. Identità col risarcimento indiretto e contrapposizione al risarcimento specifico dell'indennizzo dovuto in riparazione di danni. — 11. L'indennità di cui all'art. 1017 cod. civ. — 12. L'indennità di cui all'art. 937 cod. civ. — 13. La responsabilità prevista dall'art. 938 cod. civ. — 14. L'indennità di cui all'art. 2041 cod. civ. — 15. Natura giuridica dell'illecito e suoi rapporti con la sanzione. — 16. Ancora della giuridica irrilevanza del danno meramente economico in riferimento all'obbligo di indennizzo *ex* art. 2041 cod. civ. — 17. Qualificabilità come illecito dell'atto dell'incapace. — 18. Infondatezza della distinzione tra indennità e risarcimento sotto il profilo quantitativo. — 19. La responsabilità *ex* art. 1328 cod. civ. in relazione alla liceità della revoca di proposta contrattuale. — 20. L'esercizio del diritto come ipotetica fonte di responsabilità civile e come causa di esclusione di quella penale. — 21. Carattere recettizio della revoca di proposta contrattuale. — 22. Critica del concetto di retroattività degli atti giuridici e in particolare della revoca di proposta contrattuale. — 23. Limiti di estensione della responsabilità *ex* art. 1328 cod. civ. ed esclusione della sua dipendenza dall'esercizio della facoltà di revoca della proposta. — 24. La responsabilità *ex* art. 1328 come responsabilità precontrattuale e fondamento di questa nella lesione del diritto alla libertà di contrarre. — 25. Qualificazione dei comportamenti produttivi degli obblighi di indennizzo ex artt. 843, 924 e 925 cod. civ. Necessaria illiceità. — 26. Argomenti storici a riprova dell'uso del termine indennità da parte del legislatore nella accezione di risarcimento per equivalente.

1. La costruzione di una categoria della responsabilità per atto lecito è stata tentata dalla dottrina privatistica sulla base di alcune norme del codice civile, la cui articolazione, secondo il quadro fin ora offerto, presenterebbe l'obbligazione di un indennizzo collegata geneticamente ad un atto lecito.

La validità dei risultati, che con tale metodo sono stati raggiunti, non può essere quindi saggiata che attraverso l'analisi delle prospettate esemplificazioni legislative, in modo da verificare se la indicata nota distintiva si riscontra in esse.

L'ipotesi che più frequentemente viene invocata, come esempio di responsabilità per atto lecito, specie dalla dottrina più recente (1), è costituita dall'indennità per i danni provocati in stato di necessità.

Dimostreremo più avanti l'erroneità dei presupposti dommatici sui cui tale tesi è fondata; intanto vi è da rilevare pregiudizialmente che l'accettazione di essa porterebbe a conseguenze assurde.

Posto, infatti, in ipotesi, che l'atto necessitato sia lecito, se ne dovrebbe dedurre, come è stato peraltro coerentemente fatto, « che dal pericolo prodotto dallo stato di necessità può nascere a sua volta, quando ricorrono i requisiti, soltanto una ulteriore situazione di necessità e non una situazione di legittima difesa » (2).

Si consideri al riguardo la ipotesi in cui a seguito di un naufragio un soggetto riesca ad impadronirsi di un rottame inidoneo

(1) Oltre a Briguglio, *Lo stato di necessità, cit.*, v. Molari, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 115 e ss.; Rubino, *Osservazioni in tema di stato di necessità e concorso nel fatto colposo*, in *Riv. giur. circ. e trasp.*, 1953, p. 201; Distaso, *Stato di necessità e fatto del terzo*, in *Foro pad.*, 1952, I, 1093 e ss.; De Cupis, *Natura giuridica dell'atto necessitato*, in *Riv. crit. resp. civ.*, 1939, p. 161 e ss.; *Dei fatti illeciti*, in *Commentario* Scialoja e Branca, *Delle obbligazioni*, l. IV, 1958, p. 311, benchè in quest'ultima opera lascia sfuggirsi un'affermazione che è indice del disagio che la dimostrazione della tesi provoca: « la indennità rientra sotto un ampio concetto di risarcimento ».

(2) Contieri, *Lo stato di necessità*, Milano, 1939, p. 39, § 129; Piras, *Saggio sul comportamento necessitato nel diritto privato*, in *Studi Sassaresi*, 1949, p. 185.

a sostenere il peso di altre persone. Per effetto di occupazione (art. 923 c.c.) il naufrago acquista la proprietà del rottame e, quindi, *per questo solo titolo*, ha il diritto di escludere l'utilizzazione di esso da parte di qualsiasi altro soggetto.

Si pensi, quindi, al tentativo di un altro naufrago di aggrapparsi al detto rottame ed alla reazione di chi l'ha occupato per primo, il quale, riuscendo ad impedire all'altro naufrago di appoggiarsi al rottame, ne determina la morte. Se la reazione del proprietario del rottame dovesse considerarsi come determinata dallo stato di necessità, dovrebbe ammettersi il suo obbligo di indennizzare gli eredi del morto, sia pure in misura determinata « dall'equo apprezzamento del giudice » (art. 2045 cod. civ.); così che, in definitiva, per salvare la propria vita, il proprietario del rottame dovrebbe essere considerato esposto ad una responsabilità civile.

L'assurdità delle conseguenze sarebbe poi più evidente quando si sostituisse al rottame una normale imbarcazione capace anch'essa di sopportare il peso di una sola persona ed il cui proprietario, navigando per diporto, fosse analogamente messo da un naufrago in pericolo di annegare.

Sarebbe contrario, infatti, ad ogni principio di ordine morale e giuridico ritenere che per aver respinto il naufrago allo scopo di scongiurare il grave pericolo di perdere, assieme al godimento esclusivo della imbarcazione, la propria vita, il proprietario del mezzo debba essere costretto a pagare un indennizzo, di qualsivoglia ammontare.

Tale indennizzo, peraltro, non potrebbe in alcun modo giustificarsi alla stregua dell'inquadramento dommatico che di esso è stato formulato.

2. Nel processo di sistemazione fra gli atti giuridici leciti (3), di cui il comportamento necessitato è stato fatto oggetto,

(3) È controverso se il comportamento necessitato costituisca un « atto » o un

parte della dottrina italiana (4) ha creduto di poter seguire la tesi formulata dalla più antica dottrina tedesca che ravvisava nello stato di necessità, come nella legittima difesa, casi di espropriazione per ragione di necessità privata (5).

La critica ad una tale impostazione è stata prevalentemente condotta sulla base della interpretazione letterale degli artt. 42, comma 3°, Cost., e 834 cod. civ. (6), che prevedendo entrambi una forma di ablazione del diritto di proprietà solo per la soddisfazione di esigenze di carattere generale, escluderebbero la fondatezza di un inquadramento dommatico degli istituti in esame che postulasse il sacrificio di beni per appagare interessi privati (7).

Senonchè, l'argomento è stato considerato insufficiente, in quanto la realtà normativa offrirebbe numerosi esempi di sacrifici e limitazioni imposti alla proprietà in favore di interessi non generali. Ed al riguardo si sono indicati: l'art. 851 cod. civ. relativo alle attribuizioni dei consorzi a scopo di ricostruzione fondiaria, l'art. 857 cod. civ. riguardante la facoltà di un proprietario di acquistare parte del fondo del vicino quando il muro divisorio si trovi a distanza inferiore a un metro e mezzo; l'articolo 913 cod. civ. che prevede un'indennità per il proprietario del fondo che sia stato danneggiato dalla modificazione del deflusso dell'acqua di scolo (8).

« fatto » giuridico. Rilevando che in esso si riscontra l'intenzione dell'agente di soddisfare la necessità di salvare sè od altri da un danno grave alla persona, lo inquadra nella prima categoria MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli 1955, p. 277-278. Viceversa ritengono irrilevante lo scopo del comportamento necessitato, CONTIERI, *Lo stato di necessità...*, cit., p. 125 e PIRAS, *Saggio sul comportamento, cit.*, p. 154.

(4) PIRAS, *Saggio..., cit.*, p. 154.

(5) LEHMANN, *Ueber die civilrechtliche Wirkungen des Nothstandes*, in *Jhering's Jahrbücher*, 13 (1874), p. 215 e ss. e particolarmente p. 224. Nello stesso senso, DEMOCUE, *Traité des obligations*, Paris, 1928, III, p. 396 e ss.; MORIAUD, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, Paris, 1889, p. 30 e ss.

(6) BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, p. 115, *cit.*

(7) CHIRONI, *Lo stato di necessità nel diritto privato*, Torino, 1906, p. 175 e ss.; NATTINI, *Appunti sulla natura dell'atto necessitato*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, I, p. 708.

(8) PIRAS, *Saggio sul comportamento necessitato...*, cit., p. 196-197.

3. Rinviando alla dimostrazione da altri effettuata in ordine alla inefficacia degli esempi indicati a provare l'esistenza, nel nostro ordinamento giuridico, accanto alle ipotesi di espropriazione per pubblico interesse, di ipotesi, seppur eccezionali, di espropriazione per interessi privati (9), vi è da osservare che, posto su queste basi, il problema che ci occupa non può trovare una soddisfacente soluzione.

Infatti, la dimostrazione che al di fuori di quelle (pur contestate) della legittima difesa e dello stato di necessità, non esistono altre ipotesi di espropriazione per privati interessi, non toglie da un canto, che la prospettata categoria possa considerarsi costituita da questi due istituti, nè prova dall'altro che, volendo mantenere a tutti i costi la prospettiva dell'espropriazione, tali istituti non possano essere ritenuti ipotesi di espropriazione per utilità pubblica, giacchè non può in generale e pregiudizialmente essere esclusa la configurabilità di un interesse dello Stato a dare rilevanza pubblicistica alla situazione di necessità e di legittima difesa.

L'efficacia, infatti, che rispetto all'esigenza del mantenimento dell'ordine sociale e la funzione intimidatrice che — specie la legittima difesa — i detti istituti spiegano nei riguardi dei comportamenti ingiusti per la dichiarata legittimità delle eventuali reazioni, potrebbero in linea di principio portare a concludere che l'interesse alla tutela dello stato di necessità e della legittimità difesa sia proprio della collettività organizzata e quindi secondo i criteri ricavabili dall'evoluzione che l'istituto dell'espropriazione ha avuto riguardo ai motivi che la giustificano, rivesta il necessario carattere pubblico.

Mentre, infatti, nel congegno della legge del 1865 i presupposti di legittimità dell'esproprio erano ancorati all'esecuzione di opere pubbliche (10), con l'art. 843 cod. civ. si adottò una

(9) BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità..., cit.*, p. 115 e ss.

(10) L'art. 1 della l. 25 giugno 1865, n. 2359, dispone, come è noto, che « la

formula più generica dalla quale, eliminato il riferimento anzidetto (11), l'ambito di applicazione dell'istituto in esame venne a risultare ampliato.

La Costituzione, poi, concludendo tale processo evolutivo, ha regolato il diritto di proprietà in modo da prevederne il sacrificio per la soddisfazione di interessi il cui carattere pubblico avrebbe potuto contestarsi alla stregua dell'interpretazione che alla norma del codice civile era stata data. L'art. 42, infatti, prevede la espropriazione « ... per motivi di interesse generale » e l'art. 43 parla di « fini di utilità generale... » e di « ...preminente interesse generale » (12).

Con tale modificazione la criticata tesi potrebbe essere salvata se non altro nella ipotesi in cui per evitare un pregiudizio grave alla persona (stato di necessità) o ad un altro qualsiasi diritto (legittima difesa) l'agente sia costretto a sacrificare il diritto di proprietà od altro diritto reale altrui.

Tuttavia, in tal modo non si coprirebbe tutta l'area delle possibili applicazioni degli istituti in esame, giacchè ne resterebbero fuori le ipotesi in cui l'atto necessitato o la reazione in stato di legittima difesa siano dirette a sacrificare non un diritto patrimoniale, ma la vita di un soggetto.

Rispetto a quest'ultima ipotesi potrebbe anche prospettarsi il problema se l'interesse alla tutela dello stato di necessità o della legittima difesa sia talmente preminente nell'organizzazione di uno Stato da richiedere il sacrificio della vita dei soggetti, quando questa venga in conflitto con il primo. Ma, come è intuitivo, la risposta deve ritenersi negativa, giacchè esiste un prin-

---

espropriazione dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per la *esecuzione di opere di pubblicità utilità* non può aver luogo che con l'osservanza delle forme stabilite dalla presente legge.

(11) « ... per causa di pubblico interesse... ».

(12) In ordine all'indicato aspetto evolutivo dell'istituto che dimostra come in definitiva l'ampliamento del suo ambito di applicazione sia dipendente dall'aumento delle funzioni che lo Stato moderno considera come pubbliche, v. VIRGA, *La espropriazione*, Palermo, 1962, pp. 12, 18, 19, *cit.*

cipio di ordine costituzionale il quale vieta il sacrificio della vita dei cittadini per ragioni di pubblica utilità.

L'art. 27, terzo comma, della Costituzione, infatti, dispone che « le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato » (13).

Il riferimento al recupero sociale del condannato, costituisce il più convincente argomento per escludere che per il mantenimento dell'ordine interno, che pur rappresenta unitamente alla difesa dagli attacchi esterni uno dei fini connaturali alla stessa esistenza di uno Stato (14), possa essere soppressa una vita umana.

Ma a parte questi rilievi marginali — che comunque servono a porre in evidenza le insufficienze, rispetto alle ipotesi indicate, della tesi in esame — una critica di fondo deve svolgersi alla prospettiva che riconduce lo stato di necessità e la legittima difesa all'espropriazione.

La dottrina ha, infatti, da tempo segnalato che questo istituto deve essere inquadrato nell'ambito della categoria dei cc.dd. trasferimenti coattivi i quali sono caratterizzati, sul piano strutturale, dall'esistenza di un atto giuridico (anzichè di un negozio) emesso in base ad un potere accordato ad un organo pubblico e, dal punto di vista funzionale, da una identità di effetti con i trasferimenti volontari (15).

---

(13) Sulla portata di questa norma, v. CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo è costituzionale?*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 1 e ss.

(14) VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1954, I, p. 3; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1952, p. 4.

(15) Per primo fu il PUGLIATTI a dare sistemazione concettuale, nell'ambito della categoria indicata nel testo, alle varie ipotesi di trasferimento di diritti da un soggetto ad un altro senza il concorso della volontà del titolare. V. *Introduzione ad una teoria dei trasferimenti coattivi*, in *Annali*, Messina, 1931, p. 43-214; *Trasferimenti coattivi*, in *Nuov. Dig. It.*, vol. XII, p. 2², p. 301-311; DE MARTINO, *Della proprietà*, in *Commentario diretto da* SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1954, p. 130; PICCARDI, *L'espropriazione per p.u. è un procedimento esecutivo?*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, II, 36; CARUGNO, *L'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1958, p. 23; VIRGA, *L'espropriazione cit.*, p. 18.

Il motivo di carattere politico-legislativo che giustifica la indicata categoria deve rinvenirsi nella funzione di solidarietà sociale che il diritto di proprietà assolve, accanto a quello di soddisfazione dei bisogni dell'individuo (16).

Tale giustificazione, però, segna anche il limite della legittimità della espropriazione, nel senso che in tanto un soggetto può essere privato di un bene di sua proprietà, in quanto l'altro soggetto, al quale lo stesso bene venga assegnato, possa destinarlo a scopi di interesse generale e quindi alla soddisfazione di bisogni collettivi.

Infatti se si individua, come è pacifico in dottrina, il tratto caratteristico della espropriazione nella perdita del bene e nella contemporanea acquisizione dello stesso bene da parte di un altro soggetto per una migliore utilizzazione di esso, non può contestarsi che nelle ipotesi dell'atto necessitato e della legittima difesa non si riscontra tale aspetto. Alla struttura di questi due istituti è estranea la componente della utilizzazione del bene successiva al sacrificio imposto al titolare di esso; che anzi, specie nella legittima difesa, è escluso per definizione che l'agente possa acquisire un vantaggio maggiore di quello che gli deriva dalla conservazione della sua vita e dei suoi beni minacciati dall'atto ingiusto. Si vuol dire, cioè, che nella legittima difesa il sacrificio di un bene di un soggetto non avviene in funzione dell'utilità che l'agente può ricavare per effetto della acquistata disponibilità di tale bene, ma esclusivamente per garantirgli il godimento dei suoi beni minacciati dall'atto ingiusto.

La stessa diversità strutturale e funzionale si riscontra nello stato di necessità in cui l'atto necessitato non procura, come l'atto espropriativo, quell'aumento di patrimonio che si verifica per l'espropriante. E basterebbero gli esempi da noi sopra indicati a dar la prova di tale affermazione.

(16) Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 257 e ss.

4. L'argomento, da noi sopra prospettato, dell'assurdità del diniego dell'ammissibilità della legittima difesa nei confronti dell'atto necessitato non ha mancato nella più recente riflessione (17) sullo stato di necessità della dottrina italiana, di essere preso in considerazione; ma esso è stato ritenuto per un verso non fondato e per un altro inconferente (18).

Procedendo all'esame dell'ipotesi, frequente nella dottrina tedesca (19), ed analoga a quella da noi formulata, di chi per salvare la vita altrui esponga a pericolo la vita di un terzo, si è rilevato che negando a quest'ultimo la legittima difesa, non si arriverebbe alla conclusione, prospettata dalla stessa dottrina che l'ipotesi ha formulata, di porre a carico del terzo « un vero e proprio obbligo di sacrificare la vita a vantaggio di quella altrui », giacchè si dovrebbe pur sempre ammettere la liceità della reazione del terzo sotto il profilo dello stato di necessità (20).

Questa conclusione rivela a nostro avviso l'unilateralità e quindi l'incompletezza dell'indagine che sta alla base del detto diniego.

Essa trascura, infatti, di considerare che, se è vero che sotto il profilo degli effetti di ordine penale che il nostro ordinamento giuridico collega all'atto necessitato ed alla reazione per legittima difesa vi è equipollenza fra le due situazioni, ai fini del diritto privato le conseguenze sono di natura diversa: l'atto giustificato (21) dalla legittima difesa non produce nessuna conseguenza di ordine patrimoniale per l'agente, viceversa l'atto necessitato genera l'obbligo del pagamento dell'indennità che, nel caso del-

(17) Molari, *Profili dello stato di necessità*, Padova, 1964, p. 115 e ss., *cit.*.

(18) L'argomento era già stato prospettato dalla dottrina penalistica, v. Dolce, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, 1957, p. 34; Scarano, *La non esigibilità nel diritto penale*, Napoli, 1948, p. 124.

(19) Oetker, *Notwehr und Notstand*, in *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*, vol. II, Berlin, 1908, p. 264.

(20) Molari, *Profili ...*, *cit.*, p. 120.

(21) Usiamo per ora il termine « giustificato » in una accezione ampia, senza pregiudicare il problema, del quale parleremo oltre, se le discriminanti della legittima difesa e dello stato di necessità costituiscano cause di giustificazioni del fatto o di esclusione della colpevolezza.

la morte di un uomo e quale che sia l'estensione dei poteri equitativi accordati al giudice dall'art. 2045 cod. civ., non può certo assumere ammontare esiguo.

5. Quanto, poi, all'accusa di inconferenza delle ipotesi da noi prospettate per provare l'ammissibilità della legittima difesa di fronte all'atto necessitato, è stato rilevato che la tesi qui sostenuta sarebbe sicuramente smentita dall'impossibilità di ammettere la liceità della legittima difesa a salvaguardia di un bene patrimoniale minacciato da un atto determinato dalla necessità di evitare un grave pericolo alla persona dell'agente. Ciò perchè « richiedendo l'art. 52 cod. pen. una proporzione tra offesa e difesa non può mai darsi la lesione di un bene di primaria importanza a tutela di uno di secondo ordine » (22).

Senonchè (a parte l'intuitiva obiezione che tale ultima affermazione porterebbe ad escludere la legittimità della reazione anche sotto il profilo dello stato di necessità), il risolvere il principio della proporzionalità tra offesa ingiusta e difesa, di cui all'art. 52 cod. pen., nel senso di una equivalenza di valore fra il bene esposto a pericolo e quello sacrificato, non sembra conforme alla più esatta interpretazione che deve ricavarsi dallo stesso art. 52 cod. pen.

Una pressochè costante giurisprudenza (23) ed autorevole dottrina (24) ritengono che la proporzione fra difesa e offesa debba essere riferita ai mezzi di cui l'agente dispone e non al valore degli interessi in conflitto (25), e tale prospettiva deve a nostro avviso esser condivisa, giacchè se si interpretasse la proporzione fra offesa e difesa come riguardante gli interessi colli-

(22) MOLARI, *Profili ... cit.*, p. 121.

(23) V. per tutte, Cass. 21 maggio 1958, in *Arch. pen.*, 1959, II, 226.

(24) MANZINI, *Diritto penale italiano*, Torino, 1950, vol. II, p. 367-368; VANNINI, *Manuale di diritto penale*, Firenze, 1947, p. 153, *cit.*

(25) Nella *Relazione al Re* (n. 36) è detto: « La difesa deve essere proporzionata all'entità dell'offesa, e non necessariamente all'importanza dell'interesse che si vuol difendere. Anzi l'aggressione denota, non di rado, tanto maggiore perversità e pericolosità, quanto meno rilevante è il bene aggredito... ».

denti, mancherebbe nell'art. 52 cod. pen. ogni riferimento al limite di legittimità dei mezzi difensivi. In conseguenza, se con la criticata interpretazione si riesce ad evitare l'iniquità di ritenere lecita l'uccisione di un uomo per la salvaguardia di un bene materiale (26), non si riuscirebbe ad evitare l'assurdo di considerare lecito l'uso di un'arma da parte di un soggetto, il quale potrebbe respingere ad esempio con una frusta il pericolo di un pregiudizio alla propria persona, costituito dall'aggressione esercitata contro di lui da un soggetto munito di mezzi di minore efficacia offensiva.

A ben guardare, invero, è per lo meno dubbio, se non errato, che dal sistema della legge penale possa ricavarsi un principio generale che subordina interessi di grado inferiore ad altri di valore superiore.

Tale principio si è creduto ricavare — e da tale rilievo si è tratto argomento decisivo per concludere per la natura oggettiva delle discriminanti dello stato di necessità e della legittima difesa — dalla previsione del reato di omissione di soccorso.

Posto, infatti, — si è osservato — che l'omissione di soccorso può considerarsi giustificata solo dallo stato di necessità,

(26) BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1962, p. 300; MOLARI, *Profili ... cit.*, p. 79. Quest'ultimo autore, con riferimento al noto esempio addotto dai moralisti della uccisione del ladro, come paradigma della legittima difesa, rileva che in tanto l'uccisione è giustificata in quanto il danno patrimoniale conseguente all'azione del ladro sia « tanto grave da risolversi in un vero e proprio pregiudizio per la persona »; ed invoca, a sostegno della sua opinione, l'autorità del CATHREIN (*Filosofia morale*, Firenze, 1920, vol. II, p. 138).

Con tale precisazione, però, egli non si accorge che finisce col negare quel carattere oggettivo della legittima difesa che costituisce il punto di arrivo del vivace argomentare del suo lavoro. È chiaro, infatti, che dall'esposto punto di vista la stessa azione delittuosa potrà legittimare una reazione a seconda del soggetto verso il quale sia portata. E così se il ladro sta per appropriarsi dell'unico tozzo di pane di cui il derubato disponga per sfamarsi, l'uccisione del primo sarà discriminata, mentre opposta soluzione dovrebbe adottarsi per il caso che la stessa quantità di pane appartenga ad un ricco agricoltore. Prevalente in tal guisa dovrebbe ritenersi non la considerazione del valore oggettivo che i due interessi in conflitto possono avere, ma le condizioni soggettive del soggetto agente, cioè, ciò che l'autore citato aveva cercato di contestare!

perchè basato sulla preterizione dei motivi di carattere psicologico che possono generare l'atto necessitato.

Si pensi, infatti, all'ipotesi in cui un soggetto per salvare da sicura morte il figlio sacrifichi un bene di un terzo o addirittura la vita di uno o più terzi, e si dovrà consentire sul punto che giustificare l'esenzione di responsabilità penale dell'agente per una supposta obiettiva prevalenza del valore della vita del figlio importerebbe, a parte l'arbitrarietà del costrutto sul piano della normazione positiva, il disconoscimento dell'imponente realtà dei sentimenti che agitano l'animo del padre nel momento in cui avverte il pericolo che corre il figlio e che, alterando in modo cogente la sua volizione, rendono questa insuscettibile di una valutazione socialmente negativa al punto da dar luogo ad una sanzione penale.

Può ancora pensarsi al caso dell'agente intervenuto in favore di un amico, in cui sembra del pari impossibile non riconoscere che l'esistenza del legame affettivo fra l'agente e il soggetto in pericolo non giochi un ruolo determinante nella gamma dei motivi psicologici che inducono l'agente stesso ad intervenire. Al di fuori della illustrata prospettiva psicologica del fatto necessitato ogni spiegazione di esso sarebbe irreale, giacchè non sarebbe possibile ipotizzare esempi di interventi a favore di « altri », che non siano determinati da una spinta psicologica, apprezzabile sul piano morale, al cui rilievo l'ordinamento giuridico àncora la ragione dell'esimente.

Anche nel prospettato esempio dell'aborto terapeutico non è difficile rinvenire i motivi di ordine morale che, indipendentemente da un giudizio di valore fra la vita della madre e quella del nascituro, impongono di sacrificare quest'ultima in favore della prima (40).

(40) È interessante notare come anche nella dottrina e nella giurisprudenza germaniche, dove la tesi del « bilanciamento degli interessi » trova molti ed autorevoli sostenitori, si è affermata la necessità dell'indagine soggettiva nel caso dell'aborto terapeutico, ritenendosi che « il medico che non interviene per salvare la vita della paziente non potrebbe invocare lo stato di necessità, se poi risultasse che l'interruzione della gravidanza, operata per altri motivi, era obiettivamente necessaria ». Così HEINITZ, *Sulla dottrina dell'illiceità materiale*, in *Jus*, 1964, p. 9 e ss.; sul punto, p. 23.

Il saggio di tale autore pone in evidenza, attraverso l'esame delle opinioni più diffuse nella dottrina tedesca, come il principio del « bilanciamento degli interessi » sia connesso con la tendenza che propone l'accoglimento del c.d. stato di necessità ultralegale, in modo da ritenere giustificate azioni che secondo il nostro codice penale non potrebbero sicuramente essere ritenute discriminate: quale, ad esempio, il reato commesso per evitare un pregiudizio patrimoniale.

A parte, infatti, l'assurdo di voler configurare un criterio di misura di un bene di valore inestimabile quale quello della vita per poter affermare il poziore diritto alla sopravvivenza di un soggetto rispetto ad un altro, vi è da rilevare che la esigenza di ordine morale (e quindi psicologica) di prestare assistenza alla madre (41) esclude che il sacrificio della vita del nascituro sia il frutto di una scelta, calcolatamente fatta da parte del medico, fra le due vite, in favore di quella della madre, la cui preferenza non si riesce a vedere quale fondamento potrebbe avere.

La vincolatezza delle norme di deontologia professionale, cioè, esercita una forza talmente pressante, che l'intervento del medico deve ritenersi determinato dalla necessità di ordine morale (42) di perseguire un risultato certo (la salvezza della madre) piuttosto che uno eventuale (la salvezza anche del nascituro).

8. Accertato in tal modo che il fondamento della discriminante di cui all'art. 54 cod. pen. ha carattere soggettivo ed

(41) Che l'obbligo di intervenire per il medico abbia un rilievo giuridico limitato ai casi in cui egli vi sia vincolato per contratto (PISAPIA, *Libera professione e colpa per omissione*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1955, p. 580 e ss.) o quando non sia possibile il ricorso ad altri medici (CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 237 e ss., cit.) non esclude che da un punto di vista morale — che è il punto di vista che qui rileva ai fini di valutare l'atteggiamento psicologico del professionista — esso non sussista egualmente.

(42) Diverso è il discorso sul piano religioso, dove le note posizioni della dottrina cattolica sono influenzate dal presupposto scientifico (peraltro discusso) che non vi siano casi in cui l'alternativa fra la vita della madre e quella del feto o del nascituro possa prospettarsi in termini esclusivi.

incidendo, quindi, solo sulla colpevolezza, non pregiudica il problema della natura antigiuridica del comportamento necessitato al di fuori dell'ambito del diritto penale, resta da esaminare se l'art. 2045 cod. civ. autorizza la conclusione cui è pervenuta la dottrina prevalente (43) di ritenere lecito il fatto necessitato.

Deve intanto escludersi l'esattezza della tesi che collega la liceità del fatto necessitato all'esercizio del diritto, essendo stata già sufficientemente dimostrata in dottrina l'erroneità della costruzione di una categoria di cc. dd. diritti di necessità, in considerazione sia della mancanza della possibilità di azionare in giudizio tali diritti (44), sia per il difetto di un oggetto specifico su cui essi potrebbero esercitarsi (45). Per lo stato di necessità, quindi, non può essere utilizzato il contestato argomento invocato dalla dottrina per dimostrare che nelle ipotesi di cui agli artt. 843, 924, 925, 1328 cod. civ. l'obbligo del pagamento di una indennità deriva da un fatto lecito, dovendosi riscontrare in esse l'esercizio di un diritto.

Questo rilievo dà ragione dell'errore di metodo in cui è incorsa la dottrina nel voler ricavare la liceità del comportamento necessitato dalla esistenza di altre ipotesi in cui la responsabilità deriverebbe da atto lecito. È chiaro, infatti, che anche a voler ammettere (ma in seguito si vedrà quanto ciò sia inesatto) che nelle indicate ipotesi degli artt. 843, 924, 925 (ed altre elencate) possa ravvisarsi una autorizzazione legislativa alla causazione di un danno ed una contemporanea previsione di una compensazione pecunaria avente struttura e funzione diversa dal risarcimento, tutto ciò non prova niente ai fini della configurazione della natura giuridica dell'atto necessitato, dato che la formulazione dell'art. 2045 cod. civ. non consente di ricavare la supposta attribuzione di un diritto dell'agente a provocare il danno.

(43) Piras, Briguglio, Molari, ai *locc. citt.*, cui *adde*: Antolisei, *Manuale di dir. pen.*, P. G., Milano, 1963, I, p. 227-228.

(44) Piras, *Saggio...*, *cit.*, p. 85 e ss.

(45) Briguglio, *Lo stato di necessità...*, *cit.*, p. 119.

Parimenti da escludersi in via pregiudiziale è la fondatezza della tesi che risolve l'indagine sulla natura giuridica dell'atto necessitato in termini di responsabilità obbiettiva (46).

A prescindere, infatti, dal rilievo che la responsabilità obbiettiva « svolge la sua funzione solo se applicata all'esercizio di attività economiche » (47), vi è da rilevare, da un canto, che tale forma di responsabilità (se ed in quanto ammissibile) si muove sempre nell'ambito di una antigiuridicità del comportamento che la genera (48), e dall'altro lato, che l'aspetto psicologico dell'atto necessitato è rilevante sul piano giuridico sotto un duplice profilo: *a*) in quanto l'intenzione dell'agente è orientata verso la soddisfazione del bisogno necessitato (49); *b*) in quanto l'atto necessitato deve per l'agente essere il frutto di una scelta liberamente adottata fra la causazione del danno e la sopportazione del pericolo.

In mancanza di tale libertà si è fuori dello schema dell'atto necessitato e si rientra nel paradigma di altre discriminanti. Se, infatti, il danno non può essere evitato da parte dell'agente perchè qualunque atteggiamento egli tenga, si deve in ogni caso verificare, la sua azione sarà giustificata, secondo i casi, dalla forza maggiore o dal caso fortuito (50).

Punto di partenza dell'indagine deve essere, a nostro avviso, il riportato passo della Relazione, dove è detto che con l'art. 2045 cod. civ. volle soltanto sancirsi « un'attenuazione di responsabili-

(46) Candian, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1953, pp. 193-194; Distaso, *Stato di necessità e fatto del terzo*, *cit.*, c. 1098-1099; Quagliariello, *Sulla responsabilità da illecito...*, *cit.*, p. 117.

(47) Trimarchi P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 43.

(48) Ed è perciò che costituisce una vera e propria contraddizione in termini l'affermazione del Distaso (*op. e loc. cit.*), secondo la quale la responsabilità derivante dall'atto necessitato sarebbe oggettiva perchè lecita. Nel senso del testo, v. Rubino, *La fattispecie...*, *cit.*, p. 199, n. (3).

(49) Mirabelli, *L'atto non negoziale...*, *cit.*, p. 278.

(50) Meraviglia perciò il fatto che un giurista avveduto come il Distaso, che pur consente sulla precisazione fatta nel testo in ordine alla differenza fra stato di necessità e forza maggiore, possa poi pervenire alla conclusione della responsabilità oggettiva, senza avvertire la contraddittorietà della sua posizione (*op. e loc. cit.*).

tà... », espressione questa univocamente ispirata da una considerazione di illiceità del danno prodotto dall'atto necessitato (51).

La rilevanza di tale affermazione è sfuggita all'esame della dottrina che afferma il carattere lecito dell'atto necessitato; e tale lacuna di indagine assume, ai fini della risoluzione del presente problema, una importanza maggiore di quanto in genere non rilevino i lavori preparatori (52), dato che gli argomenti addotti per sostenere la tesi della liceità hanno un carattere tutt'altro che convincente.

9. L'affermazione, pressochè concorde in dottrina, secondo la quale il concetto di indennità ha caratteristiche sue proprie che valgono a differenziarlo da quello di risarcimento, ha causato una supervalutazione dell'elemento letterale nell'interpretazione dell'art. 2045 cod. civ., al punto che dall'adozione del termine « indennità », in tale norma contenuta, si è arrivati alla conclusione che l'atto necessitato è considerato dalla legge come lecito. Ciò specie, in relazione al convincimento che, in

(51) Nel senso dell'illiceità si pronunziano, BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, II, p. 847; CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, *cit.*, p. 193, 194; CAVALLO, *Diritto penale - parte generale*, Napoli, II, 1955, p. 687; BRASIELLO, *I limiti della responsabilità per danni*, Milano, 1956, p. 271; GENTILE, *L'indennità moderata per l'atto necessitato*, in *Resp. civ. e priv.*, 1953, p. 314; CORRADO, *Colpa del terzo e stato di necessità*, in *Riv. dir. comm.*, 1949, II, 270 e ss.

(52) La valorizzazione del testo della *Relazione* sarebbe legittima alla stregua della tesi secondo la quale non può disconoscersi un certo fondamento logico del c.d. « dogma della volontà legislativa » che risolve l'« intenzione del legislatore » di cui all'art. 12 disp. prel. al cod. civ. nel senso di una determinante efficacia, nell'ambito del processo ermeneutico, della opinione di chi partecipò alla formazione della legge; ma è innegabile che, pur attribuendo, secondo una nota veduta, un carattere oggettivo a tale « intenzione » ed intendendola, quindi, come funzionalmente diretta a porre in evidenza il problema pratico che volle essere risolto dalla norma, deve riconoscersi un non trascurabile peso ai lavori preparatori quando, come nel caso dell'art. 2045 cod. civ., dal testo della legge non si ricavano elementi univoci per l'identificazione della sua *ratio*. Sul problema in generale v. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, pp. 164, 167, 330. Nel senso di attribuire « una grande importanza » ai lavori preparatori, ai fini della ricerca dell'intenzione del legislatore, v. BARBERO, *Sistema*, Torino, 1950, p. 86 testo e nota (1).

generale, l'indennità non copre mai tutto il danno cagionato (53) e, in particolare, per quanto riguarda il fatto necessitato, la determinazione di essa in base ad equità, sarebbe la dimostrazione di una « funzione equilibratrice volta ad eliminare o a moderare l'indebito incremento di un patrimonio a danno di un altro » (54).

Noi abbiamo in altra sede (55) indicato sommariamente le ragioni per le quali l'argomento terminologico non prova niente ai fini della individuazione della natura giuridica del fatto che genera l'indennità, dato che l'uso di tale termine non è ispirato da un concetto tecnico avente carattere ben definito.

Poichè, però, tale posizione è stata di recente contestata con le affermazioni che « l'opinione secondo cui il legislatore usa le due espressioni promiscuamente... non sembra suffragata dall'esame attento dei testi, da cui per contro risulta chiaramente la possibilità e la necessità di una distinzione » (56) e che ancora « il nostro ordinamento... mostra di far uso del termine indennità con piena consapevolezza di rigore tecnico... » (57), è opportuno procedere ad un esame dei principali testi legislativi, in cui il termine indennità è adoperato, per accertare se in essi si riscontra la mancanza di illiceità nel fatto che genera l'obbligo del pagamento di essa.

Prima di far ciò, tuttavia, è necessario tener presente che nessuna influenza può avere, ai fini del problema in esame, la circostanza che la indennità compensativa dei danni provocati dall'atto necessitato debba essere « equa ». L'equità, infatti, costituisce un *criterio di misura* (58) di essa indennità e non può

(53) NUTI, *La garanzia della responsabilità patrimoniale*, Milano, 1954, p. 84, 86.

(54) BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità...*, *cit.*, p. 155 e ss.; MOLARI, *Profili...*, *cit.*, p. 149 e ss.

(55) TORREGROSSA, *La responsabilità...*, *cit.*, p. 120.

(56) BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità...*, *cit.*, p. 160.

(57) MOLARI, *Profili...*, *cit.*, p. 154.

(58) PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel libro delle obbligazioni*, in *Diritto civile, Metodo, Teoria, Pratica*, Milano, 1951, p. 167 e ss., sul punto, p. 175.