

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale promosso  
da Magistratura democratica

Il pubblico ministero  
nella giurisdizione  
La responsabilità  
fra il giudice e la legge

2018

1

# QUESTIONE GIUSTIZIA

Trimestrale fondato da Giuseppe Borrè

## **Direttore**

Renato Rordorf

## **Vicedirettore**

Giovanni (Ciccio) Zaccaro

## **Comitato di redazione**

Silvia Albano, Roberto Arata, Giuseppe Battarino, Marco Bignami, Francesco Buffa, Daniele Cappuccio, Anna Maria Casadonte, Giuseppe Cascini, Stefano Celentano, Maria Giuliana Civinini, Piero Curzio, Linda D'Ancona, Carlo De Chiara, Riccardo De Vito, Donatella Donati, Gabriele Fiorentino, Maria Elena Gamberini, Alfredo Guardiano, Mariarosaria Guglielmi, Antonio Lamorgese, Vincenza Maccora, Isabella Mariani, Luca Minniti, Andrea Natale, Maria Eugenia Oggero, Marco Patarnello, Egle Pilla, Luca Poniz, Carla Ponterio, Giuseppe Salmè, Rita Sanlorenzo, Enrico Scoditti, Sergio Sottani, Anna Luisa Terzi, Glauco Zaccardi.

## **Comitato scientifico**

Perfecto Andrés Ibañez, Remo Caponi, Sergio Chiarloni, Maurizio Converso, Beniamino Deidda, Mario Dogliani, Massimo Donini, Luigi Ferrajoli, Paolo Ferrua, Antonio Gialanella, Gianfranco Gilardi, Glauco Giostra, Francesco Macario, Luigi Marini, Federico Martelloni, Luca Masera, Silvia Niccolai, Elena Paciotti, Mauro Palma, Livio Pepino, Marco Pivetti, Roberto Romboli, Vincenzo (Enzo) Roppo, Agnello (detto Nello) Rossi.

## **Segretaria di redazione**

Fernanda Torres

**QUESTIONE GIUSTIZIA** - Rivista trimestrale è una pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura democratica, codice fiscale 97013890583  
ISSN 1972-5531

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| direttore editoriale:           | Renato Rordorf  |
| direttore responsabile:         | Andrea Meccia   |
| sede:                           | c/o Associazione Nazionale Magistrati,<br>Palazzo di Giustizia Piazza Cavour 00193 - Roma |
| segretaria di redazione:        | Fernanda Torres   |
| contatti:                       | 3497805555 - fernanda.torres@alice.it   |
| indirizzo di posta elettronica: | redazione@questionegiustizia.it   |
| sito web:                       | www.questionegiustizia.it   |
| service provider:               | Aruba   |

**I trimestre 2018 - chiuso in redazione in aprile 2018**

## Sommario

|   |      |    |
|---|------|----|
| <b>Editoriale</b>   |      |    |
| di <i>Renato Rordorf</i>  | Pag. | 3  |
| <b>Obiettivo 1. Il pubblico ministero nella giurisdizione</b>   |      |    |
| <hr/>   |      |    |
| <b>Introduzione. Ragioni del processo, ragioni dell'ordinamento: rinunciare a un'istituzione di garanzia?</b>   |      |    |
| di <i>Mariarosaria Guglielmi</i>  | ”    | 6  |
| <b>La terzietà come legittimazione</b>  |      |    |
| di <i>Francesco Petrelli</i>  | ”    | 10 |
| <b>Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia</b>   |      |    |
| di <i>Edmondo Bruti Liberati</i>  | ”    | 14 |
| <b>La capacità del pubblico ministero di effettiva guida delle indagini nei rapporti con la Polizia giudiziaria</b>                                     |      |    |
| di <i>Stefano Pesci</i>   | ”    | 23 |
| <b>Pubblico ministero e giurisdizione nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale: il punto di vista del giudice per le indagini preliminari</b> |      |    |
| di <i>Chiara Valori</i>   | ”    | 30 |
| <b>Pubblico ministero e persona: i procedimenti in materia di <i>status</i>, famiglia e minori</b>  |      |    |
| di <i>Giuseppe Marseglia</i>  | ”    | 34 |
| <b>Quale pubblico ministero vogliamo nella crisi d'impresa?</b>   |      |    |
| di <i>Fabio Regolo</i>  | ”    | 43 |
| <b>La funzione della Procura generale della Cassazione</b>  |      |    |
| di <i>Carmelo Sgroi</i>   | ”    | 52 |
| <b>La formazione dei magistrati del pubblico ministero e l'Europa</b>   |      |    |
| di <i>Raffaele Sabato</i>   | ”    | 70 |
| <b>Un'esperienza di separazione delle carriere: l'ordinamento portoghese</b>  |      |    |
| di <i>Eduardo Maia Costa</i>  | ”    | 76 |

|  |   |     |
|--|---|-----|
| <b>L'indipendenza interna del pubblico ministero</b><br>di <i>Marco Bignami</i>  | ” | 79  |
| <b>Obiettivo 2. La responsabilità civile fra il giudice e la legge</b>   |   |     |
| <b>Introduzione. Giudicare del danno ingiusto</b><br>di <i>Enrico Scoditti</i>   | ” | 88  |
| <b>Il danno ingiusto fra il giudice e la legge</b><br>di <i>Massimo Franzoni</i>   | ” | 90  |
| <b>Appunti sul “danno ingiusto” fra il giudice e la legge nell’esperienza <i>post-moderna</i></b><br>di <i>Antonio Iannarelli</i>                    | ” | 98  |
| <b>Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi)</b><br>di <i>Vincenzo Roppo</i>                             | ” | 108 |
| <b>La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno non patrimoniale</b><br>di <i>Giulio Ponzanelli</i>                  | ” | 114 |
| <b>Il danno alla persona fra essere ed essenza</b><br>di <i>Giacomo Travaglino</i>   | ” | 118 |
| <b>Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi</b><br>di <i>Roberto Simone</i>                                       | ” | 136 |
| <b>Danno <i>antitrust</i>, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile</b><br>di <i>Claudio Scognamiglio</i>                    | ” | 144 |
| <b>Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo</b><br>di <i>Giancarlo Montedoro</i>   | ” | 151 |
| <b>La riforma della responsabilità medica. La responsabilità del medico</b><br>di <i>Alessandro Palmieri</i>   | ” | 161 |
| <b>La riforma della responsabilità medica. L’assicurazione</b><br>di <i>Marco Rossetti</i>   | ” | 167 |
| <b>La riforma della responsabilità medica. I profili processuali</b><br>di <i>Ilaria Pagni</i>   | ” | 174 |
| <b>Cronache americane</b>  |   |     |
| <b>Cronache di un anno in Consiglio di sicurezza: tra tutela dei diritti e difesa della pace, tra conflitti e politica</b><br>di <i>Luigi Marini</i> | ” | 190 |
| <b>Gli autori</b>  | ” | 196 |

## Editoriale

Neppure al più distratto lettore dei giornali quotidiani o al più disattento spettatore delle trasmissioni d'informazione televisiva può essere sfuggito come il pubblico ministero sia divenuto in questi ultimi decenni uno dei protagonisti principali della cronaca: non soltanto di quella "nera" o propriamente giudiziaria, ma anche della cronaca politica. La lunga stagione del conflitto tra politica e magistratura – che non è un fenomeno soltanto italiano, anche se da noi ha conosciuto momenti assai caldi, e che costituisce ovunque un severo banco di prova del costituzionalismo democratico – ha visto il pubblico ministero assumere un ruolo di primo piano dando alla sua figura un risalto straordinario. Anche a prescindere dalle suggestioni dell'attualità, del resto, è innegabile che la funzione del magistrato cui si chiede di ergersi a rappresentante della legge nei conflitti tra la potestà punitiva dello Stato ed il diritto dell'individuo a non essere ingiustamente punito, e talvolta anche nei conflitti interindividuali privati, ha un'enorme rilevanza sociale e si radica nel cuore stesso dei meccanismi che fondano la democrazia. Il modo in cui quella funzione si rapporta all'esercizio della giurisdizione si riflette immediatamente sulla capacità della giurisdizione stessa di assicurare l'effettiva tutela dei diritti e, più in generale, sulla maggiore o minore corrispondenza al modello di Stato di diritto consegnatici dalla Costituzione.

È parso perciò opportuno svolgere sulla *Rivista* una riflessione a più voci sulla figura del pubblico ministero, intrecciando i punti di vista di magistrati che quella funzione quotidianamente esplicano, di magistrati giudicanti che con il pubblico ministero interagiscono, di avvocati difensori che vi si confrontano nell'arena giudiziaria e di studiosi che ne hanno approfondito le caratteristiche salienti.

Il magistrato che esercita nei diversi gradi le funzioni di pubblico ministero ha, nell'ordinamento giudiziario, la denominazione di «procuratore» (o di «procuratore generale»). Egli dunque agisce nell'agone processuale in base ad una procura, cioè in rappresentanza di un soggetto o di un'entità diversa. Nel

corso della storia è stato procuratore del Re, e quindi rappresentante del sovrano monarca, poi più genericamente dell'Esecutivo, ora infine è il rappresentante della Repubblica la cui sovranità appartiene al popolo. Non è questo il luogo per farne la storia, ma è evidente che non si tratta di mere variazioni terminologiche o del solo passaggio dall'istituzione monarchica a quella repubblicana. Proprio in quanto non è rappresentante dell'esecutivo, bensì della Repubblica tutta, il pubblico ministero è inserito nell'ordine giudiziario e gode delle garanzie d'indipendenza (sia pure non del tutto equiparate in Costituzione a quelle del giudice) che da tale collocazione conseguono.

Rappresentare la Repubblica nel processo penale, in cui si esplica la potestà punitiva dello Stato, nei procedimenti disciplinari e talvolta anche nei giudizi civili, vuol dire farsi portatore di un interesse che non attiene ad un determinato bene della vita, né si identifica con un qualche specifico scopo perseguito dalla Pubblica amministrazione. L'interesse che l'azione processuale del pubblico ministero persegue è di carattere ben più generale: è l'interesse alla tenuta della legalità repubblicana, quale si desume dal dettato costituzionale e dalle disposizioni normative che vi si adeguano e la attuano. Si scioglie così – a me sembra – l'ambigua definizione di «parte imparziale» o di «giudice parziale», come pure degli altri analoghi ossimori con cui spesso il pubblico ministero è designato. Se è vero che la struttura dialettica del processo lo consegna al ruolo formale di parte, è vero altresì che egli non sta in giudizio per salvaguardare la posizione di una parte che sia portatrice di uno specifico interesse contrapposto a quello della parte avversa. Il suo compito è di assicurare la corretta attuazione del diritto per garantire i valori di legalità che fanno capo all'intera comunità sociale.

Non sono un nostalgico del processo inquisitorio, ma ho l'impressione che il prevalere anche nel nostro ordinamento del contrapposto modello accusatorio abbia favorito, almeno nella percezione dell'opinione pubblica (ma temo non soltanto in quella), il formarsi di una visione per certi versi distorta del

ruolo del pubblico ministero in ambito penale. Nella sua posizione formale di parte il pubblico ministero senza dubbio si colloca sul medesimo piano del difensore dell'imputato. Ma il principio di parità delle armi, oggi espressamente sancito anche dal secondo comma dell'articolo 111 della Costituzione, opera qui esclusivamente nella prospettiva processuale, ossia in termini eminentemente formali. Sotto altri profili la parità sarebbe difficile riscontrarla, non foss'altro perché il pubblico ministero si avvale di un apparato di Polizia giudiziaria che ovviamente sopravanza qualsiasi possibilità d'indagine difensiva privata. Anche indipendentemente da ciò, comunque, resta il fatto che, dal punto di vista sostanziale, le posizioni del difensore e del pubblico ministero, quanto alla funzione svolta ed agli obiettivi che la animano, non sono affatto speculari. Il difensore *deve* comunque difendere il proprio assistito, il pubblico ministero *non deve* necessariamente accusarlo, ma lo farà solo se si sarà persuaso della fondatezza dell'accusa. Se anche il difensore ritenesse di consigliare al cliente l'ammissione dell'addebito, lo farebbe non per astratto amore di verità ma perché convinto che nelle circostanze date quel comportamento meglio risponde all'interesse dell'imputato. Per il pubblico ministero il solo interesse da perseguire è quello all'accertamento della verità ed all'applicazione corretta della legge. La qualifica di pubblico accusatore che talvolta gli viene attribuita è impropria. Certo, il compito di condurre le indagini è affidato a lui, ma in funzione di garanzia di legalità, senza che per questo egli si trasformi in un organo di polizia, perché anche in questa fase è essenziale che il pubblico ministero conservi una posizione di assoluta neutralità rispetto a qualsiasi ipotesi accusatoria e che ne verifichi l'eventuale plausibilità con il medesimo distacco che anima il giudice, pur sempre muovendo dalla presunzione costituzionale di non colpevolezza dell'indagato.

Ciò non significa, ovviamente, che la funzione del difensore sia meno importante di quella del pubblico ministero. Semmai è vero il contrario, come dimostrano le speciali garanzie apprestate dalla Costituzione al diritto di difesa. Ma sarebbe errato considerarle funzioni omologhe, perché operano su piani diversi.

La funzione di tutela del diritto oggettivo affidata al pubblico ministero risalta ancor più evidentemente quando egli interviene nel processo civile. In una contesa che vede contrapposte due o più parti private, ciascuna portatrice di un proprio interesse individuale, la presenza del pubblico ministero è indice sicuro della rilevanza pubblicistica della vicenda. Ed il fatto che, oltre ai casi in cui la sua partecipazione al giudizio è prevista obbligatoriamente dalla legge, egli possa intervenire in qualsiasi causa civile in cui ravvisi un pubblico interesse (articolo 70, ultimo comma, codice pro-

cedura civile) testimonia di come l'esercizio della giurisdizione statale, anche quando è rivolta a soddisfare primariamente esigenze di carattere privato, abbia sempre una almeno potenziale rilevanza pubblicistica. In quest'ambito il pubblico ministero svolge il ruolo, al tempo stesso, di *amicus curiae* e di controllore della legalità del giudizio. Se il diritto – per dirla con Vincenzo De Cataldo (*A che serve il diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 19) – «è una serie di regole che ... rendono possibile la cooperazione tra noi uomini in vista di obiettivi comuni, e consentono di risolvere i conflitti che la coesistenza inevitabilmente crea tra gruppi e tra individui all'interno del gruppo», il modo in cui queste regole vengono concretamente applicate e quei conflitti vengono risolti investe il fondamento stesso della convivenza sociale: *interest rei publicae*, e sta al pubblico ministero farsi carico di questo interesse. La funzione sociale del diritto definisce in ogni campo l'orizzonte del suo operare.

Di questo mi pare si dovrebbe riflettere – e credo che gli articoli ospitati nelle pagine di questo numero della *Rivista* aiuteranno a farlo – anche a proposito dell'ormai annoso dibattito, talvolta sin troppo acceso, sulla separazione delle carriere dei magistrati giudicanti e requirenti. Senza poter entrare qui nei dettagli dei singoli argomenti spesi a favore dell'una o dell'altra tesi, mi sembra importante sottolineare come la natura stessa dell'interesse affidato alla cura del pubblico ministero, il suo doversi fare carico della funzione sociale del diritto vivente, il suo essere organo di legalità, siano perfettamente coerenti con la sua collocazione all'interno dell'ordine giudiziario. Per poter svolgere il suo ruolo il pubblico ministero dev'essere saldamente radicato nella cultura della giurisdizione e godere di quelle garanzie d'indipendenza che solo l'appartenenza al corpo della magistratura è in grado davvero di salvaguardare. Credo sia questo un ancoraggio fondamentale, in difetto del quale v'è il rischio di uno scivolamento verso una deformazione “poliziesca” del ruolo che rappresenterebbe, in definitiva, una grave perdita di garanzie per la tutela dei diritti di tutti.

Solo poche parole sul secondo dei due obiettivi ospitati da questo numero della *Rivista*, che è ampiamente illustrato nelle sue linee generali dalla lucida introduzione di Enrico Scoditti.

La responsabilità civile è un tema enorme, e dei più classici nell'ambito del diritto civile, a proposito del quale sono stati versati i proverbiali fiumi d'inchiostro. È del tutto evidente che, per esplorarlo a fondo, occorrerebbero interi volumi e non bastano certo le poche pagine che qui gli si può dedicare. Abbiamo scelto tuttavia di occuparcene perché, pur avendo radici assai antiche, esso appare più che mai un tema in evoluzione, nel quale si rispecchiano molte delle

inquietudini che percorrono la società moderna – basti pensare alle discussioni sulla responsabilità professionale del medico, chiamato a confrontarsi con i drammi del fine vita o con gli interrogativi nascenti dalle nuove tecniche di procreazione assistita – e che testimonia forse meglio di qualunque altro della moderna concezione del vivere in società.

Ciò dipende probabilmente dal fatto che la responsabilità civile si colloca su uno di quei sottili crinali in cui più manifestamente il diritto ambisce a svincolarsi dalla semplice funzione regolativa del comportamento dei consociati e ad oltrepassare i limiti della mera tecnica normativa per aprirsi alla nozione ideale di giustizia. Il danno che occorre risarcire è quello “ingiusto”, come perentoriamente afferma l’articolo 2043 codice civile, ma la distinzione tra il giusto e l’ingiusto chiama inevitabilmente in causa le nostre convinzioni morali e le concezioni filosofiche, o più generalmente culturali, da cui è permeata la civiltà in cui viviamo. Qui, più che mai, il giurista deve uscire dal suo guscio e deve saper ricercare le risposte che solo una più ampia consapevolezza sociale può consentirgli di trovare. Ma la sensibilità sociale sui temi della giustizia evolve nel corso della storia, ed allora – come ben sottolinea Scoditti, opportunamente evidenziando il legame col tema del rapporto tra giudice e legge più ampiamente trattato in un precedente numero della *Rivista* – si comprende facilmente la ragione per la quale, in questa materia, pur in difetto di grandi variazioni del quadro legislativo, il diritto vivente nell’ultimo mezzo secolo ha fatto registrare straordinari mutamenti, dovuti principalmente all’opera della giurisprudenza (e della dottrina che sovente quei mutamenti ha ispirato).

Si sente talvolta affermare che la nostra è l’epoca dei diritti. Forse c’è in questa affermazione un eccesso di retorica, ma è innegabile che l’ultimo secolo ha visto la fioritura di una moltitudine di nuovi diritti (diritto a poter realizzare le proprie *chances*, diritto alla *privacy*, diritto all’oblio, diritto alla ragionevole durata dei giudizi, ecc.) con una sempre maggiore consapevolezza delle proprie vere o presunte ragioni da parte dei titolari di nuovi ed antichi diritti. L’ampliamento dell’area dei diritti, naturalmente, ha comportato una corrispondente crescita delle aspettative di tutela, che si accompagna sovente ad una sempre più insistita ricerca di chi sia eventualmente il responsabile di aver frustato quelle aspettative. Il contesto storico sociale in cui siamo calati è saturo di risentimento, e forse ciò non è estraneo al fenomeno della progressiva estensione dell’area della responsabilità civile ad aspetti della vita cui prima difficilmente si sarebbe pensato. Tocca alla giurisprudenza il non facile compito di tracciarne i confini assicurando un’adeguata protezione agli interessi che appaiano meritevoli, entro i limiti del fondamentale principio

di solidarietà richiamato dall’articolo 2 della Costituzione, senza dare spazio ad istanze pretestuose o strumentali.

In questo quadro così movimentato per tanti aspetti diversi, di cui si dà conto nelle pagine che seguono, vorrei fare qui brevemente cenno unicamente ad un profilo evolutivo che mi pare di notevole importanza sistematica. Mi riferisco al tendenziale, progressivo spostamento dell’asse della responsabilità civile da una funzione rigorosamente riparatoria ad una dimensione anche sanzionatoria (o punitiva) e quindi in qualche misura preventiva. È probabilmente vero che questi due aspetti sono da sempre almeno potenzialmente presenti in ogni forma di risarcimento del danno, ma è indubbio che in tempi recenti la finalità sanzionatorio-preventiva dell’istituto è andata viepiù emergendo, sicché ora anche nelle sentenze dei giudici si parla spesso della polifunzionalità della responsabilità civile; e si tratta allora di comprendere sino a qual punto la componente punitiva del risarcimento, da mero corollario del ripristino del patrimonio del danneggiato, possa assurgere a finalità prevalente sino a sopravanzare eventualmente la misura del danno patito. Una prospettiva, questa, che è andata innanzitutto sviluppandosi nel mondo giuridico nordamericano, anche sull’onda delle suggestioni fornite dall’analisi economica del diritto, alla ricerca di strumenti giuridici in grado di assicurare un migliore e più efficiente funzionamento del mercato coniugando *public* e *private enforcement*, ma che si sta espandendo anche negli ordinamenti europei, ivi compreso il nostro. Non senza problemi, tuttavia, giacché occorre trovare il modo di coniugare adeguatamente la tendenziale atipicità dell’illecito civile con i principi costituzionali che non consentono l’irrogazione di pene se non per fatti già ben definiti dal legislatore né ammettono l’imposizione di prestazioni pecuniarie oltre i casi tassativamente indicati dalla legge.

Non è ovviamente possibile soffermarsi qui su questioni di tale complessità, del resto ampiamente sviluppate negli scritti ospitati in questo numero della *Rivista*, ma mi è parso opportuno evocarle, sia perché sono indicative di quanto il classico tema della responsabilità civile sia attuale e presenti prospettive di sviluppo in nuove direzioni, sia perché anche esse, per certi aspetti, mettono in evidenza come sia estremamente delicato e difficile quel rapporto tra la tutela dei diritti soggettivi dell’individuo e la salvaguardia del diritto oggettivo, su cui si fondano i vincoli sociali dell’intera comunità, del quale già s’è avuto modo di parlare sopra ad altro proposito discorrendo della funzione del pubblico ministero.

Aprile 2018

**Renato Rordorf**

## Introduzione.

# Ragioni del processo, ragioni dell'ordinamento: rinunciare a un'istituzione di garanzia

di *Mariarosaria Guglielmi*

Uno sguardo ai principi sul pubblico ministero elaborati dal Consiglio consultivo dei procuratori europei (Ccpe) nel parere noto come «Carta di Roma» (n. 9 del 2014, approvato a Roma il 17 dicembre 2014) ci consente di comprendere quanto sia ormai riduttiva una visione del ruolo del pubblico ministero come “pubblica accusa” nel processo penale.

Le enunciazioni della Carta di Roma offrono una visione di questa figura di magistrato che evolve verso un modello *all'altezza del paradigma costituzionale delle nostre democrazie*<sup>1</sup> e del ruolo che alla giurisdizione e al pubblico ministero deve essere assegnato nella tutela dei diritti fondamentali.

Luigi Ferrajoli ha descritto questo percorso evolutivo del pubblico ministero verso il ruolo di *istituzione di garanzia* dei diritti fondamentali come necessario sviluppo delle “nuove” funzioni che gli sono assegnate dal «*mutamento di paradigma del diritto e delle istituzioni intervenuto con il costituzionalismo rigido delle odierne democrazie. Se in passato, scrive Ferrajoli, nel vecchio stato liberale e legislativo di diritto, le funzioni di garanzia dei diritti fondamentali fornite dalla sfera pubblica per il tramite della giurisdizione e dell'azione del pubblico ministero erano essenzialmente quelle penali (contro le lesioni, da parte dei consociati, della vita, delle libertà fondamentali e degli altri beni giuridici ritenuti meritevoli di tutela), nello Stato costituzionale di diritto, con l'introduzione di limiti e vincoli costituzionali imposti alla stessa sfera pubblica a tutela, oltre che dei diritti di libertà, anche dei diritti sociali e di beni comuni parimenti fondamentali, il ruolo di garanzia del*

*pubblico ministero è invece destinato ad allargarsi, parallelamente a quello della giurisdizione, contro le loro lesioni ad opera di atti invalidi o di atti illeciti o di inadempimenti commessi dai pubblici poteri.*

*E queste nuove funzioni, prosegue Ferrajoli, retroagiscono sulle stesse funzioni tradizionali della pubblica accusa, illuminando la valenza garantista del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale a tutela dei diritti delle persone e di interessi pubblici giudicati dalla legge meritevoli di tutela».*

Un quadro evolutivo nel quale risultano rafforzate le ragioni dell'indipendenza del pubblico ministero, la cui posizione istituzionale ben può essere percepita come collocata a difesa della legalità e dell'uguaglianza di fronte alla legge. Cosicché risultano in questa prospettiva distonici i tentativi di ridurre l'indipendenza statutaria e invece coerenti le riforme necessarie a rafforzarla negli ordinamenti europei nei quali essa ancora manca<sup>2</sup>.

Nelle enunciazioni della Carta di Roma ritroviamo i contenuti di questa nuova e più ampia visione del ruolo e delle funzioni del pubblico ministero.

Muovendo dalla diversità delle tradizioni e dei modelli ordinamentali, l'elaborazione di principi a livello europeo ha enucleato aspetti fondamentali di una concezione *moderna* del ruolo del pubblico ministero: da *organo di legalità*, tutore dell'osservanza e dell'applicazione delle leggi penali, a *organo di giustizia e promotore dei diritti*, che garantisce i principi dello Stato di diritto, il rispetto del principio di eguaglianza, l'effettività delle garanzie e delle tutele, contribuendo ad un'amministrazione della giustizia

1. *Per un pubblico ministero come istituzione di garanzia*, Luigi Ferrajoli, in questa *Rivista*, edizione cartacea Franco Angeli, Milano, n. 1 del 2012, pp. 31 ss.

2. Numerosi sono i documenti internazionali che affrontano la questione della posizione istituzionale del pubblico ministero collegandola al suo ruolo di organo di garanzia rispetto alla tutela dei diritti. Così la Raccomandazione 19(2000) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sul ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale, che fin dal Preambolo definisce il pubblico ministero come un organo imparziale e indipendente dal potere esecutivo poiché «*autorità incaricata di vigilare, a nome della società e nell'interesse generale, sull'applicazione della legge quando quest'ultima è sanzionata a livello penale, in considerazione da un lato dei diritti degli individui e d'altro lato della necessaria efficacia dell'ordinamento penale*».

«*equa, imparziale ed efficiente*<sup>3</sup>» e agisce «*in nome della società e nell'interesse pubblico per rispettare e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà, così come sono previsti, in particolare, nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*» (punto II della Carta di Roma).

In questa visione, promossa dalla Carta e dai documenti internazionali<sup>4</sup>, si traduce tutta la complessità di un nuovo ruolo del pubblico ministero e di una nuova ricognizione di confini delle sue responsabilità, si riaffermano le forti garanzie di indipendenza ed autonomia per la magistratura requirente come *corollario indispensabile dell'indipendenza del potere giudiziario*<sup>5</sup>, e la necessità di un rafforzamento di tutte le condizioni per la sua legittimazione *democratica*: la piena consapevolezza del proprio ruolo e dei limiti della propria funzione, l'essere indipendente e imparziale, l'attenzione alle garanzie e ai diritti individuali e a rendere conto alla collettività del proprio operato<sup>6</sup>.

Agendo per la conciliazione di queste esigenze primarie non in direzione di un'antistorica investitura quale rappresentante di un ambiguo e allarmante *Volkgeist*, bensì verso la trasparente tutela della legalità mediante un uso appropriato delle risorse pubbliche.

Il richiamo ai principi che ispirano questa visione avanzata del ruolo del pubblico ministero non risolve le problematiche che si agitano dietro le richieste di riforma della sua attuale collocazione istituzionale nel nostro ordinamento, tornate al centro del dibattito con la proposta di legge costituzionale per la se-

parazione delle carriere promossa dall'Unione delle Camere penali italiane.

Ma l'evoluzione della figura del pubblico ministero verso un ruolo complesso ed essenziale per i compiti della giurisdizione rappresenta il necessario parametro di valutazione di ogni proposta di riforma dell'attuale Statuto del pubblico ministero, che tenga conto dei valori in gioco e delle ricadute sulla giurisdizione di interventi destinati a incidere profondamente sui punti di tenuta dell'assetto dell'intero ordine giudiziario e di complessivo equilibrio del sistema delineato nella Costituzione. L'istituzione di un apparato separato di pubblici ministeri, divenuto *altro* dalla giurisdizione, non potrebbe concepirsi che all'interno della sfera di controllo della politica. Una prospettiva, dunque, di necessaria perdita della sua indipendenza, non potendo ipotizzarsi come alternativa la creazione di un *corpo* isolato da ogni altro potere, preposto all'esercizio dell'azione penale e alla direzione della Polizia giudiziaria, con garanzie di *status* ma chiamato a rispondere solo a se stesso e al suo sistema di autogoverno.

La sfida che la *Rivista* affronta con questo obiettivo sul pubblico ministero è però spingere la riflessione oltre le implicazioni di "sistema" che avrebbe una diversa collocazione ordinamentale e costituzionale del pubblico ministero sulla tenuta dell'indipendenza dell'intero ordine giudiziario. È necessario riflettere sulla legittimazione che l'attuale assetto riceve dalle concrete modalità con le quali il pubblico ministero, organo "indipendente" e "non separato", esercita le sue funzioni, operando nella giurisdizione e a tutela dei suoi valori, anche in ambiti talora sottostimati

3. «In tutti gli ordinamenti giuridici, i membri del pubblico ministero ... contribuiscono ad assicurare che lo Stato di diritto sia garantito, in particolare da un'amministrazione della giustizia equa, imparziale ed efficiente, in tutti i casi e gradi dei procedimenti di loro competenza» (punto I Carta di Roma)

4. Si ricorda anche il documento della Rete dei procuratori generali del 28 maggio 2011 che adotta espressamente la definizione di pubblico ministero come organo «*che si riconosce nel ruolo di garanzia e di promozione dei diritti, che deve essere svolto con indipendenza e imparzialità*».

5. Il ruolo e i compiti dei procuratori, sia all'interno sia all'esterno del campo della giustizia penale, dovrebbero essere definiti al più alto livello legislativo e adempiuti nella rigorosa osservanza dei valori e dei principi democratici del Consiglio d'Europa (punto III). L'indipendenza e l'autonomia del pubblico ministero costituiscono un corollario indispensabile dell'indipendenza del potere giudiziario. Pertanto, dovrebbe essere incoraggiata la tendenza generale a rafforzare l'indipendenza e l'effettiva autonomia del pubblico ministero (punto IV).

I procuratori dovrebbero essere autonomi nel prendere le loro decisioni e dovrebbero svolgere i loro compiti senza pressioni esterne o interferenze, tenuto conto dei principi di separazione dei poteri e di responsabilità (punto V).

6. I procuratori dovrebbero attenersi al più alto *standard* etico e professionale, comportandosi sempre con imparzialità ed obiettività. Perciò, dovrebbero cercare di essere – ed essere visti come – indipendenti e imparziali, dovrebbero astenersi da attività politiche incompatibili con il principio di imparzialità e non dovrebbero trattare procedimenti nei quali i loro interessi personali, o i loro rapporti con le persone interessate, potrebbero pregiudicare la loro piena imparzialità (punto VI).

La trasparenza nell'attività dei procuratori è essenziale in una moderna democrazia. Codici deontologici e di condotta, basati su *standard* internazionali, dovrebbero essere adottati e resi pubblici (punto VII).

Nell'adempimento delle loro funzioni, i procuratori dovrebbero rispettare la presunzione d'innocenza, il diritto ad un giusto processo, l'eguaglianza delle armi, la separazione dei poteri, l'indipendenza delle corti e la forza vincolante delle decisioni giudiziarie definitive. Essi dovrebbero concentrarsi sul fatto di essere al servizio della società e dovrebbero porgere un'attenzione particolare alla situazione delle persone vulnerabili, in particolare ai minori e alle vittime (punto VIII).

nella prassi giudiziaria quali quelli dei procedimenti civili in cui è chiamato a intervenire e nei quali può invece esercitare un efficace ruolo di tutela di interessi generali.

L'opzione culturale e politica in favore della conservazione del modello ordinamentale scelto dal nostro costituente, sostenuta dalla prospettiva delle ricadute fortemente negative che una diversa collocazione del pubblico ministero avrebbe sull'esercizio indipendente della giurisdizione, deve trovare un momento di "verifica" rispetto all'essere del pubblico ministero: occorre chiedersi se e in che misura la sua appartenenza ad unico ordine giudiziario, quale indispensabile garanzia delle condizioni della sua indipendenza, trovi il suo fondamento nell'effettiva condivisione della cultura della giurisdizione, riconoscibile nella sua azione svolta a difesa della legalità e dei diritti.

Il punto di partenza della nostra riflessione è rappresentato dal ruolo *forte* assunto dal pubblico ministero sia nella dimensione interna alla giurisdizione sia in quella esterna del dibattito politico e della dialettica democratica fra i poteri dello Stato. Un ruolo forte e dinamico che pone il pubblico ministero al centro di tensioni e di aspettative, spesso lo vede [sovra] esposto rispetto all'impatto che l'azione delle Procure della Repubblica produce sugli assetti esistenti, investito dalla crescente attesa di risposte alle domande di tutela della collettività e alle istanze di protezione in interi ambiti dove, per l'assenza di regolazione politica e normativa di conflitti socialmente emergenti tra valori o interessi, l'intervento delle Procure è spesso percepito come l'unica azione a difesa di interessi individuali e collettivi e a tutela della legalità.

Non si tratta di un fenomeno passeggero né più circoscritto ai soli momenti di emergenza democratica che pure il nostro Paese ha attraversato, e nei quali la risposta giudiziaria che è venuta da indagini e processi a gravi fenomeni illeciti ha contribuito alla complessiva tenuta delle istituzioni e delle condizioni di convivenza pacifica.

Si tratta di un cambiamento strutturale che investe il ruolo dell'intera giurisdizione e le condizioni di piena legittimazione della magistratura, che impone di verificare la corrispondenza dei più ampi poteri che questa evoluzione le assegna ai limiti di espansione del suo ruolo dai quali dipendono l'accettazione sociale del suo operato e la garanzia del corretto equilibrio con gli altri poteri dello Stato.

Questioni che si pongono con particolare evidenza rispetto al pubblico ministero e ai suoi ambiti di intervento diretto, non filtrato dal controllo del giudice e non mediato, negli effetti e nella loro percezione esterna, dalla dialettica processuale.

L'introduzione del rito accusatorio ha assegnato al pubblico ministero nel processo il ruolo di un

contraddittore *ad armi pari* della difesa e, dunque, di *parte* rispetto al giudice terzo.

Ma tutta la fase delle indagini preliminari resta fortemente improntata al *protagonismo* del pubblico ministero nelle scelte di azione, di impulso e di direzione, e in quelle valutative che ne costituiscono la premessa (a cominciare dall'iscrizione della notizia di reato) e che poi ne condizionano l'esito (con l'esercizio dell'azione penale e o la richiesta di archiviazione).

Un ruolo primario che nella fase delle indagini preliminari incrocia il controllo del giudice terzo limitatamente al compimento degli atti più invasivi, all'uso di poteri coercitivi, alla conformità delle scelte al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, e che affida alla responsabilità del pubblico ministero l'efficacia e la qualità dell'intervento giudiziario a tutela di diritti e della legalità, nel rispetto delle garanzie individuali e della difesa.

Si tratta di una posizione complessa, che esige un elevato grado di professionalità e impone un'assunzione responsabilità rispetto ai risultati realmente ottenuti ma anche una costante capacità di relazionarsi con la polizia giudiziaria nella piena consapevolezza del proprio ruolo.

La difesa del *ruolo forte* del pubblico ministero, derivante dal suo ancoraggio alla giurisdizione, richiede un modello culturale e professionale di magistrato che dia prova, nel suo *essere*, di consapevolezza e di responsabilità rispetto ai valori in gioco: un pubblico ministero che agisce nel rigoroso rispetto delle regole processuali e deontologiche, con una forte cultura del *dubbio*, della *prova* e delle garanzie; un pubblico ministero che sin dalla fase delle indagini sappia indirizzare le sue scelte verso la *prospettiva processuale* dell'accertamento di fatti e di responsabilità individuali, evitando iniziative meramente "esplorative" e poco attente alle regole processuali di "garanzia" (come quelle che regolano la competenza territoriale); un pubblico ministero che sappia rimanere distante tanto da atteggiamenti di burocratica indifferenza rispetto ai risultati del suo agire quanto dalla tendenza ad impropri sconfinamenti dai limiti delle proprie funzioni, e dalla tentazione di sentirsi portatore di una "missione" salvifica.

Ogni proposta di modifica dell'attuale assetto ordinamentale (come pure della sua conservazione) deve misurarsi con questa complessità di ruolo, funzioni e responsabilità, e guardare alla pluralità di interessi che sottende: la collocazione istituzionale del pubblico ministero non è un fatto *neutro* rispetto alla tenuta dei valori della giurisdizione e lo è ancor meno nella fase che precede il giudizio, quando al *protagonismo* del pubblico ministero è affidato l'intervento in nome della società e nell'interesse pubblico per rispettare e proteggere i diritti dell'uomo e le libertà.

L'intrinseca ed ineliminabile connotazione finalistica che caratterizza le funzioni e i poteri del pubblico ministero sin dalla fase delle indagini, verso la tutela di valori *sostanziali*, rappresenta il dato con il quale deve confrontarsi ogni proposta di modifica dell'attuale assetto ordinamentale, che intenda ancorare l'effettiva terzietà ed imparzialità del giudice non solo al rispetto delle garanzie processuali, alla posizione *paritaria* di accusa e difesa nel giudizio e al principio del contraddittorio, ma alla *autonomizzazione* del pubblico ministero, parte di un corpo *separato* che, sin dal reclutamento, come tale *deve* percepirsi ed essere percepito.

L'opzione culturale che sottende questa impostazione promuove, inevitabilmente, una riduzione del ruolo del pubblico ministero a quello di soggetto portatore di interessi e di una visione di *parte* che imporrebbe di superare quella che è stata definita l'«irriducibile asimmetria» dell'accusa e della difesa davanti alla funzione cognitiva del processo<sup>7</sup>, e che opera sin dalla fase delle indagini. È un'asimmetria che risiede nella diversa natura delle funzioni del pubblico ministero rispetto a quella del difensore: funzioni egualmente importanti ed essenziali allo Stato di diritto,

ma connotate – solo le prime - dall'obbligo di imparzialità che deve orientare l'azione del pubblico ministero in funzione e nell'interesse della giurisdizione.

In definitiva una ricognizione più ampia della posizione ordinamentale del pubblico ministero restituisce una complessità del suo ruolo ben superiore a quella che “esige” la separazione delle carriere – o, per meglio dire, la costruzione *ex novo* di un'appartenenza ordinamentale isolata – al solo fine di garantire meglio la parità d'armi nel procedimento penale.

Ed è bene interrogarsi sui costi reali per l'intero ordinamento giudiziario di scelte che recidono il legame del pubblico ministero con la giurisdizione.

D'altro canto, dall'interno della magistratura, non ci si può attestare sulla *difesa* senza ragionare sull'investimento in correttezza deontologica e consapevolezza della complessità del ruolo che il pubblico ministero deve esercitare come istituzione di garanzia, per *meritare* la sua permanenza nella giurisdizione, e senza esaminare criticamente i comportamenti che da essa tendono ad allontanarsi, in vista della effettiva tenuta e legittimazione del sistema che oggi gli riconosce uno Statuto *forte* di indipendenza e l'appartenenza “a pieno titolo” all'ordine giudiziario.

7. Paolo Ferrua, *Il modello costituzionale dei pubblici ministeri e la curiosa proposta del processo breve*, in questa *Rivista*, edizione cartacea Franco Angeli, Milano, n. 1 del 2010, p. 21.

## La terzietà come legittimazione

di *Francesco Petrelli*

L'obiettivo riformatore che si ipotizza non è quello di una semplice "separazione delle carriere" requirenti e giudicanti in ambiti operativi disgiunti (già di fatto realizzata a seguito di diversi interventi del legislatore) bensì una separazione ordinamentale delle due funzioni, che superi l'"unità della giurisdizione". L'assenza di rapporti ordinamentali tra giudice e pubblico ministero deve costituire anche un'evidenza percepibile; superando l'idea, transitata nell'immaginario collettivo, della comune identità di scopo tra i due ruoli, visti come complementari all'interno di un'unica azione di contrasto ai fenomeni criminali. La collocazione del giudice nella dimensione legittimante della sua terzietà ne rafforzerebbe la figura, riconquistando ad essa la centralità del sistema; mentre è attualmente imminente la distorsione costituita dall'esposizione mediatica e politica del pubblico ministero, ritenuto vero interprete del processo penale.

Uno sguardo sufficientemente laico sul tema della riforma ordinamentale della separazione delle carriere consente di sottrarre la discussione ad inutili e dannosi condizionamenti ideologici e dogmatici<sup>1</sup>.

Eliminare del tutto questi condizionamenti non sempre è possibile, ma delimitare il campo di indagine all'essenziale giova al gioco dialettico e ad una più esatta individuazione dei problemi. L'operazione implica anche la rinuncia ad alcune ingenuità e ad alcuni equivoci lessicali che hanno spesso contribuito a confondere il quadro<sup>2</sup>.

La stessa espressione "separazione delle carriere", oramai divenuta di uso corrente, determina una apparente dislocazione dell'intervento riformatore in realtà eccentrica rispetto al *focus* del problema. L'ipotesi di lavoro non mira, infatti, ad una semplice separazione delle carriere requirenti e giudicanti in ambiti operativi disgiunti (il che, si potrebbe dire, è già di fatto realizzata nel nostro Paese a seguito di diversi interventi del legislatore), bensì una separazione "ordinamentale" delle due funzioni<sup>3</sup>.

Che si tratti di due prospettive assai differenti è facile da comprendere: anche laddove le due "car-

1. I dogmi «sono dei ceppi al pensiero; quando entrano in gioco il discorso non presenta il minimo residuo d'alea; si sa dove comincia e dove finisce», F. Cordero, *Risposta a Monsignore*, De Donato Editore, Bari, 1974; che, al contrario, la questione attinga trasversalmente professioni e culture diverse lo dimostrano le posizioni espresse nel tempo da Giovanni Falcone, Giovanni Conso, Sabino Cassese, Biagio De Giovanni, Carlo Nordio e molti altri; che le mutate condizioni del dibattito politico consentano oggi «di ragionare con maggior freddezza rispetto a pochi anni fa allorché il tema era oggetto di frequenti strumentalizzazioni, non certo commendevoli», lo prospetta Armando Spataro, relazione al convegno, *La separazione delle carriere dei magistrati: una riforma ineludibile*, Sanremo, 1-2 luglio 2016.

2. Nel senso che non interessano ai fini del presente ragionamento i rapporti personali correnti fra i magistrati appartenenti alle due funzioni, ivi compreso il darsi del "tu" e tanto meno il presentarsi "con il cappello in mano". Il profilo di sofferenza del nostro sistema non è costituito dalla "amicizia", in senso psicologico, fra giudice e pubblico ministero, ma piuttosto dalla assenza di una "inimicizia" intesa in senso politico-istituzionale, come condizione di indispensabile conflitto e di fisiologico antagonismo, volta alla efficienza ed all'equilibrio di ogni sistema organizzativo democratico.

3. Sul punto, O. Dominioni, *Giudice e pubblico Ministero. Le ragioni della "separazione delle carriere"*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006.

riere” fossero del tutto separate e distinte (attraverso una norma che impedisse *tout court* il passaggio dall’una o dall’altra funzione), le due magistrature requirente e giudicante resterebbero sostanzialmente e formalmente “unite” in un vincolo condizionante<sup>4</sup>.

Non vi è dubbio, dunque, che quello della “unità della giurisdizione”, e del conseguente nodo ordinamentale, sia la vera questione sulla quale riflettere con urgenza.

Non sfugge come questa unitarietà si ponga in contrasto, oramai da un trentennio, con il nuovo modello accusatorio, impedendo una piena realizzazione di quella forma di legalità processuale che tale modello presuppone, e come la stessa risulti in conflitto con il principio costituzionale della “terzietà” del giudice<sup>5</sup>.

“Terzo” è quel giudice che non ha rapporti ordinamentali con le parti. Questa assenza di vincoli deve costituire anche una evidenza percepibile<sup>6</sup>. Per apparire “terzo” dinanzi alla collettività intera, oltre che alle parti in causa, il giudice deve collocarsi in uno spazio di maggiore indipendenza ed autonomia, rafforzando il proprio ruolo di garante dei diritti del cittadino. Con ciò fornendo agli esiti stessi della giurisdizione una nuova e compiuta legittimazione.

Non vi è dubbio che il profilo di riorganizzazione dei poteri giochi oggi un ruolo fondamentale nella difesa delle libertà e nell’avanzamento della democrazia.

Il progetto di riforma ordinamentale delle due diverse magistrature si colloca proprio all’interno di

questo sviluppo democratico dei rapporti fra poteri e di modernizzazione dell’intero assetto della giurisdizione.

Ha ricordato di recente Biagio De Giovanni come «il problema della cultura del limite» sia strettamente connesso «all’organizzazione dei rapporti tra i poteri» in quanto «le due cose sono connesse, se si vuole che una “cultura del limite”<sup>7</sup> cammini sui giusti binari è necessario che ci sia anche una cultura dell’organizzazione dei rapporti fra poteri»<sup>8</sup>.

Tramontate le vecchie organizzazioni statuali, nell’ambito delle quali la figura del pubblico ministero non era oggetto di particolare attenzione, nel nostro Paese l’idea stessa di “unitarietà della giurisdizione” è stata il prodotto di una concezione autoritaria dello Stato, nell’ambito della quale le due magistrature dovevano concorrere assieme all’azione repressiva. Nella relazione del Guardasigilli Grandi<sup>9</sup> si sottolineava, infatti, la necessità di superare «la distinzione, fondamentalmente erronea, tra i poteri dello Stato» e di riaffermare in campo giurisdizionale la «sostanziale unicità della funzione»<sup>10</sup>.

Quale sia stato, e quale sia tuttora, il successo conservativo di questa idea “unifunzionale” è fuori discussione<sup>11</sup>, così come risultano evidenti le implicazioni che una simile impostazione *eidetica* produce all’interno dell’ordinamento.

La medesimezza della funzione comporta infatti una identità di scopo ed implica che i ruoli di giudice e di pubblico ministero vengano interpretati come complementari all’interno di un’unica azione di con-

4. Cfr. M. Pirani, *Intervista a Giovanni Falcone*, *La Repubblica*, 3 ottobre 1991.

5. Quella racchiusa nella espressione “giudice terzo ed imparziale” non può essere ritenuta una semplice endiadi, consistendo l’imparzialità nella semplice indifferenza del giudice all’oggetto del processo, mentre l’attributo della terzietà implica piuttosto l’estraneità ordinamentale del giudice alle due parti processuali.

6. F. Alonzi, *Le attività del giudice nelle indagini preliminari. Tra giurisdizione e controllo giurisdizionale*, Cedam, Milano 2011, pp. 117 ss.

7. Il riferimento è al contenuto della relazione del primo presidente della Corte di cassazione Giovanni Canzio alla inaugurazione dell’anno giudiziario 2017.

8. B. De Giovanni, intervento alla inaugurazione dell’anno giudiziario dei penalisti, *Il Giudice e la cultura del limite*, Matera, 11 febbraio 2017; dove, all’esito delle sue valutazioni, il filosofo della politica si interroga chiedendo: «è proprio un dogma l’unità della carriera giudiziaria? O si può pensare che in fondo è nell’interesse della stessa magistratura»; sul punto vedi C. Guarnieri, *Divisione del potere, Giusto Processo e separazione delle carriere*, atti del XVI convegno Associazione tra i studiosi del processo penale, Udine 22-24 ottobre 2004, ove si sottolinea come «la separazione fra giudice e pubblico ministero ... assicura il rispetto di uno dei tratti fondamentali del procedimento giudiziario e introduce il principio della divisione del potere all’interno del sistema giudiziario».

9. Gazzetta ufficiale 4 febbraio 1941, n. 28, *edizione straordinaria*, p. VI.

10. Tale unitarietà evocava «l’unità spirituale e politica della Nazione» attribuendo esplicitamente alla funzione di amministrazione della giustizia il «carattere di sacerdozio».

11. Fra tanti, Francesco Saverio Borrelli si esprime duramente contro «l’abbandono di una tradizione più che secolare di unità che ha prodotto indiscutibili frutti quali la condivisione della cultura della giurisdizione e la possibilità, transitando da una funzione all’altra, di utilizzare esperienze eterogenee», *MicroMega*, n. 1/2003, citato da Armando Spataro, cfr. nota 9 della relazione al convegno, *La separazione delle carriere dei magistrati: una riforma ineludibile*, Sanremo, 1-2 luglio 2016.

trasto ai fenomeni criminali. Anche nell'immaginario collettivo<sup>12</sup>.

Il nuovo giudice, forte della cultura del limite, garante delle libertà e dei diritti dei cittadini, deve essere necessariamente un giudice indipendente ed autonomo, non soltanto da ogni potere "esterno", ma al tempo stesso libero da ogni condizionamento "interno". La riforma mira a sciogliere il vincolo che internamente lega le due magistrature, e che fa sì che all'interno di un medesimo organo di governo giudici e pubblici ministeri si giudichino reciprocamente in sede disciplinare, decidano dei rispettivi avanzamenti delle carriere, condizionino elettoralmente le reciproche aspettative politiche e rappresentative<sup>13</sup>.

Una commistione che, vista sia dall'interno sia dall'esterno, nuoce in radice alla legittimazione stessa del giudice. Appare evidente che la riforma ordinamentale della separazione delle carriere non è volta al ridimensionamento del ruolo del pubblico ministero (la cui indipendenza resta tutelata con la costituzione di un autonomo organo di governo)<sup>14</sup>, bensì al potenziamento della figura e della funzione del giudice. Un potenziamento tanto più necessario dato che tale funzione è chiamata attualmente a confrontarsi con una sempre più ampia gamma di fenomeni la cui complessità sfugge anche al sapere scientifico e tecnologico più avanzato, a contenere la straripante globalizzazione dei diritti, a riorganizzare la dialettica "multilivello" delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali, a garantire i diritti della persona dalle infinite

distorsioni (legislative e mediatiche) che il processo penale sempre più spesso produce.

Solo un giudice modernamente collocato nella dimensione legittimante della sua terzietà, può infatti rispondere a tali nuove sfide, senza recedere di un passo sul terreno della indipendenza e della democrazia<sup>15</sup>.

Questo rafforzamento della figura del giudice finisce con il risolvere il problema che si è più volte agitato, relativo alla possibilità che il corpo della magistratura requirente, sebbene minoritario, una volta "separato" da quello maggioritario della magistratura giudicante<sup>16</sup>, unica presunta titolare della "cultura della giurisdizione"<sup>17</sup>, possa declinare il suo ruolo in maniera troppo "aggressiva", ricercando nell'opinione pubblica un sostegno alla propria azione investigativa e repressiva, con una conseguente grave distorsione dell'intero sistema penale<sup>18</sup>. In realtà questa opinione fotografa, purtroppo, una condizione già immanente al nostro sistema giudiziario, il che dimostra come tali distorsioni non trovano evidentemente alcun freno nella "unificazione" delle carriere. Si deve al contrario ritenere che sono proprio questi nuovi moduli operativi di esposizione mediatica e politica del pubblico ministero, quale vero ed unico interprete del processo penale, ad originare ed a trovare spazio a causa della progressiva marginalizzazione della figura del giudice.

Tutto questo deve indurre a riflettere su quanto sia davvero necessaria una reale ed organica riorganizzazione della giurisdizione, che riaffermi la stru-

12. I meno giovani ricorderanno un famoso articolo di Angelo Panebianco, scritto all'epoca di "Tangentopoli", nel quale l'editorialista affermava di aver fatto uno *scoop*, e di aver cioè "scoperto" che il dott. Di Pietro non era un "giudice", ed in effetti tutti i giornalisti lo chiamavano "giudice Di Pietro" e tale era per l'intera opinione pubblica.

13. C. Guarnieri, *cit.*, ove si sottolinea come «il vero nodo è l'appartenenza alla stessa organizzazione e soprattutto il fatto che giudici e pubblici ministeri siano governati dallo stesso organo»; si deve infatti ritenere, in base a condivisibili generalizzazioni empiriche, che tali condizionamenti "interni" siano molto più rilevanti rispetto ad eventuali sollecitazioni "esterne"; sul punto, B. Ferramosca, *L'iniziativa di legge popolare promossa dall'Unione delle camere penali italiane sulla separazione delle carriere dei magistrati*, in *La Magistratura*, Maggio - Agosto 2017 - Anno LXVI, Numero 3, ove si afferma che, «divenuti giudici, l'*habitus* mentale terzo ed imparziale resiste a forme di influenza ben più pregnanti del mero dato formale della unicità della carriera con i magistrati requirenti».

14. Sul fatto che la separazione delle carriere non implichi necessariamente sotto il profilo delle teorie politiche e costituzionali la subordinazione del pm all'esecutivo (come in effetti con forme e risultati assai differenti avviene in quasi tutti i Paesi europei di *civil law* e di *common law*), vedi i contributi di Patrizia Pederzoli e di Gaetano Tomaso Giupponi, inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 dei penalisti, *I Penalisti e la Costituzione*, Firenze 2018.

15. Se è pure vero che «interrogarsi sui principi di indipendenza e di autonomia della magistratura vuol dire, oggi, riscoprire il fondamento della legittimazione del magistrato nella società postmoderna, insieme con le ragioni della fiducia dei cittadini nell'ordine democratico» così G. Canzio, *L'indipendenza della magistratura, Il Dubbio*, 21 febbraio 2018, non si vede come tale interrogativo possa non tenere conto del ruolo che la teoria della unitarietà della magistratura ha avuto nei regimi totalitari, e se questo non implichi un ripensamento di tale teoria ed una conseguente riorganizzazione della intera "magistratura" ai fini di uno sviluppo in senso liberale e democratico dello Stato.

16. Di cui costituisce in proporzione circa un terzo.

17. Se tale cultura (correttamente intesa come adesione ai valori del giusto ed equo processo) fosse davvero monopolio della giurisdizione unitaria significherebbe escluderne del tutto, a priori – ed a maggior ragione – l'intera avvocatura penale; molto diversa, tuttavia, l'idea che Armando Spataro fornisce di tale cultura come tensione verso il "raggiungimento degli obiettivi di giustizia".

18. Questa prospettiva è stata diffusamente rappresentata negli interventi di diversi qualificati magistrati, nell'ambito dell'interessante convegno organizzato da AreaDg, *La proposta della separazione delle carriere dei magistrati: opinioni a confronto*, Roma, 11 settembre 2017.

mentalità delle indagini preliminari e ricollochiamo il baricentro del processo nel dibattito. Dove una figura nuova di giudice, costruttore e portatore di una vera cultura del limite, riconquisti la centralità del sistema restituendo così autorevolezza alle proprie decisioni. Se il giudice è chiamato ad assolvere istituzionalmente al compito di “controllore” dell’azione dei pubblici ministeri, non potremo non riconoscere che “controllore” e “controllato” non possono appartenere ad un medesimo ordine. Come ci ha ricordato efficacemente Luigi Ferrajoli, «la scienza giuridica, proprio perché il suo oggetto è interamente artificiale

e largamente modellato dal suo stesso ruolo performativo, non può non tenere conto e non assumersi la responsabilità degli effetti delle proprie teorizzazioni» ed in tal senso non «”limitarsi alla contemplazione” della crisi del processo come questa “fosse un fatto naturale”»<sup>19</sup>. Occorre prendere atto che la teoria della unitarietà della giurisdizione si rivela essa stessa produttiva di opacità, di squilibri e distorsioni; si manifesta come il risultato vischioso ed obsoleto di una radice ideologica sostanzialmente illiberale ed antimoderna, e si offre, solo per questo, ad un serio e radicale ripensamento.

---

19. L. Ferrajoli, *Contro la giurisprudenza creativa - Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in questa *Rivista* trimestrale, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, 4/2016, p. 22.

## Le scelte del pubblico ministero: obbligatorietà dell'azione penale, strategie di indagine e deontologia

di *Edmondo Bruti Liberati*

L'attività del pubblico ministero, pur se rigorosamente svolta nell'osservanza delle regole e delle garanzie del processo, è segnata da scelte discrezionali: esse sollecitano un'assunzione di responsabilità che il richiamo al principio della obbligatorietà dell'azione penale non consente di evitare. Un pubblico ministero che corrisponda al proprio dovere di accertare fatti di reato specifici e responsabilità individuali, nel pieno rispetto delle garanzie di difesa – senza pretendere di risolvere problemi politici e sociali, denunciare generici fenomeni criminali o lanciare segnali – è chiamato ad affrontare queste scelte: la difesa dello statuto di indipendenza del pubblico ministero passa anche attraverso la consapevolezza del ruolo svolto nella giurisdizione, l'elevata competenza professionale, il rispetto delle regole deontologiche, l'attenzione alle ragioni delle parti, nella concretezza dei passaggi del procedimento penale e, per i dirigenti degli uffici, la distribuzione delle risorse e la cura degli aspetti organizzativi.

### 1. Premessa

Mi propongo di partire da due spunti tratti da ricorrenti polemiche:

1. «L'azione penale è obbligatoria» vs «L'obbligatorietà dell'azione penale è una ipocrisia. Occorrono indicazioni sulle priorità»

2. «Atto dovuto» vs «orologeria giudiziaria»

Un passo indietro. Montesquieu, Libro XI, cap. VI, *Lo spirito delle leggi*, 1748: «I giudici sono soltanto ... la bocca che pronuncia le parole della legge, esseri inanimati che non possono regolarne né la forza né la severità»

«Giudice ... bocca che pronuncia le parole della legge» rimane monito ancor attuale, contro il soggettivismo, l'arbitrio interpretativo, gli spericolati riferimenti, nel settore penale, alla «funzione promozionale del diritto». Anche se dietro il modello/mito del giudice «bocca della legge» si è a lungo trincerata la ideologia della magistratura tradizionalista, la creati-

vità giurisprudenziale è un dato di fatto con cui ci si è dovuti sempre confrontare.

«*Giudici legislatori?*» Mauro Cappelletti, 1984. Premessa: «Questo studio comparativo non è inteso a dimostrare la verità, banale, anche se infinite volte, in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, della creatività della giurisprudenza. Esso è inteso a ricercare piuttosto le ragioni per le quali tale creatività è divenuta più necessaria e più accentuata nelle società contemporanee ed a precisare la tuttavia permanente tipicità del processo giurisdizionale»<sup>1</sup>.

Il tema della creatività giurisprudenziale è strettamente connesso a quello della discrezionalità. Aharon Barak nella prefazione avverte che il suo studio sulla discrezionalità del giudice concerne «la deliberazione del giudice, quando questi, dopo aver compreso e soppesato i diversi fattori, si trova a dover scegliere tra un certo numero di possibilità, ognuna delle quali è legittima». Più avanti Barak sostiene che in uno stato democratico la società, il pubblico devono

1. M.Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.

essere consapevoli dell'esistenza della discrezionalità e creatività giudiziaria «non dovrebbe essergli celata la verità; altrimenti quando verrà a scoprire che l'operato dei giudici si discosta dalle loro affermazioni teoriche, la sua fiducia nel potere giudiziario subirà un duro colpo»<sup>2</sup>.

Queste osservazioni ben note sulla creatività giudiziaria e sulla discrezionalità ben possono essere riferite anche al pubblico ministero. Le ho rievocate solo per sottolineare quanto sia inconsistente il pretestuoso trincerarsi di alcuni settori dei pubblici ministeri dietro il principio della obbligatorietà dell'azione penale per evitare di misurarsi con la assunzione di responsabilità per le scelte discrezionali che percorrono tutta l'attività del pubblico ministero, pur se rigorosamente svolta nella osservanza delle regole e delle garanzie del processo.

Ed ancora alcune ovvietà, che pure non è male ricordare.

Il pubblico ministero ha l'obbligo di accertare fatti di reato specifici e responsabilità individuali, con il livello di prova elevato che si esige per una condanna, nel pieno rispetto delle garanzie di difesa e non di indagare e pretendere di risolvere problemi politici e sociali. Peggio ancora denunciare generici "fenomeni criminali" per "lanciare segnali" alla politica, prima ancora della apertura di una indagine. O addirittura lanciare allarmi alla politica proclamando certezze, ma aggiungendo di non avere prove.

Il pubblico ministero ha l'obbligo di accertare fatti previsti dalla legge come reato e non di intervenire su fatti di malcostume o irregolarità amministrative. Art. 330 cpp: «Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria prendono notizia dei reati di propria iniziativa e ricevono le notizie di reato presentate o trasmesse a norma degli articoli seguenti». Si discute e vi sono proposte di modifica sulla "iniziativa" del pubblico ministero, ma il punto centrale è nella nozione di reato (oggi è passata nel linguaggio giornalistico la impropria ridondante locuzione *reati penali*, ma forse serve fare chiarezza).

Non spetta al pubblico ministero il ruolo di custode della virtù pubblica, come ammoniva Alessandro Pizzorno nel 1998 in volumetto dal titolo «*Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*»<sup>3</sup>. Meriterebbe di essere ripubblicato, non solo per la finezza e l'attualità della analisi, ma perché forse lo potrebbero finalmente leggere i non pochi commentatori che non sono andati oltre la lettura del titolo e attribuiscono all'autore l'esatto contrario del suo pensiero.

## 2. Azione penale obbligatoria e direttive sulle priorità

Il principio della obbligatorietà dell'azione penale impone anzitutto la rigorosa delimitazione del campo di intervento del pubblico ministero ai *reati penali*, uso ancora deliberatamente la locuzione giornalistica, e comporta poi, spesso, assunzione di responsabilità per scelte tra diverse opzioni possibili, ognuna delle quali è legittima, come ci dice Aharon Barak.

Eludere questa assunzione di responsabilità è vano, ma neppure giova alla analisi la banalizzazione di segno opposto di chi evoca come soluzione salvifica quella delle direttive sulle priorità.

Quali direttive? Emesse da chi? A livello locale? A livello nazionale? Quale livello di dettaglio? Quali eccezioni ai criteri generali, per far diventare prioritario un caso specifico che rientrava nelle categorie del non prioritario? Non tratto questi temi, ma osservo che ciò che ha reale incidenza pratica e sollecita la responsabilità del pubblico ministero dirigente di un ufficio è, anzitutto, la distribuzione delle risorse e l'aspetto organizzativo.

Nella mia esperienza di responsabile di una grande procura non ho preferito non emettere direttive sulle priorità, ma operare sul versante organizzazione, con scelte rese trasparenti anche all'esterno con lo strumento del Bilancio di responsabilità sociale.

Alcuni esempi ai due estremi di quella che potrebbe essere in astratto una scala di priorità.

La percentuale di magistrati che devono essere addetti alla Dda, stabilita dalle direttive del Csm è, a mio avviso, più che adeguata e spesso eccessiva. In talune sedi la assegnazione alla Dda è un medaglietta da conquistare e la composizione è del tutto pletorica; a Milano, seguendo le indicazioni del procuratore aggiunto responsabile, si è tenuto un organico ridotto, ma qualificato e i risultati raggiunti dimostrano la bontà della scelta.

I reati seriali e suscettibili di rapida definizione sono trattati dalla sezione Sdas<sup>4</sup>, coordinata da un magistrato di grande esperienza e con un turno di sostituti che "estraggono" dalla corsia routinaria i casi che meritano approfondimenti. Le piccole truffe quando assumono rilievo sociale particolare (truffe contro gli anziani) sono trattate da una struttura specializzata.

Per i reati societari, fiscali e fallimentari per il rilievo che hanno a Milano è stata creato un Dipartimento specializzato che è il maggiore per numero di magistrati addetti.

2. A. Barack, *La discrezionalità del giudice* (1989), trad. it, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 212-213.

3. A. Pizzorno, *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

4. Sezione definizione affari semplici.

Il principio costituzionale della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), ovviamente, mantiene tutta la sua attualità, da un lato, come garanzia di indipendenza del pubblico ministero da qualunque altro potere e, dall'altro, come garanzia della eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge.

D'altronde, a livello europeo, la linea di tendenza è verso l'affermarsi del principio cd. di legalità, anche nei sistemi che non conoscono il principio di obbligatorietà dell'azione penale; la discrezionalità tende sempre più a qualificarsi come discrezionalità "tecnica" per i casi di minimo rilievo (essenzialmente i casi in cui alla violazione della norma penale non corrisponde una reale offensività). Ove al Ministro della giustizia sia riconosciuto il potere di emanare direttive al pubblico ministero, tali direttive tendono ad essere sempre più limitate e controllate. La possibilità per il Ministro di impartire direttive al pubblico ministero, è stata oggetto delle più vive polemiche in Francia, perché apre la strada ad interferenze sui casi di rilievo politico e costituisce comunque un fattore di condizionamento dell'iniziativa del pubblico ministero; successivi interventi legislativi e impegni assunti dai ministri hanno fortemente circoscritto questa facoltà.

Il progetto di «*Corpus Juris*» per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea, che ha dovuto tener conto delle diverse tradizioni presenti nei paesi europei, ha significativamente previsto all'art. 19 un sistema di obbligatorietà temperata.

### 3. Atto dovuto e orologeria giudiziaria

«Atto dovuto» vs «orologeria giudiziaria».

Il preteso «atto dovuto» è in realtà il risultato di una scelta effettuata dal pubblico ministero su *an, quomodo, quando*. Peraltro l'unico orologio che la giustizia penale deve tenere in conto è quello della ragionevole durata del processo, non l'orologio delle compatibilità con le scadenze della politica, dell'economia o anche dello stato di avanzamento delle grandi opere pubbliche. Le stucchevoli litanie sulle «indagini ad orologeria» ignorano poi il carattere di relativa "casualità" sia dell'inizio dell'indagine penale che non deriva dall'esito di controlli sistematici preventivi (che non sono compito del pubblico ministero) sia del momento delle acquisizioni di elementi di prova nel corso della indagine.

Art. 335 cpp «Il pubblico ministero iscrive *immediatamente*, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio ogni notizia di reato che gli perviene o che ha

acquisito di propria iniziativa, nonché, *contestualmente o dal momento in cui risulta*, il nome della persona alla quale il reato stesso è attribuito».

Attenzione agli avverbi: «immediatamente» perentorio, ma... «contestualmente» altrettanto perentorio, ma subito dopo temperato con «o dal momento in cui risulta».

All'art. 1 del decreto ministeriale 30 settembre 1989 *Approvazione dei registri in materia penale* troviamo: Modello 21 registro delle notizie di reato (noti), ma poi Modello 44 Registro delle notizie di reato (ignoti) e Modello 45 Registro degli atti non costituenti notizia di reato.

Il pubblico ministero iscrive *immediatamente*, ma in quale dei tre registri mod 21, 44 o 45? Reato o non reato? Noti o ignoti? Qualunque scelta ha margini di opinabilità e può prestarsi ad arbitri, ma appunto è una scelta che il pubblico ministero deve operare. Immediatamente? Ma già l'esame preliminare della "notizia" può non essere così semplice. Ed è più garantista, nel dubbio, scrivere comunque ed immediatamente a mod. 21 noti? Di recente il procuratore della Repubblica di Roma, Giuseppe Pignatone, ha emanato una circolare sulla gestione delle iscrizioni delle notizie di reato dopo la riforma penale entrata in vigore con la legge n. 103/2017, che ha attribuito al procuratore della Repubblica il compito di assicurare «l'osservanza delle disposizioni relative all'iscrizione delle notizie di reato», segnalando rischi e costi delle prassi basate sull'automatismo<sup>5</sup>. Nella circolare si richiama opportunamente l'art. 109 disp. att. cpp. «La segreteria della procura della Repubblica annota sugli atti che possono contenere notizia di reato la data e l'ora in cui sono pervenuti in ufficio e li sottopone immediatamente al procuratore della Repubblica per la eventuale iscrizione nel registro notizie di reato». Anche qui si noti «possono contenere» ed «eventuale iscrizione»: due momenti valutativi. Nelle procure, pur escludendo le denunce a carico di ignoti, trasmesse per elenchi dalle autorità di polizia, la segreteria smista ogni giorno decine, nei piccoli uffici, e centinaia, nei grandi uffici, di atti, solo alcuni dei quali «possono contenere notizia di reato». Dunque la prima cernita è effettuata dal personale di segreteria, che ovviamente in caso di dubbio si rivolgerà al magistrato. Non è per nulla un passaggio irrilevante, poiché negli ultimi anni la mole crescente di "atti" che pervengono alle procure, unita alla crescente carenza di personale, in molte situazioni e in quasi tutte le grandi sedi comporta un qualche ritardo nello smistamento e registrazione degli atti pervenuti, salvo le urgenze.

5. Circolare n. 3225/17 del 2 ottobre 2017 del Procuratore della Repubblica di Roma, Giuseppe Pignatone, in *Questione giustizia on line*, [www.questionegiustizia.it/articolo/no-a-iscrizioni-frettolose\\_pignatone-sfata-la-leggenda-dell-atto-dovuto\\_17-10-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/no-a-iscrizioni-frettolose_pignatone-sfata-la-leggenda-dell-atto-dovuto_17-10-2017.php).

Il secondo passaggio è rimesso al magistrato, procuratore della Repubblica, procuratore aggiunto o sostituto a seconda delle dimensioni dell'ufficio e della struttura organizzativa posta in essere.

La circolare citata detta alcuni criteri per la valutazione che il magistrato deve effettuare. Ferma la funzione di garanzia della tempestiva iscrizione si rammenta che «dall'iscrizione – e dai fisiologici atti processuali che ne conseguono – si dispiegano effetti pregiudizievoli non indifferenti», anche quando non vi sia una “fuga di notizie” sulla iscrizione, con la conclusione: «procedere ad iscrizioni non necessarie è tanto inappropriato quanto omettere le iscrizioni dovute».

E infatti un preteso automatismo della iscrizione «finisce per attribuire impropriamente alla Polizia giudiziaria - o, addirittura, al privato denunciante - il potere di disporre delle iscrizioni a mod. 21, potere che, viceversa, non può che essere esclusivo del pubblico ministero». Nella circolare si rammenta che «le persone offese del reato hanno diritto di ottenere informazioni in ordine al contenuto del Registro generale, il che frequentemente consente che l'avvenuta iscrizione divenga strumentalmente utilizzabile, da denunciati o da altri, per fini diversi rispetto a quello dell'accertamento processuale, specie in contesti di contrapposizione di carattere politico, economico, professionale, sindacale, ecc.»<sup>6</sup>. L'esperienza ci ha mostrato la tecnica, in cui alcuni sono specializzati, di esposti-denunce tanto dettagliati quanto privi di effettive notizie di reato inviate a mo' di circolare a tutte le Procure italiane nella speranza che qualcuna abocchi all'amo e consenta la strumentalizzazione sopra evocata.

#### 4. Informazione di garanzia e discovery

Art. 369, comma 1, cpp: «Solo quando deve compiere un atto al quale il difensore ha diritto di assistere, il pubblico ministero invia per posta, in piego chiuso raccomandato con ricevuta di ritorno una informazione di garanzia ...».

*Solo quando deve.* Ancora la questione “orologeria”. È il pubblico ministero che deve valutare *quando deve* disporre un atto investigativo garantito, in particolare perquisizione o sequestro, ma non solo.

È ricorrente la polemica e la disinformazione sulla legittima difesa. Nella maggior parte dei casi è estremamente difficile stabilire sin dall'inizio se ricorra la causa di giustificazione. E questo quale che sia o sarà il livello di dettaglio della normativa.

Art. 52 codice penale 1930: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio o altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa». Arturo e Alfredo Rocco irresponsabili buonisti? Ultragarantista il Duce, presidente del Consiglio del 1930? I due commi aggiunti con la legge n. 59/2006 con riferimento alle aggressioni nel domicilio, hanno inteso tipizzare il requisito della proporzione a favore dell'agredito, stabilendo una presunzione di proporzione. Opera vana perché comunque si ripropone il tema della discrezionalità applicativa. La alternativa è bene espressa nello *slogan* «La difesa è sempre legittima»: quindi via ogni riferimento a “necessità”, “pericolo attuale” “proporzione” e magari anche infine “offesa ingiusta”.

Ebbene, proprio nei casi in cui vi sia una vittima, anche quando sin dall'inizio appaia probabile che ricorra la scriminante, si impone l'“atto dovuto” della iscrizione immediata nel registro noti mod. 21 e l'informazione di garanzia per l'esercizio dei diritti di difesa (autopsia, perizie balistiche, etc.).

Se nel dibattito pubblico vi fosse un minimo di razionalità proprio da questi casi si dovrebbe prendere lo spunto per far maturare la consapevolezza del valore della presunzione di innocenza.

Più in generale spetta al pubblico ministero la decisione se anticipare al massimo un atto investigativo garantito, con una scelta che ha una valenza garantistica, ma anche l'effetto di rendere pubblica la indagine. Ed anche sulle modalità concrete di compimento dell'atto incidono scelte e direttive del pubblico ministero: perquisizione con ampio schieramento di auto con lampeggianti, uomini armati in divisa e televisioni al seguito oppure perquisizioni disposte con modalità tali da assicurarne insieme la efficacia e la massima discrezione. Per altro verso può essere anche una scelta dell'indagato e una strategia della difesa quella di sollecitare la pubblicità piuttosto che cercare di mantenere la riservatezza sulla esistenza di una indagine penale a carico.

#### 5. Esecuzione di atti di investigazione autorizzati e di misure disposte dal giudice per le indagini preliminari

Fin qui si è parlato di attività direttamente disposte dal pubblico ministero, ma margini di discrezio-

6. Tutti i virgolettati sono tratti dalla circolare citata. Per un commento vedi ivi, D. Stasio, «No a iscrizioni frettolose» *Pignatone sfata la leggenda dell'“atto dovuto”*, in *Questione Giustizia on line*, Rubrica Controcanto, 17 ottobre 2017, [www.questionegiustizia.it/articolo/no-a-iscrizioni-frettolose\\_pignatone-sfata-la-leggenda-dell-atto-dovuto\\_17-10-2017.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/no-a-iscrizioni-frettolose_pignatone-sfata-la-leggenda-dell-atto-dovuto_17-10-2017.php).

nalità rilevanti investono anche la esecuzione di provvedimenti del giudice per le indagini preliminari.

Un tema sempre attuale è quello delle modalità di documentazione delle intercettazioni telefoniche: quale che sia la normativa di dettaglio, il pubblico ministero si è sempre dovuto confrontare con "scelte" o "non scelte". È ovvio che il pubblico ministero di norma non può procedere direttamente all'ascolto integrale, ma delega la polizia giudiziaria che redige il cd. brogliaccio e poi le informative in cui si fa il punto sullo stato delle indagini e sulle risultanze delle intercettazioni. La delega alla polizia giudiziaria non esime il pubblico ministero dal dovere di essere costantemente informato di quanto emerge dalle intercettazioni, anche al fine di valutare se richiedere una proroga o interrompere anticipatamente attività rivelatasi inutile. Spetta ancora al pubblico ministero dare direttive precise sulla redazione dei brogliacci, con particolare riferimento alle conversazioni strettamente private o comunque non rilevanti per la indagine e selezionare poi il materiale da utilizzare nelle richieste di proroga e nelle richieste di misure cautelari, non limitandosi al copia/incolla. E questo vuol dire evidenziare anche i dati favorevoli alla difesa e non evidenziare i dati irrilevanti ai fini dell'accertamento del reato (vicende private, ma anche vicende di rilievo pubblico, politico, economico, di costume ma non attinenti al reato).

Dunque responsabilità diretta del pubblico ministero di gestire, senza adagiarsi sulla delega, le intercettazioni, strumento di indagine essenziale, ma da utilizzare con la più grande attenzione e nei limiti dello stretto indispensabile e della stretta attinenza ai reati da accertare. Un contenimento dei bersagli e delle spese è possibile ed è stato attuato alla Procura di Milano.

Anche la esecuzione delle misure cautelari disposte dal giudice per le indagini preliminari lascia spazio a scelte (o "non scelte") del pubblico ministero. Al di là dei casi disciplinati dalla normativa sul decreto di ritardata esecuzione, in tema di criminalità organizzata, l'art. 92 disp. att. cpp dispone che l'ordinanza del giudice per le indagini preliminari sia trasmessa *immediatamente* al pubblico ministero. Ancora una volta l'avverbio *immediatamente*, ma l'esecuzione concreta può non essere così immediata, per esigenze organizzative della polizia o per la necessità di eseguire contestualmente misure nei confronti di più indagati. Anche qui largo spazio per le polemiche sulla orologeria del pubblico ministero, spesso senza tener conto che la richiesta del pubblico ministero può essere anche di molto antecedente alla emissione della ordinanza applicativa del giudice per le indagini pre-

liminari e che nel frattempo situazioni di fatto mutate richiedono nuove misure organizzative.

Vi sono poi le modalità di esecuzione degli arresti. Nel Bilancio di responsabilità sociale della Procura di Milano 2014-2015 si è potuto rivendicare: «Il rispetto della dignità delle persone ha comportato, d'intesa con le forze di polizia, la adozione di precise prassi operative per evitare la ripresa fotografica o televisiva di persone al momento dell'arresto. Nel quinquennio, nonostante siano stati eseguiti numerosi arresti in tema di criminalità mafiosa, terrorismo, corruzione e criminalità economica suscettibili di grande risonanza mediatica, in nessuna occasione vi è stata la diffusione di immagini delle persone al momento dell'arresto»<sup>7</sup>. Ma non sempre e non dovunque avviene così.

Le forze di polizia che all'esito di indagini complesse eseguono gli arresti comprensibilmente cercano una qualche visibilità. Questa esigenza può essere soddisfatta in modo rispettoso dei principi con comunicati stampa e anche conferenze stampa. Cito ancora dal Bilancio di responsabilità sociale della Procura di Milano 2014-2015 dal capitolo è dedicato a «La comunicazione della Procura»: «*In occasione di indagini di particolare rilievo al comunicato stampa è seguita una conferenza stampa, tenuta negli uffici della Procura della Repubblica, con la partecipazione dei responsabili della o delle forze di Pg interessate. L'obiettivo è di fornire all'opinione pubblica una informazione il più possibile completa su quegli aspetti della indagine che non sono più coperti da segreto e sempre nel rispetto della presunzione di non colpevolezza*».

Lasciamo agli americani la barbarie del *perp walk* (da *perpetrator walk*). E dico barbarie a ragion veduta; basti un esempio.

Il 14 maggio 2011 Dominique Strauss-Kahn è stato arrestato a New York con l'accusa di tentata violenza sessuale ai danni della cameriera di un hotel di Times Square ove egli era alloggiato. Quattro giorni dopo l'arresto, ha rassegnato le sue dimissioni dalla carica di direttore del Fmi. Dopo sei giorni di detenzione nel carcere di massima sicurezza di Rikers Island, previo pagamento di una cauzione di sei milioni di dollari, e due passaggi nel *perp walk*, all'economista sono stati concessi gli arresti domiciliari.

Il 1° luglio 2011 il New York Times ha annunciato una svolta nell'indagine. Secondo il procuratore, la donna avrebbe deliberatamente mentito davanti al Gran Giurì. Per questo, a Strauss-Kahn sono stati revocati i domiciliari e la cauzione milionaria restituita. Il 23 agosto 2011, la procura di New York ha definitivamente archiviato le accuse nei suoi confronti. Tuttavia l'accusatrice ha tentato, per questo episo-

7. I Bilanci di responsabilità sociale sono reperibili sul sito [www.procura.milano.giustizia.it](http://www.procura.milano.giustizia.it).

dio, una causa civile contro l'ex direttore del Fmi. A fine 2012 Dominique Strauss Kahn ha chiuso anche la vertenza civile con la cameriera dell'hotel che lo aveva accusato, versandole un indennizzo concordato davanti al giudice a New York; secondo media americani si trattava di sei milioni di dollari.

Ma evitiamo anche gli eccessi contrari.

Art 42-bis Ordinamento penitenziario (inserito con la legge n. 492/1992): comma 4: «Nelle traduzioni sono adottate le opportune cautele per proteggere i soggetti dalla curiosità del pubblico e da ogni specie di pubblicità ...»; comma 5: «Nelle traduzioni individuali l'uso delle manette ai polsi è obbligatorio quando lo richiedono la pericolosità del soggetto o il pericolo di fuga o circostanze di ambiente che rendono difficile la traduzione. In tutti gli altri casi l'uso delle manette ai polsi o di qualsiasi altro messo di coercizione fisica è vietato».

In molti palazzi di giustizia sono stati messi in atto dei percorsi per la traduzione direttamente in aula dei detenuti evitando i corridoi e gli atrii di passaggio; ma ciò per molti edifici storici e per diverse aule di udienza non è possibile. Spetta al pubblico ministero dell'udienza adottare le misure opportune, ma occorre anche il senso di responsabilità di fotografi ed operatori televisivi.

## 6. Esercizio della azione penale e scelta dei riti

A conclusione delle indagini è preciso dovere del pubblico ministero (art. 125 disp. att. cpp) vagliare con rigore la sostenibilità dell'accusa in giudizio, resistendo anche alle pressioni di parti offese e denunciati particolarmente motivati, per non dire di campagne di stampa colpevoliste.

La scelta del pubblico ministero non si limita all'alternativa tra richiesta di archiviazione ed esercizio dell'azione penale, ma investe la scelta dei riti (es. decreto penale, giudizio immediato, custodiale e non). Inoltre all'esito di maxi-indagini il pubblico ministero può optare per il maxi-processo, ovvero operare una serie di stralci per filoni di indagine, con conseguenze non irrilevanti sui tempi del processo e non solo. Abbiamo avuto in Italia l'esperienza di maxi-indagini fortemente mediatizzate sfociate in interminabili maxi-processi con mini risultati finali per l'ipotesi di accusa e maxi-danno per la credibilità della giustizia.

Eppure il *favor separationis* ispira il codice del 1989 e l'art. 371 cpp in tema di indagini collegate fissa i principi della «*speditezza, economia ed efficacia delle indagini*».

Riporto le considerazioni svolte sulle indagini Expo nel Bilancio di responsabilità sociale 2014/2015

della Procura della Repubblica di Milano, reperibile nella sua integralità, così come quelli dei quattro anni precedenti, sul sito internet della Procura della Repubblica di Milano: «*La vicenda può suggerire qualche riflessione sul tema oggi attuale del rapporto tra iniziative giudiziarie ed attività economica e tra magistratura ed altre istituzioni dello Stato. I tempi della giustizia non sono i tempi dell'economia e delle attività imprenditoriali, ma la giustizia può cercare di adottare tutte le misure organizzative affinché questa distanza si riduca. La Procura di Milano ha svolto il ruolo che le compete di accertamento rigoroso dei fatti di reato. La magistratura penale non deve farsi carico di "compatibilità", ma può e deve operare con scelte organizzative e di strategia di indagine che assicurino la massima celerità, mettendo le altre articolazioni delle istituzioni in condizione di adottare tempestivamente i provvedimenti di loro competenza. Spettava alle altre articolazioni istituzionali operare affinché al doveroso intervento della magistratura penale, che ha comportato anche l'esecuzione di misure cautelari nei confronti di responsabili operativi dei lavori in corso, seguissero iniziative gestionali ed amministrative atte ad assicurare la prosecuzione delle opere in condizioni di ripristinata legalità. Un primo segnale è venuto con la istituzione in tempi brevissimi dell'Anac, con la presidenza del magistrato Raffaele Cantone, quindi con il raccordo operativo tra il presidente dell'Anac ed il prefetto di Milano, che ha condotto al "commissariamento" di rami di azienda per consentire la prosecuzione dei lavori. Dal canto suo il prefetto di Milano ha posto in essere una particolarmente incisiva azione di applicazione delle misure interdittive antimafia. Nel rigoroso quadro delle rispettive competenze è stata assicurata la piena collaborazione tra Procura della Repubblica, Autorità anticorruzione e Prefettura*».

## 7. Pubblico ministero "parte imparziale"

La analisi finora proposta ha posto in evidenza gli ampi spazi di discrezionalità che connotano le scelte del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, fase nella quale il pubblico ministero è sostanzialmente solo senza confronto con la difesa.

Pubblico ministero solo, pubblico ministero onnipotente? Di qui l'accento sulla professionalità e sulla deontologia del pubblico ministero, parte, ma "parte imparziale". L'ossimoro, che tale è, non può essere liquidato sbrigativamente e con fastidio come spesso avviene. Il tema della imparzialità si pone, sia pure in modo particolare, anche per il pubblico ministero.

Il codice etico dell'Anm (art. 13), riprendendo l'art. 358 cpp detta: «*Il pubblico ministero si com-*

porta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo. Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'imputato».

Pubblico ministero "parte imparziale", è una definizione oggetto di polemiche, talora, dicevo, di sbrigativi atteggiamenti liquidatori, soprattutto dopo l'adozione nel nostro Paese di un processo di tipo accusatorio.

Le semplificazioni non giovano, non esiste il "modello di pubblico ministero": nel 2001 una studiosa francese ha aperto il suo «*Etude pour un ministère public européen*» con queste parole: «*Le ministère public reste l'institution pénale la plus diversifiée en Europe*»<sup>8</sup>.

Auspicio che riprenda nel nostro Paese un approfondimento sul ruolo del pubblico ministero, tema sul quale è vivissima la riflessione in convegni, studi e saggi in Francia ed in Belgio, mentre da noi ormai da qualche anno il dibattito si è isticilito nella stantia ripetizione di stereotipi sulla separazione o meno delle carriere.

Il concetto di indipendenza del pubblico ministero rispetto all'esecutivo è estraneo alla tradizione di molti Paesi, che garantiscono l'indipendenza dei giudici, ma negli ultimi decenni vi è stata una straordinaria proliferazione a livello internazionale di testi che pongono il principio dell'imparzialità del pubblico ministero (declinata con il termine "obiettività" in lingua inglese)<sup>9</sup>.

Un espresso riferimento alla "imparzialità" del pubblico ministero si trova nell'art. 124, comma 2, della Costituzione spagnola del 1978.

A livello di regole di procedura, il principio della imparzialità del pubblico ministero si concretizza nel dovere di indagare, secondo la espressione francese, «à charge et à décharge», concetto ripreso nel nostro art. 358 cpp: «*Il pubblico ministero ... svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*».

La Raccomandazione 2000 (19) del Consiglio d'Europa sul ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale prevede che «*nell'esercizio delle loro funzioni i pubblici ministeri devono agire in modo equo, imparziale*» (art. 24 a).

Formulazioni analoghe si trovano nel *Corpus Juris sulle disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, art. 20, comma 1: «*Afin de permettre la manifestation de la vérité et de mettre l'affaire en état d'être jugée, le MPE conduit, à charge et à décharge, les investigations relatives aux infractions définies ci-dessus*» e nello Statuto del Tribunale penale internazionale adottato con la Convenzione di Roma del 1998<sup>10</sup>.

Tutti questi testi non esitano ad indicare che l'obiettivo del processo penale è quello di "stabilire la verità". A far giustizia di sbrigative posizioni sul processo accusatorio giova una citazione da un testo del 2001 di Lord Justice Auld (all'epoca presidente di un *Royal Commission* sulla riforma del processo penale inglese): «*Il processo penale non è un gioco. È la ricerca della verità secondo la legge, attraverso una procedura accusatoria nella quale l'accusa deve provare la colpevolezza secondo uno standard particolarmente elevato*»<sup>11</sup>.

Il tema dell'accertamento dei fatti, la ricerca della verità processuale ci rimanda al principio del contraddittorio.

Paolo Ferrua, in uno scritto pubblicato subito dopo la entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, dopo aver ricordato il significato della verità giudiziale, critica le semplificazioni di chi vorrebbe prospettare «il processo accusatorio come pura soluzione di conflitti tra le parti, dominato da una esasperata disponibilità della prova, da una logica di laissez faire, pronta a sacrificare le esigenze di giustizia sostanziale».

Osservazione conclusiva: «si è insistito troppo sul contraddittorio come diritto di difesa, come garanzia individuale; e non si è, con pari forza, evidenziata la sua

8. A.Perrodet, *Etude pour un ministère public européen*, Paris, L.G.D.J., 2001.

9. M. Robert, *Quale imparzialità per il pubblico ministero?*, in *Questione giustizia*, edizione cartacea, Franco Angeli, Milano, 2005, 2, pp. 402 ss. Tutte le figure di pubblico ministero previste nei tribunali internazionali sono dotate di indipendenza. Si veda ad esempio l'art. 42 della Convenzione di Roma del 17 luglio 1998 sul Tribunale penale internazionale: «Il Pubblico Ministero non sollecita né accetta istruzioni da alcuna fonte esterna».

10. In ordine ai doveri del *prosecutor* all'art 54.1 detta: «Il prosecutor al fine di stabilire la verità deve estendere la investigazione su tutti i fatti e le prove rilevanti per accertare se sussiste una penale responsabilità ai termini di questo Statuto e pertanto deve accertare parimenti le circostanze a favore e contro l'accusa» («*The prosecutor shall: In order to establish the truth, extend the investigation to cover all facts and evidence relevant to an assessment or whether there is criminal responsibility under this Statute, and, in doing so, investigate incriminating and exonerating circumstances equally*»).

11. In *A review of the Criminal Courts of England and Wales*, september 2001, p. 11: «*The criminal process is not a game. It is a search for truth according to law, albeit by an adversarial process in which the prosecution must prove guilt to a heavy standard*».

dimensione pubblicistica di mezzo per l'accertamento della verità, per la corretta ricostruzione dei fatti»<sup>12</sup>.

È proprio il riferimento al metodo del contraddittorio come mezzo per la ricerca della verità che fonda la peculiare "imparzialità" della parte pubblica pubblico ministero.

«La verità ... è realmente nota soltanto a chi ha dedicato un'attenzione uguale e imparziale alle opposte ragioni, cercando di vederla il più chiaramente possibile»<sup>13</sup>: John Stuart Mill, il quale proseguiva con una osservazione che propongo di adattare al pubblico ministero nella fase della indagine preliminare: «Questa disciplina è così essenziale a una reale comprensione delle questioni morali e umane che se una verità fondamentale non trova oppositori è indispensabile inventarli e munirli dei più validi argomenti che il più astuto avvocato del diavolo riesce ad inventare».

Lo stesso Stuart Mill infatti sottolinea che gli argomenti contrari occorre «udirli da persone che ne sono realmente convinte, che li difendono accanitamente e al massimo delle loro possibilità». Nella fase di indagine preliminare in cui il pubblico ministero "è solo", in mancanza di contraddittorio vero, sarebbe buona regola cercare almeno un confronto all'interno dell'ufficio.

## 8. Responsabilità e deontologia del pubblico ministero

Negli ultimi decenni nell'ambito della riflessione sulla deontologia dei magistrati una attenzione crescente è stata dedicata alla deontologia del pubblico ministero, tema che assume particolare rilevanza alla luce di quanto sopra esposto sulla discrezionalità che connota molti rilevanti passaggi della attività del pubblico ministero.

A livello europeo un ruolo chiave è stato giocato dal Consiglio d'Europa, in particolare nella fase di costruzione di istituzioni democratiche nei Paesi dell'Europa centrale e dell'Est dopo la caduta del muro di Berlino.

Tra i documenti prodotti da diverse istanze del Consiglio d'Europa, due sono particolarmente rilevanti.

CCJE Opinione no. 12 (2009) e CCPE Opinione No. 4 (2009) su Relazioni tra giudici e pubblici ministeri in una società democratica adottata congiuntamente dal Consiglio consultivo dei giudici europei e dal Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei («Dichiarazione di Bordeaux»).

CCPE Opinione no. 9 (2014) su Norme e principi europei sul pubblico ministero («Carta di Roma»).

Per ritornare all'ambito interno rimando al Codice etico del 1992 dell'Anm italiana, di cui ho sopra citato l'articolo relativo al pubblico ministero.

Una efficace sintesi è stata proposta nella Relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2011 del primo presidente della Cassazione Ernesto Lupo: «L'esercizio di tali rilevanti compiti da parte di giudici e pubblici ministeri garantiti da uno statuto di piena indipendenza richiede piena consapevolezza del ruolo proprio della giurisdizione, elevata qualificazione e competenza professionale, rispetto delle regole deontologiche, massima attenzione alle ragioni degli altri, costume di sobrietà e di rigore istituzionale e professionale».

Da ultimo importanti spunti di riflessione sono stati proposti dal Presidente Mattarella nel discorso rivolto il 6 febbraio 2017 ai magistrati in tirocinio: «I provvedimenti adottati dalla magistratura incidono, oltre che sulle persone, sulla realtà sociale e spesso intervengono in situazioni complesse e a volte drammatiche, in cui la decisione giudiziaria è l'ultima opportunità, a volte dopo inadempienze o negligenze di altre autorità. Per questo l'intervento della magistratura non è mai privo di conseguenze. La valutazione delle conseguenze del proprio agire non può essere certo intesa in alcun modo come un freno o un limite all'azione giudiziaria rispetto alla complessità delle circostanze. È, comunque, compito del magistrato scegliere, in base alla propria capacità professionale, fra le varie opzioni consentite, quella che, con ragionevolezza, nella corretta applicazione della norma, comporta minori sacrifici per i valori, i diritti e gli interessi coinvolti».

Il Presidente si rivolgeva ai magistrati in tirocinio ma il monito si deve considerare rivolto a tutti i magistrati.

Rilevo, con preoccupazione, oggi in magistratura e in particolare tra i pubblici ministeri, talune posizioni di chiusura corporativa e di autoreferenzialità, che tendono a coniugarsi con il populismo giudiziario.

E se il populismo della politica è preoccupante, il populismo giudiziario è pessimo. La forte denuncia del populismo giudiziario di Luigi Ferrajoli è più che mai attuale: «L'esibizionismo, la supponenza e il settarismo di taluni magistrati», in particolare del pubblico ministero e il «loro protagonismo nel dibattito pubblico diretto a procurare consenso alle loro inchieste e soprattutto alle loro persone».

Non meno attuali le massime deontologiche che Ferrajoli proponeva: «il costume di sobrietà e riser-

12. P. Ferrua, *Contraddittorio e verità nel processo penale*, in P. Ferrua, *Studi sul processo penale*, Vol. II, *Anamorfoosi del processo accusatorio*, Giappichelli, Torino, 1992, p. 49.

13. John Stuart Mill, *Saggio sulla libertà*, trad. it. di G. Giorello e M. Mondadori, Milano, Il Saggiatore, 1981, p. 63.

vatezza»; «la consapevolezza del carattere sempre relativo ed incerto della verità processuale»; «il costume del dubbio, la prudenza nel giudizio, la disponibilità all'ascolto di tutte le diverse e opposte ragioni»; «il rispetto dovuto a tutte le parti in causa, vittime e imputati, pur se mafiosi, terroristi o corrotti»<sup>14</sup>.

Concludo richiamando un ulteriore passaggio del già citato discorso del Presidente Mattarella ai magistrati in tirocinio: «Equilibrio, ragionevolezza, misura, riserbo sono virtù che, al pari della preparazione professionale, devono guidare il magistrato

in ogni sua decisione. Lo spirito critico verso le proprie posizioni e "l'arte del dubbio" - l'utilità del dubbio - sorreggono sempre una decisione giusta, frutto di un consapevole bilanciamento fra i diversi valori tutelati dalla Costituzione. La magistratura, nella nostra recente storia, ha dimostrato di avere tutti gli strumenti per garantire il riconoscimento dei diritti, senza condizionamenti. È un bene che sia sempre più orgogliosa della sua funzione insostituibile, ma anche consapevole della grande responsabilità che grava sulla sua azione».

---

14. L. Ferrajoli, *Dei diritti e delle garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 14 s.

## La capacità del pubblico ministero di effettiva guida delle indagini nei rapporti con la Polizia giudiziaria

di *Stefano Pesci*

Il ruolo del pubblico ministero nel codice di procedura penale è connotato da un peculiare carattere garantista, che si esprime con particolare intensità nella funzione di direzione delle indagini che gli è attribuita. I rapporti con la Polizia giudiziaria richiedono specifiche capacità professionali del pubblico ministero, indispensabili per svolgere quel ruolo di direzione, che non si limitano alle conoscenze giuridiche ma che a quel fine consistono anche nell'autorevolezza, nella capacità di ascolto e nella conoscenza effettiva dello svolgimento del lavoro di ufficiali e agenti di polizia giudiziaria.

Munito di questi presidi, il pubblico ministero è in grado di evitare effetti distorsivi, potenzialmente derivanti dall'inquadramento professionale della Polizia giudiziaria in organismi gerarchicamente organizzati e che rispondono al potere esecutivo.

A fronte di queste esigenze positive stanno talune prassi patologiche che non attengono a carenze di professionalità, ma alla torsione patologica della funzione: rapporti di tipo personalistico, finalità che non si esauriscono nel fisiologico perimetro processuale, ricerca di risonanza mediatica o di realizzazione di obiettivi del tutto personali.

Il delicato equilibrio disegnato dal legislatore va presidiato garantendo qualità ed effettività al ruolo di direzione delle indagini assegnato al pubblico ministero: in questo senso decisiva è la sensibilità che sono in grado di porre in campo la dirigenza degli uffici e il circuito dell'autogoverno.

### 1. Il pubblico ministero nelle indagini: una connotazione garantista

Il codice di procedura penale stabilisce in modo perentorio (art. 327) che «*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della Polizia giudiziaria*».

La scelta del legislatore è, come si vede, molto netta; è una scelta forte, in virtù della quale un soggetto inserito appieno nella giurisdizione – e dotato pertanto di uno Statuto assai marcato di autonomia ed indipendenza – è insediato nel cuore dell'attività d'indagine con funzioni di esclusiva direzione delle stesse.

Questa peculiarità del nostro sistema processuale e ordinamentale è, a mio avviso, estremamente preziosa: non dovremmo mai sottovalutare il ruolo essenziale per gli stessi equilibri democratici che la magistratura requirente ha avuto negli ultimi decen-

ni nel nostro Paese, grazie alla capacità di sviluppare indagini incisive a 360°, vincendo pressioni e condizionamenti e contrastando in modo efficace pulsioni eversive ed antidemocratiche che talora avevano coinvolto anche segmenti importanti delle istituzioni. E non vi è alcun dubbio che l'efficacia di questa iniziativa della magistratura requirente nell'Italia repubblicana è stata resa possibile anche dalla felice sinergia con molta parte della Polizia giudiziaria, che a sua volta si deve, in larga misura, all'assetto più sopra sommariamente tratteggiato e al peculiare equilibrio disegnato dal nostro sistema processuale.

Si tratta, va detto subito, di un assetto connotato strutturalmente da un peculiare carattere "garantista" del ruolo del pubblico ministero che traspare in tutto l'ordito del codice Vassalli, dalla assai nota previsione dell'art. 358 alla fitta trama di regole processuali dettata dal codice: le indagini sono condotte dal pubblico ministero per assicurare che le attività «*necessarie per le determinazioni inerenti all'eser-*

*cizio dell'azione penale»* (art. 326 cpp) non comprmano i diritti dei cittadini oltre il limite segnato dalle norme della Costituzione e si sviluppino senza trascurare gli accertamenti su «*fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*». In coerenza con tale disegno, la legge attribuisce al procuratore della Repubblica il dovere di assicurare il «*corretto esercizio dell'azione penale*», laddove il riferimento alla correttezza delle indagini deve indubbiamente intendersi finalizzato principalmente alla necessaria garanzia del rispetto delle regole nel corso delle investigazioni.

Con questa connotazione garantista è, del resto, del tutto coerente la posizione ordinamentale del pubblico ministero, perché insediare un magistrato nel cuore stesso dell'attività d'indagine significa valorizzare non solo la sua inevitabile funzione garantista "in negativo" (limitazione delle manifestazioni di potere della Polizia giudiziaria che intacchino i diritti di libertà del cittadino) ma anche e soprattutto esaltarne la declinazione "positiva" che si manifesta nell'ancorare saldamente la direzione dell'attività d'investigazione penale - dei suoi indirizzi e delle scelte, spesso delicate, che comporta - allo Statuto di autonomia e indipendenza proprio del pubblico ministero, uno Statuto del tutto equiparato, nel nostro Paese, a quello del giudice.

Si tratta di un equilibrio prezioso e delicato che dovremmo tutti avere a cuore e che esige di essere preservato, perché inevitabilmente soggetto ad appannarsi o addirittura ad infrangersi se non adeguatamente e attentamente presidiato.

Questo equilibrio poggia soprattutto sulla effettività (e qualità) della direzione delle indagini da parte del pubblico ministero.

Il punto merita di essere approfondito, perché tocca un tema particolarmente complesso e difficilmente riconducibile a un preciso schema normativo. Anzi, il concetto stesso di "direzione" modella una funzione di primazia il cui fulcro non è l'esercizio del formale potere di decidere, ma la capacità di orientare i comportamenti di soggetti diversi e distinti in virtù, in primo luogo, della capacità di esercitare con piena consapevolezza ed autorevolezza il proprio ruolo istituzionale.

Spetta agli uffici del pubblico ministero determinare le condizioni perché questo possa avvenire, e competono più in generale ai vari protagonisti del sistema ordinamentale - a partire dagli organi dell'autogoverno e della formazione - azioni proattive volte a favorire che queste condizioni si determinino.

È bene essere consapevoli di un ulteriore aspetto rilevante: non viene qui in gioco, in primo luogo, il contenuto delle regole processuali, perché le condizioni che consentono di mantenere nell'effettiva sfera del pubblico ministero la direzione delle indagini

maturano (o non maturano) all'interno del complesso sistema delle prassi che si diffondono tra i pubblici ministeri e nei vari reparti di Polizia giudiziaria e interferiscono con gli assetti di potere e di effettiva decisione che vigono nelle Procure della Repubblica.

Se questo è il terreno su cui occorre misurarci, la difficoltà di approccio è evidente. Affronterò la questione toccando tre aspetti tra loro inevitabilmente collegati: la professionalità del pubblico ministero, le prassi patologiche più ricorrenti, i ruoli della dirigenza degli uffici e dell'autogoverno

## **2. La professionalità del pubblico ministero e la direzione delle indagini**

Dovrebbe essere evidente - certamente lo è per tutti i pubblici ministeri - che la professionalità del pubblico ministero, se pure si articola in molteplici competenze, dipende in misura estremamente significativa dalla qualità che è in grado di esprimere nell'attività di direzione delle indagini.

È tuttavia altrettanto rilevante che, la centralità del tema non lo rende adeguatamente visibile né nelle procedure di elaborazione delle attività di organizzazione degli uffici, né nei percorsi di valutazione dei magistrati e dei dirigenti, né infine nelle occasioni di carattere formativo. Per meglio dire: vi è una certa attenzione al tema generale della professionalità del magistrato e una focalizzazione già un po' minore sui temi della specifica professionalità del magistrato inquirente, ma il tema della peculiare professionalità richiesta nell'attività di direzione della Polizia giudiziaria è appena lambito.

La conseguenza è che, a partire dal "sapere" che si forma e circola nella rete dell'autogoverno e della formazione, manca adeguata elaborazione.

Quali sono i tratti che contraddistinguono questo peculiare segmento di professionalità?

In prima approssimazione direi che sono essenziali due aspetti: autorevolezza e consapevolezza del proprio ruolo.

## **3. Il pubblico ministero autorevole: specializzazione e lavoro sulle carte**

L'autorevolezza è la chiave di volta di ogni seria attività di direzione, perché il *proprium* dei ruoli direttivi è, come si accennava, la capacità di orientare i comportamenti di soggetti diversi e distinti mediante l'uso della persuasione e grazie alla capacità di *leadership*, facendo uso solo in via eccezionale dei poteri formalmente attribuiti. Naturalmente l'autorevolezza è legata in primo luogo alla competenza.

Diamo per scontata la preparazione giuridica (di cui comunque molta parte del sistema si occupa). La competenza specifica che il pubblico ministero dovrà mettere in campo, quella che peserà inevitabilmente nei rapporti con la Polizia giudiziaria è piuttosto la capacità di calare il sapere giuridico acquisito nelle concrete vicende connesse alle investigazioni.

A questo fine rilevano in particolare due aspetti essenziali.

In primo luogo, la funzione del pubblico ministero in una società sempre più complessa richiede una crescente specializzazione, perché l'oggetto delle indagini e dei processi più rilevanti interseca con grande frequenza ambiti tecnici e saperi settoriali, nell'ambito dei quali il pubblico ministero, per svolgere adeguatamente la propria funzione, dovrà avere acquisito conoscenze non giuridiche "di settore": nelle indagini per reati economici occorre avere un minimo adeguato di nozioni sulla contabilità, sui bilanci, ecc.; se si trattano gli infortuni sul lavoro sono parimenti necessarie alcune conoscenze settoriali "di base", e così via. Si tratta di un fenomeno ben noto, che ha dato luogo alla creazione, in tutte le Procure di dimensioni almeno medio-piccole, ai gruppi di lavoro specializzati ed alla ben nota normativa volta a gestire anche le ricadute pericolose della indispensabile specializzazione.

Date le premesse, è evidente che solo un magistrato che si doti delle necessarie competenze settoriali potrà esercitare il suo ruolo di direzione delle indagini in modo credibile, consapevole ed efficace. Occorre del resto tener presente che, in molti casi, la Polizia giudiziaria è specializzata e se il pubblico ministero ignora i rudimenti delle conoscenze settoriali implicate dalle indagini, l'interlocuzione con chi conduce le indagini sarà fatalmente inefficace e quindi risulterà quasi impossibile una effettiva direzione delle stesse.

In secondo luogo, è indispensabile che il pubblico ministero curi di acquisire una conoscenza approfondita degli atti del procedimento: è, anch'essa una precondizione di base per esercitare credibilmente ed efficacemente un ruolo di direzione effettiva delle indagini.

Attenzione: l'enunciazione astratta del principio è ovviamente generalmente condivisa. Le prassi, tuttavia, sono spesso di segno diverso. Gli esempi si sprecano. Si pensi al diffuso costume di "appaltare" totalmente alla Polizia giudiziaria la gestione delle intercettazioni telefoniche (redazione delle richieste di proroga, ecc.), limitando l'intervento del pubblico ministero alla verifica superficiale della minuta predisposta ad opera degli operanti o del personale applicato in Procura e riservando un'analisi approfondita del materiale al momento del deposito dell'informativa finale. Questa prassi non solo elude il dovere di direzione delle indagini, ma non giova all'autorevolezza

del pubblico ministero nel momento in cui dovranno essere effettuate scelte operative anche assai delicate (estendere o meno a un certo soggetto le intercettazioni, effettuare o meno una perquisizione o un pedinamento, ecc.). La professionalità, in simili casi, si esprime nella redazione personale delle richieste e nel colloquio costante con la Polizia giudiziaria che organizza l'ascolto sugli esiti delle attività intercettive, giungendo sino all'ascolto personale delle fonia nei casi, pur non frequenti, in cui questo sia necessario o opportuno per una maggiore consapevolezza dell'effettivo contenuto delle stesse (un certo tono di voce, ecc.).

#### **4. La capacità di ascolto**

L'esempio appena tratteggiato consente di evidenziare un altro profilo della professionalità del pubblico ministero che ha molto a che fare con la sua necessaria autorevolezza: la capacità di ascolto.

Rispettare il ruolo che l'ordinamento assegna alla Polizia giudiziaria nell'ambito delle indagini non solo è conforme a quanto previsto dal codice («il pubblico ministero e la Polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie», art. 326 cpp), ma è, prima ancora, il modo corretto di dirigere le investigazioni non "sulla carta" ma in modo effettivo. Questo rispetto significa, anzitutto, capacità di ascolto: la Polizia giudiziaria ha strutturalmente una conoscenza dei fatti più approfondita ed estesa rispetto al pubblico ministero ed ha solitamente un'esperienza e una competenza superiore al pubblico ministero con riferimento agli aspetti tecnici della conduzione degli specifici atti di indagine. È importante che questi saperi e queste competenze entrino in comunicazione con il pubblico ministero, così che questi riesca a trasmettere, a sua volta, il proprio sapere, che è sostanzialmente quello legato al rispetto rigoroso delle regole e alla proiezione processuale delle investigazioni. Il dialogo è indispensabile e si può fondare solo sulla reciproca capacità di interlocuzione con mente aperta.

Questo, si badi, vale sia nei casi meno rilevanti, sia con riferimento alle più articolate e complesse attività d'indagine. Ad esempio, anche un banale colloquio con la Polizia giudiziaria in occasione di un arresto in flagranza di cui dovrà esser chiesta la convalida esige che si sviluppi un confronto attento alle ragioni dell'interlocutore, specialmente quando, come non di rado accade, si profili una situazione quantomeno dubbia in ordine ai presupposti dell'arresto: una decisione che giunga "prima e a prescindere" da un'adeguata interlocuzione con coloro che hanno operato l'arresto sarà comunque sbagliata, perché destinata a minare il rapporto di fiducia e di ascolto che deve

strutturalmente connotare l'attività di direzione del pubblico ministero, incidendo negativamente sull'autorevolezza del magistrato. Il pubblico ministero che dispone la liberazione di un arrestato limitandosi ad esercitare il potere che gli compete senza spiegare le ragioni della sua scelta e senza prendersi l'onere di confutare pazientemente le osservazioni di coloro che stanno operando "sul campo" non ha esercitato correttamente e professionalmente il proprio potere/dovere di direzione. Nello stesso tempo il pubblico ministero che non sia in grado, dopo aver ascoltato adeguatamente, di assumere motivatamente decisioni sgradite agli interlocutori di Polizia giudiziaria che hanno operato l'arresto, non solo viene meno al proprio ruolo fondamentale di garanzia, ma non acquisisce certo autorevolezza presso i suoi interlocutori.

La necessità di ascolto, naturalmente, è ancora più necessaria quando si tratti di complesse indagini. In tal caso è essenziale che si crei una virtuosa sinergia tra i vari soggetti che, a diverso titolo, conducono le investigazioni e, quindi, è indispensabile che il pubblico ministero, oltre ad approfondire la conoscenza degli atti, sia continuamente disponibile all'interlocuzione e aperto alle ragioni degli interlocutori. Solo in tal modo potrà essere effettivamente ascoltato e potrà operare al meglio per dirigere le investigazioni secondo la logica processuale dell'esito dibattimentale.

## 5. La consapevolezza del proprio ruolo di garanzia

Ma, nei rapporti con la Polizia giudiziaria, il profilo professionale del pubblico ministero deve connotarsi, oltre per l'autorevolezza, anche per la consapevolezza del proprio ruolo. Giova ribadire quanto già richiamato in premessa: l'ordinamento assegna al pubblico ministero un ruolo centrale nell'attività di indagine per valorizzare, tra l'altro, le potenzialità della sua collocazione ordinamentale e del suo Statuto forte di autonomia e indipendenza, anche, se del caso, nei rapporti con la Polizia giudiziaria.

Gli effetti si produrranno in molte direzioni.

Da un lato il ruolo centrale del pubblico ministero consente un presidio certamente più efficace dei diritti di libertà del cittadino costituzionalmente garantiti: gli interventi "di garanzia" del pubblico ministero rappresentano il segnale – normativamente disciplinato – di un dovere "rafforzato" di verifica in presenza della possibile, peculiare, interferenza delle indagini con beni primari. Un intervento, quindi, particolarmente efficace, perché del tutto "interno" all'attività di indagine, ben diverso da quello del giudice che le indagini non solo non dirige, ma che, in generale, neppure conosce se non per la parte indispensabile all'esercizio dei poteri di controllo che gli competono.

In secondo luogo il legislatore, affidando al pubblico ministero la direzione delle indagini, intende ancorare saldamente le attività di investigazione ai fini istituzionalmente stabiliti, il cui esclusivo sbocco sono le «*determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*» (art. 326 cpp). Lo Statuto di indipendenza del pubblico ministero dovrebbe quindi rappresentare una garanzia anche con riferimento alle possibili interferenze che potrebbero prodursi per effetto della diversa connotazione delle forze di polizia, alle quali solitamente sono affidate le indagini. L'inquadramento professionale degli ufficiali di Polizia giudiziaria in organismi gerarchicamente organizzati e che rispondono al potere esecutivo, così come i meccanismi che governano i percorsi di carriera nelle forze di polizia sono infatti fattori che possono introdurre nell'attività di indagine, anche in modo inconsapevole, elementi impropri idonei a produrre effetti distorsivi. Anche in questo caso qualche esempio può soccorrere.

È noto che frequentemente sui profili professionali di coloro che dirigono reparti territoriali (commissariati di Polizia, stazioni o compagnie dei Carabinieri, ecc.) si assegna un peso non trascurabile al numero di arresti effettuati o di sequestri eseguiti. Sino a che questo fattore genera un maggiore impegno nel controllo del territorio e nell'attività di contrasto, *nulla quaestio*. Il rischio è che questa legittima spinta si traduca in una tendenza degli operatori a forzare i limiti fissati dalla legge, ed è ovvio il dovere "professionale" di un pubblico ministero consapevole del ruolo di garanzia che gli assegna l'ordinamento.

Ancora: poiché sulla carriera degli ufficiali delle forze di Polizia pesano gli effetti talvolta anche mediatici delle indagini da loro condotte, tutte le volte in cui le investigazioni giungono in prossimità di ambienti che finirebbero per conferire ad eventuali provvedimenti una significativa risonanza esterna (ad esempio per il coinvolgimento di persone dello spettacolo, noti imprenditori, importanti amministratori o personaggi politici) vi sarà il serio rischio che l'attività della Polizia giudiziaria venga surrettiziamente influenzata dall'ansia di conseguire risultati mediaticamente spendibili. Anche in questo caso è abbastanza ovvio il dovere "professionale" di un pubblico ministero consapevole del ruolo di garanzia che gli assegna l'ordinamento, garanzia che deve valere a 360°.

Per converso, analogo ruolo di garanzia deve essere attivamente esercitato nel caso opposto, che pure si verifica: vale a dire nelle ipotesi in cui l'incardimento della Polizia giudiziaria in organismi che fanno capo al potere esecutivo finisca per favorire inerzie o addirittura opacità. Spetterà in questi casi ad un corretto e fermo esercizio del potere/dovere di direzione delle indagini contrastare la creazione, in via di fatto, di vere e proprie "zone franche" per questo o quel po-

tere di diritto o di fatto. La storia di questo Paese ci offre numerosi esempi virtuosi in tal senso e indica che in questi casi, se il magistrato non è lasciato solo, la forza della “giurisdizione dentro le indagini” può prevalere su indebite inerzie o timidezze.

## 6. Le prassi patologiche

Nel descrivere “in positivo” i tratti del profilo professionale del pubblico ministero con riferimento al suo potere/dovere di direzione delle indagini, ho già fatto numerosi riferimenti a prassi non corrette o seccamente sbagliate che sono tuttavia largamente diffuse. Non mi ripeterò, perché sono facilmente decifrabili anche su questo specifico terreno le carenze di professionalità riconducibili a modelli di magistrato del pubblico ministero caratterizzati da sciatteria, disinteresse, atteggiamenti burocratici, ecc.

Vi sono però, variamente diffuse, patologie che non attengono a carenze di professionalità, ma alla torsione patologica della funzione o a inadeguatezze nell’esercizio dei poteri/doveri di direzione degli Uffici di procura.

La prima patologia rappresenta, in qualche modo, la degenerazione di quella sinergia tra pubblico ministero e Polizia giudiziaria che è in generale un obiettivo da perseguire, perché è un presupposto importante dell’efficace azione e del corretto indirizzo delle investigazioni. Tuttavia è importante che questa sinergia non finisca per creare un rapporto di tipo personalistico tra un pubblico ministero specifico ed uno specifico reparto di Polizia giudiziaria.

Sul punto è bene non fare confusione: sia nelle piccole Procure, sia negli Uffici di più grandi dimensioni è del tutto normale che, a partire dalle reciproche competenze ed attitudini e senza trascurare anche gli aspetti umani e caratteriali, si sviluppino rapporti particolarmente fecondi e stretti tra questo o quel pubblico ministero e uno o più reparti della Polizia giudiziaria. È anzi un fenomeno in parte inevitabile che, entro certi limiti, deve essere valorizzato, perché può portare grande giovamento all’attività istituzionale della Procura.

Occorre tuttavia evitare degenerazioni. Un singolo reparto di Polizia giudiziaria non può essere il “prolungamento” di un solo pubblico ministero e non solo perché questo può mettere a repentaglio l’effettività del ruolo di garanzia che compete al magistrato del pubblico ministero, ma per ragioni più generali.

Questi rapporti di eccessiva vicinanza generano infatti patologie specifiche anche gravi. Si pensi al caso, non infrequente, in cui questo implica che sia la Polizia giudiziaria stessa a “scegliersi il pubblico ministero”, così incidendo sulla stessa attribuzione delle regudicande.

Anche in questo caso è bene distinguere: non è patologico che, nell’interesse dell’Ufficio, alcune notizie di reato possano essere affidate ad uno specifico pubblico ministero perché operi con uno specifico reparto con il quale ha mostrato di saper interagire in modo corretto e particolarmente efficace

Ma deve sempre trattarsi di una decisione del procuratore della Repubblica assunta in trasparenza, nell’esclusivo interesse dell’Ufficio e, preferibilmente, sulla base di indirizzi discussi e condivisi. Non è accettabile che, invece, il risultato sia perseguito – come talora avviene in piccoli Uffici – mediante il programmato deposito ad una certa ora o in un certo giorno della comunicazione della notizia di reato (Cnr). Oppure, come avviene ovunque, che le regole di assegnazione vengano programmaticamente violate mediante il deposito di Cnr artatamente costruite in modo da creare un collegamento (in realtà fittizio) con altro procedimento già assegnato al magistrato “preferito”. Si tratta di casi nei quali il potere di fatto di “pubblici ministeri forti” – consolidato da un rapporto anomalo con “Polizie giudiziarie forti” – finisce per espandersi in modo del tutto anomalo creando un serio *vulnus* sia alla correttezza e alla trasparenza nella gestione degli Uffici, sia alla stessa funzione di garanzia propria del pubblico ministero: è appena il caso di richiamare l’attenzione sulle insidie per i diritti del cittadino che si annidano in simili rapporti personalistici e di potere tra il singolo sostituto e questo o quel reparto che conduce le indagini.

La personalizzazione raggiunge un grado di ulteriore patologia nei casi in cui diventa espressione non già di una malintesa tensione al più efficace perseguimento dei fini istituzionali, ma si connota per il comune perseguimento di finalità diverse da quelle inerenti strettamente l’attività processuale.

Si è già detto che fa parte della professionalità del pubblico ministero esercitare appieno – nel rapporto con la Polizia giudiziaria – il proprio ruolo di garanzia, dedicando vigile attenzione alle possibili interferenze sulle indagini che possono giungere da eventuali finalità *extra*-processuali della Polizia giudiziaria. Tuttavia non mancano casi (patologici) nei quali anche il pubblico ministero opera secondo finalità che non si esauriscono nel fisiologico perimetro processuale, che è segnato (e limitato rigorosamente) dalla finalità di chiarire nel miglior modo possibile se vi sia materiale per l’esercizio dell’azione penale e per condurre il successivo processo portando tutte le prove necessarie per l’affermazione di responsabilità o per l’esclusione della responsabilità stessa.

In generale il rischio che si manifesta è quello che il pubblico ministero persegua – in sinergia con la Polizia giudiziaria e con finalità in parte comuni – la risonanza mediatica o anche, nei casi più gravi, la realizzazione di obiettivi del tutto personali di natura

carrieristica, dentro o addirittura fuori dalla magistratura.

Ancora più grave è quando questo circuito “di potere” pubblico ministero/Polizia giudiziaria si completa con ulteriori sinergie “strutturali” con gli operatori dell’informazione. Lo schema è piuttosto chiaro e affiora sia in Procure che operano in centri di modeste dimensioni, laddove è facile la risonanza mediatica delle indagini, sia in Procure medie e grandi, nelle quali è spesso l’oggetto delle indagini a rivestire un particolare interesse degli organi di stampa. Naturalmente non si vuole qui indulgere alla *vulgata* - spesso piuttosto rozza e volutamente disinformata e comunque quasi sempre animata da secondi fini - che evoca lo spettro del “circuito mediatico/giudiziario” in ogni inevitabile ricaduta informativa di indagini aventi ad oggetto fatti di rilevanza pubblica. Tuttavia è innegabile che in casi non isolati si abbia la forte percezione che le indagini possano essere condizionate da finalità *extra* istituzionali oggetto di convergenza da parte di un anomalo e patologico circuito tra specifici pubblico ministero, determinati organi di Polizia giudiziaria e questo o quell’organo di stampa. In questi casi si è al cospetto di patologie gravi, non solo per le conseguenze che può produrre sull’esito e sulla correttezza delle investigazioni il sostanziale tradimento della funzione di garanzia del pubblico ministero, ma anche per gli effetti che si determinano fuori dal processo: la torsione della funzione giudiziaria a finalità terze e sostanzialmente private inquina la vita pubblica e, nel medio periodo, delegittima l’azione della magistratura, appannandone l’immagine di terzietà e indipendenza.

## 7. I doveri dei dirigenti e il ruolo dell’autogoverno

Si è detto in premessa dell’importanza di preservare il delicato equilibrio disegnato dal legislatore, che va presidiato garantendo qualità ed effettività al ruolo di direzione delle indagini assegnato al pubblico ministero.

Credo che vi sia materia perché i vari soggetti che possono efficacemente incidere sul complesso sistema del “diritto vivente” negli uffici di Procura modifichino alcuni atteggiamenti.

Non mi riferisco, qui, ai singoli magistrati del pubblico ministero: è evidente che tutti i pubblici ministeri dovrebbero operare in modo corretto. Ritengo però che questo obiettivo potrebbe essere meglio perseguito se i soggetti istituzionali in vario modo coinvolti contribuissero a delineare più precisamente il contenuto delle prassi virtuose e di quelle scorrette o addirittura patologiche e se intervenissero attivamente per orientare il comportamento dei singoli.

L’individuazione dei contenuti che dovrebbero caratterizzare l’attività di direzione delle indagini dovrebbe essere effettuata da un lato dalla Scuola e, in generale dalla Formazione e, dall’altro, dal circuito dell’autogoverno. Quest’ultimo, in particolare, dovrebbe differenziare maggiormente – nei criteri e nelle relative “griglie” – la valutazione dei magistrati del pubblico ministero e, in tale contesto, focalizzare maggiormente gli indici riferibili ai rapporti con la Polizia giudiziaria. Inoltre dovrebbe attivare verifiche effettive sulle modalità di esercizio, sul punto, della funzione direttiva e semidirettiva dei procuratori e dei procuratori aggiunti.

Questo mi pare uno snodo fondamentale.

Il procuratore ha il dovere di assicurare ai cittadini «il corretto esercizio dell’azione penale»; tradotto, compete al procuratore di creare le condizioni perché la funzione di garanzia del pubblico ministero nel corso delle indagini si sviluppi nel modo più pieno. E ha il dovere di farlo in modo trasparente e partecipato, perché un importante profilo di quella presenza della giurisdizione nel cuore dell’attività di indagine di cui abbiamo parlato è rappresentato precisamente dalla cultura delle regole di cui la magistratura è inevitabilmente e strutturalmente portatrice.

Pertanto spetterà al procuratore – con le regole di interlocuzione previste dalla normativa secondaria vigente – garantire, mediante le necessarie misure organizzative, che tutti i magistrati del suo ufficio possano maturare un’idonea formazione anche specializzata e che di tutti i magistrati venga adeguatamente promossa la crescita professionale. Questi obiettivi debbono essere perseguiti in primo luogo attraverso una ragionata creazione di gruppi di lavoro e la trasparente gestione della loro formazione e delle necessarie rotazioni.

Un profilo delicato – e spesso trascurato – è poi rappresentato dalla distribuzione tra i pubblici ministeri delle “risorse investigative”. È una questione di tutela concreta della professionalità dei vari magistrati dell’ufficio: gli esiti di ogni procedimento di una qualche rilevanza dipendono in larga misura dalla professionalità della Polizia giudiziaria e la crescita professionale del pubblico ministero è strettamente collegata alla possibilità di lavorare con reparti di qualità.

È evidente che la materia non può essere oggetto di una regolazione rigida, da una rete di norme d’azione di contenuto determinato: sarebbero regole assai difficili da scrivere e, comunque, gli uffici di Procura non possono prescindere dall’esigenza di perseguire nel modo più efficace, nell’interesse della collettività, le finalità istituzionali affidate alla funzione inquirente. In questa prospettiva, in particolare, diventa importante anche favorire sinergie positive e assecondare le diverse attitudini e qualità dei singoli magistrati dell’ufficio,

così come non può essere trascurata la diversa formazione e dotazione di uomini, mezzi e competenze specifiche dei vari reparti delle Polizie.

L'impossibilità di gestire la delicata questione mediante una regolazione capillare non può però significare che si debba ritenere normale ed accettabile un assoluto vuoto di regole. Come per molti altri aspetti della vita di Procura, laddove non sia possibile dettare regole rigide, è tuttavia importante che siano affermate linee di indirizzo, regole di scopo elaborate in modo condiviso e trasparente e gestite dai dirigenti secondo logiche di correttezza. Si tratta dell'unico modo credibile per prevenire che la distribuzione delle risorse investigative avvenga sulla base di decisioni del tutto arbitrarie e/o che finisca per seguire linee di forza espressione dei poteri di fatto che non di rado nascono e si cristallizzano nelle Procure al di fuori da ogni logica istituzionale.

Vi è poi la necessità che le dirigenze degli Uffici (e l'autogoverno) reagiscano allorché si manifestano alcune patologie, talora abbastanza visibili, che non dovrebbero essere tollerate e che, per il dirigente rimasto inerte, dovrebbero implicare conseguenze negative in sede di valutazione.

Quando i fenomeni di patologica personalizzazione del rapporto Polizia giudiziaria/pubblico mini-

stero finiscono per incidere sulle assegnazioni o per alterare il quadro – sempre delicato – della corretta distribuzione, tra i magistrati dell'Ufficio, delle deleghe e della collaborazione con i reparti di Polizia giudiziaria più efficienti e motivati, il procuratore non può non rendersene conto. E qualora se ne renda conto non può astenersi dall'intervenire. Non mi riferisco solo alle ipotesi – gravemente patologiche, ma fortunatamente isolate e limitate a piccole sedi – di procuratori della Repubblica sostanzialmente succubi del "potere mediatico" di questo o quel sostituto, ma, più in generale, alla necessità che la distribuzione di tutte le risorse si mantenga, come si diceva, trasparente, oggetto di confronto e al riparo da logiche personalistiche.

Sotto questo profilo il quadro che si presenterebbe a chi, oggi, volesse impegnarsi ad una ricerca sul campo sarebbe probabilmente abbastanza carente: poca trasparenza, nessuna linea-guida, poteri effettivi situati in ambiti non regolati.

Spetta quindi, a mio avviso, all'autogoverno il non facile compito di avviare un percorso in grado di orientare gli uffici di Procura così da difendere anche nei fatti, e non solo nelle enunciazioni di principio, un equilibrio che il passato, anche recente, ha mostrato essere particolarmente virtuoso.

# Pubblico ministero e giurisdizione nelle indagini e nell'esercizio dell'azione penale: il punto di vista del giudice per le indagini preliminari

di Chiara Valori

Il pubblico ministero è il *dominus* quasi assoluto della fase delle indagini preliminari; è sufficiente l'attuale controllo giurisdizionale?

A fronte della difficoltà strutturale per il giudice per le indagini preliminari - con esempi concreti di conflitto con il pubblico ministero - di rimanere davvero *arbiter* di una fase di cui non è padrone, ci si chiede se un potere di intervento sui diritti così incisivo possa essere affidato ad un soggetto sganciato dalla giurisdizione.

È il giudice “dirimpettaio”, come va di moda dire ultimamente: il primo interfaccia del pubblico ministero quando questi non è ancora una *parte* processuale in senso stretto, quando è il *dominus* indiscusso della situazione, nella fase delle indagini insomma. È il giudice per le indagini preliminari, quello accusato di essere massimamente appiattito sulle posizioni del pubblico ministero.

A chi oggi – sulla scorta di questo assioma – torna a parlare di separazione delle carriere, rivendicandola come presupposto indispensabile al principio di parità delle parti e dunque, in definitiva, dell'equo processo, occorre allora muovere alcuni rilievi.

Come noto, nella fase delle indagini preliminari l'intervento giurisdizionale è previsto a *spot*, quando più serio è il rischio di compressione dei diritti costituzionali. Il legislatore del 1988 ha previsto infatti un intervento *ad acta* del giudice per le indagini preliminari proprio per salvaguardarne la terzietà, distinguendolo così in modo netto dal vecchio giudice istruttore. La Suprema corte ricorda infatti che in questa fase «il giudice è inserito come soggetto terzo regolatore delle situazioni di frizione di interessi o di

*compromissione di diritti fondamentali*», sottolineando che «non deve essere disperso il cospicuo guadagno, in termini di giusto processo, veniente dalla felice intuizione del legislatore del nuovo codice di procedura penale quanto a costituzione di un giudice terzo estraneo all'investigazione ma garante di legittimità verso le parti, a richiesta delle quali interviene regolando la situazione che ne ha determinato l'intervento senza coinvolgimento di alcun genere nella diatriba procedimentale»<sup>1</sup>.

Secondo alcuni<sup>2</sup> altre “finestre giurisdizionali” potrebbero essere individuate, estendendo così l'intervento del giudice a maggior garanzia dei diritti della difesa, nell'idea – evidentemente – che il pubblico ministero non li tuteli a sufficienza.

In una serie di snodi fondamentali propri di questa fase, tuttavia, non vi è spazio per l'intervento del giudice: qui il pubblico ministero non è ancora una *parte* processuale, ma sovrintende per l'intero al regolare svolgersi del procedimento e “*dirige le indagini*” (art. 327 cpp).

Si pensi alla prima iscrizione della notizia di reato ma anche a quella, eventualmente successiva, del

1. Così Cass. sez. IV, 28 settembre 2001, Patruno, RV 219881.

2. Si veda la relazione del Presidente Giovanni Canzio all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017 in Cassazione (*Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2016*, Roma, 2017); la proposta è stata fatta propria da Giorgio Spangher in una recente intervista rilasciata al quotidiano *Il Dubbio* il 28 novembre 2017.

nome dell'indagato (art. 335 cpp)<sup>3</sup>, all'indirizzo da dare alla polizia giudiziaria, alla decisione se estendere o restringere il campo delle indagini, al modo e al mezzo scelto per l'esercizio dell'azione penale, alla decisione di richiedere la convalida dell'arresto dell'indagato *in vinculis* o di liberarlo immediatamente ed ad una serie di altri passaggi apparentemente secondari ma in effetti fondamentali.

Si tratta di scelte determinanti per il prosieguo del procedimento, che ricadono nella esclusiva responsabilità del pubblico ministero. È infatti del tutto ovvio che la qualità, l'effettività e l'efficacia della risposta giudiziale risentono moltissimo della qualificazione giuridica che sin dall'inizio viene data alle notizie di reato che pervengono in Procura, della modalità con cui viene raccolto il materiale nell'ottica della futura utilizzabilità processuale, della decisione se estendere o meno il perimetro delle indagini, della scelta dello strumento utilizzato per l'instaurazione del processo.

E, d'altronde, non credo ci siano alternative di sorta al riconoscere un ruolo primario al pubblico ministero nella prima fase procedimentale, pena davvero il ritorno – credo non auspicato – al vecchio giudice istruttore, che oggi si porrebbe in netto contrasto con l'art. 111 Cost..

È dunque essenziale che anche questi passaggi siano governati da un soggetto, un magistrato, che sia cresciuto e rimanga ancorato alla cultura della giurisdizione, perché proprio in questa fase – la meno garantita – l'obiettivo deve essere quello del perseguimento della giustizia e non quello di assicurare così un "risultato". Il pubblico ministero oggi deve agire «*per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale*» di trovare un colpevole a tutti i costi.

Davvero, allora, ci sentiremmo, come cittadini, più garantiti dall'affidare gli snodi fondamentali delle indagini nelle mani di una sorta di "avvocato della polizia"<sup>4</sup>?

Solo, infatti, un pubblico ministero che sia sufficientemente autonomo anche dalle aspettative della polizia giudiziaria sarà in grado di svolgere anche «*accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini*», come impone l'art. 358 cpp, di distinguere il ruolo dei singoli nelle vicende complesse, di coltivare il dubbio nella valutazione degli elementi raccolti.

Solo, in definitiva, un pubblico ministero autorevole ed indipendente potrà assicurare l'autorevolezza

e l'indipendenza del giudice, che sul fascicolo formato dal pubblico ministero si troverà a lavorare.

Perché questo è il punto: c'è chi parla di un "giudice debole", schiacciato sulle posizioni del pubblico ministero.

Certo, la neghittosità può indurre il giudice a sposare acriticamente la tesi dell'accusa e a questo può solo risponderci con il massimo rigore in sede di valutazioni di professionalità.

È però un fatto che il giudice per le indagini preliminari valuta in questa fase sempre e quasi solo il materiale che gli viene messo a disposizione dal pubblico ministero, che è tenuto ad operare una prima cernita e valutazione ragionata di quanto raccolto durante le indagini.

È dunque fisiologico che, operando di consueto *inaudita altera parte* e senza poteri integrativi, il giudice per le indagini preliminari sia indotto ad una lettura conforme a quella suggerita dal pubblico ministero, salva però la verifica della sua tenuta in caso di successiva instaurazione del contraddittorio. Così è nel caso delle richieste cautelari personali, in cui l'interrogatorio di garanzia impone un primo vaglio anche delle diverse argomentazioni difensive, o delle istanze *ex art. 299 cpp*, o delle richieste di proroga indagini, o delle richieste di archiviazione, almeno ove vi sia l'opposizione della persona offesa.

Occorre allora garantire al giudice il tempo e le risorse necessarie per una analisi serena e ponderata delle istanze delle parti.

Vanno perciò combattute in ogni modo alcune pratiche distorte tese a "forzare" il giudice per le indagini preliminari nei tempi e nelle valutazioni, finendo per svilire le garanzie che il controllo giurisdizionale dovrebbe invece tutelare.

Capita, ad esempio, di ricevere richieste di proroga del termine delle indagini supportate da pochissimi atti, del tutto inadeguati a compiere un serio vaglio dei presupposti, che costringono il giudice a defatiganti richieste di integrazione.

Capita di ricevere decreti di fermo di migliaia di pagine da convalidare in 48 ore, emessi da alcune Procure del sud nell'evidente tentativo di evitare il "tappo" costituito dai tempi – divenuti patologici – di Uffici Gip sottodimensionati e da tempo in evidenterissimo ed inevitabile affanno nell'emissione delle ordinanze cautelari.

Capita, ancora, di incamerare richieste di convalida di decreti di intercettazione emessi dal pubblico

3. Le Sezioni unite hanno infatti escluso che il giudice per le indagini preliminari possa sindacare la tempestività dell'iscrizione della notizia di reato (cfr. Cass. sez. un., 24 settembre 2009, Lattanzi, in Cass. pen., 2010, 503).

4. Perché, come ricorda Giuliano Scarselli, «se il pubblico ministero esce dalla giurisdizione, inevitabilmente entra nell'amministrazione» – v. la nota di G. Scarselli, *Contro la separazione delle carriere tra pubblici ministeri e giudici*, pubblicato sulla rivista *on line Judicium* (Pacini Giuridica) il 9 novembre 2017.

ministero in casi in cui l'urgenza risulta molto discutibile.

Si tratta di prassi viziose, tese a bypassare i problemi anziché risolversi mediante adeguati aumenti di organico e dotazioni di ulteriori risorse, contro cui occorre evidentemente reagire.

In generale, da esse traspare l'insofferenza per il controllo giurisdizionale, quasi fossero forche caudine attraverso cui passare più in fretta possibile, sperando di uscirne incolumi.

Si nota la stessa insofferenza del pubblico ministero nei casi in cui il giudice per le indagini preliminari, a fronte di una richiesta di archiviazione, indica ulteriori indagini o, peggio, dispone l'imputazione coatta ex art. 409 cpp; di solito si traducono in fascicoli "suicidi", con dispendio di energie e risultati nulli.

L'esperienza quotidiana induce insomma a negare radicalmente l'esistenza di un "rapporto di collaborazione" in senso stretto fra giudice per le indagini preliminari e pubblico ministero: lo stesso codice di rito disegna una relazione di tipo diverso, che accentua evidentemente le occasioni di contrasto, a prescindere dalla colleganza o dal comune reclutamento.

Né argomenti *a contrario* possono ovviamente essere tratti dal dato relativo alla percentuale di condanne in abbreviato davanti al giudice dell'udienza preliminare, visto che fisiologicamente sono destinati ad essere definiti con rito alternativo proprio i processi in cui più solido è il materiale probatorio raccolto in fase di indagini.

Il rispetto dei ruoli e dei compiti di ciascuno fonda così la stessa possibilità di un esercizio serio ed effettivo del controllo giurisdizionale, mentre il quadro tracciato dal "Comitato promotore per la separazione delle carriere nella magistratura" nei propri documenti<sup>5</sup> appare disancorato dalla realtà che quotidianamente osserviamo negli uffici giudiziari.

Gli ostacoli frapposti dal 2006 alla trasmigrazione da una funzione all'altra<sup>6</sup>, anzi, hanno fatto sì che, dopo circa dieci anni di applicazione, l'uno guardi con sospetto e quasi con fastidio l'operato dell'altro, anziché vivere come fisiologica la differenza di ruolo: il pubblico ministero "soffre" gli ostacoli a volte frapposti dal giudice per le indagini preliminari che rigetta una sua richiesta, il giudice per le indagini preliminari mal tollera il pubblico ministero recalcitrante alle indicazioni inserite nelle proprie ordinanze.

Si tratta invece di procedere in un'unica direzione che, per entrambi, dovrebbe essere sempre e solo – per quanto possibile – l'accertamento della verità nel pieno rispetto dei diritti costituzionali dell'indagato prima e dell'imputato poi.

Per fare ciò, non solo è indispensabile che pubblico ministero e giudice continuino ad essere reclutati con il medesimo concorso e svolgano insieme la prima parte del tirocinio (cd. "generico"), ma emergono con sempre maggiore evidenza i benefici della contaminazione e della osmosi<sup>7</sup> fra le funzioni, tanto che appare auspicabile tornare a facilitare il passaggio dall'una all'altra.

Analoghi benefici porta d'altronde anche il passaggio dal libero foro all'ordine giudiziario: il tanto vituperato concorso di secondo livello per l'accesso alla magistratura ha infatti oggi comportato – come corollario – l'ingresso di moltissimi avvocati con già qualche anno di esperienza all'attivo, senza che mai alcuno abbia dubitato della loro successiva capacità di essere imparziali. La precedente esperienza come difensori, al contrario, li rende particolarmente sensibili e attenti anche ad aspetti apparentemente secondari della professione.

La progressiva estensione di momenti di formazione comune con il foro (a livello territoriale ma – sia pure in modo più limitato – anche a livello centrale) evidenzia poi gli effetti benefici della contaminazione culturale, pur nel rispetto dei ruoli.

È una strada che va perseguita con sempre maggior convinzione, come salutare risulta ogni occasione di dibattito e confronto culturale.

Formazione comune induce, a cascata, una più naturale condivisione di obiettivi e di metodi in termini di effettività e trasparenza della risposta giudiziaria fuori da dogmi e infingimenti.

E così anche la creazione di tavoli di lavoro congiunti, di individuazione di prassi condivise, di redazione di protocolli di intesa, spesso estesa alla partecipazione di rappresentanti del Foro locale, costituiscono una realtà sempre più diffusa in molti distretti; l'esperienza milanese al riguardo ha dato e continua a dare risultati assai gratificanti per tutti quelli che vi hanno preso parte in vari ambiti.

Al momento dell'entrata in vigore del nuovo codice di rito, d'altronde, lo stesso legislatore si era preoccupato di istituzionalizzare periodici momenti di

5. V. in particolare il documento che accompagna la raccolta di firme per la proposta di legge costituzionale di iniziativa popolare, reperibile sul sito [www.separazione delle carriere.it](http://www.separazione delle carriere.it).

6. Ostacoli tali da rendere oggi di fatto eccezionale il passaggio – si vedano al riguardo i puntuali dati citati da A. Spataro in *La separazione delle carriere dei magistrati: una proposta di riforma anacronistica e inutile* pubblicato in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) il 24 dicembre 2017.

7. Si veda al riguardo il bel documento del Coordinamento nazionale di AreaDg del 10 ottobre 2017 dal titolo *Osmosi delle funzioni. Per avere un pubblico ministero forte, equilibrato, efficace ed indipendente*, [www.areadg.it/comunicato/osmosi-delle-funzioni](http://www.areadg.it/comunicato/osmosi-delle-funzioni).

confronto fra i protagonisti della giurisdizione, coinvolgendo non solo i dirigenti degli uffici giudicanti e requirenti, ma anche i rappresentanti dell'avvocatura<sup>8</sup> e il personale amministrativo.

Neppure è possibile leggere come impropria contiguità i recenti tentativi – suggeriti dallo stesso Csm<sup>9</sup> – tesi alla individuazione concordata di criteri di priorità nella trattazione dei procedimenti *ex art. 132bis* disp. att. cpp fra Procure e Tribunali; si tratta infatti di meri provvedimenti di “*condivisione organizzativa*” tesi a non disperdere le sempre scarse risorse disponibili e, come ricorda il Consiglio, ad inverare i

canoni di buona amministrazione dettati dall'art. 97 Cost.

Non dalla separazione, dunque, possono nascere frutti virtuosi, ma solo dalla costruzione di modelli comuni a tutti gli operatori sin dalla fase delle indagini; l'idea che l'indipendenza del giudice possa essere salvaguardata solo considerando quest'ultimo una *turris eburnea* appartiene al passato e rischia di tradursi di fatto in un alibi per sottrarsi alla corresponsabilità che deve legare tutti gli attori del processo che – ciascuno con il proprio ruolo – devono invece muovere verso un unico, condiviso obiettivo.

---

8. Ci si riferisce alle riunioni periodiche previste dall'art. 15 d.lgs n. 273 del 28 luglio 1989.

9. V. da ultimo *Linee guida in materia di criteri di priorità e gestione dei flussi di affari – rapporti fra uffici requirenti e uffici giudicanti* (Risposta a quesito dell'11 maggio 2016), che esplicitamente invitano ad un concerto fra i due uffici.

## Publico ministero e persona: i procedimenti in materia di *status*, famiglia e minori

di *Giuseppe Marseglia*

La presenza del pubblico ministero nel processo civile, risalente all'epoca in cui esso era ancora di fatto fuori dalla giurisdizione, è da tempo messa in discussione, considerata anacronistica, poco utile alla tutela degli interessi pubblici a cui è sottesa ed addirittura dannosa per le sempre più pregnanti ragioni di economia processuali; tuttavia, pur ammettendo che in moltissime occasioni essa si risolve in un intervento meramente virtuale di cui in effetti si potrebbe anche fare a meno, tant'è che lo stesso legislatore in materia di processo civile telematico non lo aveva inizialmente considerato, residuano settori in cui il pubblico ministero resta obiettivamente l'unico soggetto che può agire per la tutela dei soggetti deboli e incapaci. Senza dubbio degno di nota è poi il dinamismo con cui molti Uffici di Procura hanno interpretato il nuovo ruolo del pubblico ministero nel procedimento di negoziazione assistita.

### 1. Il ruolo del pubblico ministero nel processo civile e di famiglia: attore non protagonista o illustre comparsa?

La presenza del pubblico ministero nel processo civile ha origini lontane, e risale al codice di rito del 1865, epoca in cui com'è noto, in base ai principi che il Rd 6 dicembre 1865, n. 2626 (di riforma dell'ordinamento giudiziario) aveva mutuato dalla disciplina francese dell'epoca del Consolato, detto organo era ancora il rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria ed era posto sotto la direzione del Ministro della giustizia.

Tale presenza, nonostante il passaggio all'ordinamento Zanardelli con il pieno rientro del pubblico ministero nella giurisdizione e l'unificazione delle carriere tra magistratura giudicante e requirente, e pur a fronte di un'ampia e prolungata riflessione circa la sua effettiva utilità<sup>1</sup>, è rimasta immutata e permane ancora oggi, trovando la sua disciplina generale negli artt. da 69 a 73 del codice di procedura civile nonché,

sotto il profilo ordinamentale, negli artt. 75 e 76 del Rd 30 gennaio 1941, n. 12, che costituiscono applicazione della disposizione sancita dall'art. 73 della legge sull'ordinamento giudiziario, secondo cui: «*il pubblico ministero veglia all'osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari*».

In un processo tradizionalmente ispirato al principio dispositivo, in cui i poteri di richiedere la tutela giurisdizionale, di allegare in giudizio fatti e circostanze e di esercitare le connesse facoltà istruttorie spettano di regola alle parti in causa, titolari del rapporto controverso, la soluzione adottata per garantire una maggiore ed effettiva protezione giurisdizionale alle situazioni soggettive indisponibili (a cui sono di regola sottesi anche profili di interesse più o meno marcatamente pubblicistico) è stata dunque quella di attribuire al pubblico ministero poteri processuali che consentano un miglior accertamento della verità materiale.

1. Si veda già F. Cipriani, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, in *Foro It.*, 1993, C. 14, in cui il pubblico ministero civile veniva addirittura definito «*una cariatide alla quale nessuno attribuisce più effettiva importanza*».

Ciò non toglie che nel giudizio civile il pubblico ministero resti comunque una figura sostanzialmente ambigua, essendo «*tecnicamente una parte e funzionalmente un interprete degli interessi pubblici*»<sup>2</sup>, in una posizione in un certo senso intermedia tra quella del giudice e quella di una parte vera e propria, non a caso a norma dell'art. 73 cpc anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile si applicano le disposizioni in tema di astensione dei giudici sebbene non anche quelle in materia di recusazione<sup>3</sup> ed in giurisprudenza si è negato il ruolo di parte in quei procedimenti di volontaria giurisdizione in cui il pubblico ministero debba essere sentito (nel caso di specie in materia di fondo patrimoniale ai sensi dell'art. 32 disp. att. cpc), pur non disponendo di autonomi poteri di azione o impugnazione del provvedimento terminativo del rito camerale<sup>4</sup>.

Inoltre, non può certo negarsi che, nella pratica, l'esercizio delle attribuzioni civili non solo costituisce per i magistrati addetti agli uffici di Procura un impegno nettamente minoritario rispetto alle loro ordinarie occupazioni, ma è vissuto da molti di essi come un incumbente quasi burocratico che li sottrae di fatto ad esigenze ben più importanti e pressanti, non a caso nella stragrande maggioranza dei casi le conclusioni rassegnate dal pubblico ministero si riducono ad un timbro o in una formula stereotipa, ed anche quando sono più specifiche di solito non contengono alcuna effettiva motivazione, con la conseguenza che la presenza di tale organo nel processo è vista dalle parti, dai difensori e dagli stessi giudici civili come assolutamente marginale se non addirittura dannosa nell'ottica delle ragioni di economia processuale.

Una riflessione sull'attuale ruolo del pubblico ministero nel processo civile ed in particolare in quello in materia di famiglia, stato e capacità, afflitto anch'esso da gravi e atavici problemi di sovraccarico del contenzioso e sempre alle prese con una selva di riti che solo in minima parte il legislatore è riuscito a semplificare, non può non partire da tale inconfutabile dato di fatto, sebbene una analisi più dettagliata delle numerose fattispecie normative e delle principali problematiche applicative<sup>5</sup> possa essere utile a

comprendere in quali ambiti l'azione o l'intervento del pubblico ministero potrebbe rivelarsi più incisivo e soprattutto in che modo ciò potrebbe davvero avvenire, con particolare riferimento alla tutela della persona e dei diritti indisponibili.

## 2. Il pubblico ministero agente ma senza obbligo di esercitare l'azione civile a tutela dei diritti indisponibili

Ai sensi dell'art. 69 cpc il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge, assumendo a seconda dei procedimenti la veste di ricorrente, opponente, appellante.

Come già in parte chiarito, in questi casi, apparendo particolarmente pregnante l'interesse pubblico sottostante alla situazione sostanziale, il legislatore ha demandato al pubblico ministero un potere autonomo di agire per far valere quel diritto in via sostitutiva, qualora il titolare del diritto resti inerte, o manchi un titolare del diritto o un soggetto in grado di farlo valere.

Non è peraltro agevole ricercare e scrutinare i casi in cui al pubblico ministero sono conferiti poteri di azione senza correre il rischio che l'elencazione risulti incompleta, trattandosi di un numero di ipotesi nutrito e variegato, ad ogni modo, volendosi limitare ai procedimenti in materia di persone e famiglia, il più cospicuo gruppo di norme devolutive di un potere di azione a detto organo può rinvenirsi nel codice civile, in coerenza con il dettato dell'art. 2907 cc, e nello specifico:

- in materia di associazioni (artt. 23 comma 1, 27 cc e 11 disp. att. cc);
- in materia di assenza e di dichiarazione di morte presunta (artt. 48 comma 1, 50, 58 comma 1, 62 comma 2, 67 cc; 721 cpc);
- in materia matrimoniale (artt. 85 comma 2, 102 comma 5, 117, 119, 125 cc);
- in materia di disconoscimento della paternità (artt. 244 comma 6, 264, 279 comma 3 cc);

2. C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 225 ss. L'autore soggiunge inoltre che «la funzione del pm è quella di un autentico espediente del quale l'ordinamento si serve per poter utilizzare la tecnica di un processo interamente imperniato sulle iniziative delle parti, in funzione della tutela dei diritti che l'ordinamento ritiene di dover sottrarre - con maggiore o minor rigore - alla disponibilità dei loro titolari, in relazione all'interesse di natura pubblica che l'ordinamento attribuisce loro. Un soggetto appositamente creato per poter operare, a tutela di diritti e interessi rilevanti sul piano pubblicistico, con i poteri e le altre situazioni proprie delle parti, in un processo imperniato sulle iniziative delle parti».

3. Sulle conseguenze disciplinari del mancato esercizio dei doveri di astensione si segnalano Cass. civ., Sez. un., 13 aprile 1989, n. 1757, in *Foro It.*, 1989, XI, I, p. 3142, e più di recente Cass. civ., Sez. un., 12 maggio 2010, n. 11431, in *Ced Cass.*, 612707.

4. Cass. civ., 27 aprile 2002, n. 6167, in *Foro It.*, 2002, XI, I, p. 3139.

5. Sul punto appare utile rinviare anche alle ampie e per larga parte ancora attuali considerazioni di V. Pacileo, *Il Pubblico Ministero nel processo civile*, in *Cass. pen.*, 2006, 10, p. 3411.

- in materia di tutela dei minori (artt. 321, 336, 361 cc);
- nell'amministrazione di sostegno (artt. 406, 410 comma 2, 412 comma 1, 413 comma 1 cc);
- in materia di interdizione e inabilitazione (artt. 417 comma 1, 418 comma 2, 429 comma 1 cc).

Altre ipotesi di azione esercitabile direttamente da parte del pubblico ministero si rinvengono poi nell'ambito della legislazione speciale in materia di adozione (art. 9 legge 4 maggio 1983, n. 184, con riferimento all'accertamento dello stato di abbandono finalizzato alla dichiarazione di adottabilità), di stato civile (artt. 78, 95, 96, 98, dPR 3 novembre 2000, n. 396), di impugnazione dell'unione civile tra persone dello stesso sesso (art. 1, comma 6, legge 20 maggio 2016, n. 76), di rifiuto delle cure mediche proposte da parte del rappresentante legale del minore o incapace in mancanza di D.A.T. (art. 3, comma 5 della recentissima legge 22 dicembre 2017, n. 219 sul testamento biologico) e nel codice di procedura civile con riferimento alla possibilità di chiedere la nomina di un curatore speciale per minori, incapaci o persone giuridiche (artt. 79 e 80 cpc, in combinato disposto con l'art. 77 cpp).

Un orientamento giurisprudenziale più risalente aveva ritenuto non tassativa l'elencazione dei casi di pubblico ministero agente, per un verso ritenendo di poter ricomprendere anche tale organo nelle ipotesi in cui talune disposizioni attribuiscono la legittimazione attiva a «*chiunque vi abbia interesse*»<sup>6</sup>, e per altro verso enfatizzando il significato dell'art. 73 ord. giud. nella parte attribuisce al pubblico ministero una «*azione diretta per fare eseguire ed osservare le leggi d'ordine pubblico*»<sup>7</sup>.

Detta impostazione è stata tuttavia oggetto di successivo ripensamento sia in dottrina<sup>8</sup> che da parte della stessa giurisprudenza<sup>9</sup>, in virtù della formulazione letterale dell'art. 2907 cc secondo cui l'autorità giudiziaria provvede alla tutela giurisdizionale dei diritti anche su istanza del pubblico ministero ma solo «*quando la legge lo dispone*» mentre l'art. 73 ord. giud. sarebbe una mera disposizione programmatica, ma soprattutto sulla base della natura eccezionale dell'istituto rispetto al generale principio del parallelismo tra titolarità del diritto e titolarità dell'azione, che non consente di operare alcuna estensione in chiave analogica.

Altro aspetto controverso riguarda poi la obbligatorietà o meno dell'esercizio dell'azione civile da parte del pubblico ministero nei casi in cui sia legittimato a farlo: sul punto, se non sono mancate prese di posizione favorevoli alla doverosità in linea generale dell'iniziativa pubblica poiché si tratterebbe di un *munus* non obliterabile<sup>10</sup> ed in quanto le previsioni legislative non mirerebbero semplicemente ad allargare il novero dei soggetti legittimati ma, in maniera più incisiva, a garantire che l'attuazione di quel fine dell'ordinamento in ragione del quale la legittimazione al pubblico ministero è stata attribuita venga attuato in concreto, non può non rilevarsi il fatto che, diversamente da ciò che avviene in materia penale, manca una norma impositiva specifica, ed una conferma *a contrario* di ciò può rinvenirsi proprio nelle specifiche ipotesi in cui il legislatore ha previsto un obbligo espresso di iniziativa giudiziale, ovvero l'art. 102, u.c. cc (che indica i casi in cui il pubblico ministero «*deve sempre*» fare opposizione al matrimonio) e l'art. 7 l.fall. (che prescrive che il pubblico ministero «*presenta la richiesta*» di fallimento ove ricorrano determinate circostanze).

Assodato dunque che, al di fuori di tali specifiche fattispecie, il pubblico ministero può sempre esercitare un certo margine di discrezionalità nella scelta sull'esercizio o meno dell'azione civile, che si riverbera anche nella possibilità per il titolare pubblico di rinunciare agli atti del giudizio secondo una valutazione di opportunità, è evidente che, in caso di obiettiva e colpevole inerzia, in mancanza di uno strumento processuale analogo alla penalistica avocazione, il pubblico ministero potrà comunque essere sanzionabile in sede disciplinare (il riferimento non può non essere alla condotta tipizzata dall'art. 2, comma 1, lett. q ed r del d.lgs 23 febbraio 2006, n.109) o addirittura in sede penale ai sensi dell'art. 328 cp.

Alla luce di quanto stabilito dall'art. 72 cpc, il pubblico ministero nelle cause che è legittimato a proporre esercita gli stessi poteri conferiti alle parti private e li esercita nelle medesime forme stabilite per queste ultime, può formulare domande autonome soggiacendo agli stessi limiti e preclusioni; se ciò è vero, non può comunque trascurarsi la ulteriore considerazione che l'estraneità del pubblico ministero rispetto al rapporto sostanziale sottostante comporta che il potere conferitogli sia di mera azione in via autonoma e non

6. Cass. civ., 29 ottobre 1963, n. 2888, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 2516.

7. Cass. civ., 17 marzo 1970, n. 690, in *Giust. civ.*, 1970, I, p. 662.

8. F. Morozzo Della Rocca, voce *Pubblico ministero*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 1081.

9. Cass. civ., 18 ottobre 1989, n. 4201, in *Giust. civ.*, 1990, I, pp. 1009 ss.

10. F. Morozzo della Rocca, *op. cit.*, p. 1085.

di sostituzione processuale, con la conseguenza che non potrà compiere quegli atti che presuppongono la libera disponibilità del diritto quali ad es. prestare giuramento, confessare, transigere, stipulare compromessi, proporre o accettare la richiesta di decisione della causa secondo equità.

Inoltre, il pubblico ministero non soggiace alla regola della soccombenza e dunque non è soggetto al pagamento delle spese di giudizio nel caso in cui l'azione da lui proposta venga poi rigettata<sup>11</sup>, ed al contempo non potrebbe giovargli, ove vittorioso, nei confronti delle controparti<sup>12</sup>.

Con riferimento poi al potere di impugnazione, esso è sempre riconosciuto al pubblico ministero (l'art. 72, comma 5, cpc, peraltro precisa che detta facoltà spetta tanto al pubblico ministero presso il giudice che ha pronunciato la sentenza quanto a quello presso il giudice competente a decidere sul gravame) sia nelle cause che abbia effettivamente proposto che in quelle che avrebbe potuto proporre pur essendosi limitato ad intervenire, nonché nelle cause matrimoniali, ad eccezione che per quelle di separazione personale dei coniugi, benché di contro in materia divorzile l'art. 5, comma 5, legge 1 dicembre 1970, n. 898 abbia previsto la possibilità per il pubblico ministero di impugnare le sentenze che abbiano pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o incapaci.

A seguito dell'abrogazione degli artt. da 796 a 805 cpc ad opera della legge 31 maggio 1995, n. 218, appare assai dubbia la sopravvivenza del potere di impugnazione delle sentenze che dichiarino l'efficacia o l'inefficacia di sentenze straniere relative a cause matrimoniali, dovendosi più correttamente ritenere che il pubblico ministero dovrebbe intervenire nelle cause promosse dinanzi alla Corte di appello per l'accertamento della sussistenza effettiva delle condizioni di riconoscimento della sentenza straniera<sup>13</sup>.

Vi sono infine alcuni peculiari mezzi di impugnazione riservati anche (ad es. in materia di spese di giustizia, l'opposizione prevista dagli artt. 84 e 170 dPR 30 maggio 2002, n. 115) o solo al pubblico mini-

stero, ovvero la presentazione del ricorso da parte del procuratore generale presso la Corte di cassazione ai sensi dell'art. 363 cpc al fine di ottenere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi (con la finalità di evitare l'affermarsi di principi errati in diritto adottati da decisioni non impugnate), le due ipotesi di revocazione previste dagli artt. 397 cpc e 77 ord. giud., nonché il reclamo di cui all'art. 740 cpc proponibile avverso i decreti del giudice tutelare e del Tribunale per i quali sia necessario il parere del pubblico ministero.

Nella pratica, il settore in cui si registra la maggiore incidenza di azioni proposte direttamente dal pubblico ministero è senza dubbio quello della tutela dei soggetti deboli o incapaci, ed in particolare dei ricorsi finalizzati a chiedere l'interdizione, l'inabilitazione (tenuto conto del limitato spazio applicativo riservato a questo istituto dopo il 2004) e l'amministrazione di sostegno, ma anche e soprattutto i ricorsi ai sensi dell'art. 336 cc, finalizzati ad ottenere la sospensione o decadenza di uno o entrambi i genitori dalla responsabilità genitoriale sui figli minorenni o la reintegrazione nella stessa, la rimozione o riammissione dall'amministrazione del patrimonio dei figli minorenni e le altre prescrizioni di cui all'art. 333 cc.

Fino alla modifica dell'art. 38 disp. att. cc ad opera della legge 10 dicembre 2012, n. 219, tali ultime iniziative erano riservate al pubblico ministero minorile, che poteva interagire (e sovente interagiva) con i Servizi sociali e gli altri uffici operanti sul territorio anche laddove tali soggetti non fossero per legge tenuti a sollecitarlo, sempre con l'intento di vigilare sull'osservanza della legge e promuovere la realizzazione del diritto dei bambini ad una crescita normale anche al fine di prevenire fenomeni di devianza sociale e delinquenza.

A seguito del trasferimento dal 2013 di buona parte delle competenze in materia (fatta eccezione per le adozioni) dal Tribunale per i minorenni al Tribunale ordinario<sup>14</sup> l'iniziativa è passata in larga parte al pubblico ministero civile, con tutti i limiti già evidenziati a cui si è peraltro aggiunta la minore attitudine ad interloquire con gli uffici territoriali di riferimento,

11. Cass. civ., 28 luglio 2004, n. 14199, in *Guida dir.*, 2004, n. 42, p. 77, secondo cui «l'ufficio del pubblico ministero non può sostenere l'onere delle spese del giudizio nell'ipotesi di soccombenza, atteso che esso è organo propulsore dell'attività giurisdizionale che ha la funzione di garantire la corretta applicazione della legge, con poteri meramente processuali, diversi da quelli svolti dalle parti, ed esercitati per dovere di ufficio e nell'interesse pubblico».

12. Cass. civ., Sez. un., 17 luglio 2003, n. 11191, in *Ced Cass.*, 565153, benché sul punto in dottrina siano stati avanzati dubbi, sostenendosi che, pur non potendo il pubblico ministero direttamente lucrare onorari in caso di esito favorevole della causa, l'Erario avrebbe titolo per recuperare a carico del privato soccombente sia le somme anticipate che quelle prenotate a debito.

13. M. Vellani, voce *Pubblico ministero*, in *Digesto disc. priv.*, sez. civ., XVI, Utet Giuridica, Torino, 2012.

14. Sebbene i criteri di riparto, anche a causa di una infelice formulazione del novellato art. 38 disp. att. cpc, restino ancora non del tutto chiari e siano fonte di numerosi contrasti in dottrina e giurisprudenza, su cui si veda Cass. civ., 26 gennaio 2015, n. 1349, in *Fam. e diritto*, 2015, pp. 653 ss., con nota di G. Buffone.

anche se va sottolineata la circostanza che in tali casi è già pendente un giudizio di separazione, divorzio o ai sensi dell'art. 316 cc (condizione necessaria perché si radichi la competenza del Tribunale) e ciò di fatto limita molto lo spazio di operatività del pubblico ministero, perché quasi sempre sono le stesse parti in causa, a corredo dell'aspro conflitto che già le vede contrapposte, ad attivarsi per chiedere l'adozione anche di provvedimenti *de potestate*.

### 3. Il pubblico ministero interveniente, tra garanzia dell'interesse pubblico e burocratizzazione della funzione

Il ruolo che il pubblico ministero riveste come interveniente nelle cause in cui non ha poteri di azione è diverso dalla posizione che detto organo assume nelle cause che ha proposto o avrebbe potuto proporre, poiché in tal caso a norma dell'art. 72 cpc l'intervento è circoscritto entro i confini costituiti dalle domande ed eccezioni delle parti.

Com'è noto, l'art. 70 cpc enumera ipotesi di intervento obbligatorio e facoltativo: è infatti previsto che il pubblico ministero deve intervenire in causa (in primo grado, con conseguente composizione collegiale del Tribunale giudicante a norma dell'art. 50-bis n. 1 cpc, ma anche in appello), a pena di nullità rilevabile d'ufficio<sup>15</sup> ed insanabile, nelle cause che egli stesso potrebbe proporre, nelle cause matrimoniali, comprese quelle di separazione personale dei coniugi (e compresi, alla luce della sentenza 9 novembre 1992, n. 416 della Corte costituzionale, i procedimenti camerale per modifica delle condizioni di separazione o divorzio riguardanti i figli minorenni), di divorzio e di scioglimento delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nelle cause riguardanti lo stato e la capacità delle persone e negli altri casi pre-

visti dalla legge<sup>16</sup>, oltre che nelle cause dinanzi alla Corte di cassazione.

Al fine di garantire al massimo l'effettuazione di tale intervento obbligatorio, nonché di prevenire le nefaste conseguenze processuali derivanti dalla mancanza dello stesso, l'art. 71, comma 1 cpc prevede che il giudice dinanzi al quale uno dei giudizi in questione sia proposto, ove ravvisi che detto adempimento non sia già stato posto in essere a cura delle parti private, ordina la comunicazione degli atti al pubblico ministero a cura della cancelleria, affinché possa intervenire; allo stesso modo di regola si provvede nell'ambito dei procedimenti di volontaria giurisdizione a norma dell'art. 738, comma 2 cpc.

Con una disposizione che può considerarsi sostanzialmente di chiusura e che definire di rara applicazione pratica è un eufemismo<sup>17</sup>, l'ultimo capoverso dell'art. 70 cpc dispone poi che il pubblico ministero è sempre facultato ad intervenire in ogni causa, quando ravvisa un pubblico interesse, anche su segnalazione del giudice che ravvisi l'opportunità di trasmettergli all'uopo gli atti e che comunque, nonostante una autorevole ma minoritaria opinione contraria in dottrina<sup>18</sup>, non può ritenersi vincolante, ferma restando la possibilità per lo stesso pubblico ministero di attivarsi per richiedere atti (art. 1 disp. att. cpc).

Sia l'intervento obbligatorio che quello facoltativo del pubblico ministero dovrebbero avvenire dinanzi al giudice istruttore o al collegio con le modalità di cui all'art. 267 cpc, ovvero mediante comparsa da depositarsi in cancelleria o direttamente all'udienza, con la possibilità che la causa venga rimessa in istruttoria laddove esso non si limiti ad aderire alle conclusioni di una delle parti ma rassegni proprie conclusioni, produca documenti o deduca prove e sempre che ciò avvenga nel rispetto delle preclusioni istruttorie stante anche il limite posto dall'art. 268, comma 2 cpc fat-

15. Si segnala tuttavia Cass. civ., 17 luglio 2014, n. 16361, in Ced Cass., 632203, secondo cui: «*Nei procedimenti in cui sia previsto l'intervento obbligatorio del pm, la nullità derivante dalla sua omessa partecipazione al giudizio si converte in motivo di gravame ai sensi degli artt. 158 e 161 cod. proc. civ., che, tuttavia, può essere fatto valere solo dalla parte pubblica (a cui compete anche il corrispondente e specifico motivo di revocazione ex art. 397, n. 1, cod. proc. civ.), dovendosi escludere che sussista una concorrente legittimazione delle altre parti*».

16. Sempre senza pretesa di esaustività, nel procedimento di querela di falso a tutela della pubblica fede ai sensi dell'art. 221 cpc, in sede di adozione dei provvedimenti conservativi nell'interesse dello scomparso (art. 721 cpc), di ricorso avverso il rifiuto alle pubblicazioni ed alla celebrazione matrimoniale (artt. 98 e 112 cc), in materia di adozione di maggiorenni (art. 313 cc), di rettificazione di attribuzione di sesso (art. 2 legge 14 aprile 1982, n. 164 e 31 d.lgs 1 settembre 2011, n. 150), di opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio (art. 21 d.lgs 1 settembre 2011, n. 150), nei procedimenti in materia elettorale e di ordini professionali di cui agli artt. 22, 23, 24, 26 e 27 del d.lgs 1 settembre 2011, n. 150, e in generale nei procedimenti camerale e di volontaria giurisdizione indicati dagli artt. 32, 33 e 38 disp. att. Cc, Cass. civ., 10 luglio 2017, n. 17024, in Ced Cass., 645063, ha di contro ribadito la non obbligatorietà dell'intervento del pubblico ministero nelle controversie aventi ad oggetto la validità del testamento olografo per incapacità naturale del *de cuius*.

17. A memoria di chi scrive, in circa 10 anni di esercizio delle funzioni giudicanti civili, di cui 5 proprio in materia di persone e famiglia, ciò non è anzi mai avvenuto, nonostante alcune segnalazioni, in particolare nell'ambito di procedimenti per ordini di protezione contro gli abusi familiari a norma degli artt. 342-bis cc e 736-bis cpc.

18. S. Satta, *Diritto processuale civile*, Cedam, Padova, 2000, p. 89.

te salve le ipotesi di rimessione in termini di cui all'art. 153 cpc<sup>19</sup>.

Il condizionale in verità è quanto mai doveroso, poiché di fatto, nella quasi totalità dei casi, l'intervento non si traduce in alcuna effettiva partecipazione del pubblico ministero nel giudizio, che resta fisicamente assente e si limita a rassegnare, in calce al provvedimento di trasmissione degli atti o su un separato foglio, brevi conclusioni che di regola si traducono in formule seriali racchiuse di solito in timbri prestampati, spesso purtroppo neppure pertinenti con natura e stato del procedimento in oggetto.

In tal modo è evidente che il ruolo del pubblico ministero è divenuto assai marginale e di fatto inutile, e spesso viene percepito dalle altre parti in causa solo come uno dei tanti adempimenti che non bisogna dimenticare di perfezionare per riuscire a giungere all'agognata sentenza di separazione, divorzio, dichiarazione giudiziale o disconoscimento di paternità; non a caso, già da tempo in giurisprudenza sono state elaborate soluzioni applicative che hanno ritenuto sufficiente una pura e semplice comunicazione al pubblico ministero dell'esistenza del processo in modo da metterlo in condizioni di intervenire, con conseguente irrilevanza del fatto che poi detto intervento non sia avvenuta e non siano state rassegnate neppure le conclusioni, e senza alcun onere di "inseguirlo" ulteriormente nel corso del giudizio<sup>20</sup>.

Del resto, non può apparire meramente casuale la circostanza che il legislatore ed il Ministero della giustizia, pur nel fervore di questi ultimi anni finalizzato all'abbandono dei fascicoli cartacei quale panacea di tutti i mali del processo civile, abbiano per lungo tempo ommesso di includere in tale progetto la figura del pubblico ministero, posto che tale ufficio non è stato dotato di un indirizzo di posta elettronica certificata (con la conseguenza che, a differenza che per tutti gli altri soggetti processuali, nei confron-

ti del pubblico ministero le comunicazioni hanno a lungo continuato ad essere effettuate con il tradizionale biglietto cartaceo di cancelleria a norma degli artt. 136 cpc e 45 disp. att. cpc<sup>21</sup>) e non è stato neppure incluso negli applicativi informatici indispensabili per l'utilizzo del processo civile telematico da parte delle cancellerie e dei magistrati (Consolle del magistrato, Reg.inde, Cruscotto del presidente), com'è noto ormai obbligatorio sin dal 31.12.2014 per il deposito di tutti gli atti endoprocedimentali nei giudizi contenziosi dinanzi ai Tribunali sin dal 31 dicembre 2014 e dinanzi alle Corti di appello dal 30 giugno 2015, ai sensi dell'art. 16-bis del dl 18 ottobre 2012, n. 179 convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, così come integrato con il dl 24 giugno 2014, n. 90, convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114 e con il successivo dl 27 giugno 2015, n. 83 convertito nella legge 6 agosto 2015, n. 132.

Solo a partire dalla seconda metà del 2017, con l'avvio anche del processo penale telematico e l'elaborazione dell'applicativo consolle del pubblico ministero (il cui utilizzo è tuttavia pressoché ancora solo sperimentale) si sta ponendo rimedio a tale grave disfunzione.

A ben vedere, anche nei procedimenti di interdizione ed inabilitazione, in cui si è tradizionalmente ritenuto che la letterale formulazione degli artt. 714 e 715 cpc imponga al pubblico ministero un intervento non meramente "spirituale" ma la effettiva partecipazione al giudizio ed in particolar modo all'esame dell'interdicendo/inabilitando, la prassi organizzativa di molti Uffici di Procura ha in parte depotenziato la portata di tali disposizioni prevedendo la delega della partecipazione alle relative udienze ai vice-procuratori onorari, mentre anche i procedimenti di amministrazione di sostegno, ad ormai 14 anni dall'entrata in vigore della legge 9 gennaio 2004, n. 6, vengono sempre più spesso "disertati" dal pubblico ministero facendo leva sul mancato espresso

19. In realtà, per Cass. civ., 21 maggio 2014, n. 11223, in Ced Cass., 631252, «In tema d'intervento obbligatorio del pm, la tardiva formulazione delle sue conclusioni, fuori udienza e senza che le parti abbiano potuto conoscerle, non determina la violazione del contraddittorio, atteso che, ai fini della validità del procedimento, non è necessaria né la presenza alle udienze né la formulazione delle conclusioni da parte di un rappresentante di tale ufficio, che deve semplicemente essere informato, mediante l'invio degli atti, e posto in condizione di sviluppare l'attività ritenuta opportuna. Né, del resto, l'omessa partecipazione del pm, che sia titolare solo del potere di intervento e non anche di quello di azione, non comporta la rimessione della causa, da parte del giudice del gravame, a quello di primo grado, ma solo la decisione nel merito dopo aver disposto il suo coinvolgimento».

20. Si vedano sul punto, tra le più recenti, Cass. civ., 2 ottobre 2013, n. 22567, in Ced Cass., 569187, in tema di querela di falso, Cass. civ., 24 maggio 2005, n. 10894, in Ced Cass., 582624, in materia di separazione personale. Entrambe le pronunzie fanno espresso richiamo al fatto che la effettiva partecipazione del pubblico ministero obbligato ad intervenire sia rimessa alla sua diligenza. In dottrina peraltro si segnala la voce contraria di E. Grasso, *Pubblico ministero. Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 1991, p. 3.

21. Per far fronte a tale criticità, in alcuni Uffici, tra cui in particolare i Tribunali di Napoli e Scaicca, erano state individuate soluzioni finalizzate a dare visibilità e trasmettere comunque in via telematica i fascicoli al pubblico ministero: nel primo caso ottenendo l'attivazione per i 12 pubblici ministeri che si occupavano anche di affari civili della consolle del magistrato – profilo assistente; nel secondo attraverso la stipula di un apposito Protocollo tra i capi degli uffici.

richiamo degli artt. 714 e 715 cpc da parte dell'art. 720-bis cc<sup>22</sup>.

#### 4. Il ruolo del pubblico ministero nella negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, dentro o fuori dalla giurisdizione civile?

Gli articoli 6 e 12 del dl 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modifiche nella legge 10 novembre 2014, n. 162 hanno introdotto, seppur con la discutibile tecnica della decretazione d'urgenza, un cambiamento quasi epocale nel diritto di famiglia, che si pone nell'ottica della tendenza ordinamentale già presente negli ultimi anni e volta ad una progressiva liberalizzazione e valorizzazione anche in questo ambito dell'autonomia delle parti, con lo scopo principale di alleggerire il carico di lavoro dei Tribunali disincentivando il naturale ricorso alla giustizia dell'autorità giudiziaria.

In particolare<sup>23</sup>, l'obiettivo è stato perseguito attraverso l'introduzione di due nuovi modelli tra di essi eterogenei ma accomunati dal fatto di costituire la prima vera deroga ad un principio fino a quel momento granitico nelle controversie in materia di famiglia, che rendeva di fatto imprescindibile l'intervento dell'autorità giudiziaria per ogni eventuale modifica in materia di *status*, ascritta nell'ambito della tutela costitutiva necessaria: la separazione e divorzio mediante convenzione di negoziazione assistita e la separazione e divorzio direttamente dinanzi all'ufficiale dello stato civile, mentre appare del tutto irragionevole la scelta di non estendere tali strumenti anche alle crisi delle famiglie non fondate sul matrimonio.

In sostanza, la previsione di modelli di modifica dello *status* matrimoniale senza ricorso al Tribunale ha segnato il superamento della tradizionale concezione pubblicistica della giustizia in materia di famiglia, a favore di una prospettiva incentrata su elementi volontaristici e consensualistici, in quanto se il diritto di famiglia regola la vita degli individui, dovrebbero essere quegli stessi individui a poter gestire in autonomia anche la crisi delle loro relazioni personali, quantomeno nelle ipotesi in cui non vi siano ulteriori soggetti deboli da tutelare.

Con riferimento alla negoziazione assistita, detta

impostazione era stata seguita in maniera lineare nel testo iniziale del decreto legge n. 132, in cui il nuovo istituto era stato riservato alle sole coppie coniugali prive di figli minorenni (a cui sono assimilati i maggiorenni incapaci poiché portatori di *handicap* grave) o maggiorenni ma non economicamente autosufficienti, ma l'accordo sottoscritto dinanzi agli avvocati era suscettibile di produrre in via immediata e diretta i relativi effetti, senza alcun ulteriore passaggio giurisdizionale.

In sede di conversione si è tuttavia registrato un significativo mutamento di rotta solo con riferimento alla negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio, senza dubbio figlio di un compromesso politico, e che è passato proprio attraverso la improvvisa riscoperta del ruolo del pubblico ministero quale garante degli interessi pubblici e dei diritti indisponibili laddove si controverta in materia di persone e famiglia: ed infatti, a norma del novellato art. 6 della legge 10 novembre 2014, n. 162, nel caso di separazione o divorzio "secco" (ovvero senza la presenza di figli minorenni, maggiorenni incapaci o maggiorenni non autosufficienti, ipotesi nelle quali sarebbe peraltro anche possibile procedere direttamente dinanzi all'ufficiale dello stato civile a norma del successivo art. 12) l'accordo raggiunto a seguito di convenzione va trasmesso al procuratore della Repubblica presso il Tribunale che sarebbe competente in caso di procedimento giurisdizionale che, se non ravvisa irregolarità, comunica agli avvocati il proprio nullaosta per i conseguenti adempimenti; invece nel caso di convenzione raggiunta in presenza di figli minorenni, maggiorenni incapaci o maggiorenni non autosufficienti, l'accordo va trasmesso entro 10 giorni sempre al medesimo pubblico ministero, chiamato espressamente a valutarne la rispondenza all'interesse dei figli, con conseguente autorizzazione in caso positivo e, in caso negativo, trasmissione degli atti entro 5 giorni al presidente del Tribunale che dovrà fissare entro i successivi 30 giorni la comparizione delle parti.

Ovviamente, le convenzioni in questione possono anche concernere la modifica, per circostanze o valutazioni sopravvenute, di precedenti accordi di separazione o divorzio già ritualmente omologati in sede giudiziaria.

La dottrina più accorta<sup>24</sup> aveva inizialmente manifestato perplessità in relazione a tale scelta legislativa, ritenendo non corretta la individuazione dell'or-

22. Ovviamente sempre ritenendo sufficiente il fatto che il pubblico ministero sia stato comunque messo a conoscenza dell'esistenza del procedimento, diversamente soggetto a nullità, si veda sul punto Cass. civ., Sez. un., 18 gennaio 2017, n. 1093, in Ced Cass., 642200.

23. Per un'analisi più ampia ed organica dell'intera novella processuale si rinvia, *ex multibus*, a F. Tommaseo, *La separazione e il divorzio: profili processuali e "degiurisdizionalizzazione" alla luce delle recenti riforme*, in *Corr. Giur.*, 2015, pp. 1141 ss., ed a G. Buffone, *La riforma del processo civile 2014. Tutte le novità*, in *Il civilista*, Milano, 2014.

24. F. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e diritto*, 2014, pp. 1141 ss.

gano inquirente quale controllore della legalità del procedimento proprio alla luce del ruolo di parte, sia pure *sui generis* e solo in senso sostanziale e mai processuale (non subendo di fatto gli effetti del provvedimento del giudice), tradizionalmente attribuito al pubblico ministero nel processo civile, tanto più che nella prima ipotesi il controllo demandato a tale ufficio sarebbe di natura quasi certificativo-amministrativa e potrebbe essere peraltro agevolmente eluso ricorrendo alla separazione o divorzio diretto dinanzi all'ufficiale dello stato civile.

In relazione alle modalità ed all'ambito del controllo demandato al pubblico ministero, è evidente che nell'ipotesi di nullastato esso sia ridotto ad una mera verifica di regolarità formale (ovvero di correttezza del procedimento di negoziazione assistita sotto i profili della competenza territoriale, dell'esistenza di una convenzione stipulata in forma scritta con le relative informative, della presenza di un avvocato per ciascuna parte che abbia certificato l'autografia delle sottoscrizioni e la conformità dell'accordo alle norme imperative e di ordine pubblico), che tuttavia laddove dia esito negativo comporterà l'inefficacia dell'accordo stesso, ed il procedimento di negoziazione si concluderà con un "non luogo a provvedere".

Di contro, nelle ipotesi di autorizzazione il controllo è più pregnante, poiché si estende anche al merito dell'accordo ed alla sua rispondenza all'interesse dei figli, con riferimento alle pattuizioni sia di natura personale (modalità di affidamento e collocamento, assegnazione della casa coniugale, rapporti con entrambe le figure genitoriali) che patrimoniale, con un'indagine che a ben vedere non differisce da quella che normalmente effettua il Tribunale nei procedimenti di separazione consensuale o divorzio a domanda congiunta, ma senza espressi poteri di integrazione istruttoria (in particolare senza poter disporre l'ascolto in forma protetta dei figli), anche se si è sottolineato che, prima di attivare la successiva fase dinanzi al presidente del Tribunale<sup>25</sup>, il pubblico ministero ben potrebbe convocare le parti al fine di richiedere chiarimenti ed evidenziare loro gli aspetti che reputa non aderenti al dettato della legge ed alla situazione della famiglia, proponendo altresì eventuali modifiche o integrazioni dell'accordo<sup>26</sup>, e solo in caso di rifiuto ad adeguarsi sarebbe tenuto a procedere alla trasmissione degli atti entro i successivi 5 giorni.

Ad ogni modo bisogna rilevare che, dopo una prima fase di iniziale incertezza, l'istituto ha ricevuto un buon riscontro applicativo, grazie soprattutto alle buone prassi elaborate da molti uffici di Procura che si sono prontamente attivati elaborando circolari, linee guida e protocolli interni<sup>27</sup> che hanno consentito di chiarire tutta una serie di aspetti pratici non del tutto chiari nella normativa in questione (quali in particolare i criteri per l'individuazione dell'ufficio competente, per cui se dovesse farsi riferimento ai procedimenti giurisdizionali potrebbero esservi com'è noto differenze tra separazione, divorzio e procedimenti revisionali, l'applicazione di un termine anche per la trasmissione della convenzione in caso di separazione o divorzio "secco", la specificazione delle modalità di trasmissione dell'accordo e l'indicazione della documentazione da allegare) e di creare una rete organizzativa in grado di gestire in tempi abbastanza rapidi (e quasi sempre più brevi di quelli dei Tribunali) il crescente numero di convenzioni di negoziazione assistita trasmesse.

Può dunque affermarsi che, a seguito dell'avvento della degiurisdizionalizzazione anche nel diritto matrimoniale, la giurisdizione è stata comunque chiamata a mantenere il suo ruolo di garanzia del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento a tutela dei soggetti più deboli e vulnerabili della famiglia in crisi, vale a dire i figli, e tale compito per il tramite del nuovo istituto della negoziazione assistita è stato sottratto al Tribunale ed affidato al pubblico ministero, che ha dimostrato di saper intendere questo nuovo ruolo in maniera senza dubbio più attenta, vigile e scrupolosa rispetto a quello fino ad ora esercitato all'interno del processo civile tradizionale.

## 5. Quali prospettive per il pubblico ministero nei procedimenti in materia di persone e famiglia?

A conclusione di questa rapida analisi, la domanda che bisogna porsi è se si potrebbe davvero fare a meno del pubblico ministero nei procedimenti in materia di famiglia, stato e capacità delle persone.

La risposta può essere solo in parte affermativa, e non può esserlo senz'altro con riferimento alle ipotesi

25. In ordine alla quale non ci si dilungherà in questa sede, rinviandosi per una più compiuta disamina delle principali questioni problematiche a F. Danovi, *Il pm nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il presidente del Tribunale*, in *Fam. e diritto*, 2017, 1, pp. 69 ss.

26. N. Cerrato, *La negoziazione assistita in materia di famiglia: il punto del pubblico ministero*, in *Lo stato civile italiano*, 2015, 5, pp. 26 ss.

27. Tra protocolli i più significativi, meritano una menzione quelli adottati dalle Procure di Milano, Torino, Roma, Bari, Siena e Frosinone.

in cui il pubblico ministero disponga di poteri di azione, poiché continuano ad esservi casi in cui obiettivamente nessun altro soggetto potrebbe agire a garanzia dei diritti dei soggetti deboli o incapaci: si pensi ad es. ai casi, sempre più frequenti attesi i mutamenti sociali degli ultimi decenni, degli anziani soli ed alle prese con gravi patologie fisiche o mentali invalidanti, in stato di abbandono oppure esposti al rischio di circonvenzione o sfruttamento da parte di terzi, ovvero dei figli di genitori che, completamente assorbiti dall'assai conflittuale separazione o divorzio, abbiano del tutto perso di vista i loro interessi, o ancora all'assai peculiare caso in cui nessuno dei due genitori del figlio minore intenda attivarsi per chiedere il disconoscimento della paternità ai sensi dell'art. 244 cc pur essendo già stata acquisita con consulenza genetica stragiudiziale la prova della paternità biologica da parte di altro soggetto, e la nomina del curatore speciale che agisca nell'interesse del minore possa essere richiesta solo dal pubblico ministero.

Piuttosto, *de iure condendo* detti poteri di azione andrebbero semmai rafforzati, in particolare prevedendo una sorta di obbligatorietà anche dell'esercizio dell'azione civile da parte del pubblico ministero.

Senza dubbio la mancanza del pubblico ministero si avvertirebbe meno in molti dei procedimenti

in cui è previsto il suo intervento obbligatorio, e ciò in quanto nella quasi totalità dei casi si tratta di una funzione a cui detto ufficio ha già di fatto abdicato, esercitandola in maniera assolutamente burocratica e del tutto inutile per la tutela degli interessi latamente pubblicistici a cui sarebbe sottesa, o addirittura non esercitandola affatto.

In tali casi, il giudice e le altre parti in causa (e forse anche lo stesso legislatore, come dimostra l'evoluzione della recente normativa in materia di processo civile telematico) hanno già imparato a fare a meno del pubblico ministero, e dovrebbe seriamente riflettersi sul fatto che continuare a prescrivere a pena di nullità anche la presenza di tale organo rischia di costituire un lusso che il processo civile, alle prese con svariati altri mali, al momento non può più permettersi.

Ciò tuttavia non significa che il pubblico ministero, proprio nell'ambito di una concezione unitaria della giurisdizione, non possa comunque essere valorizzato in modi differenti per contribuire alla realizzazione di una giustizia civile quale servizio più efficiente e vicino agli interessi dei tanti soggetti che continuano a chiedere giustizia, come dimostrato proprio dall'applicazione della negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio.

## Quale pubblico ministero vogliamo nella crisi d'impresa?

di *Fabio Regolo*

Il settore delle procedure concorsuali costituisce un campo significativo di intervento del pubblico ministero.

Il suo ruolo attivo può dare un decisivo contributo per far sì che le procedure concorsuali non soltanto producano utilità per i creditori ma colpiscano condotte fraudolente che causano danno all'intera economia. Il pubblico ministero opera istituzionalmente a vantaggio di tutti gli interessati in un contesto nel quale l'insolvenza produce esternalità negative che si riverberano ben oltre la cerchia dei creditori. L'attenzione degli uffici giudiziari a questa materia è dunque decisiva.

### 1. Un pubblico ministero attivo

Parlando del ruolo "civile" del pubblico ministero, non si possono certamente trascurare quelli che sono i compiti previsti dall'ordinamento nel settore delle procedure concorsuali.

Fatti sintetici cenni alle norme di riferimento, tanto per ricordare che è già tutto scritto, basterebbe solo applicare gli strumenti previsti dal legislatore, farò una panoramica delle fasi in cui si potrebbe agire per "performare" le azioni del pubblico ministero che, dati alla mano, non sempre si sono rivelati all'altezza degli interessi in gioco, fondamentali per la tenuta del "sistema Paese".

Solo un pubblico ministero attivo potrà, infatti, dare un decisivo contributo per evitare che le procedure concorsuali si riducano a vuoti simulacri, privi di utilità per i creditori e contemporaneamente avviare una seria azione di repressione delle condotte fraudolente finalizzate a svuotare i patrimoni delle imprese in crisi con ingente danno per la finanza pubblica<sup>1</sup>. Va ribadita l'importanza degli interessi collettivi che vengono necessariamente coinvolti nella gestione delle insolvenze e delle crisi di impresa (*in primis* pagamento delle imposte evase, accertamento di reati

fallimentari ed eliminazione dal mercato di imprese ormai decotte che quotidianamente aggravano il proprio dissesto).

### 2. Il quadro normativo di riferimento

Spesso capita di avere la percezione che molti pubblici ministeri si sentano fuori luogo nel momento in cui si approcciano alla materia fallimentare, così come capita di percepire sguardi sbalorditi lungo i corridoi delle sezioni fallimentari nel vedere aggirarsi un intruso con il codice bianco e verde in mano.

In realtà, se proviamo a fare un ragionamento di sistema, il pubblico ministero è parte a tutti gli effetti nel procedimento fallimentare ed ora proveremo a vedere quali sono le norme che gli danno una chiara legittimazione.

Il sistema prevede che si ricorra ad un terzo imparziale che operi istituzionalmente a vantaggio di tutti gli interessati e sia officiato del compito di massimizzare nell'interesse comune i valori in campo.

Questa riflessione intercetta un profilo molto importante circa il fatto per cui l'insolvenza produce

1. Punto di riferimento nell'analisi saranno gli insegnamenti di R. Fontana, sintetizzati da ultimo nel suo intervento su *Norme e Tributi - Focus*, de *Il Sole 24 Ore* del 1° novembre 2017.

esternalità negative che si riverberano ben oltre la cerchia dei creditori e che devono essere adeguatamente gestite dal pubblico ministero che voglia essere costituzionalmente orientato.

Il pubblico ministero richiedente il fallimento è nell'ordinamento italiano quell'autorità pubblica investita di questa potestà ai sensi dell'art. 29 del Regolamento comunitario n. 1346 del 2000 e dagli artt. 6 e 7 della legge fallimentare.

Dagli stessi lavori preparatori alla riforma fallimentare del 2006, ai quali va riconosciuto valore sussidiario nell'interpretazione della legge si legge espressamente «... la soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio ... risulta bilanciata dall'affidamento al pubblico ministero del potere di dare corso all'istanza di fallimento su segnalazione proveniente dal giudice al quale, nel corso di qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (cd. desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti ...».

Il legislatore storico, pur avendo cancellato il potere del Tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, non ha quindi optato minimamente per la privatizzazione dell'accesso alla procedura, scegliendo piuttosto di affidare la tutela delle istanze pubblicistiche connesse all'insolvenza (ed in particolare alla sua tempestiva eliminazione) al pubblico ministero in coerenza con il ruolo ad esso attribuito dall'art. 70 cpc.

Prendiamo le mosse dall'art. 7 del Rd 267 del 1942 (di seguito Lf), ora rubricato «iniziativa del pubblico ministero», in base al quale il pubblico ministero presenta la richiesta di fallimento quando:

- a) l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo;
- b) quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

Il pubblico ministero si conferma autorità pubblica dotata di legittimazione attiva alla richiesta di fallimento nei casi in cui ha percezione diretta dello stato di insolvenza (ipotesi sub a) o nei casi in cui riceve la segnalazione di insolvenza dal giudice che l'ha rilevata nel corso di un procedimento civile (ipotesi sub b).

L'abrogazione dell'inciso «oppure d'ufficio» di cui all'art. 6 Lf, operata dalla riforma fallimentare del 2005, ha modificato in parte il ruolo del giudice fallimentare e contemporaneamente ha esaltato e reso ancora più centrale il ruolo del pubblico ministero ed il riconosciuto potere di iniziativa in capo a tale parte pubblica. L'intervento normativo ha fatto del pubbli-

co ministero il titolare unico di strumenti finalizzati a far emergere in modo tempestivo l'insolvenza, proprio per limitare l'impatto di quelle esternalità negative prima citate sulla collettività.

Tale potere di azione va letto anche in combinato disposto con l'art. 238 Lf che sembra disciplinare una generale azione del pubblico ministero ai fini della declaratoria di fallimento che prescinde dai casi previsti dall'art. 6 Lf.

L'art. 238 Lf rende possibile l'iniziativa del pubblico ministero quando vi sono gravi motivi collegati a fatti illeciti penalmente rilevanti tali da giustificare l'esercizio dell'azione penale prima del verificarsi di quell'elemento essenziale atipico del reato costituito dalla sentenza di fallimento. Laddove, quindi, l'iniziativa del pubblico ministero sia legata alla sussistenza di un procedimento penale a carico dell'imprenditore o degli organi di controllo della società non vi è il limite descritto dall'art. 7 Lf, ma come sancito dal comma 2 dell'art. 238, l'azione penale in sede fallimentare può essere iniziata anche prima nel caso previsto dall'art. 7 Lf e in ogni altro caso in cui concorrano gravi motivi e già esiste o sia presentata domanda dal pubblico ministero per ottenere la dichiarazione suddetta.

La previsione secondo la quale il pubblico ministero può presentare la richiesta di fallimento quando l'insolvenza risulta nel corso di un procedimento penale ha una portata tale da consentire un intervento sostanzialmente illimitato.

Il procedimento penale per bancarotta (fraudolenta o semplice) può pertanto essere iniziato prima della dichiarazione di fallimento ed in tale procedimento possono essere svolte indagini. Se la comunicazione dell'insolvenza viene portata alla Procura da terzi interessati e non emerge da un procedimento penale, non sarà difficile iscrivere un procedimento per bancarotta o per altra fattispecie (reato societario, appropriazione indebita, etc.) e nell'ambito di quello chiedere il fallimento dell'impresa.

Le riflessioni sino ad ora compiute assumono ancora maggiore rilevanza se si prende atto che potremmo trovarci alla vigilia di una riforma epocale. La rilevanza del ruolo della parte pubblica assumerà, infatti, ancora più centralità nel momento in cui verranno attuati i principi della legge numero 155 del 2017 con il quale il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare decreti legislativi in tema di crisi d'impresa ed insolvenza.

Per la prima volta saranno previste le cosiddette «misure d'allerta», mutuata dal sistema francese, ossia un meccanismo di rilevamento tempestivo e di segnalazione delle imprese in crisi o insolventi, finalizzato a sollecitare l'imprenditore a prendere le misure adeguate per fare fronte alla crisi in atto. Il sistema delineato dalla legge delega prevede, in particolare e per quanto di interesse ai nostri fini, che, in caso di esito

negativo del procedimento di composizione assistita della crisi avanti all'apposito organismo che dovrà essere costituito presso le Camere di commercio, vi sia un obbligo di segnalazione al pubblico ministero, che quindi avrà un'altra fonte di acquisizione della notizia di insolvenza che lo legittimi a dare corso all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Il sistema di rilevazione dell'insolvenza o della crisi parte dal presupposto che sarà previsto un obbligo per i sindaci ed i revisori contabili, nonché per i creditori pubblici, quindi Agenzia delle entrate ed enti previdenziali, di segnalazione all'organismo di composizione della crisi di tutte le situazioni di crisi percepite. Qualora poi il successivo procedimento davanti all'organismo di composizione della crisi non si chiuda in modo favorevole per l'imprenditore e quindi nel caso in cui non si individui una soluzione per fare fronte alla crisi o all'insolvenza, lo stesso organismo avrà l'obbligo di effettuare immediatamente la segnalazione al pubblico ministero.

È evidente pertanto come il ruolo del pubblico ministero già centrale, potrebbe diventare perno essenziale di un meccanismo operante per far emergere in modo tempestivo le situazioni di crisi.

Dopo la riforma del 2005 il Tribunale fallimentare non può decidere autonomamente se far fallire un'impresa, ma ha bisogno di una domanda di parte. Il pubblico ministero è parte, ma è anche parte pubblica, portatrice di interessi pubblici e depositaria di un generale dovere di "vigilanza sull'osservanza della legge" ai sensi dell'art. 73 della legge sull'ordinamento giudiziario, dovere che legittima un'interpretazione più ampia del ruolo del pubblico ministero rispetto a quello esclusivamente repressivo a cui si è abituati.

La richiesta ex art. 7 Lf continua ad avere il valore di domanda giudiziale, essendo il pubblico ministero titolare di uno speciale diritto di azione in linea con le norme di diritto comune che gli riconoscono l'iniziativa nel processo civile (artt. 2709 cc, 69 cpc).

Il pubblico ministero, nel momento in cui avanza istanza di fallimento attraverso la richiesta ex art. 6 Lf (ormai, per giurisprudenza consolidata e prassi diffuse, la richiesta del pubblico ministero potrebbe assumere anche la forma di una istanza orale verbalizzata nel corso di una udienza davanti al Tribunale fallimentare), diventa parte processuale a tutti gli effetti e quindi deposita presso la cancelleria del Tribunale fallimentare territorialmente competente ai sensi dell'art. 9 Lf un ricorso con il fascicolo di parte, anche se comunque si continua a non parificare in-

tegralmente la figura del pubblico ministero a quella di una parte privata istante per il fallimento in quanto egli non tutela interessi economici privatistici ma agisce a tutela dell'interesse pubblico. Una volta divenuto parte processuale il pubblico ministero rispetta, però, tutte le norme che descrivono i presupposti soggettivi ed oggettivi dell'area della fallibilità quindi, ad esempio, le soglie indicate dall'art. 1 Lf ed il limite di procedibilità fissato dall'art. 15 Lf in 30.000,00 euro di debiti scaduti.

### 3. Questioni operative

I protocolli, le linee guida sono importanti, ma a patto che le indagini poi si facciano e a patto che poi il pubblico ministero si adoperi in una materia spesso non attenzionata nei vari uffici giudiziari<sup>2</sup>.

La segnalazione proveniente dal giudice civile è la situazione legittimante l'esercizio dell'azione per la dichiarazione di fallimento prevista al numero 2 dell'art. 7 Lf e in seguito a tale segnalazione – dopo l'abrogazione dell'art. 8 Lf il quale prevedeva la trasmissione di tali segnalazioni al Tribunale – il pubblico ministero è il vero collettore di una serie di dati. L'esplicito riferimento al "procedimento" in luogo di "giudizio", come avveniva nel vecchio art. 8 Lf, consente di ritenere che a segnalare l'insolvenza può essere qualsiasi giudice che gestisca un procedimento civile, quindi, ad esempio, anche il giudice del rito monitorio, il giudice del procedimento cautelare, quello del rito societario, o della procedura esecutiva e di volontaria giurisdizione. Inoltre gli orientamenti consolidati<sup>3</sup> ritengono che la norma legittimi anche i giudici tributari o il giudice amministrativo in quanto il numero 2 dell'art. 7 Lf si potrebbe interpretare come la norma che fa affluire sul pubblico ministero tutte le segnalazioni che provengono da tutti i giudici ad eccezione di quelli penali per i quali opera la diversa ipotesi prevista sempre dall'art. 7.

Al di là del cenno interpretativo, credo che la norma debba essere fatta diventare diritto vivente nella pratica quotidiana degli uffici giudiziari.

Questo è un aspetto sul quale si deve e si può incidere a livello di organizzazione degli uffici. Ad esempio, nei vari uffici giudiziari si potrebbe prevedere (come già accade in uffici come Catania, Bergamo e Piacenza) un protocollo operativo siglato dal procuratore della Repubblica e dal presidente del Tribunale nel quale, proprio partendo dall'esistenza delle

2. Cito Donata Costa – relazione al corso della Scuola superiore della magistratura nel 2014 – Corso sui reati fallimentari.

3. Vedi più diffusamente M. Fabiani, *Commento sub artt. 6 e 7 Lf.*, Comm. Jorio - Fabiani; M. Ferro, *L'istruttoria prefallimentare*, Torino, 2001.

norme fino ad ora citate e sottolineando l'importanza che il ruolo del pubblico ministero ha assunto dopo l'eliminazione della possibilità per il Tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento – e che potrebbe essere ancora più centrale se dovesse essere attuata la legge delega sopra citata – si ricordi ai vari presidenti di sezione che nelle riunioni obbligatorie previste dall'ordinamento giudiziario si potranno dare indicazioni ai giudici dell'esecuzione di procedere con le segnalazioni *ex art. 7 Lf* nei casi di pignoramento o di interventi in procedure esecutive (immobiliari, mobiliari o presso terzi) coltivate a carico di soggetti titolari di attività commerciali o di società di persone e/o capitali per importi rilevanti (i numeri potranno certamente essere parametrati sui vari contesti economico-industriali di riferimento). Così come sarebbe auspicabile prevedere che i giudici della cognizione diano corso alle segnalazioni quando sono stati emessi decreti ingiuntivi per rilevanti importi o magari più decreti ingiuntivi nel breve periodo a carico dello stesso soggetto fallibile. D'altra parte non vi è dubbio che l'esistenza di procedure esecutive o la pluralità di inadempimenti provati dai numerosi decreti ingiuntivi emessi mettono in luce chiara spia di allerta circa l'esistenza di evidenti sintomi di insolvenza, perché le carte contenute negli interventi o nei decreti ingiuntivi ci dicono che c'è un imprenditore che non riesce a soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni e con mezzi ordinari. Nei protocolli citati potrebbe anche prevedersi il coinvolgimento dei giudici del lavoro o della locazione in quanto nelle cause di lavoro o nelle procedure di sfratto per morosità spesso vi sono indici di insolvenza.

Le segnalazioni non sono dichiarazioni di fallimento che necessitano quindi di chissà quali approfondimenti alle spalle: sono atti neutri che però legittimano il pubblico ministero ad acquisire in modo tecnicamente inattaccabile la *notitia decoctionis* e dare quindi corso a tutti gli accertamenti necessari per “vestire” la notizia e vagliare quindi se vi è una situazione di illiquidità e insolvenza tali da meritare l'impulso dell'azione del pubblico ministero oppure se si tratta di fisiologici inadempimenti o brevi crisi di liquidità dovute a motivi contingenti.

Non lasciare lettera morta l'art. 7 Lf significa far emergere le insolvenze prima che siano definitivamente conclamate e quindi irrimediabili, così come significa tentare di scongiurare che nei vari tribunali fallimentari vi siano stati passivi con numeri impressionanti. Tali numeri, come sempre, se letti in maniera asettica possono dire poco, se invece ci si cala nella realtà dei fatti, ossia si va oltre il mero dato, si vede che nella stragrande maggioranza dei territori (ne ho visti molti nella mia carriera e ne ho sentiti descrivere molti altri girando per creare i protocolli) il protago-

nista di questi stati passivi a tanti zero è soprattutto la collettività. Provo a spiegarmi.

La realtà fenomenica descrive un percorso economico criminale nel quale la dichiarazione di fallimento costituisce solo un anello, un momento di un più complesso ed articolato disegno caratterizzato dalla prosecuzione dell'attività economica in altre forme, lasciando ai creditori che si insinueranno al passivo solo le briciole. Questo fenomeno, di per sé grave in quanto descrive una serie di “prenditori” che fanno impresa astenendosi sistematicamente dal versare il dovuto all'erario e quindi falsando il mercato a danno degli imprenditori che fanno il proprio dovere, diventa allarmante se solo si considera che al passivo non troverete grandi fornitori (perché se vuoi operare con la *new.co.* bisogna pagare il pregresso), non troverete grosse scoperture bancarie (perché il sistema bancario ha spie di allerta che individuano molto prima situazioni di imminente insolvenza tali da meritare la chiusura dei rubinetti), non troverete i lavoratori (perché quelli formati bisogna portarli nella *new.co.*, gli altri è meglio pagarli, per quanto possibile, al fine di evitare che accendano i riflettori a un disegno criminoso non ancora compiuto), troverete invece sistematicamente e per percentuali che si aggirano intorno al 50% del passivo, l'Erario quindi Equitalia (Riscossione Sicilia spa per chi opera a queste latitudini), Agenzia delle entrate, Inps, Inail quindi la collettività dei contribuenti. Per dare una idea della gravità del fenomeno basterebbe solo ricordare che alcune ricerche (citare da Roberto Fontana nell'articolo citato) hanno dimostrato che in Italia vi sono crediti dell'Erario insinuati ai passivi dei vari fallimenti per importi pari ad 80 miliardi di euro il cui soddisfacimento medio risulta del 1,64%.

L'art. 7 Lf sopra analizzato consente anche di acquisire la notizia di insolvenza nel corso di un procedimento penale. Anche su questo versante, se si vuole un sistema efficace pronto a rispondere alla sfida della criminalità economica, come non pensare all'interno di ciascuna Procura della Repubblica a progetti organizzativi, protocolli operativi, riunioni - chiamateli con l'etichetta che preferite - in cui si invitino i vari sostituti a trattare i fascicoli loro assegnati avendo una visione d'insieme.

Alzando un po' lo sguardo, infatti, si potrebbe vedere che, ad esempio, dietro un fascicolo iscritto per il reato previsto dall'art. 646 cp (vedi i casi dell'imprenditore che non paga i canoni di *leasing* dell'attrezzatura utilizzata nella propria impresa) si cela una notizia di insolvenza, così come dietro le denunce depositate dall'Agenzia delle entrate per i reati previsti dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs n. 74 del 2000 si potrebbero celare realtà imprenditoriali che non stanno attraversando fisiologiche e momentanee crisi di liquidità, ma “prenditori” che attraverso un siste-

matico omesso versamento dei tributi dovuti si autofinanziano spalmando i costi della propria impresa sulla collettività.

L'inerzia del pubblico ministero in questo settore inevitabilmente contribuirebbe a rafforzare il fenomeno della sistematica tardiva emersione dell'insolvenza, vanificando ogni possibilità di soddisfacimento dei crediti con conseguente sistematica alterazione della concorrenza.

È evidente infatti che quando le imprese, pur essendo in uno stato consapevole di insolvenza, proseguono la propria attività nell'ottica della continuità aziendale, hanno già pianificato di non pagare i propri debiti, cominciando ovviamente da quelli erariali, potendo così inevitabilmente dare corso a politiche dei prezzi devastanti per le imprese concorrenti. Il pubblico ministero che ha alzato lo sguardo e si sia attivato, oltre che per avviare l'indagine, anche per acquisire tramite le banche dati ormai diffuse qualche dato (visura camerale, cassetto fiscale, dati Inps, procedure esecutive, centrale rischi Banca d'Italia, etc), avrà avuto la possibilità di intercettare una insolvenza celata e quindi attivarsi prima che il dissesto si concluda in modo definitivo.

Altro anello sul quale si deve agire per sfruttare a pieno le potenzialità dell'art. 7 Lf è quello della gestione delle segnalazioni di insolvenza provenienti da un procedimento prefallimentare. Ove il creditore privato ricorrente per il fallimento desista dal ricorso per i più svariati motivi (perché il credito nelle more si è estinto, per carenza di interesse sopravvenuta dovuta a pagamento, etc.), venuta meno con la riforma l'iniziativa officiosa del Tribunale fallimentare, il procedimento dovrebbe essere definito con una improcedibilità del ricorso per intervenuta desistenza. Un procedimento prefallimentare però, ad eccezione dei casi in cui si usa la mannaia del ricorso fallimentare per "convincere" l'imprenditore a pagare magari rinunciando a doglianze sulla qualità della prestazione, il più delle volte nasconde insolvenze già gravi se non addirittura conclamate, che in assenza dell'iniziativa del pubblico ministero rimarrebbero celate consentendo ad imprese decotte di rimanere sul mercato creando le esternalità negative fino al successivo ricorso di fallimento, ricorso che potrebbe arrivare anche a distanza di anni dal primo.

Ora che la Suprema corte di cassazione ha definitivamente stabilito e chiarito con più pronunce, superando dei dubbi suscitati da una prima pronuncia del 2009, che anche il giudice delegato della prefallimentare è a tutti gli effetti un giudice civile e quindi

ai sensi dell'art. 7 Lf può effettuare la segnalazione al pubblico ministero quando, a fronte di desistenza con l'occhio clinico del tecnico, sia stato in grado di individuare focali di insolvenza potenzialmente lesivi dell'interesse pubblico più volte citato.

Anche sotto questo aspetto quindi è auspicabile una costante interlocuzione tra pubblico ministero e giudice delegato per fare in modo che alla Procura arrivino non solo gli atti dovuti come le domande di concordato ex art. 161 Lf, le relazioni ex art. 33 Lf o le relazioni del Commissario giudiziale ex art. 172 Lf, ma anche le segnalazioni ex art. 7 Lf a fronte di desistenze del creditore privato.

Grazie a tutte queste segnalazioni, sviluppate attraverso la rapida acquisizione dei dati necessari attraverso le banche dati cui si è fatto cenno, il pubblico ministero potrà tutelare, non a parole ma con i fatti, le istanze pubblicistiche sottostanti ad ogni insolvenza, scongiurando che la gestione della crisi d'impresa venga lasciata ad un rapporto di "dare-avere" tra creditore e debitore. La tutela dell'interesse pubblicistico garantita da una azione tempestiva del pubblico ministero consente anche di evitare che il patrimonio eventualmente residuo di una impresa decotta sia oggetto di iniziative dei singoli creditori, in modo tale che tale patrimonio venga garantito nell'interesse dell'intera massa e quindi nel rispetto del principio della *par condicio creditorum*. L'iniziativa tempestiva del pubblico ministero consentirebbe anche di scongiurare disegni distrattivi che potrebbero essere bloccati sul nascere, con inevitabili positive ripercussioni dirette sull'ammontare dell'attivo da inventariare e poi liquidare dagli organi della procedura fallimentare nell'interesse della massa dei creditori che, come più volte sottolineato, troppo spesso è rappresentata da un unico creditore importante: l'Erario.

A questo punto credo sia dovuta una precisazione. Non deve mai essere perso di vista che nel momento in cui si avanza istanza di fallimento, sussistendo ovviamente tutti i requisiti previsti dalla legge ed avendo tutti gli elementi di fatto più volte descritti dalla Suprema corte di cassazione per configurare uno stato di insolvenza, non si commina una sentenza di condanna o la pena di morte per l'impresa. L'istanza determina l'inizio di un procedimento davanti ad un Tribunale qualificato e nell'ambito del quale potrà finalmente essere fatto un *check up* completo dell'impresa, magari avviando anche le misure cautelari a tutela dell'impresa stessa e dei suoi creditori per come disciplinate dall'art. 15 comma 8 Lf<sup>4</sup>.

4. I provvedimenti contemplati dall'art. 15 Lf, la natura cautelare o conservativa dei quali è affermata dalla stessa legge, devono essere ricompresi tra i provvedimenti di tipo cautelare e di natura atipica che il nostro ordinamento riconosce di regola ai sensi dell'art. 700 cpc. In merito al contenuto del provvedimento interinale, può avere il contenuto più vario proprio perché lo stesso, nella sua atipicità, potrà rispondere alle esigenze del caso specifico. Potrà quindi emettersi dal provvedimento di sequestro conservativo dei beni del debitore o

Convocare davanti al Tribunale fallimentare un'impresa in stato di grave crisi o di vera e propria insolvenza, magari già occultata da anni, significa offrire un'opportunità a tutti quegli imprenditori che identificando la propria vita con il loro progetto industriale e che quindi fanno fatica, in autonomia, ad accettare l'idea di essere inesorabilmente in crisi. Imprenditori che magari, convocati davanti al giudice delegato dal pubblico ministero, potrebbero accettare una volta per tutte di essere malati e quindi compiere il primo passo, per poi attivarsi utilizzando uno dei tanti strumenti che la legge mette a disposizione di tutti gli imprenditori che vogliono gestire l'insolvenza nella legalità. D'altro canto studi empirici e quotidiana esperienza danno conto di una sostanziale incapacità delle imprese italiane, le più con dimensioni medio-piccole, di promuovere in autonomia processi tempestivi di ristrutturazione<sup>5</sup>.

Come ci ha insegnato con i suoi scritti Danilo Galletti, gli amministratori delle società e tutti gli organi gestori, in ottemperanza ai doveri imposti dalla legge e dallo statuto (art. 2392 cc, art. 2381 cc etc.) e comunque rispettando gli *standards* astratti del buon amministratore, o gli stessi sindaci (ai quali la legge impone in situazioni simili di fare ricorso ex art. 2409 cc o agire ex art. 2393 cc o effettuare la segnalazione al pubblico ministero ex art. 6 e 7 Lf affinché si attivi di conseguenza) dovrebbero prendere atto del generale andamento negativo della gestione ed assumere gli opportuni provvedimenti (redigere un nuovo *business plan*, al limite riposizionando l'azienda dal punto di vista commerciale e/o industriale, dovrebbero cercare iniezioni di *equity* da parte della proprietà anche per esigenze di bilanciamento della struttura finanziaria risultante dalla ristrutturazione – art. 2467 cc; inoltre dovrebbero attivarsi per predisporre sollecitamente un piano volto alla liquidazione disgregativa o aggregata in base alla convenienza per la società, oppure dovrebbero proporre una ristrutturazione economica e finanziaria) per tutelare gli interessi coinvolti, in specie quelli dei creditori sociali e dell'Erario.

Il *management*, che deve mantenere la barra di comando saldamente in mano in ogni momento della vita di un'impresa ed a maggior ragione nei momenti di difficoltà, dovrebbe formalizzare la causa di scioglimento con iscrizione della delibera nel Registro delle imprese e nominare i liquidatori, abbandonando la

prospettiva del *going concern* della gestione ordinaria, arrivando anche ad instare per il fallimento in proprio della società qualora la liquidazione non consenta di fare fronte alle passività esistenti.

Non va sottaciuto infine che la tempestiva emersione dell'insolvenza ha anche un'altra finalità. L'art. 10 Lf sancisce la non fallibilità delle società che sono state cancellate da oltre un anno dal Registro delle imprese (per la ditta individuale il discorso potrebbe essere leggermente diverso potendo il pubblico ministero, con uno sforzo investigativo, dimostrare che in realtà la ditta opera benché cancellata), quindi spesso il bancarottiere di professione che matura debiti erariali con la sua società, inizia ad operare con la *new.co.* sulla quale avrà fatto confluire tutti gli *asset* positivi anche esistenti e si premura di cancellare la *old company* dal Registro delle imprese sperando che nessuno avanzi istanza di fallimento o magari pagando mano a mano ogni singolo creditore particolarmente attivo per farlo desistere dal suo ricorso, il tutto in attesa del decorso dell'anno.

La mancata dichiarazione di fallimento renderebbe non perseguibile il reato di bancarotta non sussistendo la sentenza di fallimento, relegando quindi nell'area dell'impunità condotte anche gravi e potenzialmente lesive di rilevanti interessi pubblici.

Per rendere più veloce ed incisiva l'azione del pubblico ministero nel proporre le istanze di fallimento ed evitare che le varie segnalazioni di cui abbiamo discusso sino ad ora si perdano nei meandri degli Uffici che costituiscono una media o grande Procura, sarebbe auspicabile la creazione all'interno di ogni Procura della Repubblica di un gruppo di lavoro composto da sostituti che, designati a trattare la criminalità economica, oltre ad applicare le peculiari tecniche investigative che meglio si attagliano a questo tipo di condotte, si curino anche di trattare le segnalazioni effettuate dai vari interlocutori ai sensi dell'art. 7 Lf per poi avanzare l'istanza di fallimento in modo completo e professionale; magari anche avendo dei collaboratori di Polizia giudiziaria che sappiano cosa devono fare quando si vedono arrivare una delega "atipica", ossia acquisire visura camerale aggiornata, acquisire ultimi tre bilanci e visure dell'anagrafe tributaria per consentire al pubblico ministero di "vestire" la notizia di insolvenza.

Per sottolineare ancora una volta come per il pubblico ministero che si occupi della crisi di impresa

dell'azienda, a provvedimenti più incisivi e meno invasivi nei confronti della vita imprenditoriale, come l'affiancamento o la sostituzione dell'imprenditore con un custode, o la semplice inibizione di compiere attività di straordinaria amministrazione o singole attività specifiche, sino alla necessità per l'imprenditore di munirsi dell'autorizzazione del Tribunale stesso per compiere determinate attività.

5. Giovanni Negri nel descrivere i fattori che potrebbero essere alla base di tale incapacità parla proprio di capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di *corporate governance*, sottodimensionamento – articolo sul *focus* de *Il Sole 24 Ore* del 1° novembre 2017.

anche le istanze di fallimento rappresentano un momento fondamentale per una buona riuscita delle successive indagini, appare utile citare nuovamente una norma di cui sopra si è discusso.

L'art. 238 Lf legittima il pubblico ministero che ha avanzato istanza di fallimento ad avviare le indagini, tra esse quindi anche il peculiare mezzo di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni telefoniche. Ciò significa che nei casi in cui le emergenze fattuali danno contezza di un imprenditore avvezzo a commettere reati di natura tributaria o fallimentare, che potrebbe detenere quote di partecipazione in molte società e ne amministra altrettante, che magari ha legami con contesti di spessore criminali, che potrebbe avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, o che ha avviato una distrazione di azienda, contestualmente all'istanza di fallimento potranno attivarsi le intercettazioni telefoniche e, nel periodo che va dalla notifica del ricorso da parte della cancelleria fallimentare alla data fissata per la convocazione davanti al giudice delegato alla trattazione della prefallimentare, magari potrebbero captarsi conversazioni fondamentali per il proseguo delle indagini.

Per rendere possibile che il pubblico ministero impegnato a fare fronte ad udienze dibattimentali, udienze preliminari, udienze monocratiche penali, possa trovare anche il modo di poter presenziare davanti al giudice delegato per coltivare i propri ricorsi, fondamentale sarebbe, ad esempio, un protocollo con la sezione fallimentare che individui un giorno e una fascia oraria predeterminati nella quale si tratteranno i procedimenti prefallimentari che vedono la Procura della Repubblica nella veste di ricorrente, in modo che, nell'organizzazione del lavoro e nella predisposizione dei calendari degli impegni, si possa inserire e considerare anche l'udienza prefallimentare.

Altro aspetto che un pubblico ministero costituzionalmente orientato dovrebbe curare è quello connesso alla costante interlocuzione con la sezione fallimentare per rendere operativo il compito che la legge fallimentare affida al ruolo della parte pubblica.

La disciplina creata dalla novella più volte citata del 2005, anche se prevede la caducazione del potere del Tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, non ha affatto privatizzato la procedura (privatizzazione per altro definitivamente superata con le successive riforme del Dl 21 giugno 2013 convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98 che ha nuovamente previsto un Tribunale fallimentare non più notaio nella procedure concorsuali ma protagonista) ed ha ritagliato intorno alla figura del pubblico ministero una funzione "nevralgica"<sup>6</sup>.

È sufficiente scorrere i vari articoli della Legge fallimentare per rendersene conto. Gli artt. 161, 162 Lf danno per scontata la presenza del pubblico ministero nella procedura di concordato preventivo anche per esprimere un parere; l'art. 173 prevede che il Tribunale noti il pubblico ministero dell'avvio del procedimento di revoca del concordato e che nel caso di istanza di fallimento del pubblico ministero può revocare il concordato e quindi dichiarare il fallimento; analoga situazione nel caso di omologa del concordato *ex art.* 180 Lf; l'art. 165 c. 5 Lf prevede che il commissario giudiziale che venga a conoscenza di circostanze che possono interessare le indagini preliminari le segnala subito alla Procura; l'art. 172 ultimo comma Lf prevede l'obbligo di trasmissione della relazione redatta dal commissario giudiziali in vista dell'adunanza dei creditori alla Procura.

Se questo è il quadro normativo di riferimento, cosa dovrebbe fare il gruppo di lavoro dei sostituti specializzati che all'interno della Procura si occupa di criminalità economica per far fronte a questi stimoli del legislatore?

Innanzitutto, sempre implementando i protocolli operativi con il Tribunale fallimentare, potrebbe fare in modo che sia previsto un giorno predeterminato nel quale il Tribunale fissa le udienze davanti al collegio per la trattazione dei ricorsi *ex art.* 173 Lf o per le udienze interlocutorie previste nella fase di ammissione del concordato *ex art.* 162 comma 1 Lf, in modo che, nella calendarizzazione degli impegni della Procura, sia prevista anche la presenza del pubblico ministero in queste udienze.

A tali udienze il pubblico ministero designato partecipa previo studio della domanda di concordato ed analisi analitica della relazione che il professionista nominato dal ricorrente ha redatto *ex art.* 161 comma 3 Lf, con eventuale deposito di un parere scritto. Nell'esprimere il parere il pubblico ministero esercita un ruolo prettamente civilistico, in quanto, a prescindere da eventuali indagini penali già in corso, fornisce al Tribunale un contributo per analizzare ad esempio la ragionevolezza dei criteri esposti dall'esperto nella relazione depositata *ex art.* 161 Lf e comunque per vagliare il perdurare dei requisiti di ammissibilità del concordato per tutta la procedura.

Al cospetto della accentuata connotazione privatistica del concordato preventivo *post* riforma della legge fallimentare, al Tribunale resta, infatti, riservato un ruolo di garanzia del rispetto delle regole di correttezza e buona fede che devono presidiare l'esercizio dell'autonomia negoziale privata.

6. La felice affermazione è di L. Orsi – relazione all'incontro di studi organizzato il 14 maggio 2012 dal Csm sul tema «Crisi d'impresa, autonomia negoziale e accordi di ristrutturazione del debito».

Il pubblico ministero, esprimendo il proprio parere, potrà verificare che il controllo effettuato da tale professionista sia effettivo e critico e non si limiti ad una attestazione apparente, generica o adesiva al ricorso del debitore; la relazione *ex art. 161 Lf* deve, infatti, essere ancorata ad elementi di fatto di natura contabile, economica e finanziaria che non si rivelino fallaci, ma restino per tutto il corso della procedura idonei a fondare un giudizio di probabile realizzabilità del piano e dei risultati prospettati dalla società in concordato al ceto dei creditori.

Il pubblico ministero potrà ancora verificare se le valutazioni del professionista attestatore sulla fattibilità del piano concordatario o sulla veridicità dei dati aziendali sono ragionevoli, argomentate, fondate su dati di fatto verificati, oppure se sono mere affermazioni apodittiche, generiche o superficiali.

Anche in questo caso il lavoro svolto in questa fase procedimentale di chiara natura civilistica, non andrà mai perso per il pubblico ministero nel momento in cui tornerà a vestire i panni del penalista puro. Tutte le criticità rilevate nell'esame del piano di concordato o nella attestazione costituiranno inevitabilmente il *core business* delle successive indagini.

Non va infatti dimenticato che con la legge di conversione n. 134 del 2012 è stato introdotto l'art. 236 *bis Lf* che prevede proprio il reato di falso in attestazioni o relazioni che punisce le falsità commesse dal professionista attestatore nel redigere una delle varie relazioni attestative previste nella procedura di concordato preventivo. Così come non va dimenticato che l'art. 236 *Lf* parifica ai fini del presupposto del reato di bancarotta il decreto di ammissione alla procedura di concordato alla sentenza di fallimento, quindi anche nel caso in cui il parere negativo del pubblico ministero non venga recepito dal Tribunale che ammetta il ricorrente alla procedura di concordato, le criticità che il pubblico ministero ha rilevato nell'esame della domanda di concordato potranno essere approfondite nell'indagine che dovrebbe essere avviata in relazione alla fattispecie di bancarotta concordataria.

Per chiudere il cerchio va infine fatto riferimento, a mio avviso, ad un altro compito che il pubblico ministero deve svolgere a queste latitudini.

Le relazioni del Curatore redatte *ex art. 33 Lf* o le relazioni del Commissario depositate *ex art. 172 Lf* sono atti fondamentali. Non a caso ne è prevista in entrambi i casi (anche per le relazioni *ex art. 172 Lf* dopo la riforma operata dalla legge 133 del 2015) la trasmissione di copia alla Procura della Repubblica. Nelle relazioni citate sono indicate le cause del dissesto e denunciati fatti di penale rilevanza. Solo per dare qualche spunto, si può dire che solo grazie ad una relazione *ex art. 172 Lf* redatta in modo coerente con il dettato normativo i creditori potranno votare

in modo consapevole nel corso dell'adunanza dei creditori scegliendo tra la convenienza della proposta concordataria e l'alternativa fallimentare; solo da una approfondita verifica finalizzata a redigere una relazione *ex art. 172 Lf* il Commissario potrebbe rilevare in modo tempestivo condotte di frode ai creditori legittimanti un ricorso *ex art. 173 Lf*.

Ancora, solo una relazione *ex art. 33 Lf* completa segnalerà l'esistenza delle cosiddette spie di allerta (a mero titolo di esempio: operazioni straordinarie o con parti correlate poste in essere a poca distanza di tempo dalle dichiarazioni di fallimento; discrasie evidenti tra i dati del passivo reperibili dall'ultimo bilancio pubblicato ed i dati del progetto di stato passivo; valore incongruo dei corrispettivi degli atti dispositivi di significato valore e anomalie nelle relative movimentazioni finanziarie; informazioni di dipendenti e fornitori sull'individuazione del reale amministratore; congruità tra risultanze contabili e dati dell'inventario, individuazione del momento esatto di perdita del capitale sociale previa riclassificazione del bilancio con l'ottica della fraudolenza) che poi il pubblico ministero nel corso dell'indagine dovrà approfondire per verificare se si costituiscono operazioni societarie o nascondono condotte penalmente rilevanti. solo una relazione *ex art. 33 Lf* approfondita e completa potrà consentire al giudice delegato di avere contezza della tipologia di fallimento che si trova a gestire, così come potrà consentire allo stesso curatore di avere una visione davvero completa per poi potere redigere un adeguato programma di liquidazione *ex art. 104-ter Lf*.

Il lavoro del curatore e del commissario in moltissimi casi può influire sul successo delle indagini preliminari. È quindi fondamentale poter contare su professionisti capaci e preparati che sappiano utilizzare concetti di diritto fallimentare, civile, tributario, societario e penale fallimentare e che siano propensi a guardare al passato. Mentre con l'esame dello stato passivo si guarda al presente, con la redazione del programma di liquidazione si mira al futuro, con le relazioni *ex art. 33* e *172 Lf* si inizia un viaggio nel passato andando a scandagliare gli ultimi anni di vita della società per individuare esattamente le criticità che hanno determinato il fallimento.

Credo quindi che organizzare con l'ausilio del Tribunale fallimentare dei momenti di confronto, di studio congiunto, di approfondimento e scambio di riflessioni con i vari professionisti incaricati dal Tribunale sia necessario per poter investire sul loro lavoro per il futuro. Così come ritengo che creare dei protocolli che prevedono un tempestivo invio delle relazioni *ex art. 33 Lf* al pubblico ministero possa contribuire in modo rilevante sulla tempestività delle indagini; la relazione *ex art. 33 Lf* formalmente deve essere depositata dopo 60 giorni dalla redazione dell'in-

ventario ma in realtà entro questo termine di natura non perentoria il curatore non ha a disposizione tutti i dati necessari per redigere una completa relazione e pertanto inevitabilmente rinvia di mesi la data del deposito. Se con protocolli siglati si prevedesse invece l'invio di pre-relazioni alla Procura, redatte con l'indicazione di quelle voci essenziali che consentono di fare capire al pubblico ministero di quale fallimento si dovrà occupare (ultimo fatturato, numero dipendenti impiegati nel corso degli anni, tipologia delle scritture contabili depositate, ammontare del passivo ricavabile dall'ultimo bilancio e ammontare delle domande di insinuazione già pervenute o evincibili da banche dati come il "cassetto fiscale"), si otterrebbe il risultato che in caso di fallimenti rilevanti, con gravi condotte distrattive poste in essere, mentre il curatore proseguirà il proprio lavoro in vista del deposito finale della completa relazione ex art. 33 Lf, il pubblico ministero potrebbe indirizzare le indagini in modo più incisivo e penetrante.

Per rimarcare ancora una volta come nel settore della criminalità economica e quindi anche grazie a quella parte del lavoro del pubblico ministero posta in essere nell'ambito del procedimento civile si giochi una partita che va ben oltre il singolo fascicolo, non posso non fare un breve cenno alla circolarità dei reati economici ed amministrativi<sup>7</sup>. Dati di esperienza danno conto di una criminalità economica ed amministrativa che si pone in sequenza criminale. Dall'accertamento di alcuni reati tra i quali le violazioni tributarie, il falso in bilancio ed appunto la bancarotta fraudolenta si arriva a scoprire fatti di corruzione, perché i reati finanziari o fallimentari possono il più delle volte costituire l'anello di quella sequenza criminale che prosegue con l'acquisizione di disponibilità economiche necessarie per le successive operazioni corruttive, per veicolare quelle utilità che vanno a ripagare l'atto illegittimo posto in essere dal pubblico ufficiale. Se queste sono le tecniche investigative che si possono sviluppare, credo che in un Paese in cui si cerca di fare fronte alla crisi economica tagliando costi della sanità, della scuola, del sociale in generale, mentre la corruzione costa oltre 60 miliardi annui e l'evasione oltre 120 con circa 180-200 miliardi di euro di patrimoni italiani esportati all'estero<sup>8</sup>, un pubblico ministero che voglia fare il proprio dovere

fino in fondo dovrebbe fare tutto il possibile per dare il proprio contributo di uomo di Stato per aiutare il Paese a tagliare i costi della corruzione e a ridimensionare i mancati introiti dovuti all'evasione fiscale, partendo proprio dallo spendersi per fare in modo che tutti gli articoli della legge fallimentare sopra citati non restino solo legalità legislativa ma diventino legalità materiale<sup>9</sup>.

#### 4. Per concludere: pubblico ministero, economia, futuro

Non esiste altro ambito del diritto civile nel quale il dinamismo del pubblico ministero determina l'ampiezza e la qualità dell'esercizio della giurisdizione penale.

Non penso, pertanto, che si possa mettere in dubbio che un pubblico ministero che coniughi un forte impegno nella fase delle indagini e dei dibattimenti con un altrettanto adeguato impegno nelle preliminari fasi dei procedimenti che si svolgono davanti al Tribunale fallimentare sia un pubblico ministero che tratta un "diritto minore" a disvalore penale zero. In questi settori, infatti, magari non si vede sangue, non si vedono armi, non si vedono condotte che creano allarme sociale di immediato impatto, ma se solo ci impegnassimo ad indossare le lenti giuste vedremmo qualcosa di altrettanto grave, vedremmo cioè all'opera i "ladri di futuro". Tutte le risorse sottratte alla finanza pubblica potrebbero infatti essere utilizzate dallo Stato per finanziare progetti per giovani imprenditori, per facilitare la creazione di *start-up*, per creare reti sul territorio nazionale o internazionale, per aumentare i finanziamenti in progetti e ricerca, appunto per creare futuro.

Un pubblico ministero tempestivo ed attento ad operare nel settore della crisi d'impresa potrebbe fornire un contributo decisivo all'opera di ridimensionamento di quella parte del mondo imprenditoriale (che a me piace chiamare "prenditoriale") che non vuole confrontarsi con il mercato, ma si limita a drenare risorse pubbliche, facendo impresa sulle spalle dei contribuenti e drogando il mercato a discapito di tutti quegli imprenditori veri, onesti che rispettano le regole ed hanno progetti industriali da sviluppare.

7. Sul punto illuminanti sono gli insegnamenti di N. Rossi (intervento dal titolo «L'emersione del fenomeno corruttivo: gli indicatori della corruzione» effettuato al corso organizzato dalla Scuola superiore della magistratura a Scandicci il 26.02.2016 in tema di reati contro la Pubblica amministrazione) e di P. Ielo, «Tecniche investigative nei reati di corruzione», intervento al «Corso Livatino» organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, strutture territoriali di Caltanissetta e Palermo il 23.09.2016.

8. Analisi di R. Scarpinato in *Il Ritorno del Principe*, Chiarelettere, Milano, 2008.

9. C. Mortati. *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

# La funzione della Procura generale della Cassazione

di Carmelo Sgroi

Lo scritto si propone di individuare sinteticamente il mutamento di significato che l'intervento dell'Ufficio requirente di legittimità nel giudizio di parti ha assunto nel corso del tempo, in particolare per effetto delle più recenti riforme sul processo civile di cassazione. Il ruolo svolto dalla Procura generale nella materia civile, pur se inquadrato in una più larga e comprensiva classificazione della funzione di uniformazione del diritto e di garanzia della legalità, offre oggi diversi spunti critici circa la coerenza complessiva del sistema e ragioni di immediata riflessione sulle prospettive future.

## 1. Pubblico ministero e giudice di legittimità. Una storia complessa

Una descrizione e una analisi della “funzione” attuale della Procura generale della Corte di cassazione – nell’ambito del diritto e del processo civile, al quale soltanto questo scritto fa riferimento<sup>1</sup> – dovrebbe poter risultare, a prima vista, una operazione relativamente semplice. In quanto pubblico ministero “presso” un giudice, in questo caso il giudice di legittimità, si sarebbe tentati essenzialmente di dire che esso ripete, nella sua attività, i caratteri del giudice à côté del quale svolge il proprio compito, secondo lo schema di fondo della relazione di complementarità che intercorre in genere tra il pubblico ministero e il giudice nel disegno processuale e di ordinamento, costituzionale e legislativo. I presupposti di inclusione di giudici e procuratori nel medesimo ordine (art. 107, terzo comma, Cost.) e altresì la premessa di ordinamento che (art. 2 del Rd n. 12/1941) stabilisce che «presso la Corte suprema di cassazione, le corti d’appello, i tribunali ordinari e i tribunali per i minorenni è costituito l’ufficio del pubblico ministero», norme che

sanciscono il concetto di una comune appartenenza ed esprimono la base unitaria di garanzie per tutta la magistratura, requirente e giudicante, salva solo la distinzione per funzioni, condurrebbero pianamente alla affermazione di principio secondo cui gli uffici del pubblico ministero mutuano le loro funzioni da quelle del giudice “presso” il quale sono istituiti, secondo una regola di parallelismo.

Questa proposizione è, in certa misura, vera; ma è incompleta. Le cose sono, soprattutto oggi, più complesse.

Un rapido sguardo sull’evoluzione del sistema nel tempo attesta della esistenza di più di una cesura e di non poche zone critiche nella ricostruzione funzionale del pubblico ministero che si colloca presso il vertice<sup>2</sup> della giurisdizione che sia ricondotta ai soli termini del parallelismo pm - giudice.

## 2. Dal controllo alla cooperazione

L’origine storica della figura del pubblico ministero di cassazione svela in realtà una posizione iniziale tutt’altro che cooperativa, ma anzi di potenziale

1. Esorbita dal presente scritto la materia penale, che è oggetto di diversi contributi che appaiono su questo stesso numero. Sul pubblico ministero nell’ordinamento giudiziario e nel processo civile, in generale, A. Allorio, *Il pubblico ministero nel nuovo processo civile*, Riv. dir. proc. civ., 1941, p. 212; M. Vellani, *Pubblico ministero in diritto processuale civile*, Digesto – Sezione civile, Utet, Torino, 1997.

2. Nel senso, si intende, che oggi assume questo attributo: funzionale, non di carattere gerarchico. L’ultima istanza, non quella che comanda.

conflittualità con il giudice presso il quale è istituito. L'idea che anima la figura del pubblico ministero è, in origine, quella<sup>3</sup> di un «rappresentante del potere esecutivo presso l'autorità giudiziaria», in funzione del controllo sull'operato dei giudici, quale si trova testualmente espressa nella prima legislazione di ordinamento giudiziario del Regno post-unitario (Rd 6 dicembre 1865, n. 2626, art. 129)<sup>4</sup>. All'interno di un ordine giudiziario impostato secondo modelli gerarchici, se al giudice è garantita almeno formalmente una indipendenza esterna, ciò non vale per i pubblici ministeri, di cui è stabilita la «diretta dipendenza» dal vertice governativo.

Questa struttura organizzativa precostituzionale riflette, nella separatezza tra giudici e pubblici ministeri, uno schema di diretta derivazione francese, funzionale all'idea dell'interpretazione della legge come appannaggio del potere che la adotta: il controllo dei secondi sui primi garantisce la separazione dei poteri e in particolare il rispetto del principio che assegna al solo legislatore<sup>5</sup> il potere di interpretare il comando, che il giudice deve semplicemente applicare, «osservare». Persiste l'idea del giudice *bouche de la loi*, nel limitativo senso implicato da questa formula.

Il ventennio accentua l'attrazione del pm nell'area del potere e della direzione governativa, specialmente attraverso i modi di selezione professionale, le regole di verifica e avanzamento nella «carriera»<sup>6</sup>; i meccanismi di dipendenza interna si assommano a quelli esterni.

Ed ancora con la legge di ordinamento giudiziario del 1941 (Rd n. 12/1941), che rafforza nello spirito

della riforma Grandi gli aspetti di dipendenza interna, quello schema del rapporto tra pm e giudice si ripete, nelle disposizioni che affidano al pubblico ministero il compito di «vegliare alla esatta osservanza delle leggi» (art. 73) – dove l'uso del termine «osservare» svela la chiara continuità con l'assetto post-unitario – oltre che, in connessione, di fare eseguire i provvedimenti del giudice (art. 78) e più in generale di svolgere ogni altra funzione attribuitagli dall'ordinamento, «sotto la direzione» del Ministro della giustizia (art. 69).

Occorre attendere dapprima la legge sulle guarantee della magistratura (Rd.Lgs n. 511/1946), che sottrae – con l'art. 16 – il pm alla «direzione» dell'esecutivo per sottoporlo alla «sorveglianza» del titolare dell'Ufficio<sup>7</sup>, e poi ovviamente e soprattutto la Costituzione repubblicana, che disegna il nuovo statuto di indipendenza e di autonomia della magistratura, e in essa del magistrato del pubblico ministero, per delineare il rapporto tra quest'ultimo e il giudice in termini totalmente nuovi, dialetticamente cooperativi, nello svolgimento delle rispettive funzioni. Ma la vischiosità delle regole e delle prassi si propaga anche nel nuovo quadro costituzionale: ne è un indizio la disposizione processuale (art. 380, primo comma, cpc) che, in correlazione con il testo originario dell'art. 76 ord. giud. secondo cui il pm «assiste alle deliberazioni delle cause civili», consentendo in tal modo la presenza fisica del pubblico ministero all'interno della camera di consiglio civile, si colloca ancora plasticamente nella logica del controllo sul giudice e sulla sua deliberazione. Occorrerà così ulteriormente attendere gli anni '70 per eliminare questa anomalia<sup>8</sup>.

3. Derivata dall'impostazione francese, quale originata dal modello napoleonico poi rielaborato con la Restaurazione.

4. Non è qui possibile se non questo rapido cenno alle origini della figura di un pm collocato all'interno di una magistratura disegnata dalle leggi di ordinamento, fortemente gerarchizzata, imperniata su uno schema di dipendenza dal Ministro della giustizia e culturalmente e socialmente legata al ceto politico, in particolare nella sua componente «alta». Per un ampio quadro panoramico di particolare interesse al riguardo, anche per i profili del reclutamento e delle varie forme di condizionamento sul piano del percorso professionale, v. A. Meniconi, *Storia della magistratura italiana*, Il Mulino, Bologna 2012. V. anche P. Marovelli, *L'indipendenza e l'autonomia della magistratura dal 1848 al 1923*, Milano, Giuffrè, 1967.

5. In Francia, con il meccanismo del *référé législatif*.

6. Anche qui non può farsi più di un accenno. Oltre al testo di A. Meniconi, *ult. cit.*, v. G. Neppi Modona, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, Torino, Einaudi, 1973; e il quadro generale offerto in *Storia d'Italia*. Annali 14, Legge Diritto Giustizia, a cura di L. Violante, Torino, Einaudi, 1998.

Emblematica la vicenda della «epurazione» del presidente della Corte, Lodovico Mortara, e del procuratore generale presso la Corte, Raffaele De Notaristefani, in concomitanza con l'unificazione delle Corti di cassazione in quella di Roma, nel 1923.

7. Mentre la disposizione che predica la vigilanza del Ministro, art. 69, cede di fronte all'indipendenza dal potere politico, garantita da riserva di legge nella Costituzione (art. 108, secondo comma, Cost.).

8. Dapprima con la sentenza n. 27/1972 della Corte costituzionale, relativa alle deliberazioni in sede giurisdizionale del Consiglio nazionale forense; poi con la sentenza n. 2/1974 della stessa Corte, limitatamente alla presenza del procuratore generale nelle camere di consiglio delle Sezioni unite civili riguardanti i ricorsi in cui egli riveste la qualità di parte (procedimenti disciplinari), per violazione del principio di parità delle parti; infine, con l'abolizione definitiva delle norme citate, nella parte implicata, a opera della legge n. 532/1977. Come annota P. Borgna, in *Questione Giustizia on line* del 2 dicembre 2013, [www.questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-della-storia-della-magistratura-italiana-di-antonella-meniconi\\_02-12-2013.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/a-proposito-della-storia-della-magistratura-italiana-di-antonella-meniconi_02-12-2013.php), nel recensire il volume di A. Meniconi *cit. sub* nota 4, ancora nel 1960, redigendo per il dizionario enciclopedico Utet la voce «pubblico ministero», Luigi Conti, magistrato, lo definiva «rappresentante del potere esecutivo presso l'Autorità giudiziaria ... vincolato a eseguire gli ordini dei superiori gerarchici», riproponendo tale e qua-

### 3. Il pubblico ministero (e il giudice) civile di legittimità nel quadro della funzione di nomofilachia. Il pm organo “promotore di giustizia”

Liberato dal vincolo con il potere esecutivo, il pubblico ministero cambia volto.

Soprattutto, cambiano radicalmente di significato le norme di ordinamento giudiziario, benché intatte nella loro formulazione pre-costituzionale, che ne definiscono compiti e funzioni. Queste ultime devono ora essere lette con la lente della Carta.

Vige (tuttora), per la Corte di cassazione, la disposizione che ne definisce le attribuzioni, contenuta nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario: essa, quale «organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

E vige (tuttora), per il pubblico ministero, la disposizione che ne individua le attribuzioni nel «veglia[re] alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci» (art. 70).

Se la prima norma declina una caratteristica strutturale dello Stato costituzionale, esprimendo, con l'esigenza finalistica di garanzia di interpretazione uniforme del diritto, un carattere che si collega immediatamente con il rispetto del principio di uguaglianza<sup>9</sup>, la seconda disposizione ne rappresenta il *pendant* sul piano dell'attività del pubblico ministero; una attività, innanzitutto, svolta sul piano processuale, come subito si vedrà, ma non solo in essa<sup>10</sup>. Collocate sotto la luce dei principi costituzionali, le norme sopra indicate manifestano, nell'immutata veste lessicale (il che conferma ancora una volta come il linguaggio del diritto sia inevitabilmente polisenso), il significato più proprio della giurisdizione di legittimità, la garanzia del rispetto dei diritti attraverso l'esercizio della funzione interpretativa, a valere per il singolo caso e, dinamicamente, per il futuro<sup>11</sup>, quale affermazione destinata a valere per i casi assimilabili.

Vi è una Corte di cassazione, deputata per Costituzione a formare diritto vivente e a rendere principi uniformi e uniformanti di interpretazione giuridica, e vi è un ufficio del pubblico ministero presso di essa che coopera alla medesima funzione, in ambito processuale. Pur nella difficoltà di classificazione sistematica della figura, sovente etichettata con il contraddittorio sintagma di “parte imparziale”, la

---

le la definizione dell'ordinamento giudiziario del 1865. Lo stesso autore sintetizza la vischiosità culturale di cui si dice sottolineando come la magistratura di vertice degli anni '50 del secolo scorso fosse maggiormente conservatrice rispetto a quella degli anni '20 e '30; e svolge poi interessanti notazioni sulla funzione di garanzia del canone della interpretazione “stretta” ossia della osservanza, oggi diremmo formale, della legge, quale difesa – durante il regime – dalla immissione di elementi di discrezionalità politica. Un apparente paradosso, che si esprime di contro nella propensione dei vertici giudiziari, durante il ventennio, verso una marcata apertura del giudizio di legittimità al fatto, al merito sostanziale, contro l'asetticità del giudizio di pura legittimità.

9. P. Curzio, *Il futuro della Cassazione*, in Obiettivo 1. *A cosa serve la Cassazione?*, in questa *Rivista* trimestrale, n 3/2017, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-3\\_10.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-3_10.pdf), esprime questa incontestata correlazione tra nomofilachia e uguaglianza nel senso che «uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge significa anche diritto ad un'eguale osservanza ed interpretazione della legge, significa uguaglianza di trattamento giurisdizionale di casi simili», sottolineando al contempo la non coincidenza tra “esattezza” interpretativa e principio di uniformità/prevedibilità: «L'interpretazione esatta della legge dovrebbe essere una e pertanto l'uniformità dovrebbe essere un carattere derivato. L'utilizzazione dei due concetti sembra indicare la consapevolezza del fatto che a volte sono ragionevolmente sostenibili più interpretazioni e che in tal caso la Corte deve comunque sceglierne e affermarne una in funzione del valore della uniformità».

10. Nella ricostruzione dell'obiettivo di questo scritto, si sottolinea fin d'ora che il magistrato del pubblico ministero di legittimità svolge l'attribuzione generale che gli è commessa, quel “vegliare alla osservanza delle leggi”, anche in terreni non processuali.

11. Non può farsi nel testo più di un accenno a questa duplice funzione, che richiama la ben nota distinzione tra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*, ovvero tra applicazione della regola di diritto al caso concreto, per la sola verifica della corretta applicazione della legge, e formulazione della regola o del principio di diritto in astratto e a valere per la generalità dei casi; una distinzione che è frequentemente adoperata quale criterio selettivo della rilevanza, particolare o generale, di una questione giuridica, e al contempo è stata posta a presupposto più o meno esplicito delle recenti modifiche legislative di cui si dice nel testo. È una classificazione, utilizzata soprattutto sul piano applicativo, non da tutti condivisa sul piano dogmatico, e talvolta anche criticata da chi vi intravede una possibile deviazione rispetto all'endiadi giustizia – interpretazione del diritto, sottesa all'art. 65 ord. giud. Ma si deve ritenere che non solo essa è una pre-definizione e distinzione categoriale che sta alla base pressoché dell'intera serie di riforme più recenti (su cui *infra*) e dunque di essa deve prendersi atto, quanto, più nel fondo, che quella duplice categoria riflette i due indirizzi costituenti intorno alla Corte, quello della garanzia dell'impugnazione individuale “litigatoria”, contenuta nell'art. 111 Cost., e quella appunto della funzione nomofilattica di uniformità del diritto, non trasfusa esplicitamente nel testo della Carta fondamentale ma immanente nelle leggi di ordinamento e nel processo.

12 V., in generale, e per ulteriori riferimenti, F. Morozzo della Rocca, voce Pubblico ministero (dir. proc. civ.), *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, pp. 1078 ss., Giuffrè, Milano, 1988. Del resto, nella disciplina del processo civile, il pubblico ministero è collocato a sé, non è tra le “parti” né tra gli “organi giudiziari”; può e deve astenersi, ma non è ricusabile; non può essere condannato alle spese, neppure quando entra nel processo come figura agente o impugnante, perché la nozione di soccombenza non ha senso nei riguardi della sua funzione (Cass., sez. un., n. 5079/2005; Cass., n. 19660/2003).

Procura generale presso la Corte di cassazione si colloca così come un soggetto necessario *sempre* nello svolgimento del processo civile di legittimità, perché esso svolge il proprio compito, nel processo di parti, senza avere riguardo né alla materia, né alla rilevanza del processo, né alle vicende pregresse del giudizio pervenuto sino all'ultima istanza. L'art. 76 dell'ordinamento giudiziario, nel testo aggiornato dalla legge n. 532/1977 (la medesima che sopprime l'ingresso del pm nella camera di consiglio), stabilisce che il pubblico ministero presso la Corte di cassazione «interviene e conclude in tutte le udienze civili e penali», oltre che redigere requisitorie scritte nei casi stabiliti dalla legge; e questa previsione generalizzata di intervento è rafforzata e assistita con la regola secondo cui, quando è richiesto dalla legge l'intervento del pm, la mancanza di quest'ultimo comporta che l'udienza «non può aver luogo» (art. 75 ord. giud.).

La simmetria cooperativa tra le attribuzioni della giurisdizione di legittimità e quelle del pubblico ministero ne rende così possibile, nonostante la riconosciuta difficoltà di inquadramento dogmatico<sup>12</sup>, una prevalente e comune qualificazione in termini di organo “promotore di giustizia”, o di organo che svolge una “alta funzione di giustizia”, riprendendo così la definizione utilizzata dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 2/1974<sup>13</sup>.

Quale organo di giustizia inserito, per Legge fondamentale, nell'ambito della giurisdizione, il pubblico ministero di cassazione – civile come penale – non mira tanto alla eliminazione della sentenza ingiusta, poiché questo è l'interesse della parte che ha ragione, quanto all'affermazione dell'interpretazione corretta e uniforme del diritto applicato e, prospetticamente, da applicare, in vista della regolazione della generalità dei casi simili e oltre l'esito del singolo, specifico procedimento rimesso di volta in volta alla decisione della Corte. La generalizzazione dell'intervento del pm dinanzi alla Corte, del resto, appare coerente proprio con una considerazione più strettamente “nomofilattica” della funzione del giudizio di cassazione, rispetto a una risposta sul singolo caso: in tanto si stabilisce che il requirente intervenga e offra al giu-

dice di ultima istanza le proprie conclusioni motivate, in tutti i giudizi, in quanto si suppone che sempre il giudice di legittimità sia chiamato a rendere decisioni che abbiano la stessa connotazione regolatrice, e ciò è conforme all'idea di fondo della Corte quale giudice dello *ius constitutionis*, che, attraverso la decisione rescindente, rende possibile un nuovo giudizio somministrando però – quando non operi la definizione diretta nel merito, come consente l'art. 384 cpc – il principio di diritto<sup>14</sup>, che governerà la decisione corretta e al quale il giudice del merito è vincolato.

Il pubblico ministero presso la Corte si fa portatore dell'interesse pubblico alla difesa del diritto e della sua unità, per usare le parole di Calamandrei in Costituente, nel proporre questa formula, poi non inserita nel testo finale, per il giudice di ultima istanza. Questa esigenza si esprime affidando a un magistrato il compito di rappresentare, pubblicamente, il punto di vista generale della corretta interpretazione e applicazione della norma al fatto, e ciò in via generale, non solo senza la necessità di una sollecitazione da parte del giudice<sup>15</sup> ma altresì prescindendo da una auto-valutazione di opportunità o di particolare rilevanza della vicenda processuale che possa essere svolta dallo stesso magistrato requirente (egli “deve” infatti intervenire nelle cause davanti alla Corte di cassazione: art. 70, secondo comma cpc), poiché è la legge a svolgere questo previo apprezzamento di inerenza pubblicistica del giudizio di legittimità.

Soggetto disinteressato, proprio perché vettore di un interesse pubblico e non delle pretese e delle posizioni proprie dei litiganti, il rappresentante del pubblico ministero è dunque in via di principio individuato come il portatore della soluzione del caso attraverso la lettura “esatta” della norma, in una logica di scopo, o di funzione, di marcato carattere pubblicistico, in cui l'agire della figura istituzionale rende manifesto che l'interesse privato – la cui tutela, ovviamente, è affidata alle parti in gioco – risulta subordinato a quello pubblico<sup>16</sup>; il risultato che entrambi i soggetti istituzionali, requirente e giudicante, hanno di mira, in questo schema, è quello della eliminazione della sentenza che – prima che essere “ingiusta” – ri-

12. V., in generale, e per ulteriori riferimenti, F. Morozzo della Rocca, voce Pubblico ministero (dir. proc. civ.), Enciclopedia del diritto, XXXVII, pp. 1078 ss., Giuffrè, Milano, 1988. Del resto, nella disciplina del processo civile, il pubblico ministero è collocato a sé, non è tra le “parti” né tra gli “organi giudiziari”; può e deve astenersi, ma non è ricusabile; non può essere condannato alle spese, neppure quando entra nel processo come figura agente o impugnante, perché la nozione di soccombenza non ha senso nei riguardi della sua funzione (Cass., sez. un., n. 5079/2005; Cass., n. 19660/2003).

13. Una formula questa che echeggia il pm preposto, là dove la legge lo stabilisce, alla tutela dei diritti: art. 2907 cc.

14. Sulle molte implicazioni concettuali della formulazione del principio di diritto si rinvia alla approfondita disamina di M.R. Morelli, *L'enunciazione del principio di diritto*, in AA.VV., *Il nuovo giudizio di cassazione*, II ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 485 ss.

15. Come invece dispone l'art. 71, secondo comma, cpc per il merito.

16. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 295 ss.

sulti in contrasto con il diritto che in essa è applicato<sup>17</sup>.

Nel giudizio di parti, a queste soltanto è dato di condurre le scansioni processuali e di immettere gli elementi, di fatto e argomentativi, che orientano per la soluzione della lite. Dunque, il pubblico ministero di legittimità non interferisce in questo dominio, ma ne prende atto, facendone la premessa della propria conclusione: egli non propone prove<sup>18</sup>, non apporta elementi conoscitivi sul fondo del ricorso, se non nei limiti in cui possa ammettersi l'allegazione di elementi che la Corte sia abilitata a rilevare d'ufficio, come per es. l'esistenza di un giudicato esterno; deve interloquire con la Corte nei limiti segnati dal *thema decidendum*, non oltre (Cass., n. 11198/1990).

Il modello processuale così definito è semplice, univoco, non distingue secondo materie o altri criteri, né impegna l'Ufficio requirente in alcun modo rispetto all'andamento del giudizio nei gradi anteriori<sup>19</sup>, giacché affida al pm l'intero spazio possibile di argomentazione all'interno del controllo di legittimità; egli, se può dirsi così, parla per la Corte, cui propone una conclusione che potrà ovviamente anche essere disattesa ma della quale la Corte stessa dovrebbe comunque tenere conto nel rendere la propria pronuncia.

In questo scenario, sembra del tutto coerente che, nell'udienza, il pm di legittimità abbia la parola per ultimo: questa previsione, solo apparentemente secondaria, del rito<sup>20</sup> si inserisce invece come ulteriore tassello di una visione complessivamente omogenea. La logica dell'ordine dell'intervento nella fase della discussione nell'udienza che conduce alla decisione non è secondaria, in quanto affida alla "parte imparziale" il compito, per così dire, di tirare le fila del dibattito

processuale, di soppesare gli argomenti che le "parti" (effettive) del processo hanno offerto al giudice, di proporre una sintesi rispetto alle necessariamente contrastanti opinioni e ragioni di ciascuna di esse<sup>21</sup>.

Visto nella sua architettura, il disegno normativo che – regolando il pubblico ministero di legittimità – interseca e intreccia le proposizioni dell'ordinamento giudiziario e quelle della disciplina processuale, nella rinnovata direzione interpretativa del significato complessivo che la Costituzione ora impone di dare loro, appare complessivamente moderno, corrispondente a una esigenza che potrebbe dirsi di democrazia giudiziaria. Se il pm non è né rappresentante di un potere, né puro e semplice portatore di interessi della società o di una sua componente, e se dunque egli veicola un punto di vista autenticamente indipendente, in ciò assimilabile alla posizione del decidente, tutto ciò ne fa, nella rappresentazione del processo pubblico, un soggetto che coopera alla decisione del giudice, il quale di certo può e deve autonomamente farsi carico della quota di interesse pubblico che sempre può ravvisarsi in una decisione sul fondo del ricorso per cassazione, ma da questa presenza doverosa viene a essere sorretto, stimolato a considerazioni ulteriori, messo in condizione di fruire di un panorama conoscitivo e argomentativo più ampio, il tutto sempre in funzione della decisione conforme a diritto.

Nei tratti appena detti può scorgersi una figura riconducibile, certo per approssimazione e solo sotto il profilo funzionale, non istituzionale, all'istituto anglosassone dell'*amicus curiae*<sup>22</sup>, che coopera con il giudice nella stessa direzione ossia verso la pronuncia corretta, quella che meglio lega la statuizione giudiziale non solo con il diritto vigente ma anche con il suo porsi quale precedente per la futura regolazione

17. F. Morozzo della Rocca, cit., esprime questa idea rilevando che l'intervento del pubblico ministero in cassazione non è imposto in ragione della natura o dell'oggetto della controversia, ma della funzione istituzionale dell'organo giudicante, così che «ne risultano sfumata la sua posizione di parte ed esaltati i suoi caratteri di organo di giustizia, chiamato a collaborare alla realizzazione dell'ordinamento indipendentemente dalla natura degli interessi in concreto dedotti in giudizio ... con la proposizione imparziale delle questioni, postulando la decisione conforme all'ordinamento».

18. Art. 72, comma 2, cpc, che avverte la necessità di esprimere testualmente questo limite ("tranne che nelle cause davanti alla Corte di cassazione") diversamente da quanto può il pm del merito, a ciò abilitato appunto in quanto parte in senso proprio.

19. Il procuratore generale della cassazione può concludere in senso difforme da quello proposto dall'ufficio requirente del merito, sia nell'ambito penale sia anche – quando vi sia un caso di impugnazione del pm *a quo*, in base all'art. 72, comma quinto, cpc – in sede civile. È una evenienza meno rara di quanto si potrebbe pensare, specie per la materia penale. La prassi costante dell'Ufficio esclude tuttavia che il procuratore generale rinunci al ricorso proposto dal pm presso il giudice di merito, come pure in astratto è possibile (Cass., n. 4761/1996).

20. Art. 379, terzo comma, cpc, ovviamente nella versione anteriore alle modifiche portate dalla legge n. 197/2016.

21. Salva la possibilità di repliche per iscritto delle difese, nella stessa udienza. Da ciò la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale variamente proposte riguardo all'indicato ordine degli interventi; tra altre, Cass., sez. un. civili, n. 19660/2003.

22. Nella sua versione "neutra", cioè quella di un soggetto che interviene nel processo con la sola finalità di fornire al giudicante elementi conoscitivi e di ragionamento finalizzati alla migliore decisione in termini obiettivi, non in quella dell'*amicus* indirizzato a una certa soluzione in quanto portatore di interessi coinvolti dalla causa, che ha trovato applicazione – e frequenti abusi – nell'esperienza statunitense. Sulla figura, v. G. Criscoli, *Amicus curiae*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1973, 187. Con la non lieve e anzi fondamentale differenza, peraltro, della doverosità *ex lege* dell'intervento e delle conclusioni del pubblico ministero, nel sistema italiano; almeno, fino al 2016 (v. *infra* nel testo).

dei casi simili. E ciò tanto più in quanto, sebbene non operi la regola dello *stare decisis*, il vincolo del precedente della Corte viene a essere valorizzato nelle più recenti conformazioni del rapporto, esterno, tra giudizio di legittimità e giudizio di merito (art. 360-bis, n. 1, cpc) e, all'interno, tra decisione delle Sezioni Unite e indirizzi delle Sezioni semplici della Corte di cassazione (art. 374, terzo comma, cpc)<sup>23</sup>. Vi è in fondo un rapporto di correlazione tra la efficacia *de futuro* di una decisione di ultima istanza e la funzionalizzazione degli organi giudiziari che contribuiscono a renderla: quanto maggiore è il peso della pronuncia e il vincolo che da essa deriva, tanto più sarà avvertita la necessità che quella decisione sia – se non necessariamente condivisa nei contenuti – frutto di plurimi apporti, oltre che di reale collegialità.

Questa ricostruzione della funzione generale assunta nel sistema interno dal pubblico ministero civile di legittimità, che si è definita come cooperativa e promozionale, si colloca d'altra parte in sintonia con analoghe formulazioni che si trovano espresse, in particolare, in documenti del contesto sovranazionale.

In numerosi atti, al di là del loro valore persuasivo/paranormativo più che prescrittivo, si esprime la concordanza delle istituzioni continentali nell'assegnare ai pubblici ministeri un ruolo corrispondente a quello appena descritto.

La *Dichiarazione di Bordeaux*, su «Giudici e procuratori in una società democratica», adottata il 18 novembre 2009 nell'ambito dei Consigli consultivi dei giudici e dei procuratori in seno al Consiglio d'Europa, esprime il «ruolo distinto, ma complementare, dei giudici e dei procuratori», «garanzia necessaria per una giustizia equa, imparziale ed efficace», approntata da giudici e da procuratori che debbono essere «entrambi indipendenti e imparziali». La successiva *Carta di Roma*, documento in forma di parere rivolto al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ed elaborato dal citato Consiglio consultivo dei procuratori europei in data 17 dicembre 2014<sup>24</sup>, reca *Norme e principi europei concernenti il pubblico ministero* e, nell'associare l'azione del pm alla tutela dei diritti, ne individua la funzione di rappresentanza dell'interesse pubblico (paragrafo 2) quale modo per contribuire al raggiungimento di decisioni giuste da parte delle Corti (par. 16). E an-

cora di «organo di giustizia», «promotore dei diritti», parla il documento finale redatto il 28 maggio 2011 all'esito della riunione della Rete dei procuratori generali delle Corti supreme dell'Unione.

Si tratta di enunciati generali, valevoli tanto per l'area penale quanto per quella civile.

Così, allargando il campo visivo, la complementarietà tra il giudice e il «suo» pubblico ministero quale si registra nello svolgimento della funzione di legittimità finisce per avvicinare il requirente italiano all'omologa figura che opera presso il giudice sovranazionale del Lussemburgo. L'intervento del pubblico ministero nel processo civile di legittimità, si è osservato e si ribadisce, non propone alcun profilo di singolarità nel panorama europeo, tenuto conto dell'omologo compito espletato dagli avvocati generali nel processo davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea, quello di «assistere quest'ultima nell'adempimento della sua missione, che è di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato», mediante una «opinione individuale, motivata ed espressa pubblicamente» da «un membro dell'istituzione» (Cgue, sentenza 8 febbraio 2000, C-17/98, Emesa Sugar). Compito degli avvocati generali, non diversamente da quello del pubblico ministero nel giudizio civile di cassazione, è dunque di «presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che [...] richiedono il [loro] intervento» (art. 252, 2° comma, TFUE)<sup>25</sup>.

La esplicita definizione dell'avvocato generale presso la Corte dell'Unione, in termini di componente dell'istituzione nel suo complesso, se trasferita sul piano interno propone in prospettiva spunti di particolare interesse in ordine alla cooperazione organizzativa del processo, alla selezione dei casi, all'attività di gestione dei procedimenti *prima* della loro trattazione (v. *infra*).

L'accennato carattere del pm presso la Corte di cassazione, d'altronde, assume contorni ancora più netti nel raffronto con la disciplina che concerne il pubblico ministero civile presso il giudice di merito. Qui, in sintesi, le regole del codice (e la legislazione societaria e concorsuale) declinano una preselezione dei casi di intervento *ratione materiae*, che individuano sul piano normativo la ragione dell'azione/

23. Sull'accentuazione della funzione conformatrice, esterna e interna, delle pronunce della Corte, v. l'ampia relazione a cura dell'ufficio del Ruolo e del massimario, *La Corte del "precedente" - Riflessioni su continuità ed innovazione per l'applicazione dell'art. 360-bis del codice di procedura civile*, gennaio 2010.

24. Tali atti si leggono in [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it), Sezione internazionale.

25. Così le notazioni ripetutamente espresse nei più recenti interventi e da ultimo ribadite nell'intervento del procuratore generale R. Fuzio, nell'Assemblea generale della Corte di cassazione, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 ([www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Intervento\\_anno\\_2018.pdf](http://www.procuracassazione.it/procuragenerale-resources/resources/cms/documents/Intervento_anno_2018.pdf)).

impugnazione (artt. 69, 72 cpc) o dell'intervento (art. 70 cpc)<sup>26</sup> del pubblico ministero secondo una scala di valori piuttosto variegata, contenuta in disposizioni processuali o sostanziali, il cui comune denominatore è ancora una volta l'interesse pubblico. Il catalogo spazia dalle tematiche delle associazioni, alle tutele e in genere alla protezione dei soggetti deboli, alla materia familiare e delle responsabilità genitoriali, all'ambito fallimentare. Ma appunto, per quello che qui interessa, questa sorta di riserva di attribuzioni e di facoltà processuali "per settori" materiali declina – o dovrebbe – la difficoltà di pensare a una attribuzione minore, per estensione, in sede di giudizio di legittimità: e ciò sia per l'incoerenza sistematica di affidare all'ufficio la cura di quegli interessi solo nell'ambito dei gradi di merito e non dinanzi alla Cassazione, dove maggiore si profila la necessità della elaborazione di principi; sia per evitare possibili contraddizioni, quale quella di negare o rendere facoltativo l'intervento del procuratore generale della Cassazione proprio là dove, nei gradi precedenti, vi sia stata una iniziativa del pm agente, un intervento obbligatorio, così allo stesso tempo tutelando ma poi svalutando la portata dell'interesse sotteso.

In breve: nel processo di merito, ciò che conta è la natura della causa; nella sede di legittimità, è la funzione di uniformazione del diritto.

## 5. Teoria e prassi. Il confine mobile tra udienza e camera di consiglio

Lo schema appena delineato espone in maniera sintetica ciò che le norme, di ordinamento e del processo, descrivono e implicano, nel lungo periodo che corre tra l'avvento della Costituzione e l'ultimo decennio. Il dover essere. Ma sistema normativo ed esperienza giudiziaria non sempre hanno lo stesso passo, e dunque di questo sfasamento occorre analizzare le ombre.

Innanzitutto, non è disponibile una verifica misurabile dell'apporto che, in detto sistema, è stato offerto dall'Ufficio requirente all'andamento del giudizio di legittimità.

In effetti, non è agevole pesare l'efficacia della funzione cooperativa del pm una volta che essa si

esprime, come è nel sistema descritto, fondamentalmente nella pubblica udienza e dunque in forma orale, che non lascia traccia<sup>27</sup>. Con poche eccezioni (ad esempio, nei casi in cui è la stessa decisione della Corte a darne esplicitamente atto, nel corpo della motivazione), le ragioni che sono fatte valere dal pubblico ministero in vista di una determinata conclusione restano confinate nella etichetta della "conformità" o della "difformità" *tout court* che appare sui motori di ricerca e sulle riviste.

La capacità persuasiva e il contributo di argomentazione che possono essere dati all'interno di una trattazione esclusivamente orale, a loro volta, postulano che sul piano organizzativo e della gestione del processo l'entità numerica dei ricorsi da affrontare e studiare sia contenuta – per il pm – in limiti ragionevoli.

A monte della regolazione processuale, infatti, v'è la evidente asimmetria di composizione strutturale e organizzativa dell'ufficio del giudice – la Cassazione – e di quello del pubblico ministero presso la stessa. L'una, articolata in Sezioni e con competenze predefinite per materia, secondo regole tabellari, e dunque composta da magistrati che acquisiscono conoscenze settoriali, ulteriormente affinate nel tempo dalla formazione di collegi specializzati; l'altro, numericamente assai più ridotto come organico, composto da magistrati ai quali non è normalmente offerta questa possibilità di specializzazione estrema, sia per il rapporto di proporzione tra numero delle cause trattate mensilmente dalla Corte, che non permettono abbinamenti stabili tra requirente e Sezione, sia perché all'Ufficio del pm sono assegnate attribuzioni ulteriori e di rilievo (la materia disciplinare, il coordinamento tra uffici del pubblico ministero *ex art. 6 del d.lgs n. 106/2006*), che sono affidate ai magistrati accanto e in aggiunta ai compiti di trattazione dell'udienza. Una asimmetria che refluisce nel quotidiano, nella palese diversità tra la distribuzione del carico dell'udienza tra i vari componenti del collegio e la attribuzione dell'intero carico al rappresentante del pm

Questo complessivo divario, che marca una forte differenza di approccio organizzativo rispetto alla medesima trattazione processuale, è solo in parte colmato dai criteri di auto-organizzazione che la Procura generale può adottare, senza incontrare particolari

26. Assistito da una sanzione di nullità la cui portata è stata fortemente ridimensionata dalla giurisprudenza, essendo sufficiente che il pm sia messo in condizione di partecipare al giudizio.

27. Sono rari e percentualmente poco significativi i casi in cui alla requisitoria orale si associa un documento scritto, che compendia ciò che forma oggetto della discussione e delle conclusioni del pm; si tratta infatti di possibilità *de facto*, non prevista – ma nemmeno esclusa – dalla sequenza processuale e in particolare dall'art. 379 cpc, e il cui esercizio deve essere attentamente modulato, a garanzia del contraddittorio, tra le parti e rivolto al giudice.

limiti<sup>28</sup>, regolando settori di appartenenza e modi e criteri di attribuzione degli affari, al cui interno trovano spazio anche elementi di specializzazione<sup>29</sup>.

In ogni caso, stabilire *cosa* e *quanto* portare in giudizio è compito della Corte; l'Ufficio requirente non ne dispone<sup>30</sup>.

A bilanciare – sul piano esclusivamente funzionale – questa non eliminabile asimmetria (giacché non è ragionevolmente pensabile né auspicabile che l'ufficio requirente rifletta come uno specchio la stessa composizione e l'articolazione del giudice), però, vi è la più larga visuale di cui il requirente può godere nell'osservazione della giurisprudenza e del suo farsi in sede di legittimità. Il carattere più o meno generalista del pm civile, chiamato a concludere motivatamente su una serie ampia e variegata di questioni, gli consente di scorgere i possibili contrasti di indirizzo, tra le Sezioni e perfino all'interno di queste, in ragione della variazione dei collegi, e di proporre soluzioni di coordinamento interpretativo nelle materie che attraversano competenze plurisezionali. Stretto da carichi di studio e di elaborazione quantitativamente gravosi, ma affrancato dalla fase redazionale della decisione, il pm civile è in grado, anche grazie agli strumenti di circolazione informativa interna<sup>31</sup>, di proporre di volta in volta argomenti che, conformemente all'idea di fondo che si è detta, mirano alla uniformazione del diritto, alla eliminazione di possibili contraddizioni interpretative che una produzione di giurisprudenza massiva e marcatamente specializzata rischia di determinare; così come può promuovere ripensamenti su temi già esplorati, o essere di impulso per questioni incidentali pregiudiziali, costituzionali o comunitarie.

In una strutturazione del lavoro della Corte che inevitabilmente si orienta verso la settorialità e che, nell'esperienza, affida l'esame più approfondito di ciascuna singola causa a chi ne sia designato come relatore, oltre che al presidente del collegio, la formulazione delle conclusioni motivate del pm può restituire al collegio di legittimità argomenti atti ad avviare una riflessione più estesa e completa sui temi da affrontare.

Tutto questo però esige una pre-condizione, che ha direttamente a che fare con il limite di gestione dei carichi di lavoro e delle pendenze dinanzi al giudice di legittimità. In tanto può dirsi che il contributo alla decisione della Corte rivesta i caratteri di apporto nomofilattico che sopra si sono ricordati, in quanto esso si svolga in un sistema operativamente omogeneo, che definisce un luogo processuale in cui tale dialettica abbia a svolgersi; luogo che è tradizionalmente la pubblica udienza. Ma allora occorre non solo che questa udienza sia singolarmente sostenibile, ma che l'assieme delle udienze corrisponda al flusso di procedimenti che la Corte stessa è chiamata a definire.

Emerge così il vero innesco della deflagrazione quantitativa che, con locuzione corrente e perfino abusata, è stata definita l'"assedio" alla Corte di casazione<sup>32</sup>.

La crisi della Cassazione come effetto del carico, insostenibile, che grava su di essa è un dato a tutti noto, formando da anni oggetto di dibattito e di forte sottolineatura ad opera dei suoi vertici<sup>33</sup>; e non è necessario soffermarsi oltre misura su questo, che costituisce il dato (negativo) di partenza delle considerazioni che seguono. Le molte ragioni che hanno condotto a riversare, oggi, sul giudice di legittimità un numero realmente "impressionante" di processi<sup>34</sup>

28. Nella Circolare 16 novembre 2017 del Csm sulla organizzazione degli Uffici di Procura, l'art. 22 si limita a registrare la formazione con cadenza triennale del Progetto organizzativo dell'Ufficio, di cui lo stesso Consiglio superiore prende atto; senza il vincolo alle minute prescrizioni poste, nelle disposizioni che lo precedono, per gli uffici di merito.

29. Non è possibile illustrare in dettaglio i diversi criteri che regolano, con disposizioni auto-organizzative puntuali, la composizione dei servizi (civile, penale, disciplinare), le funzioni assegnate ai vari magistrati e le modalità di esercizio dell'attività dell'Ufficio. I Criteri vigenti possono leggersi sul sito *web* [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it), in fase di aggiornamento al momento di questo scritto.

30. Salva la forma di cooperazione che si svolge nel quadro preliminare di interlocuzione della elaborazione del Programma per la gestione dei procedimenti civili, previsto dall'art. 37 del Dl n. 98/2011 convertito dalla legge n. 111/2011, regolato dalla Circolare del Csm del 7 dicembre 2016; anche in questo caso l'analisi delle pendenze, la determinazione dei carichi, l'individuazione delle priorità, la formazione dei ruoli, sono tutte attività che restano affidate al giudice.

31. Oggi consistenti nell'area *intranet*, dove sono consultabili la generalità delle banche dati e dove vengono inserite le conclusioni scritte dei magistrati, e nel supporto della struttura di documentazione; oltre che, ovviamente, nelle riunioni periodiche e nello scambio informale.

32. Mutuando l'efficace titolo del volume a cura di A. Scalfati, Giuffrè, Milano, 2014, che raccoglie gli atti del convegno «Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità». Locuzione ripresa nell'intitolare l'incontro del 3 dicembre 2013 organizzato presso la Corte dall'Ann.

33. Alla fine del 2016, i processi pendenti sono 106.862; alla fine del 2017, 106.920. Dieci anni prima, nel 2007, sono 102.588. Naturalmente tali cifre vanno associate alle sopravvenienze, tra loro in crescita, e tuttavia esprimono plasticamente il "peso" che grava sempre sulla Corte. I dati sono tratti dalle Relazioni inaugurali dei primi presidenti sull'amministrazione della giustizia negli anni di riferimento.

34. P. Curzio, *Il problema cassazione*, in questa Rivista trimestrale, n. 4/2015, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2015-4\\_17.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2015-4_17.pdf); Id., *Il futuro della Cassazione*, in questa Rivista trimestrale n. 3/2017, *cit*.

sono variegata e di diversa natura: legislativa, innanzitutto, come lo spostamento dalla giurisdizione amministrativa verso la Cassazione della massa di controversie sul pubblico impiego privatizzato, o, ancor più, la mole di impugnazioni nel settore tributario, che origina a partire dalla istituzione della apposita sezione (quinta) nel 1999, a seguito della soppressione, tre anni prima, della mal funzionante Commissione tributaria centrale; ma anche di ordinamento costituzionale, con l'intatto e in taluni ambiti (si pensi alle sanzioni amministrative, ai preavvisi di contestazione, agli atti della giurisdizione volontaria) crescente spazio aperto all'impugnazione in cassazione ex art. 111 Cost., senza alcun correttivo di carattere selettivo; e di ordinamento comune, per l'emersione – di certo in sé da salutare con favore – di pretese crescenti, di nuovi diritti, nuovi interessi che reclamano garanzie e giustiziabilità, esigono regolazioni che il legislatore sovente non offre od offre tardi; il tutto nell'ambito di un sistema giuridico multilivello che propone più di un momento di frizione dei dati normativi – sovranazionali, nazionali, regionali – e che si associa a un corpo sociale frammentato, il quale mostra aggregazioni settoriali intorno ad interessi particolari dei gruppi, a scapito della coesione sociale e perciò con incremento della conflittualità (la cd. *litigation explosion*). Ai fini del presente scritto è sufficiente constatare queste cause, che conducono all'onda lunga dell'aumento esponenziale del contenzioso, il cui approdo ultimo è il giudice di legittimità.

Impossibilitato a ricondurre a unitarietà le cause anzidette, o ad intervenire dall'alto, sul piano costituzionale, con una regolazione diversa della garanzia del ricorso all'ultima istanza di legittimità, il legislatore opera sugli effetti, o meglio sui modi di gestione dell'effetto-assedio. Lo fa, quindi, attraverso nuove regole di trattazione del processo, aprendo un varco sempre più ampio tra i due modi di definizione della causa, udienza pubblica e camera di consiglio, che dovrebbe corrispondere alla distinzione tra cause "nomofilattiche" e cause semplicemente "litigatorie".

Si coglie, in questa constatazione, quello che risulterà essere lo snodo centrale del percorso con il

quale si è inteso regolare il modo di operare della Corte negli anni più recenti, vale a dire il rapporto di prevalenza tra la sede pubblica e la trattazione camerale: l'una rivolta alla produzione di principi, l'altra alla definizione delle cause che non impegnano in tal senso.

## 6. Il decennio delle riforme. La crisi della Corte, i rimedi del legislatore

Inizia così la serie di riforme, in particolare dell'ultimo decennio, che mostra una intermittenza di interventi normativi, una sequenza "a docce scozzesi"<sup>35</sup>, cui di volta in volta si intrecciano anche nuove disposizioni che inseriscono meccanismi di "filtro" nell'accesso al giudizio e nella sua destinazione all'una o all'altra sede: come il quesito di diritto ex art. 366-bis cpc, poi soppresso; o come l'inammissibilità del ricorso che non offra ragioni di novità rispetto a precedenti stabilizzati (art. 360-bis cpc).

Nell'accennato percorso, la chiave di volta è costituita dall'occupazione di sempre maggiore spazio da parte del processo a trattazione camerale<sup>36</sup>. Un rapido *excursus*, con le lenti del pm, è necessario.

Il primo passo è dato dalla legge cd. Pinto, n. 89/2001, mossa dall'esigenza di corrispondere ai dettami della Cedu e con la prospettiva di accelerazione complessiva della risposta giudiziaria, in coincidenza con l'introduzione dei noti rimedi indennitari per l'eccessiva durata dei processi e sulla scia del novellato art. 111 Cost. (legge cost. n. 2/1999). Quella legge riforma l'art. 375 cpc, fino ad allora di limitata applicazione, introducendovi lo strumento di definizione dei ricorsi che risultino "manifestamente" fondati o infondati. Si tratta di un modulo procedurale che si rivelerà tutt'altro che efficace e snello<sup>37</sup>. Il pubblico ministero, in questo rito, formula inizialmente conclusioni scritte, a ciò peraltro sollecitato da una indicazione della stessa Corte che indirizza la causa verso la camera di consiglio<sup>38</sup>; quindi, interverrà nuovamente – e generalmente in

35. R. Rordorf, *Nuove norme in tema di motivazione delle sentenze e di ricorso per cassazione*, Relazione al corso di formazione decentrata, Milano, 18 maggio 2009.

36. Come in qualche modo già prefigurato nel punto n. 7 della "bozza di provvedimenti urgenti sul giudizio di cassazione", cd. Brancaccio-Sgroi, fatta oggetto della risoluzione adesiva del Csm 28 marzo 1990, redatta da G. Borrè.

37. Ancora G. Borrè annoterà la maggiore snellezza della pubblica udienza rispetto al modello camerale così strutturato; critico, altresì, C. Consolo, *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, *Corr. giur.*, 2001, 569. Dall'intervento annuale del procuratore generale del 2003, si apprende la ridotta applicazione di questo modello procedurale, attestato mediamente nelle varie Sezioni intorno al 10%.

38. Con appropriazione da parte del giudice di un impulso che la lettera della legge, art. 138 disp. att. cpc, sembrava per la verità affidare proprio al pubblico ministero: il quale, «se ritiene che i ricorsi debbano essere trattati in camera di consiglio, stende per iscritto le sue requisitorie in calce ai ricorsi stessi».

persona di altro magistrato – nella successiva camera di consiglio, nella quale il ricorso verrà definito oppure dirottato verso la pubblica udienza, se non risulti a definizione “manifesta”.

Le cose non migliorano, dal punto di vista dell’efficienza complessiva e in particolare dal punto di vista del contributo del pm civile, con l’istituzione della cd. Struttura unificata, istituita in via di auto-organizzazione<sup>39</sup>, che sarà successivamente codificata e regolata con la legge n. 69/2009 come “apposita sezione” ex art. 376 cpc (la sesta sezione civile), quella cioè preposta alla trattazione delle cause da definire secondo lo schema della soluzione spedita e ad esito evidente, “manifesto”, a norma dell’art. 375. Qui, in breve, con l’inserimento, nel 2006 (d.lgs n. 40/2006), dello schema di opinamento o di progetto di decisione che si intravede nella relazione stesa dal relatore della causa, secondo l’art. 380-bis, se si assiste di certo a una più puntuale selezione dei ricorsi, per la migliore strutturazione e specializzazione della sezione-filtro, dal lato del pm si perviene a una inversione di marcia che ne rende visibile l’appesantimento; se infatti in precedenza le conclusioni per la spedizione verso l’esito camerale erano, almeno processualmente, frutto di una valutazione del pm, ora questi si trova semplicemente a interloquire *sulla* relazione, dunque sulla proposta di soluzione del caso, in adunanze camerale nelle quali sono fissate svariate decine di cause, per dare risposta all’esigenza di smaltimento del carico che sempre grava sulla Corte. Se si analizza la serie statistica delle cause in camera di consiglio (circa 15.000 cause nel 2007, dato aggregato dei vecchi ricorsi e dei nuovi ex art. 380-bis; 4.500 vecchi e altrettanti nuovi nel 2008; poi, dal 2009, solo ricorsi di nuovo rito: 8500, nel 2009; 10.500, nel 2010; 9.000, nel 2011; 7.000, nel 2012<sup>40</sup>) e se si rileva che a fronte di questa massa d’urto, che ricade su una componente di magistrati del servizio civile che oscilla mediamente intorno alle 25 unità in organico effettivo, vengono proposte entità statisticamente insignificanti (qualche decina, in tutto) di deduzioni dissenzienti rispetto alla proposta del relatore, è facile ricavarne la constatazione della complessiva inutilità della presenza del pub-

blico ministero per quanto concerne questo ambito processuale.

Inutilità che infatti viene certificata nel 2013, con la riforma, recata dal Dl n. 69/2013, convertito dalla legge n. 98/2013, che modifica contestualmente gli artt. 380-bis cpc e 76 dell’ordinamento giudiziario, introducendo in quest’ultimo il primo strappo alla generalizzata prescrizione dell’intervento del pm in cassazione, ora soppresso per le cause che vengono trattate dalla sezione «di cui all’art. 376, primo comma, primo periodo» cpc, ossia la sezione sesta. È una modifica non irragionevole, tutt’altro, alla luce dei dati numerici sopra riportati. E tuttavia essa, codificando la possibilità che il pubblico ministero sia estromesso da “quote” di giurisdizione di legittimità, avvia, più o meno consapevolmente, un percorso critico che condurrà alla attuale crisi di identità del ruolo del pm in cassazione.

Da un lato, va ricordato che, con forzatura interpretativa del dato normativo, oggi abbandonata, presso la sesta sezione civile era invalsa per via di prassi una trattazione mista, non limitata all’adunanza camerale ma estesa all’udienza pubblica; una sorta di udienza “minore”, nella quale venivano definite controversie, per così dire, “meno manifestamente” infondate o fondate ma la cui effettiva funzione trovava in realtà origine nella consapevolezza che il rito incentrato sulla relazione costituiva un appesantimento per l’operato dei giudici, costretti, in quella sequenza, alla stesura della relazione, poi alla proposizione in collegio della stessa alla luce delle osservazioni e deduzioni delle parti private e del pm ed infine tenuto alla redazione del documento-sentenza<sup>41</sup>: il che dimostrava nell’esperienza concreta ciò che dovrebbe risultare evidente e cioè che non è la trattazione camerale, di per sé sola, a poter fornire un apporto fondamentale alla sollecitudine del giudizio e all’obiettivo della riduzione progressiva dell’arretrato.

Dall’altro, il *favor* legislativo per la cameralizzazione del rito civile<sup>42</sup> è parte di un tutto: esso si muove in parallelo non solo con la rivisitazione dei meccanismi di filtro in appello (artt. 348-bis e 348-ter cpc), ma altresì con ulteriori modifiche, man mano intervenute nel periodo 2009-2013, tutte

39. Decreto del primo presidente della Corte di cassazione 9 maggio 2005 (*Foro it.*, 2005, p. 2323).

40. Dati tratti dagli interventi in occasione delle inaugurazioni degli anni giudiziari.

41. L’appesantimento di simile procedura, da cui fondati dubbi di efficacia della riforma in senso deflattivo e di accelerazione, è stato sottolineato più volte: esso è stato definito una farragine legislativa, nel lavoro della Commissione Berruti. All’opposto, non manca chi ha messo in rilievo l’utilità del meccanismo della relazione in chiave di effettiva formazione collegiale del deliberato, v. B. Sassani, *Giudizio sommario di cassazione ed illusione nomofilattica*, Riv. dir. proc., 2017, p. 35.

42. Espresso del resto, sia pure con accenti diversi, anche in seno alle Commissioni “Vaccarella” e “Berruti” per la riforma processuale. Cfr. il progetto Vaccarella del 3 dicembre 2013 e poi quello, esitato nel Ddl n. 2953/2015, della Commissione Berruti o “degli undici”, che prelude alla “vera” riforma della cameralizzazione attuata nel 2016; progetti annotati da C. Graziosi, *La Cassazione “incamerata”*. Brevi note pratiche, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

orientate verso il dichiarato obiettivo di una risposta il più possibile “economica” alla domanda di giustizia: come la valorizzazione della sintesi descrittiva ed argomentativa del testo-sentenza (art. 132, n. 4, cpc, dove ora vi è il riferimento alla “concisa” esposizione in fatto e diritto della decisione, e art. 118 disp. att. cpc, che pone la regola di una “succinta” esposizione dei fatti e delle ragioni giuridiche della pronuncia), ulteriormente svolta, presso la Cassazione, da integrazioni sub-normative e di autoregolazione, come il decreto della prima presidenza della Corte n. 27 del 22 marzo 2011 sulla motivazione semplificata dei provvedimenti civili<sup>43</sup> e come la nota al Cnf dello stesso organo di vertice della Corte in data 17 giugno 2013 sui limiti quantitativi degli atti processuali; o come la riforma dell’art. 360, n. 5), cpc, a opera della legge n. 134/2012, con il ritorno alla formulazione originaria del codice di rito e relativa riduzione al cd. minimo costituzionale del sindacato sulla motivazione del merito; o ancora come la preferibile opzione per la forma dell’ordinanza, in tutti i casi in cui non venga in rilievo un profilo di principio ma solo la soluzione e conclusione della controversia; o, infine, come la prescrizione che, rafforzando la forza del precedente di legittimità, indirizza i ricorsi che intendano contraddirlo (senza una pari contro-forza) nel vicolo cieco dell’inammissibilità.

Ai fini dell’analisi che qui si propone, si può compendiare il reticolo di riforme – e di autoriforme<sup>44</sup> – sul processo civile di cassazione finora richiamate nel segno dell’abbandono complessivo della scelta per il modo di proposizione dell’impugnazione, ossia per la tecnica di redazione dell’atto (come predicava il quesito di diritto dell’art. 366-bis), a favore della scelta per una deflazione che

guarda al modo di decisione e al rito che vi è associato, in ragione della valutazione del contenuto dell’impugnazione.

Fin qui, i caratteri propri del senso dell’intervento del pubblico ministero non sembrano subire una mutazione radicale. Sgravato dalla partecipazione a una sede decisoria, presso la sesta sezione, che è o dovrebbe essere sempre connotata da un valore intrinseco di segno negativo delle cause ivi trattate, ossia il *non* avere rilevanza in termini di principio nomofilattico<sup>45</sup>, l’Ufficio della Procura generale civile – anzi – può convogliare il proprio impegno verso le cause che, superando gli ostacoli indicati (il filtro *ex art. 360-bis* cpc), meritano la definizione in pubblica udienza (con sentenza). Il taglio di una quota numericamente elevata ma qualitativamente recesiva non comporta la necessità di ripensamenti nel modo di operare del requirente, e al contempo può armonizzare la cifra quantitativa del contenzioso da affrontare con l’immutato, limitato organico dell’Ufficio stesso<sup>46</sup>, a fronte degli incrementi di quello della Corte.

Le linee portanti della funzione cooperativa svolta dal pm più sopra sintetizzate, dunque, fin qui valgono ancora.

Non va dimenticato, a completamento, che durante tutto il percorso legislativo e applicativo finora indicato restano altresì ferme le modalità di redazione delle requisitorie scritte nell’ambito dei giudizi per regolamento di competenza e, soprattutto, di giurisdizione, che sono disciplinati da un modulo processuale relativamente stabilizzato (art. 380-ter cpc) e che costituiscono una porzione di minore peso quantitativo – ancorché spesso di spiccata complessità – nell’attività dell’Ufficio<sup>47</sup>.

43. In [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); B. Capponi, *La motivazione della sentenza civile*, in *Questione Giustizia on line* del 24 marzo 2015, [www.questionegiustizia.it/articolo/la-motivazione-della-sentenza-civile\\_23-03-2015.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-motivazione-della-sentenza-civile_23-03-2015.php), offre spunti su un possibile strabismo, tra una crescente semplificazione del provvedimento decisorio del giudice e la richiesta di completezza/autosufficienza degli atti delle parti, che indurrebbe le difese a una *iper*-scrittura fobica, per prevenire rilievi di inidoneità delle impugnazioni. Ma v. peraltro Cass., n. 21297/2016 e n. 14966/2016. V. anche M. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, *Riv. trim. dir., proc. civ.*, 2012, p. 437. Per una disamina di assieme delle riforme degli anni 2006 e 2009, F. Cipriani, *La riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009; L. Panzani, *Il nuovo processo in cassazione*, e P. D’Ascola, *La riforma e le riforme del processo civile: appunti sul giudizio di Cassazione*, Esi, Roma, 2010.

44. Un panorama generale su queste ultime può leggersi in: *Per l’accelerazione del processo di cassazione*, *Foro it.*, 2017, V, p. 344.

45. Ciò, in astratto. La pratica e l’elaborazione interna della Corte hanno inserito nell’ambito delle competenze della sesta sezione una “materia” trasversale, quella dei profili processuali inerenti per l’appunto gli aspetti che legittimano o meno il ricorso alla trattazione semplificata, il che non sembra di per sé prestarsi a questa collocazione, sempre e comunque. V. al riguardo il Documento programmatico sulla sesta sezione civile, 22 aprile 2016, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

46. L’organico attuale dei magistrati della Procura generale è in totale di 74, di cui 2 apicali e 5 direttivi. L’organico della Corte è di 365 magistrati, di cui 2 apicali e 55 direttivi, che aumenta a 432 se si considerano i magistrati dell’ufficio del massimario destinati alla Corte abilitati a comporre i collegi, come previsto dall’art. 115 dell’ordinamento giudiziario, novellato dal Dl n. 168/2016 conv. dalla legge n. 197/2016. E che aumenterà ulteriormente, relativamente alla sezione tributaria, che mostra la maggiore sofferenza delle pendenze (circa il 50%, ormai, del totale), in attuazione della prevista destinazione di 50 giudici “ausiliari” presso detta sezione, come previsto per la durata di tre anni dall’art. 1, commi 961-981, della legge di bilancio n. 205/2018.

47. Il numero dei ricorsi per regolamento si attesta mediamente intorno ai 500-600 l’anno.

## 7. La “cameralizzazione” come regola. La mutata identità del procuratore generale nel rito civile di cassazione

È la riforma del 2016 (Dl n. 168/2016, conv. dalla legge n. 197/2016) a imporre una riflessione del tutto diversa, perché la linea di complessiva continuità che si è detta, appena scalfita dalla abolizione dell'intervento nelle cause da definire presso la sesta sezione<sup>48</sup>, si spezza, fornendo un panorama inedito.

Attraverso una impostazione che recepisce in parte spunti sistemici del processo penale, come nella inversione dell'ordine della discussione in pubblica udienza, in cui ormai il pm parla per primo anche nel processo civile<sup>49</sup>, il mutamento strutturale portato dalla riforma del 2016 è chiaro: esso rovescia il rapporto regola-eccezione tra l'udienza e la camera di consiglio dinanzi alla sezione semplice, e fa di quest'ultima il luogo ordinario di gestione del contenzioso di legittimità. In questo luogo, già prima fortemente de-strutturato con le varie innovazioni riduttive, ossia per sottrazione, che sono state elencate (meno argomentazione, dunque meno spiegazione; assenza di oralità), il pm civile di cassazione diviene un soggetto a intervento variabile. La camera di consiglio non è “partecipata”, e il procuratore generale, così come le parti in causa, può interloquire se e quando lo ritenga, ma esclusivamente in forma scritta, nel rispetto dei termini indicati nell'art. 380-bis.1 cpc di nuovo conio.

Si profila un triplice<sup>50</sup> livello, per così dire ad impegno crescente; (a) la – invariata – area dei ricorsi

destinati allo smaltimento dinanzi alla sesta sezione, dove, dal 2013, il pubblico ministero è assente, in cui peraltro la novella aggiunge un aspetto di “avviso” ai difensori del presumibile esito del giudizio; (b) la fascia dei giudizi a trattazione camerale, ora modalità ordinaria del giudizio, in cui il pubblico ministero è messo in condizione di concludere se lo ritenga, con una impostazione che pare echeggiare l'avviso che è dato al pm del merito affinché “possa” intervenire, non perché intervenga (art. 71 cpc); e (c) la fascia “alta”, l'udienza pubblica, destinata a definire i giudizi che meritino il perpetuarsi della forma rappresentativa del contraddittorio orale in quanto essi presentano un coefficiente nomofilattico di un certo livello, che viene espresso dalla formula legislativa della “particolare rilevanza della questione di diritto” (nuovo art. 375, ult. comma, cpc); per questi giudizi permane, in una dimensione che mira a essere quantitativamente assai ridotta, il doveroso intervento del procuratore generale, il quale continua ad essere regolato dall'immutato art. 76 ord. giud., giacché il legislatore della riforma, cameralizzando il rito, istituisce l'accesso in modalità facoltativa del pm attraverso la sola disposizione processuale dell'art. 380-bis.1, in virtù della previsione generale dello stesso art. 76 secondo cui il “dovere” di intervenire è ascritto pur sempre alla forma dell'udienza, sia essa dinanzi alle Sezioni unite o alle Sezioni semplici<sup>51</sup>.

La modifica in discorso appare costituire una svolta, nella definizione del ruolo del Procuratore generale in materia civile, ed impone una riconsiderazione complessiva della funzione ch'esso è chiamato svolgere.

48. Svolge, invece, considerazioni fortemente critiche sulla riforma del 2013 R. Russo, *Il pm presso la S.C. civile! Chi era costui? Apunti sugli artt. 75 e 81 del Dl n. 69 del 2013*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

49. Con una variazione che richiederebbe una disamina a sé stante; essa, pur generalmente plaudita, in particolare da chi ravvisava nell'ordine precedente una riduzione di garanzie, appare a chi scrive aliena dalla effettiva comprensione del ruolo del procuratore generale nelle materie civili e nel processo di parti, beninteso quando il pm non rivesta egli stesso la qualità di parte (ad esempio, nella materia disciplinare); e ciò non per la rivendicazione di un arcaico diritto all'ultima parola ma perché, come sottolineato nel testo, dal punto di vista logico la formazione dell'opinione del rappresentante dell'interesse pubblico dovrebbe seguire, non precedere, la ponderazione degli argomenti dei litiganti, ai cui interessi è estraneo. Sembra di intravedere, nel nuovo modulo, l'idea che siano le parti processuali ad avere il diritto di fruire del punto di vista di una “parte” ulteriore, il pubblico ministero, per assecondarlo o confutarlo, il che sembra una alterazione funzionale, perché nella struttura dialettica del giudizio civile di legittimità il pm si rivolge al giudice, non alle parti. Non è un “contraddittore” in senso proprio.

50. Anzi, quadruplica, se si considera il procedimento camerale ex art. 380-ter cpc per i regolamenti, di giurisdizione e di competenza. Ma come detto tale ambito resta collocato in un ambito invariante e non propone particolari ragioni di riflessione sul sistema; il pm redige una requisitoria scritta, senza successivi interventi.

51. Merita qui annotare che la riforma, introdotta con la legge di conversione n. 197/2016 di ottobre, è stata preceduta dal provvedimento della prima presidenza della cassazione n. 136 del 14 settembre 2016, che, sulla scia dell'analogo atto del 2011 (v. nel testo, par. 6), ha reiterato e ampliato le prescrizioni di carattere auto-organizzativo in tema di «Motivazione sintetica dei provvedimenti civili. In particolare la motivazione semplificata» (si legge in *Foro it.*, 2016, V, p. 344), ponendo ancora una volta l'accento sulla centralità del binomio valore nomofilattico-sentenza (e dunque udienza), rispetto al tendenziale rapporto biunivoco adunanza-ordinanza (semplificata). L'esigenza di “sintesi” nel processo risulta essere una costante degli indirizzi attuali; si veda l'iniziativa del Ministro della giustizia, a partire dal 2016, per la costituzione di un Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali, che ha redatto diverse relazioni sul tema. Sulle varie declinazioni della “sintesi” nel processo, da ultimo, F. De Stefano, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel giudizio di legittimità*, in *Questione Giustizia on line* del 24 novembre 2016, [www.questionegiustizia.it/articolo/la-sinteticita-degli-atti-processuali-civili-di-par-te-nel-giudizio-di-legittimita\\_24-11-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-sinteticita-degli-atti-processuali-civili-di-par-te-nel-giudizio-di-legittimita_24-11-2016.php).

## 8. Alla ricerca del significato della funzione requirente civile nel quadro delle attribuzioni della Procura generale

La riforma del 2016 propone più d'uno spunto di analisi, dal punto di vista della coerenza complessiva del – o meglio, dei – riti che ne conseguono. Imperniata sul *leit-motiv* ormai costante della velocizzazione e della semplificazione, in funzione della riduzione del contenzioso e dunque dell'arretrato insostenibile<sup>52</sup>, la nuova disciplina è oggetto di considerazioni tutt'altro che uniformi, a seconda dell'accento che si intenda porre sulla regolazione nei suoi diversi aspetti e soprattutto sulla sua validità rispetto al fine che ha di mira<sup>53</sup>.

Non è scopo di questo scritto svolgere un esame analitico della riforma, e neppure di evidenziarne gli aspetti problematici di interpretazione di alcune formule incomplete o la presumibile proiezione futura, quale ad esempio quella della verifica circa la razionalità di un duplice procedimento camerale, a gradazione differenziata di complessità decisoria, tra sesta sezione e sezione semplice della Corte. La discussione teorica intorno alla bontà della novella processuale è ampia e variegata, e non può che rinviarsi a essa<sup>54</sup>; come soltanto la sperimentazione sul campo per un tempo adeguato potrà attestare la riuscita del progetto deflattivo. Non senza notare tuttavia che il soggetto maggiormente interessato a tale progetto, cioè la stessa Corte, ne fornisce un apprezzamento di segno positivo, come si trae dalla Relazione del primo

Presidente della Cassazione in sede di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018, in cui si dà atto che “si è rivelata proficua l'applicazione del nuovo rito civile di cassazione introdotto dal d.l. n. 168/2016 conv. dalla legge n. 197/2016. Il più snello procedimento decisorio della camera di consiglio e l'adozione più diffusa delle modalità di stesura semplificata dei provvedimenti, l'applicazione dei magistrati del massimario alle Sezioni ordinarie e la pressoché totale copertura dell'organico del personale di magistratura hanno consentito di assorbire un leggero aumento dei nuovi ricorsi ... e di aumentare di non poco il numero di quelli eliminati (27.372 nel 2016, 30.338 nel 2017, con un incremento del 15,60%)”<sup>55</sup>.

E neppure ci si sofferma qui sull'equilibrio di difficile misurazione tra ragioni pratiche e garanzie, ossia sulla bontà metodologica dell'accettazione di un “riduzionismo” dei principi (contraddittorio, oralità, immediatezza, collegialità effettiva) in nome della finalità *lato sensu* economica o di smaltimento che anima la riforma, al pari di quelle che la precedono<sup>56</sup>.

Si deve, invece, muovere dal dato normativo per ipotizzare quelli che possono essere gli scenari, immediati e del futuro, per la figura e per l'attività del pm nel rito civile di legittimità.

Se ne trae l'immagine di un pubblico ministero *double face*:

(a) da un lato v'è un pm civile impegnato, come in precedenza, nello studio e nella trattazione di procedimenti che assumono portata di principio e che, definiti in una udienza pubblica che dovrebbe risultare omogenea nel peso dei ricorsi, lo portano a formulare

52. Come da titolazione/occasione del Dl n. 168/2016, «Misure urgenti per la definizione del contenzioso», ancorché sia stata la sola legge di conversione a riformare il processo, dato che il decreto recava misure di carattere organizzativo.

53. Sembra possibile rilevare, nella gamma assai articolata di commenti alla disciplina, una tendenziale prevalenza di notazioni positive “dal di dentro”, a fronte di disamine maggiormente critiche da parte della dottrina. Così, ad esempio, L. Lombardo, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Questione Giustizia on line* del 2 dicembre 2016, [www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile\\_02-12-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-volto-della-cassazione-civile_02-12-2016.php), valuta con pieno favore la riforma, rimarcandone gli aspetti di allineamento a strumenti selettivi propri delle Corti di ultima istanza, soffermandosi anche sui profili di compatibilità convenzionale ex art. 6 Cedu per la eliminazione della pubblicità dell'udienza. Mentre rilievi critici sono formulati, tra altri, in una nota del 3 ottobre 2016, dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, segnatamente sul punto focale del settore della “particolare rilevanza” della questione, che indirizza verso la sede dell'udienza pubblica (*Foro it.*, 2016, V, p. 344).

54. Tra i tanti contributi, v. C. Punzi, *La nuova stagione della Corte di cassazione e il tramonto della pubblica udienza*, *Riv. dir. proc.*, 2017, I, p. 1; A. Panzarola, *La Cassazione civile dopo la l. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli, Nuove leggi civ. comm.*, 2017, II, p. 269; L. P. Comoglio, *Giudizio di legittimità, trattazione camerale “non partecipata” e processo equo*, *Nuova giur. civ.*, 2017, 7-8, p. 1028; A. Briguglio, *Le nuove regole sul giudizio civile di cassazione: per i casi normali e per i casi a valenza nomofilattica. La scelta “fior da fiore” di una Suprema Corte ristretta nei limiti dell'art. 111 Cost.*, *Giust. civ.*, 2017, II, p. 301; R. Rordorf, *L'ampliamento della nomofilachia nella riforma del giudizio di cassazione*, in *La nuova cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Cedam, Padova, 2017, pp. 28 ss.; G. Scarselli, *Il nuovo giudizio di cassazione per come riformato dalla l. 197/2016*, in *Questione Giustizia on line*, 1 dicembre 2016, [www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-giudizio-di-cassazione-per-come-riformato-dalla-legge-1972016\\_01-12-2016.php](http://www.questionegiustizia.it/articolo/il-nuovo-giudizio-di-cassazione-per-come-riformato-dalla-legge-1972016_01-12-2016.php); P. Biavati, *Brevi note sul nuovo procedimento in cassazione*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1209. V'è chi sostiene la irragionevolezza dello sdoppiamento tra sezione sesta e sezione ordinaria, a fronte dell'unicità della forma camerale del processo: F. S. Damiani, *Il nuovo procedimento camerale in cassazione e l'efficientismo del legislatore*, *Foro it.*, 2017, V, p. 28.

55. Relazione cit., Roma, 26 gennaio 2018; in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

56. Sul punto v. le profonde considerazioni di P. Gaeta, *Il nuovo processo civile di cassazione: la secolarizzazione della Corte e la scomparsa del procuratore generale*, in questa *Rivista* trimestrale, n. 3/2017, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2017-3\\_11.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2017-3_11.pdf).

delle conclusioni motivate nelle quali il tasso di approfondimento, proprio per la avvenuta selezione a monte della rilevanza nomofilattica, dovrebbe incrementarsi. Si inserisce in questo quadro una possibilità concreta, da tempo esternata dall'Ufficio in più sedi, che metta il requirente in condizione di esprimere quelle conclusioni in un documento scritto, da versare agli atti del giudizio e tale da poter essere inserito negli archivi di ricerca giuridica, primo fra tutti il sistema Italgire, e per tale via offerto al circuito della discussione giuridica<sup>57</sup>, con l'avvocatura e la dottrina. In questa "faccia", il pm come organo cooperativo alla funzione propria del giudice di legittimità vedrebbe accentuare l'avvicinamento alle figure degli Avvocati generali delle Corti sovranazionali;

(b) dall'altro, però, vi è un pm che potremmo dire disorientato nella ricerca di plausibili criteri che giustificano, o impongano, il suo intervento là dove esso non è più obbligatorio. A fronte di una scelta selettiva pre-operata dalla Sezione semplice – *id est* dal suo presidente titolare, in cooperazione ovviamente con l'Ufficio spoglio istituito presso ciascuna sezione della Corte – che etichetta i ricorsi a trattazione camerale non partecipata come privi di quella "particolare rilevanza della questione di diritto" che costituisce il canone di selezione posto dalla normativa, stabilire autonomamente per il pubblico ministero *dove* e come interloquire, nella forma scritta delineata dall'art. 380-bis.1 cpc, si pone come scelta disagevole, al limite della discrezionalità non controllabile o dell'arbitrio soggettivo.

Questo secondo terreno della funzione del pm di legittimità induce una sorta di *horror vacui*.

Già il discrimine proposto dalla disposizione processuale dell'art. 375 attuale mostra una intrinseca doppiezza<sup>58</sup>, giacché annette il canone della rilevanza della questione di diritto a una contestuale valutazione di "opportunità", il che potrebbe far pensare che quel canone sia necessario ma non sufficiente per indirizzare il ricorso verso la trattazione in pubblica udienza. Potrà darsi una trattazione in camera di consiglio anche di questioni di rilievo giuridico, in quanto si consideri – e da chi? – inopportuna la sede decisoria più garantita?

In realtà, la riforma mostra, sul punto, il carattere di una legge volutamente "imperfetta", che assecon-

da una idea che si potrebbe definire di delegificazione processuale: impostata una determinata struttura essenziale del rito, nei passaggi che non possono non essere posti a livello primario, si affida alla regolazione negoziata – con i Protocolli di intesa – e alla prassi e all'applicazione la formazione delle regole che debbono colmare gli spazi lasciati aperti dalla legge. Si tratta di un modello che, dal punto di vista della elasticità, offre indubbiamente il vantaggio di adattare la forma del processo alle esigenze variabili dell'istituzione; il rovescio negativo di questa impostazione risiede ovviamente nel margine di maggiore ambiguità o incertezza che si annida sempre in norme che esigono, per essere applicate, una qualche etero-integrazione.

Così, per quanto riguarda la cameralizzazione del 2016, non può dirsi ancora adeguatamente esplicitato il punto cruciale del criterio, o dei criteri, di determinazione di cosa merita la trattazione in udienza e cosa no e, per il pm, di cosa merita la conclusione scritta nell'adunanza e cosa no. L'esperienza di applicazione del rito nel corso del 2017 ne dà conferma: si è manifestato un andamento eterogeneo, differenziato tra le diverse sezioni, quanto a carichi rispettivi nelle due sedi e soprattutto quanto a peso specifico delle controversie, ciò che è anche frutto delle ineliminabili varianti dei casi e dei settori giuridici (diversità di materia; esistenza o inesistenza di filoni di copertura nella giurisprudenza; livello economico della lite; implicazioni sociali e così via).

La stagione dei Protocolli di intesa, avviata da alcuni anni<sup>59</sup>, sembra estendere la propria rete regolatrice, da questioni organizzative a moduli processuali, sebbene non presidiati da alcuna garanzia. Il protocollo di intesa del 17 novembre 2016 tra la Cassazione e la Procura generale sull'applicazione del nuovo rito civile<sup>60</sup>, stipulato all'indomani della riforma, contiene alcune prescrizioni operative che riguardano in particolare la programmazione del calendario delle adunanze e delle udienze pubbliche, su proiezione semestrale, nonché i tempi di trasmissione dei procedimenti, per dare modo all'Ufficio di operare la scelta circa la formulazione di conclusioni scritte.

Ma resta intatto, per il pm di legittimità, il problema di fondo: quando svolgere l'intervento?, sulla base

57. Secondo una possibilità interpretativa espansiva dell'art. 378 cpc ovvero per via di integrazione "protocollare". In tal senso già l'intervento del procuratore generale per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, sul punto ribadito da ultimo in quello per il 2018; v. in [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it).

58. Di criteri "eterei", "evanescenti", parla al riguardo P. Gaeta, op. cit.

59. Protocollo Corte di cassazione – Cnf sulla redazione degli atti processuali del 17 dicembre 2015, in *Foro it.*, 2016, V, p. 40.

60. In [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it); pressoché coevo al protocollo del 15 dicembre 2016 tra Corte, Cnf e Avvocatura dello Stato, sull'applicazione del nuovo rito civile, il quale, oltre a regolare alcuni profili di transitori, si incentra sui contenuti standardizzati della "proposta" di trattazione dinanzi alla sesta sezione civile, con sintetici indicatori di "prognosi" di soluzione, disponendo inoltre circa le modalità di trasmissione alle difese delle conclusioni scritte del procuratore generale. V. in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

di quali premesse? è una domanda centrale nel futuro dell'Ufficio, anche tenuto conto dell'entità crescente del carico della sede camerale.

Nel primo anno effettivo di applicazione della riforma, il 2017, la Corte di cassazione ha definito 8.166 procedimenti in udienza pubblica e 22.838 procedimenti in adunanza camerale (ordinaria e di sesta sezione). Il rapporto circa di 1:3 inverte nettamente quello degli anni precedenti (19.159 in udienza e 8.855 in sede camerale nel 2016; 19.572 e 5.794 nel 2015; 20.616 e 7.149 nel 2014)<sup>61</sup>. Sempre nel 2017, nell'ambito dei procedimenti trattati con il rito camerale previsto dalla riforma del 2016, sui 12.401 ricorsi pervenuti, la Procura generale ha formulato conclusioni scritte in 2.263 procedimenti, con una percentuale del 18,24%, pari a circa un quinto del totale<sup>62</sup>.

Se questo rapporto di crescita del ricorso alla sede della camera di consiglio verrà ulteriormente accentuato, una quota di impegno maggiore andrà a cadere sui magistrati assegnati al servizio civile, i quali secondo i vigenti Criteri organizzativi compongono un organico di 28 unità (di fatto mai pienamente ricoperto). Nell'estremo teorico della formulazione di conclusioni scritte per tutte le cause di adunanza camerale, a pieno organico, ciascun magistrato dovrebbe concludere in circa 450 procedimenti per anno, oltre alla partecipazione e conclusione nelle udienze pubbliche, e oltre allo svolgimento degli ulteriori compiti che derivano dalle attribuzioni dell'Ufficio, in ambito disciplinare, di vigilanza, internazionale.

In realtà non è tanto una questione di numeri, quanto di contenuti.

Svolgendo per via di auto-regolazione interna la scarna indicazione legislativa dell'art. 375, i Crite-

ri organizzativi dell'Ufficio indirizzano verso forme elastiche di coordinamento interno e di tendenziale uniformazione delle scelte sul se e quando optare per la conclusione nel processo camerale, sul presupposto della aggregazione dei magistrati dell'ufficio in gruppi sezionali, secondo le specializzazioni dei singoli<sup>63</sup>.

Di qui, l'elaborazione di linee-guida di orientamento, adottate con un provvedimento degli avvocati generali del 16 gennaio 2017, nel quale sono tracciate alcune direttrici di massima per la formulazione delle conclusioni. Si tratta di indicazioni eterogenee, in parte correlate al possibile esito decisorio, in parte alla materia trattata, in altra parte ancora focalizzate sul fatto storico oggetto della causa<sup>64</sup>. Indicazioni empiriche, quindi, problematicamente misurabili secondo la sensibilità individuale.

Pur offrendo strumenti piuttosto semplici di orientamento, non sembra che esse possano aspirare a una stabilizzazione tale da consentire la risposta alla domanda di fondo, cioè quale sia oggi in questo scenario il ruolo del pubblico ministero di legittimità. Corrispondente alla domanda: a cosa serve la Procura generale della cassazione (nel settore civile)?

## 9. Un ritorno al futuro?

Come annotato acutamente da uno studioso del processo «la figura del giudice si colloca fuori del tempo e dello spazio e attraversa tutta la storia delle relazioni umane. Diversamente la funzione del pubblico ministero attiene alla maniera concreta con cui è organizzata l'amministrazione della giustizia, egli

61. Dati dell'intervento inaugurale del procuratore generale, 26 gennaio 2018.

62. È ancora prematura una disamina delle variabili percentuali riferite a ciascuna sezione, che mostrano talune forbici ma non ampie e di non immediata decifrabilità, ad esempio per la minore percentuale nell'area dei diritti reali e dei contratti (sezioni II e III) rispetto a quella del diritto di famiglia e delle procedure concorsuali, o del lavoro: si coglie in questo uno spunto che, come si dice nel testo, propone forse un ritorno alle categorie del merito.

63. Vi si stabilisce che l'Avvocato generale dirigente del servizio, anche sulla base dell'andamento semestrale delle udienze e delle adunanze di cui all'art. 380-bis.1 cpc, e della relativa programmazione da parte della Corte di cassazione, comunicata in applicazione del Protocollo d'intesa del 17 novembre 2016 tra la Corte di cassazione e la Procura generale sull'applicazione del nuovo rito civile, elabora direttive e metodologie organizzative di carattere generale, finalizzate allo svolgimento dei compiti di selezione e di valutazione dei ricorsi trasmessi dalla Corte di cassazione, sia in vista della regolazione delle modalità di intervento dei magistrati in pubblica udienza, con particolare riguardo alla rilevanza dei procedimenti, sia in funzione della predisposizione di criteri uniformi e specifici di trattazione dei procedimenti trattati in camera di consiglio. Inoltre, gli avvocati generali preposti al coordinamento dei procedimenti trattati dalla sezione civile di rispettivo riferimento attuano le direttive suddette, attraverso metodologie organizzative di selezione preventiva dei ricorsi, anche avvalendosi del gruppo dei sostituti procuratori generali abbinati alla stessa sezione, al fine di individuare tempestivamente e comunque con congruo anticipo rispetto alla data dell'udienza o dell'adunanza i procedimenti di particolare delicatezza o rilievo (per novità delle tematiche e rilevanza nomofilattica; per implicazioni istituzionali o sociali; per importanza dei fatti; per risonanza mediatica) o di speciale difficoltà, per i quali dispongono la formulazione da parte dei sostituti procuratori generali di una requisitoria scritta o la redazione di conclusioni specificamente motivate, rispettivamente per i procedimenti trattati in pubblica udienza o in adunanza camerale.

64. Ipotesi di accoglimento del ricorso; di questioni preliminari impeditive in rito; di rilievo sociale del fatto; di necessità di conferma di indirizzi; di rilievo di pregiudiziali costituzionali o comunitarie; oltre alla generale possibilità di chiedere la trattazione in udienza pubblica, quando si riscontri il presupposto della particolare rilevanza nomofilattica del caso, possibilità di transizione adunanza-udienza, quest'ultima, che il sistema consente e la Corte di cassazione ribadisce (Cass., n. 5533/2017, n. 19115/2017).

non è un organo necessario e la sua attività è variabile da luogo a luogo»<sup>65</sup>.

L'itinerario intrapreso dal legislatore degli ultimi anni per ciò che attiene alle funzioni del pubblico ministero nel giudizio civile di cassazione non solo conferma questa idea ma sembra indirizzare l'ambito della scelta legislativa verso una operazione di sottrazione crescente, il cui punto di arresto è intravisto da alcuni perfino nella definitiva fuoriuscita della figura del pm dalla scena della legittimità<sup>66</sup>.

Sembrano oggi riprendere quota alcune considerazioni, pragmatiche, espresse agli albori dell'assedio quantitativo dei ricorsi, circa la sostanziale superfluità o comunque la diseconomicità della funzione del pubblico ministero<sup>67</sup>.

Senza indulgere a proposizioni nichiliste, è tuttavia indubbio che il ruolo del pm, in un assetto processuale a doppio binario quale è quello odierno, ha necessità di riconsiderare modi e ambiti della propria attività; la quale non potrebbe né risolversi in una soluzione di carattere burocratico (intervenire purchessia, sempre e comunque, nelle adunanze), che avrebbe una esclusiva e miope finalità di auto-conservazione, del tutto inidonea a svolgere una funzione cooperativa effettiva e a tutelare gli interessi pubblici; né di contro restringersi a un minimo assoluto, limitando la presenza alla sola udienza pubblica e trascurando *in toto* la numericamente maggiore quantità di procedimenti solo perché avviati al rito camerale, in tal modo abdicando alla possibilità di offrire il punto di vista "altro" che, specie in una (de)strutturazione del processo che valorizza oltre modo la sola conoscenza monocratica della causa, sembra costituire pur sempre una delle ragioni di fondo della figura. Una scelta auto-riduttiva di questo genere avallerebbe le ipotesi estintive che si sono ricordate.

Non è agevole definire quale sia la risposta efficace e in quale modo essa debba esprimersi, con quale strumento normativo e organizzativo.

Tuttavia, in assenza di indicatori di livello primario, è proprio questa la posta in gioco: la capacità di auto-regolazione della Procura generale in vista del-

la formazione di un indirizzo operativo plausibile e razionale. Se in linea teorica l'intervento necessario del pubblico ministero in un processo di parti si giustifica differentemente, a seconda che il giudizio di cassazione sia letto principalmente quale strumento di soluzione del singolo conflitto ovvero sia trasferito sulla finalità di enunciare proposizioni generali<sup>68</sup>, secondo una duplice conformazione che evoca la nota distinzione tra regole e principi, appare forse inevitabile recuperare le indicazioni che vengono fornite dallo stesso ordinamento, facendone i canoni di pre-selezione – per principi, appunto – che sottendono un interesse pubblico e generale da portare all'esame del giudice di legittimità.

Su questa base concettuale è forse possibile tracciare dal sistema e dall'esperienza pratica del processo quelle che sono le linee di indirizzo suscettibili di ricondurre a unitarietà e coerenza la presenza del pm civile dinanzi alla Corte di cassazione, e a giustificare l'intervento in un giudizio nel quale egli non è parte in senso proprio:

(a) La funzione requirente nel settore del processo civile esprime una quota della più ampia serie di attribuzioni facenti capo alla Procura generale. Dove si consideri che, in modo diretto o mediato, anche le ulteriori attribuzioni in discorso – la competenza disciplinare, a tutela del rispetto della deontologia professionale; i compiti di coordinamento sottesi all'art. 6 del d.lgs n. 106/2006 sul pubblico ministero, univocamente rivolti alla correttezza e uniformità di esercizio dell'iniziativa penale; la vigilanza sulla Direzione nazionale antimafia e antiterrorismo; e soprattutto la stessa proposizione di istanze "nell'interesse della legge" *ex art.* 363 cpc<sup>69</sup> – autorizzano l'individuazione di un filo rosso che tutte le lega e che è costituito dall'obiettivo di garanzia della uniformità, intesa non come conformazione dall'alto ma come costante verifica del rispetto dell'uguaglianza; se tutto ciò vale, la prima indicazione di metodo che può trarsene è quella della necessità/doverosità, per questo che è un interesse generale, di intervento nel processo quando si prospettino elementi di distonia, contrasti giu-

65. G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Esi, Napoli, 2012, p. 155.

66. P. Gaeta, *op. cit.*, classifica la riforma del 2016 come il *de profundis* dell'organo requirente civile.

67. Si richiamano le note formule di F. Cipriani, *L'agonia del pubblico ministero nel processo civile*, *Foro it.* 1993, V, p. 14; e di V. Denti, *Le riforme della cassazione civile: qualche ipotesi di lavoro*, in *Foro it.* 1988, V, p. 24, che definisce l'organo un "lusso che non possiamo permetterci". Una ipotesi abolitiva era stata del resto ventilata in un disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri l'8 maggio 1981, *Giust. Civ.*, 1981, II, p. 323.

68. G. Verde, *op. cit.*

69. Attribuzione che, nella sintesi definitiva, in qualche modo concretizza quanto si dice nel testo e che pertanto meriterebbe una diffusa disamina, qui impossibile; per riferimenti, anche sulle più recenti iniziative, v. P. Ciccolo, *Sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto da parte del P.G. presso la Cassazione*, *Foro it.*, 2017, V, p. 223; R. Fuzio, *Il procuratore generale nel giudizio civile di cassazione*, *Foro it.*, 2017, I, p. 41; G. Costantino, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, *Riv. dir. proc.*, 2017, 3, p. 712. V. anche la Sezione correlativa, Area civile, nel sito [www.procuracassazione.it](http://www.procuracassazione.it).

risprudenziari latenti o espliciti, oscillazioni di indirizzo. L'obiettivo fondamentale, su questo versante, è la chiarezza/prevedibilità del diritto. La semplificazione, lo snellimento motivazionale, l'accelerazione processuale, possono rivelarsi fattori di incremento del rischio di contraddizioni, di soluzioni non sempre coerenti tra loro, dentro e fuori della sezione di riferimento.

Questo primo criterio, trasversale alle materie e alle questioni portate nel processo, si propone in termini di salvaguardia della unità del diritto oggettivo, declinato dall'art. 65 dell'ordinamento giudiziario. Tra il naturale e benefico dinamismo della giurisprudenza e l'emergere di conflitti e contrasti vi è una evidente differenza di grado, e l'osservatorio più ampio di cui fruisce la Procura generale grazie alla sua struttura non settoriale consente un intervento di questo genere.

Se la giustizia di ultima istanza non si rivolge – o non dovrebbe – all'accertamento del fatto ma guarda al valore della uniformità dell'interpretazione del diritto, che a ben vedere è la ragione prima della proposizione costituzionale di garanzia della ricorribilità per violazione di legge ex art. 111, comma settimo, Cost., la validità di ogni strada interpretativa o ricostruttiva del sistema normativo e di ordinamento dovrebbe essere considerata rispetto alle conseguenze che ne dipendono<sup>70</sup> e pertanto questa funzione di prevenzione o soluzione dei contrasti, cui la Procura generale è in grado di offrire il proprio apporto, sembra perfino essere la condizione di base del compito nomofilattico. L'incremento di decisioni non coordinate, sulle norme sostanziali e perfino su quelle processuali, alimenta circolarmente lo stesso contenzioso di legittimità.

(b) Un secondo canone dovrebbe poi guardare all'oggetto del giudizio, agli interessi che vi sono implicati.

Su detto versante, lo spazio vuoto (di indicazioni) lasciato dal legislatore del 2016 potrebbe essere colmato in via operativa – sia essa trasfusa in Protocolli d'intesa con il giudice, o semplicemente autodeterminata – mutuando gli indici legislativi di riconoscimento della "naturale" inerenza di detti interessi alla prospettiva della tutela di posizioni che eccedono la portata della singola lite: o perché interferiscono

con delicati ambiti di regolazione della società civile, come ad esempio nel diritto delle relazioni familiari; o perché spesso implicano ricadute collettive e non solo "a due" parti della definizione giudiziale della controversia, come ad esempio per le procedure fallimentari in genere, per la materia del lavoro e della previdenza sociale, per il diritto societario; o perché pongono temi che intersecano questioni di rilievo sovranazionale – penso alla disarticolata vicenda del *ne bis in idem* tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, nei giudizi di opposizione a sanzioni del primo tipo e in particolare emanate dalle *authorities*; o perché si collocano nell'area di protezione di posizioni "deboli" – le incapacità, le garanzie del consumatore; o perché attengono a materia che *ex se* sottende un interesse della cosa pubblica, come nel diritto tributario<sup>71</sup>, dove l'intervento della parte pubblica potrebbe valere anche a rappresentare aspetti ed argomenti che non sempre, proprio per l'entità abnorme del contenzioso e di legittimità, la difesa erariale può dare.

Una selezione per materie potrebbe dunque essere effettuata in via preventiva, in linee-guida, eventualmente con clausole di salvaguardia "in negativo" (ad es., questioni già ampiamente esplorate dalla giurisprudenza; rilievo economico irrisorio), traendo spunto dalle indicazioni offerte *in nuce* dall'art. 70 cpc e dai caratteri intrinseci delle discipline<sup>72</sup>.

È interessante, in una disamina di più ampia visuale temporale, la saldatura che, sotto questo profilo, si può riscontrare tra l'oggi e il passato. In un documento inedito dei primi anni '90 redatto dal magistrato della procura generale Fabrizio Amirante<sup>73</sup>, destinato a un progetto di legge ma poi non esitato, non solo era valorizzata la funzione di "consulenza" offerta dal pm alla Corte ma, proprio traendo spunto dal carico già allora imponente del contenzioso di legittimità e dalla connessa contrazione del tempo utile per ciascun magistrato per affrontare lo studio dei ricorsi in maniera adeguata, venivano indicate soluzioni anticipatorie di quelle emerse nel successivo dibattito: da quelle "endoprocessuali" (come la preferenza per la requisitoria scritta, nei casi che lo richiedono; o come la partecipazione plurima di magistrati dell'Ufficio requirente nelle udienze dinanzi alle Sezioni unite, ciò che è stato messo in opera da tempo presso l'Ufficio) a quelle a monte dell'attività, come la

70. L. Mengoni, *L'interpretazione orientata alle conseguenze*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1994, pp. 1 ss.

71. Che delinea una questione a sé, nell'ambito della questione-Cassazione. Sul tema, v. E. Cirillo, *La giustizia tributaria nell'esperienza di un giudice di legittimità*, in questa Rivista trimestrale, n. 3/2016, [www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG\\_2016-3\\_05.pdf](http://www.questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2016-3_05.pdf).

72. In questo senso già P. Prat, *Esperienze e riflessioni sul ruolo del pm nel processo civile*, in questa Rivista trimestrale, edizione Franco Angeli, Milano, n. 1/1985, p. 91.

73. Reperito grazie alla cortesia del fratello Francesco Amirante, a lungo giudice e presidente di sezione della Corte di cassazione e quindi giudice e poi presidente della Corte costituzionale.

selezione in relazione alla necessità di dirimere incertezze interpretative ovvero in rapporto all'interesse pubblico delle controversie, vuoi predefinito ex art. 70 cpc vuoi ravvisato di volta in volta secondo scelte di natura discrezionale; tutto ciò al fine, allora come ora preminente, di offrire un apporto che sia non solo sostenibile in termini di impegno ma specialmente sia degno di questo nome, dinanzi al vertice giudiziario.

Niente di nuovo, dunque?

Riterrei di no, e non solo per eludere la condanna alla "vanità" delle fatiche umane del passo dell'Ecclesiaste.

Sembra possibile immaginare – come suole dirsi: a Costituzione invariata – di apprestare già nell'immediato strumenti diversi, che, focalizzando l'attenzione sul momento che precede il giudizio, con la determinazione del peso e dei profili di diritto implicati dalla singola causa e il conseguente invio verso una delle possibili sedi procedurali di trattazione, attraverso la verifica prima di ammissibilità/rilevanza nomofilattica, ripristinino quella cooperazione che si è sopra detta soprattutto sul piano organizzativo, dello spoglio dei procedimenti e della loro classificazione.

Si propone, dunque, una inedita possibilità realmente cooperativa da parte della Procura generale e non solo sul piano della dialettica in corso di giudizio, sia essa scritta o verbale. Una selezione preventiva stringente dei ricorsi "meritevoli" della pubblica udienza o invece destinati alla definizione camerale, svolta in forma concordata – anche qui, attraverso la posizione di una base regolativa sufficientemente definita, come lo strumento negoziato del Protocollo di intesa – permetterebbe l'interlocuzione del pubblico ministero in occasione della formazione dei ruoli; e, come suggerito di recente<sup>74</sup>, un luogo di svolgimento di questa collaborazione a monte potrebbe trovare sede nell'ambito della applicazione della normativa sui programmi di gestione dei procedimenti civili, ex art. 37 del Dl n. 98/2011, conv. dalla legge n. 111/2011.

Una impostazione, questa, che solo formalmente e per approssimazione è accostabile al ritorno a uno schema già sotteso dalla disciplina dell'art. 137 disp. att. cpc, secondo il quale il cancelliere trasmette(va)

"subito" al pubblico ministero una copia del ricorso e del controricorso, norma questa che nella disciplina preesistente costituiva il *pendant* della più sopra ricordata redazione delle conclusioni in calce al ricorso stabilita dal successivo art. 138 delle medesime disposizioni attuative e inoltre si collegava alla "assistenza" del pm nella camera di consiglio<sup>75</sup> stabilita dal successivo art. 138 delle medesime disposizioni attuative, il che assegnava al pubblico ministero, comunque, un ruolo partecipante nella fase dell'esame preliminare dei ricorsi<sup>76</sup>.

Una impostazione, invece, che, pur traendo spunto da quelle premesse remote, ne innovi fortemente il senso, utilizzando la libertà di determinazione integrativa accordata dalla rete di disposizioni processuali della riforma del 2016 e lo spazio di regolazione ch'esse sembrano non solo autorizzare ma incentivare; e ciò senza interferenze sul modo di conduzione e interlocuzione tra giudice, pm e parti private, nel processo civile di cassazione (ciò che potrebbe fornire dubbi di eccedenza delle regole secondarie rispetto alla legalità del processo), bensì prima che quest'ultimo sia avviato a trattazione.

Il *mantra* della semplificazione, dello snellimento, dello smaltimento del carico insostenibile, può avere uno sfogo, nella concordia operativa tra la Cassazione e il pm presso di essa; e dà conforto e concretezza a questa idea, di non difficile realizzazione, l'ipotesi perfino più avanzata suggerita, in questa stessa chiave finalistica, da A. Proto Pisani, che prospetta l'affidamento ai magistrati della Procura generale assegnati al servizio civile – previo loro aumento di organico – del compito di selezione preliminare dei ricorsi i quali, proprio nella dimensione della "opportunità" nomofilattica definita dal nuovo testo dell'art. 375 cpc, risultino "di interesse generale", anche nel senso della eventualità di mutamenti di indirizzo o di ripensamenti su precedenti orientamenti del giudice di legittimità<sup>77</sup>.

Un (apparente) ritorno a ciò che è stato per (cercare di) mutare il corso, dunque, e di ridefinire il volto e il ruolo della Procura generale della Corte di cassazione.

74. Intervento inaugurale del procuratore generale, 26 gennaio 2018, cit., par. 3-e.

75. V. sopra, note 38 e 8.

76. P. D'Onofrio, *Commento al codice di procedura civile*, I, Utet, Torino 1957, p. 658.

77. A. Proto Pisani, *Tre note sui "precedenti" nella evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale, nella giurisprudenza di una Corte di cassazione necessariamente ristrutturata e nella interpretazione delle norme processuali*, *Foro it.*, 2017, V, 286.

# La formazione dei magistrati del pubblico ministero e l'Europa

di *Raffaele Sabato*

Il tema della formazione dei magistrati del pubblico ministero ha costituito oggetto di pareri e raccomandazioni emessi nell'ambito dei diversi organismi del Consiglio d'Europa, aventi riguardo non soltanto alle caratteristiche generali delle strutture deputate ad erogare la formazione, ma anche ai temi da sottoporre all'attenzione dei destinatari. Autonomia degli organi formativi, organizzazione comune delle iniziative con magistrati giudicanti ed avvocati, ampliamento dei contenuti a quelli extragiuridici (medici, psicologici, manageriali, ecc.) sono taluni dei profili affrontati.

**1.** Quello della formazione è stato uno degli ambiti attraverso i quali i principi di indipendenza e imparzialità accettati nei diversi sistemi giudiziari europei in riferimento alla magistratura giudicante hanno cominciato a imporsi anche per il pubblico ministero: l'affermazione della necessità di determinate connotazioni per l'attività formativa diretta ai pm, anche nei Paesi in cui essi sono formalmente inquadrati alle dipendenze dei poteri esecutivo o legislativo, ha funto da volano per un'assimilazione progressiva quanto alle garanzie di indipendenza e imparzialità della funzione.

Particolarmente significativa può risultare una riflessione in ordine agli *standard* in questione promossi dal Consiglio d'Europa<sup>1</sup>, organizzazione internazionale che – anche nel quadro di applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – svolge da anni una importante funzione di *standard setting*, soprattutto a beneficio delle nuove democrazie. I limiti della presente sede non consentono alcuna considerazione delle iniziative in materia di formazione del pm assunte, invece, dall'Unione europea: iniziative, queste, meno inclinate sul fronte degli *standard*,

e più su quello del concreto atteggiarsi della formazione<sup>2</sup>.

Possono prendersi le mosse dalla considerazione della Raccomandazione n. Rec (2000) 19 del Consiglio d'Europa sul «ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale»: il *memorandum* esplicativo relativo a tale strumento europeo, pur muovendo dalla realistica constatazione che l'Europa è divisa, quanto ai rapporti tra le funzioni del pm e le altre funzioni dello Stato, tra sistemi nell'ambito dei quali il pm gode della piena e formale indipendenza dal potere legislativo e dall'esecutivo e quelli in cui è alle dipendenze di uno di tali poteri dello Stato, benché godendo di possibilità di azione indipendente («È un dato di fatto che i sistemi giuridici europei sono ancora divisi tra due culture», p. 12), il Consiglio d'Europa punta già da detta epoca ad avvicinare il secondo modello al primo, non viceversa.

Come è chiarito nello stesso *memorandum* esplicativo, dunque, se «la nozione netta di armonizzazione europea intorno ad un unico concetto» nel settore della pubblica accusa «è sembrata prematura» (p. 22), ciononostante l'estensione al pm del regime

1. Ai fini della presentazione degli *standard* si è preferito riportare nel testo in lingua italiana, in traduzione dell'a., i rilevanti documenti del Consiglio d'Europa.

2. Si pensi, ad es., ai programmi di Tampere, dell'Aia e di Stoccolma in quanto concernenti i pm – attualmente in corso di prosecuzione in diverse forme – oltre che, sul fronte strutturale, ad Eurojust, alle squadre investigative comuni, alla Procura europea, ecc. Nel prosieguo del testo si farà cenno altresì all'impegno dispiegato dalla Commissione nell'ausilio finanziario alle attività formative.

di garanzie della giurisdizione e la previsione dell'interscambio delle funzioni sono accolte con decisione dalla Raccomandazione<sup>3</sup>. A fronte di tali affermazioni, all'epoca assai avanzate, la Raccomandazione del 2000 (all'art. 7) tratta invece timidamente del tema della formazione del pm, iniziale e permanente, nonché nella dimensione internazionale, e non fornisce – direttamente – elementi nella direzione di un'assimilazione di essa, quanto a strutture, metodi e soprattutto principi, alla formazione della magistratura giudicante.

**2.** La probabile spiegazione di un siffatto silenzio – in un testo come detto avanzato, che riconosceva la «*natura complementare delle ... funzioni*» di giudici e pm e il «*fatto che sono richieste garanzie simili in termini di qualificazione, competenza professionale e status in relazione ad ambo le professioni*» - va rinvenuta nella circostanza che, pur a fronte della separazione di funzioni giudicanti e requirenti ammessa in molti paesi europei, il Consiglio d'Europa era già riuscito precedentemente, in maniera alquanto informale, a lavorare sulla formazione congiunta tra le due categorie di magistrati, quale momento di avvio concreto di interscambio di professionalità e di assimilazione delle garanzie delle due funzioni. Nel 1995, cinque anni prima della Raccomandazione, infatti, si era tenuta a Lisbona la riunione fondativa<sup>4</sup> di una Rete informale, denominata da allora in poi "Rete di Lisbona",<sup>5</sup> avente come suo obiettivo la cooperazione nel settore della formazione comune di giudici e pm. Tale Rete – composta dagli enti competenti a livello interno per la formazione dei giudici e dei pm, cui veniva data in tal modo occasione per interagire nonostante eventuali steccati istituzionali nazionali – è stata vitale per circa un quindicennio, in particolare avendo già consolidato il suo ruolo allorché nel 2000 vedeva la luce la cennata Raccomandazione. È quindi lecito ritenere che il silenzio serbato dalla Raccomandazione in tema di specificità della formazione del pm sia stato un silenzio "costruttivo", finalizzato a lasciar operare l'altra sede informale nell'ambito della quale l'avvicinamento tra formazione dei giudici e dei

pm era dato per scontato, a fronte invece delle resistenze politiche in numerosi Stati.

**3.** Non potendosi qui trattare dell'evoluzione della Rete di Lisbona (la quale, dopo aver proposto nel 2006 – dopo ampi lavori di ricognizione delle discipline e delle prassi formative - una sua istituzionalizzazione e avere operato sino al 2009, è stata nel gennaio 2011 "integrata" nelle attività della Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej), organismo composto di rappresentanti dei ministeri della giustizia, divenendo una sorta di appendice consultiva di quest'ultima, e sostanzialmente non utilizzata), è interessante richiamare l'efficace ruolo di *incubator* svolto dalla Rete stessa. Incontrandosi a Lisbona e nelle successive occasioni offerte dalla Rete, aperta a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, gli esponenti degli enti nazionali aventi per compito la formazione non solo dei giudici, ma anche dei pm, del più ristretto numero di Stati membri dell'Unione europea, e già aventi intensi rapporti bilaterali, intravidero l'opportunità di realizzare – e ben presto realizzarono – uno strumento cooperativo tra essi che, rispetto al quadro di estremo contenimento dei mezzi finanziari che connota le iniziative del Consiglio d'Europa, potesse fruire del sostegno della Commissione di Bruxelles. Fallita l'idea – portata al Consiglio europeo di Tampere del 1999 – di ottenere la costituzione di una vera e propria Scuola della magistratura europea, nel 2000 a Bordeaux fu così costituita, anche stavolta sotto forma di rete (poi riversata in una struttura associativa di diritto belga), la Rete europea di formazione giudiziaria (Refg), che oggi rappresenta la principale piattaforma formativa sopranazionale per oltre 120.000 magistrati giudicanti e del pm dei 28 Stati della Ue. Se dalla Rete di Lisbona, come *incubator*, la Refg ereditava l'idea della possibilità di una "formazione comune" tra giudici e pm, il suo Statuto – all'art. 7<sup>6</sup> – segnava un arretramento: non si prevede più la necessaria coesistenza di enti di formazione competenti per l'una e l'altra funzione, escludendosi dalla partecipazione alla Rete i formatori dei pm di quei Paesi ove – attraverso la qualificazione formale

3. Sia consentito, su tale tema, il rinvio a R. Sabato, L'Associazione nazionale magistrati e l'Europa, in Associazione Nazionale Magistrati, Cento anni di associazione magistrati, Ipsoa, 2009, pp. 125 ss.

4. V. *La formazione dei giudici e dei pubblici ministeri in Europa*, Conclusioni della prima riunione della Rete di Lisbona, Lisbona, 27-28 aprile 1995.

5. La denominazione ufficiale della "Rete" era «Rete europea per lo scambio di informazioni fra persone ed enti responsabili per la formazione di giudici e pubblici ministeri».

6. Il testo dell'art. 7, primo comma, è il seguente: «*Membership is available to all national institutions of the Member States of the European Union specifically responsible for the training of the professional judiciary and for the training of Prosecutors where they form part of the "Corps Judiciaire"*». L'ultima espressione è in francese nel testo anche inglese.

di non appartenenza all'ordine giudiziario – sia più forte la distanza. Rispetto a detto arretramento formale, la prassi, tuttavia, ha fatto registrare dal punto di vista sostanziale una significativa evoluzione: al di là di un nucleo limitato di Paesi che hanno operato scelte diverse, hanno di fatto aderito alla Refg, nel tempo, organismi competenti per la formazione dei pm anche per quei Paesi nei quali la posizione istituzionale del pm non sia di appartenente all'ordine giudiziario<sup>7</sup>. Si può quindi concludere che il lascito operato dalla Rete di Lisbona alla Refg, in termini di cultura comune della formazione tra giudici e pm, sia stato pressoché totale.

**4.** Si tratta, a questo punto, di esaminare nel dettaglio gli *standard* europei relativi alla formazione del pm. Secondo i principi del Consiglio d'Europa dettati per i giudici, la formazione – in quanto garanzia della competenza professionale, dell'indipendenza e dell'imparzialità – è per il magistrato un dovere, ma anche un diritto; quale condizione affinché la società accordi la sua fiducia alla giustizia, presenta, dunque, un interesse pubblico; la risultante dell'intersezione di tali due profili si traduce nell'affermazione della necessità di assicurare l'autonomia dell'autorità incaricata di definire i programmi e le modalità di realizzazione dell'offerta formativa che, già secondo il paragrafo 2.3 della Carta europea sullo statuto dei giudici del 1998, deve essere indipendente dai poteri esecutivo e legislativo ed essere composta maggioritariamente da magistrati. I principi in questione – sempre per i giudici – vengono messi a fuoco nel decennio tra il 1994 e il 2003, oltre che da detta Carta, dalla Raccomandazione n. R (94) 12 sull'«*indipendenza, efficienza e ruolo dei giudici*» (del 1994), nonché – soprattutto – dal Parere n. 4 (del 2003) del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) sulla «*formazione giudiziaria iniziale e permanente appropriata a livello nazionale ed europeo*», che contiene per la prima volta disposizioni specificamente riferite alla formazione (anche) del pm.

**5.** Preliminare, rispetto all'esame di tale Parere, è una digressione sulla creazione del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje), antesignano rispetto al Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (Ccpe) di cui, successivamente, dovremo fare breve cenno. Nel 2000, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa istituiva, a mezzo di un'ap-

posita risoluzione, il Ccje ritenendo necessaria la costituzione in seno al Consiglio stesso di un'istanza consultiva sulle questioni concernenti l'indipendenza, l'imparzialità e la professionalità dei magistrati giudicanti. Emanava altresì un apposito “Piano d'azione”, contenente una traccia dei temi su cui il futuro organismo avrebbe dovuto emettere Pareri; tra tali temi, la formazione giudiziaria. Dopo un quinquennio di attività, il 16-17 maggio 2005 il vertice dei Capi di stato e di governo del Consiglio d'Europa decideva, tra l'altro, «*di fare uso appropriato dei Pareri emanati dal Ccje al fine di cooperare con gli Stati membri per una giustizia equa e sollecita ...*». Di fronte al successo del Ccje tale da meritare un siffatto *endorsement*<sup>8</sup>, il Consiglio d'Europa si induceva parallelamente a costituire – sempre nel 2005 – un organismo con obiettivi analoghi riferiti alla funzione inquirente e requirente, il Consiglio consultivo dei pubblici ministeri europei (Ccpe), su cui si tornerà in prosieguo.

**6.** Ritornando, a questo punto, a considerare il Parere n. 4 (del 2003) del Consiglio consultivo dei giudici europei (Ccje) sulla «*formazione giudiziaria iniziale e permanente appropriata a livello nazionale ed europeo*», lo stesso – dettato per la formazione della magistratura giudicante – si segnala per l'affermazione dei seguenti *standard* che interessano anche la formazione dei pm:

- è raccomandato di «*somministrare un periodo di formazione [iniziale] comune ai componenti delle diverse professioni giudiziarie (ad es. avvocati nonché pm, nei paesi in cui questi ultimi svolgono funzioni separate da quelle dei giudici). Tale prassi può favorire una migliore conoscenza e una reciproca comprensione fra giudici ed esponenti di altre carriere*» (§ 29);

- «*anche nel contesto della formazione permanente [si] incoraggia la collaborazione con gli organismi competenti per la formazione delle altre professioni legali ai fini degli argomenti di interesse comune (ad es. le innovazioni legislative)*» (§ 35).

Il Parere – assai rilevante per altre affermazioni concernenti la formazione dei magistrati giudicanti (quali le scelte in tema di autorità competente per la formazione, tema destinato a essere completato con i §§ 65 ss. del Parere n. 10 del 2007) – si connota dunque per la formulazione, seppure embrionale, del principio di *favor* per la formazione “comune”, sia iniziale sia permanente, di giudici e pm, perfino

7. Per l'elenco dei membri della Refg, si veda [www.ejtn.eu/About-us/Members](http://www.ejtn.eu/About-us/Members).

8. Nel 2009, poi, il Ccje si sarebbe visto attribuito il premio «Giustizia nel mondo», assegnato dall'omonima Fondazione creata dall'Unione internazionale magistrati.

per i paesi in cui essi non fanno parte della stessa carriera.

7. Il tema sarà trattato in maniera più compiuta nel 2009. Avviata da alcuni anni l'attività del Ccpe, erano infatti maturi i tempi per una collaborazione stretta tra i due Consigli consultivi; di tal che, prescegliendo il tema dei «*rapporti tra giudici e pm in una società democratica*», nell'anno in questione i due Consigli giungevano ad adottare un Parere comune (che assumeva il n. 12 per il Ccje e il n. 4 per il Ccpe), composto da una Dichiarazione (la "Dichiarazione di Bordeaux") e da una Nota esplicativa. Già la Dichiarazione di Bordeaux contiene una solenne affermazione (la n. 10) in tema di formazione: «*Per un buon svolgimento dell'attività giudiziaria è essenziale la condivisione di principi giuridici e di valori deontologici comuni da parte di tutti i professionisti del procedimento giudiziario. La formazione, ivi compresa la formazione alla gestione amministrativa degli uffici, è un diritto ed un dovere per i giudici e per i magistrati del pubblico ministero. Tale formazione deve essere organizzata in maniera imparziale, e la sua efficacia deve essere valutata con regolarità ed obiettività. Ogni qualvolta ciò sia appropriato, la formazione comune per giudici, magistrati del pubblico ministero ed avvocati su temi di interesse comune può contribuire al raggiungimento di una giustizia di qualità elevata*». I principi formano oggetto di dettagliata illustrazione nell'ambito dei §§ 43-47 della Nota esplicativa, ove si legge che:

- «*Requisito fondante per la fiducia che il pubblico ha nei confronti sia dei giudici sia dei pubblici ministeri, e su cui essi basano principalmente la loro legittimazione e il loro ruolo, è l'alto livello di competenza professionale. Un'adeguata formazione professionale svolge un ruolo cruciale, poiché consente il migliore svolgimento delle loro funzioni, e quindi migliora la qualità della giustizia nel suo complesso*»;

- «*La formazione per giudici e pubblici ministeri comporta non solo l'acquisizione delle capacità professionali necessarie per l'accesso alla professione, ma anche una formazione permanente durante tutta la carriera. Essa affronta gli aspetti più diversi della loro vita professionale, compresa la gestione amministrativa dei tribunali e dei servizi giudiziari, e deve anche rispondere alle necessità di specializzazione. Nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia, la formazione permanente richiesta per mantenere un alto livello di qualificazione professio-*

*nale e renderla più completa non è solo un diritto, ma anche un dovere per giudici e pubblici ministeri*»;

- «*Se del caso, la formazione congiunta di giudici, pubblici ministeri e avvocati su temi di interesse comune può contribuire al conseguimento di una giustizia di altissima qualità. Tale formazione comune rende possibile la creazione di una base di cultura giuridica comune*»;

- «*I diversi ordinamenti giuridici europei prevedono la formazione di giudici e pubblici ministeri secondo vari modelli. Alcuni Paesi hanno creato un'accademia, una scuola nazionale o un'altra istituzione specializzata; alcuni altri assegnano la competenza a organismi specifici. È opportuno che siano organizzati corsi di formazione internazionali per giudici e pubblici ministeri. È essenziale, in ogni caso, assicurare il carattere autonomo dell'istituzione incaricata di organizzare tale formazione, perché questa autonomia è una salvaguardia del pluralismo culturale e dell'indipendenza*»;

- «*In tale contesto, molta importanza è attribuita al contributo diretto dei giudici e dei pubblici ministeri ai corsi di formazione, poiché consente loro di fornire pareri tratti dalle rispettive esperienze professionali. I corsi non dovrebbero riguardare solo il diritto e la protezione delle libertà individuali, ma dovrebbero includere anche moduli sulle pratiche di gestione e lo studio dei rispettivi compiti quali giudici e pubblici ministeri. Allo stesso tempo, i contributi di avvocati e accademici sono essenziali per evitare di adottare un approccio ristretto. Infine, la qualità e l'efficienza della formazione dovrebbero essere valutate su basi regolari e in modo obiettivo*».

8. Emergono, dunque, per la prima volta con chiarezza, gli *standard* per cui – tra l'altro - anche per il pm la formazione – iniziale, permanente e, nell'ambito di questa, internazionale – deve essere erogata da un'istituzione autonoma, a salvaguardia addirittura del "pluralismo culturale e dell'indipendenza", predicati anche per il magistrato inquirente e requirente. Il tema generale della ricerca di nuovi equilibri, in tutti i paesi d'Europa, ispirati all'indipendenza e imparzialità della funzione di pm, sarà da questa fase in poi una costante dell'attività del Ccpe<sup>9</sup>.

9. Può essere infine il caso di chiedersi se gli *standard* europei forniscano elementi quanto ai

9. Può essere interessante notare come – a somiglianza del Ccje – ora anche il Ccpe emetta un periodico «Rapporto sull'indipendenza e imparzialità degli uffici di procura negli Stati membri del Consiglio d'Europa» (l'ultimo dei quali relativo al 2017) e come, per il 2018, il Ccpe stia elaborando un parere su «Indipendenza, responsabilità ed etica dei pubblici ministeri» (v. per informazioni [www.coe.int/ccpe](http://www.coe.int/ccpe)).

temi che dovrebbero essere ricompresi in un ideale *curriculum* formativo, iniziale o permanente, di un magistrato del pm. Se qualche indicazione, al riguardo, si è già sopra fornita citando il Parere congiunto del Ccje e del Ccpe del 2009, indicante tra l'altro l'esigenza di una formazione anche manageriale, deve andarsi anzitutto indietro al 2000, e in particolare alla Raccomandazione Rec (2000) 19 del Consiglio d'Europa sul «*ruolo del pubblico ministero nel sistema della giustizia penale*», per ritrovare – al § 7 – quanto segue: «*Gli Stati dovrebbero adottare misure efficaci per garantire che i pubblici ministeri ricevano una formazione e aggiornamenti adeguati, sia prima sia dopo la nomina. In particolare, i pubblici ministeri dovrebbero essere formati in tema di:*

- a) *principi e obblighi deontologici del loro ufficio;*
- b) *protezione costituzionale e giuridica degli indagati, delle vittime e dei testimoni;*
- c) *diritti umani e libertà quali previsti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e in particolare i diritti sanciti dagli articoli 5 e 6 della Convenzione;*
- d) *principi e pratiche di organizzazione del lavoro, management e risorse umane in un contesto giudiziario;*
- e) *meccanismi e materiali che possano contribuire alla uniformità della loro attività.*

*Inoltre, gli Stati dovrebbero adottare misure efficaci per erogare formazione aggiuntiva su specifiche questioni o in settori specifici, alla luce delle condizioni attuali, tenendo conto in particolare dei tipi e dello sviluppo della criminalità, nonché della cooperazione internazionale in materia penale».*

Rispetto a tale interessante elencazione di contenuti fornita dalla Raccomandazione relativa alle funzioni del pm in materia penale, la parallela Raccomandazione CM/Rec(2012)11 concernente il «*ruolo dei pubblici ministeri al di fuori del sistema di giustizia penale*» non offre altrettanti spunti, limitandosi – al § 8 – ad affermare che gli uffici di procura debbano disporre di appropriata formazione per adempiere adeguatamente anche alle funzioni diverse da quelle relative al settore penale.

Bisogna, dunque, per rinvenire alcuni contenuti della formazione dei pm, rivolgersi agli *standard* elaborati dall'organismo consultivo del Comitato dei ministri e cioè, nel caso di specie, del predetto Ccpe, le cui elaborazioni hanno una valenza giuridica diminuita, pur sempre nell'ambito della *soft law* (il Comitato dei ministri prende meramente "atto" dei Pareri del Ccpe e del Ccje), ma sono – come si è visto per il Ccje – più dettagliate.

In particolare, con il recente Parere n. 12 (2017) sul «*ruolo dei pubblici ministeri in relazione ai diritti*

*delle vittime e dei testimoni nei procedimenti penali*», il Ccpe ha avuto modo di occuparsi di delicati profili della formazione dei pm.

All'argomento è dedicata l'intera sezione 5 del Parere, che ai §§ 74-79 fornisce i seguenti spunti:

- «*La formazione professionale, che è un diritto e un dovere per i pubblici ministeri in generale, è fondamentale in un campo con possibili implicazioni sociali, mediche e psicologiche, come i rapporti con vittime e testimoni di crimini, nonché persone vulnerabili coinvolte in procedimenti penali. I programmi di formazione dovranno includere scambi di informazioni ed esperienze sulle buone pratiche e sui modelli operativi a livello nazionale, regionale e internazionale»;*

- «*La protezione dei diritti delle vittime e dei testimoni deve essere riconosciuta come essenziale nell'ambito del giusto processo e per l'equità procedurale. Tale tematica deve essere oggetto dei programmi di formazione dei pubblici ministeri, sia nella formazione iniziale che in quella permanente, al fine di farla diventare una componente significativa della loro conoscenza e cultura professionale»;*

- «*Alcune tipologie di reati rappresentano sfide particolari per quanto riguarda le vittime e i testimoni. Ad esempio, nei casi di criminalità organizzata, terrorismo o criminalità informatica, i testimoni possono sentirsi esposti a minacce imminenti; nella violenza sessuale o domestica o nello stalking, le vittime o i testimoni vulnerabili sono esposti a specifiche restrizioni; nei reati commessi via internet la vittima può sentirsi impotente ad opporsi ad aggressioni, furti d'identità, ecc. Ognuna di queste sfide può essere affrontata meglio dai pubblici ministeri che siano ben consapevoli dei possibili effetti psicologici sulle persone coinvolte e delle tecniche appropriate per relazionarsi con le persone vulnerabili. Si raccomanda pertanto una formazione specializzata, con il coinvolgimento non solo di investigatori e membri di altre professioni legali, ma anche di esperti di diverse discipline e di Ong»;*

- «*I programmi di formazione dovranno trattare l'approccio adeguato ai vari tipi di vittime e testimoni, al rispetto e alla protezione degli stessi, all'efficace realizzazione dei loro diritti nell'ambito di procedimenti penali. Si devono trattare le tecniche appropriate di esame e interrogatorio volte a ottenere una testimonianza veritiera e completa, evitando al contempo qualsiasi impatto negativo sulla persona coinvolta»;*

- «*i magistrati del pubblico ministero esperti e qualificati possono contribuire alla formazione del personale delle procure, della polizia e delle altre forze dell'ordine, in modo che il settore investigativo-giudiziario nel suo insieme possa essere perme-*

*ato dalla stessa conoscenza e cultura professionali e possa essere in possesso dei medesimi strumenti operativi più appropriati».*

**10.** Da tale constatazione – e tralasciando una serie di altri profili pure importanti (quali ad es. l'esigenza, ove ai pm sia attribuita la gestione di risorse

finanziarie in autonomia, di una formazione anche in tale delicato settore<sup>10)</sup> – possiamo dunque concludere nel senso che, lungi dal diffondersi soltanto sui “grandi principi”, gli *standard* in tema di formazione del pm dettati nell'ambiente del Consiglio d'Europa risultando assai interessanti anche per guidare la concreta attività formativa di competenza delle istituzioni degli Stati membri.

---

10. V. Parere del Ccpe n. 9 (2014) su «*norme e principi europei in materia di pubblico ministero*», § 117.

# Un'esperienza di separazione delle carriere: l'ordinamento portoghese

di *Eduardo Maia Costa*

La separazione delle carriere inquirente e giudicante è stata frutto, in Portogallo, della riforma del sistema giudiziario dopo la rivoluzione del 1974.

La scelta fu accompagnata da una, ad oggi indiscussa, totale e ferma indipendenza dall'esecutivo, garantita dal Consiglio superiore del pubblico ministero, composto da magistrati eletti e membri "laici", con maggioranza di magistrati, e presieduto dal procuratore generale della Repubblica. La formazione rimane invece comune tra inquirenti e giudicanti.

La gerarchizzazione del pubblico ministero ha peraltro prodotto una deriva burocratica, rivolta all'adempimento di direttive gerarchiche e all'ottenimento di risultati misurabili in statistiche e una forte dipendenza dell'effettività dell'azione dei pubblici ministeri dal maggiore o minore dinamismo dei vertici gerarchici.

Da pochi anni, con l'integrazione e la stabilizzazione dei quadri e la creazione di strutture interne specializzate, si sono registrati risultati significativi a livello della lotta alla criminalità più grave. Il dinamismo acquisito e le attese sociali sono ormai elevate, ed è dunque difficile una "frenata" improvvisa...

## 1. Com'è nata la separazione delle carriere

La separazione organica tra la carriera dei giudici e quella del pubblico ministero è stata istituita in Portogallo nel 1978, integrata nella riforma globale del sistema giudiziario approvata con l'istituzionalizzazione della democrazia dopo la rivoluzione del 25 aprile 1974.

Prima della rivoluzione, il pubblico ministero costituiva organicamente una fase del percorso della carriera giudiziaria. I magistrati entravano obbligatoriamente nella categoria dei pubblici ministeri e poi, per mezzo di concorso, erano ammessi nella magistratura come giudici. I quadri superiori del pubblico ministero erano giudici nominati in "commissione di servizio" temporanea. Cioè, il pubblico ministero era costituito, nella base, da magistrati "provvisori" e, a livello superiore, da giudici "importati".

Questa situazione fu ritenuta insostenibile poiché si intendeva assegnare al pubblico ministero un

ruolo rafforzato nel sistema giudiziario, concedendogli autonomia nei confronti dell'esecutivo e, a livello funzionale, la titolarità dell'azione penale senza ingerenze esterne, e delle nuove competenze rivolte alla difesa della legalità democratica.

Questo dimensionamento delle funzioni del pubblico ministero fu dunque ritenuto incompatibile con la precedente struttura organica: la soluzione della separazione totale delle carriere, dotando il pubblico ministero di un corpo proprio di magistrati, si presentò come naturale.

Quelle di giudici e procuratori divennero carriere diverse, senza comunicazione fra loro: carriere "parallele", con gradi di progressione identici.

La separazione delle carriere ha imposto la creazione di una Scuola della magistratura (Centro di studi giudiziari), che funziona sin dal 1980, una Scuola che forma candidati a giudici e a procuratori, reclutati per mezzo di concorso pubblico, con un sistema di formazione parzialmente misto.

Il pubblico ministero è stato dotato di autonomia, avendo come organo superiore di gestione e

disciplina il Consiglio superiore del pubblico ministero, composto da magistrati eletti e membri “laici” (nominati dal Parlamento e dal Ministro della giustizia), con maggioranza di magistrati, e presieduto dal procuratore generale della Repubblica. Quest’ultimo è nominato dal Presidente della Repubblica (eletto per mezzo di suffragio universale), su proposta del Governo.

Il pubblico ministero fu strutturato come magistratura gerarchica, dalla base al vertice, avendo il procuratore generale competenza di direzione funzionale di tutta la magistratura inquirente. Esercita le sue funzioni per un mandato (rinnovabile) di sei anni.

Questo è, nelle sue grandi linee, lo Statuto del pubblico ministero portoghese.

## 2. Breve bilancio dell’esperienza della riforma

Sono trascorsi quarant’anni dall’istituzionalizzazione della separazione delle magistrature e dell’autonomia del pubblico ministero (che è scritta nella Costituzione sin dal 1989), cosicché possiamo tracciare un breve bilancio della esperienza vissuta.

Possiamo ritenere sicuro che, rispetto al passato, la separazione delle carriere ha assegnato al pubblico ministero una condizione essenziale per l’esercizio delle sue funzioni: la dotazione di un quadro proprio e permanente di magistrati, cosciente dello suo Statuto e delle sue funzioni, impegnato nell’adempimento della sua “missione”.

A ciò ha contribuito senza dubbio un intenso attivismo sindacale, che ha accompagnato tutto il periodo di “formazione” della nuova magistratura, negli anni ‘80.

Tuttavia, il pubblico ministero ha affrontato sistematicamente un grave *deficit* di quadri, che il Centro di studi giudiziari, più preoccupato della formazione dei giudici, solo da poco tempo è riuscito a supplire. Questo *deficit* ha nuociuto moltissimo all’adempimento soddisfacente dei compiti attribuiti al pubblico ministero che si è visto obbligato ad adempiere ai compiti basilari ed ostacolato nell’organizzarsi internamente in forma più adeguata ad affrontare la criminalità più complessa o organizzata.

Questa insufficienza di quadri ha aiutato anche il sorgere di una cultura burocratica, rivolta all’adempimento di direttive gerarchiche e all’ottenimento di risultati misurabili in statistiche, anziché nel perseguimento dei compiti fondamentali che sono attribuiti alla magistratura inquirente.

Evidentemente, ha contribuito moltissimo a questo risultato la strutturazione gerarchica del pubblico ministero, dal vertice alla base, che apre le porte a quella cultura, e fa dipendere il funzionamento di tut-

ta la magistratura dall’azione (oppure inazione...) del procuratore generale. Questo è un problema centrale/strutturale del pubblico ministero portoghese, che in parte (ma solo in parte) è compensato dal principio della legalità o dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale.

Solo da pochi anni, con l’integrazione e la stabilizzazione dei quadri e la creazione di strutture interne specializzate, si sono registrati risultati significativi a livello della lotta alla criminalità più grave. In effetti la creazione di strutture di coordinamento nazionale, alcune tematiche, con magistrati di esperienza, ha permesso un approccio sistemico alle diverse competenze del pubblico ministero. Specificamente a livello penale, la creazione di unità organiche speciali e miste (integrando magistrati esperti delle diverse fasi processuali), per le indagini sulla corruzione, sulla criminalità economica e finanziaria, sulla criminalità organizzata e transnazionale, ha veicolato un’indagine criminale più efficace e rivolta alla sua sostenibilità in giudizio.

Questo nuovo dinamismo negli ultimi cinque anni si deve anche, non si può negare, all’atteggiamento innovatore dell’attuale procuratore generale (per la prima volta una donna), frontalmente in contrasto con quello del precedente procuratore generale.

Non c’è dubbio che l’atteggiamento del procuratore generale è molto (troppo!) importante per il livello di efficacia dell’attività del pubblico ministero portoghese. Tuttavia, il dinamismo acquisito e le attese sociali sono ormai elevate, ed è dunque difficile una “frenata” improvvisa ...

## 3. Prospettive a breve termine

Attualmente lo Statuto del pubblico ministero si trova in una fase di revisione. Non si conosce ancora nessun progetto scritto. In prospettiva c’è la consacrazione di un modello organizzativo che chiarisca con rigore le competenze e le funzioni delle diverse strutture gerarchiche e i rapporti fra loro; che privilegi il merito nella progressione della carriera e stabilisca il principio del concorso, con criteri oggettivi e prestabiliti, nell’accesso ai posti di direzione e ai posti nelle strutture specializzate; infine che consacri l’autonomia finanziaria del pubblico ministero, rafforzando le condizioni per un esercizio effettivo della sua autonomia funzionale e istituzionale.

Completamente fuori dalle prospettive di riforma è la modifica delle linee strutturali del pubblico ministero – concretamente la separazione delle carriere – che è oggi una scelta assolutamente stabilizzata e consensuale, sia nell’ambito giudiziario, sia in quello delle forze politico-partitiche.

Davvero, quella scelta non è stata mai in discussione durante questi quarant'anni. Non si conosce nessuna iniziativa parlamentare e neanche alcuna proposta della società civile per riprendere la vecchia "confusione" di carriere.

L'autonomizzazione organica del pubblico ministero, in connessione con l'autonomia nei confronti dell'esecutivo, si è rivelata, a lungo, come una scelta essenziale per la dignità del pubblico ministero come magistratura e per lo sviluppo della sua attività.

## L'indipendenza interna del pubblico ministero \*

di *Marco Bignami*

Si affronta il tema dell'indipendenza interna del pubblico ministero, riconoscendo il carattere costituzionale di tale concetto. Si cerca poi di individuare tre sfere differenti di efficacia del principio. Si riconosce così piena capacità decisionale del procuratore capo nell'organizzazione dell'ufficio; la sussistenza di autonomia in capo al sostituto nell'interpretare la legge per il compimento di singoli atti; la possibilità che tale ultima autonomia receda in presenza di direttive comuni elaborate congiuntamente dall'ufficio al fine di dettare criteri uniformi di esercizio dell'azione penale. Sulla base di queste premesse, si ipotizza un'interpretazione costituzionalmente orientata del d.lgs n. 106 del 2006, e si sospetta di illegittimità costituzionale l'art. 3 di tale testo in tema di misure cautelari.

### 1. La nozione di indipendenza interna del pubblico ministero

Per indipendenza interna del pm deve intendersi la sussistenza di un'area di autonomia decisionale propria del magistrato investito di funzioni requirenti, che egli possa opporre al vertice gerarchico dell'ufficio al quale è preposto, rinvigorita dal fascio di garanzie che l'ordinamento appresta a tutela di simile sfera riservata.

Il tema non è stato granché coltivato dalla pubblicistica, sia pure con rimarchevoli eccezioni<sup>1</sup>, anche se è divenuto più spinoso a seguito del d.lgs n. 106 del 2006, che ha rafforzato le prerogative del procuratore capo. Si può supporre che la relativa indifferenza alla questione dell'indipendenza interna sia dovuta ad una serie di ragioni, la prima delle quali da identificarsi con l'assai più seducente forza di attrazione esercitata dal problema dell'indipendenza esterna. In

una prospettiva storica, è stata in altri termini la posizione ordinamentale assunta dal pm nei confronti dei poteri dello Stato, e in particolare di quello esecutivo, a monopolizzare l'attenzione. Così, l'ultimo comma dell'art. 107 Cost., secondo cui il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario, ha alimentato il dibattito sulla necessaria appartenenza del pm all'ordine giudiziario; sulla separazione delle carriere giudicanti e inquirenti; sul divieto, a Costituzione vigente, di sottoporre tale figura al controllo del Governo, secondo il modello francese<sup>2</sup>. Con minore urgenza ci si è invece interrogati sulla natura di tali "garanzie" in seno alla magistratura, non solo con riguardo allo *status* di magistrato, ma soprattutto nel rapporto dialettico con il capo dell'ufficio.

Eppure, l'art. 108, secondo comma, Cost. assicura l'indipendenza del pm presso le giurisdizioni speciali, con l'evidente corollario che essa non può quindi

\* Il presente lavoro rielabora e aggiorna le note apparse nel 2007 in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) con il titolo «L'indipendenza interna del pubblico ministero nel d.lgs n. 106 del 2006».

1. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 225 ss.

2. Da ultimo, si veda la sentenza 2017/680 QPC del *Conseil constitutionnel*. Per una prospettiva comparata, da ultimo, A. Balsamo, *Il rapporto tra indipendenza del pubblico ministero e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo*, in *Cass. pen.* 2011, 3, p. 1226.

che spettare allo stesso magistrato ordinario insignito delle funzioni inquirenti. Le garanzie offerte dalla legge sull'ordinamento giudiziario in base all'art. 107 Cost. devono quindi includere l'indipendenza del pm. E quest'ultima, in quanto presidio innalzato direttamente dalla Costituzione, non si presta a essere annichilita dalla legge, ma ha una consistenza sostanziale sua propria, che il legislatore è tenuto a salvaguardare e attuare in idonee forme.

Da qui si può arrivare a supporre, sia pure quale spunto iniziale di riflessione, che la Costituzione reclami una qualche forma di indipendenza del pm secondo la duplice accezione che tale espressione ha tipicamente assunto nel dibattito sull'ordinamento giudiziario, ovvero per il verso sia esterno, sia interno.

Certo, è assai problematica l'estensione ai magistrati del pm del principio secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la cui lettera milita decisamente a favore dell'attribuzione di tale garanzia esclusivamente al magistrato giudicante<sup>3</sup>. È per l'appunto la speculazione in tale ambito che ha permesso di meglio precisare i contorni dell'indipendenza interna, perché la soggezione esclusiva alla legge non indica soltanto che l'attività giurisdizionale deve trovare adeguata descrizione in tale fonte, senza intestarsi obiettivi di scopo che non abbiano una corrispondente raffigurazione legislativa di modi, forme e condizioni, secondo un'accezione certamente affine alla natura del pm (Corte cost., ordinanza n. 24 del 2017). Significa anche, su un lato diverso ma complementare, che il giudice ha una sua sfera riservata di potestà interpretativa, alla quale in linea di principio non può sovrapporsi un comando gerarchico promanante da Corti superiori o internazionali, salve ipotesi analoghe ad un giudizio di rinvio che vada definito conformando la fattispecie alla *regula iuris* enunciata nel precedente grado (Corte cost. sentenza n. 49 del 2015). Il contatto con la legge, in altri termini, non ha mediazioni: spetta all'organo giurisdizionale elaborarne i significati utili a risolvere la controversia, attingendo direttamente alla fonte<sup>4</sup>.

L'indipendenza interna del giudice, per tale verso, è dunque duplice: sottrazione alla gerarchia ordinamentale nell'esercizio della funzione giudicante; discrezionalità nell'interpretazione dei testi normativi, secondo un processo cognitivo che implica il confronto con l'esegesi correntemente praticata, in particolare, dalla Corte di cassazione, ma non il vincolo inderogabile a recepirla quando invece si abbiano motivate ragioni di dissenso.

Si capisce che simili approdi calzano bene al ruolo del giudice, ma non sono intuitivamente estendibili al pm. Quest'ultimo svolge, per sintetizzare i compiti prevalenti, un'attività di acquisizione delle notizie di reato; di indagine; di direzione della polizia giudiziaria; di impulso alla prosecuzione del procedimento attraverso l'esercizio dell'azione penale e la partecipazione al processo in senso proprio; di impugnativa degli atti del giudice. In questo multiforme mondo di operazioni materiali e intellettuali, le prime, dinamicamente proiettate verso un'incisione fenomenologica che ha tutt'altro suono rispetto alla quieta e silente interpretazione di testi normativi, oscurano le seconde anche quando vi sono largamente intrecciate. Così, se il pm compie un atto di indagine, è quest'ultimo a risaltare nella sua componente materiale di modificazione della realtà, piuttosto che la preliminare attività di lettura e comprensione del significato della norma che attribuisce e regola quel potere, benché anche quest'ultima sia necessaria in via preliminare.

Si aggiunga che, sul piano ordinamentale, non è dubbio che il pm, diversamente dal giudice, sia inserito in un ufficio strutturato gerarchicamente, e al cui vertice siede il procuratore della Repubblica.

Per effetto di tali congiunte ragioni, l'indipendenza interna del pm rischia di scolorire fino a rendersi inafferrabile. L'art. 101, secondo comma, Cost. parla al (solo) giudice; suppone la sottrazione a qualsivoglia gerarchia nell'esercizio della funzione, che è proprio quanto al pm è negato; quest'ultimo è l'organo dell'azione, anziché dell'interpretazione.

Date queste condizioni, è ancora possibile disquisire di un'indipendenza interna del pm? Se una tale nozione si origina prevalentemente dall'art. 101, secondo comma, Cost., e tale disposizione costituzionale neppure lambisce il magistrato inquirente, non sarà piuttosto da rifiutargli ogni consistenza per il caso che ci interessa?

Naturalmente, la domanda presuppone, per così dire, il tono costituzionale dell'indipendenza interna del pm. Allo stato, persino nel contesto di accentuata verticalizzazione degli uffici inquirenti dovuto al d.lgs n. 106 del 2006, è la legge a prevenire l'integrale dissoluzione della autonomia decisionale del magistrato del pubblico ministero, riservandogli spazi irriducibili alla gerarchia (ad esempio, art. 70, comma 4, o.g.). Ma il punto sta piuttosto nel comprendere se ciò sia scelta in qualche modo costituzionalmente obbligata, e dunque censurabile laddove eccessivamente timida. Oppure, se il legislatore non incontra limiti nella

3. N. Zanon-F. Biondi, *Il sistema cit.*, p. 231.

4. R. Guastini, in G. Branca-F. Pizzorusso (a cura di), *Commentario della Costituzione*, sub art. 101, 1994, p. 192.

strutturazione piramidale dell'attività inquirente, in virtù di uno zoccolo di indipendenza interna costituzionalmente rilevante<sup>5</sup>.

## 2. Il fondamento costituzionale dell'indipendenza interna del pm

L'idea da cui parte il presente lavoro è la prima.

Bisogna, a tal fine, liberarsi dalla suggestione che proviene dalla formulazione letterale dell'art. 101, secondo comma, Cost. Non perché essa sia aggirabile con disinvoltura, perché, anzi, è certamente sostenibile che il Costituente avesse in mente la disciplina della posizione ordinamentale e funzionale del solo giudice. Se si ragiona di indipendenza interna nella duplice prospettiva della scomposizione dell'apparato gerarchico e della riserva di libertà interpretativa, è del tutto naturale rivolgere il pensiero all'organo giudicante, senza curarsi del pm, che è invece immerso in una piramide organizzativa ove l'azione ombreggia l'interpretazione.

Ma, detto questo, il fatto che la Costituzione abbia inteso dedicare una disposizione atta a garantire la soggezione del giudice soltanto alla legge non significa che, nella sua trama implicita, non sia dato rinvenire un principio adattabile al pm, che, se non equivalente, in ogni caso permetta anche in questo caso la massima espansione possibile del valore sotteso alla scelta costituzionale, nei limiti in cui ciò sia compatibile con la posizione ordinamentale del tutto peculiare assegnata al pm.

Nessuno, così, potrebbe dubitare che anche il pm, al pari del giudice, debba uniformare la propria azione alla legge (vi sia, cioè, interamente soggetto), benché ciò possa non essere stato detto esplicitamente nel testo costituzionale.

Più specificamente, si può ipotizzare che dall'art. 101, secondo comma, Cost. sia comunque ricavabile una nozione costituzionale di indipendenza del magistrato che, cogliendo un'esigenza comune all'azione di giudice e pubblico ministero, contribuisca a chiarire che cosa la Costituzione intende quando impegna la legge a garantire l'indipendenza del pm presso le giurisdizioni speciali e, dunque, a maggior ragione anche in seno all'ordine giudiziario.

Perciò, non è risolutivo interrogarsi sull'estensione diretta al pm dell'art. 101, secondo comma, Cost. perché, quale che sia la migliore risposta al quesito, dovrebbe essere appagante ai nostri fini il solo fatto che la Costituzione, senza dubbio, riconosce l'indipendenza del pm, e che i contorni di questa nozione,

a loro volta, non possono che trarsi dal disegno costituzionale nel suo complesso.

Così, per la parte in cui la medesima prospettiva accomuna giudice e pubblico ministero nel soddisfacimento di un unico valore costituzionale, là si dovrà ritenere che l'indipendenza del pm sia definibile anche alla luce di ciò che la Costituzione intende per indipendenza del giudice. È dunque per questa via che si può ragionare di indipendenza interna del pubblico ministero.

Su questo piano, non sarà certamente predicabile che il pm vada interamente sottratto alla gerarchizzazione dell'ufficio cui appartiene, perché è questa una nozione di indipendenza interna che riflette la posizione strutturale del solo giudice. È proprio l'art. 107, ultimo comma, Cost. a introdurre un ambito di divaricazione nell'inquadramento organizzativo del pm e del giudice, visto che al primo, pur nell'ambito dell'unica magistratura, sono riservate *specifiche* norme di garanzia proprie *dell'ordinamento giudiziario*. Né sfugge, del resto, che il compito precipuamente decisivo del giudice mal tollererebbe la rigida armatura della gerarchia, essendo ad essa inassimilabile la funzione interpretativa che assorbe quasi totalmente l'operato di chi giudica. Viceversa, le attività per così dire materiali del pm (nelle quali, cioè, l'interpretazione della norma è marginale), così numerose e caratterizzanti, sono assai più compatibili con un assetto gerarchico che le uniformi, le indirizzi e le coordini.

Tuttavia, anche il pm, come si vedrà subito, interpreta norme. Diversi sono gli effetti di questa attività, ma non ne è differente la natura. E allora diventa legittimo chiedersi se, a fronte di tale dato, e in questi casi, non militino a favore dell'indipendenza interna del pm le stesse ragioni costituzionali che hanno condotto a garantire, quanto alla libertà interpretativa, l'indipendenza interna del giudice sancita dall'art. 101, secondo comma, Cost.

È quanto si vedrà nel prossimo paragrafo.

## 3. Indipendenza interna e interpretazione di norme

L'indipendenza interna non è e non può tramutarsi in un privilegio del magistrato preposto alla funzione (tale, perciò, da poter ben essere sacrificata, affinché l'ufficio ove questi opera adempia con maggiore efficacia ai propri compiti), ma contribuisce piuttosto, nella prospettiva dell'ordinamento, a connotare ed orientare quella stessa funzione sul terreno della democraticità.

5. R. Romboli, *Il pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale e l'esercizio dell'azione penale*, in S. Panizza - A. Pizzorusso - R. Romboli (a cura di), *Ordinamento giudiziario fiorense. Volume I. Antologia di scritti*, 2002, p. 307.

La sempre contesa partita sulla legittimazione della magistratura nell'ordinamento costituzionale non può seriamente giocarsi sul piano esclusivo della competenza, evocando il modello francese del magistrato-funzionario, ma richiede piuttosto di adottare una chiave di lettura adeguata, per così dire, alla "seratura" democratica ove essa si trova a girare<sup>6</sup>.

E se la democrazia, come è del tutto ovvio, non si risolve sempre e comunque nell'affermarsi della volontà dei più, ma esige al contrario argini ben saldi affinché quest'ultima non straripi oltre i vincoli costituzionali, appare chiaro che, nel rispondere a tale necessità, la miglior garanzia contro deviazioni "maggioritarie" nell'interpretazione della legge<sup>7</sup> è proprio il frazionamento del potere giurisdizionale entro i molteplici organi di cui si compone la magistratura, e tramite esso l'apertura ricettiva agli stimoli pluralistici che sorreggono il "riempimento" della norma giuridica nell'applicazione al caso concreto, ad opera dell'interprete.

Tuttavia, tali considerazioni, se appaiono adeguate al ruolo del giudice, si affievoliscono (ma, come si cercherà di dire in seguito, non scompaiono del tutto) con riguardo all'attività dell'ufficio del pm, che è da sempre tutt'altro che estraneo a fasi di gerarchizzazione nel rapporto tra il procuratore ed i suoi sostituti.

Sul punto, la giurisprudenza costituzionale non lascia adito a dubbi<sup>8</sup>: fin dalla sentenza n. 52 del 1976 vi si afferma che le garanzie costituzionali di indipendenza «si riferiscono all'ufficio unitariamente inteso e non ai singoli componenti di esso», sicché è consentito al legislatore «per alcuni momenti processuali» atteggiare «a criteri gerarchici l'attività dell'organo».

Parimenti, le sentenze nn. 462 e 463 del 2003, in punto di legittimazione a sollevare conflitto tra poteri dello Stato a tutela dell'attribuzione prevista dall'art. 112 della Costituzione<sup>9</sup>, non riconoscono affatto siffatta legittimazione al sostituto titolare dell'indagine, quanto invece all'ufficio del pm, la cui volontà si evince dalla sottoscrizione del ricorso da parte del procuratore della Repubblica: esse non autorizzano, pertanto, a fondare un particolare *status* di indipendenza interna del primo, da opporre al secondo nell'esercizio dell'azione penale.

Nonostante ciò, non pare a chi scrive costituzionalmente tollerabile l'integrale assorbimento delle com-

petenze del sostituto, pur sempre magistrato appartenente all'ordine giudiziario, distinguibile dai colleghi solo per funzioni (art. 107 Cost.), nelle attribuzioni gerarchicamente preordinate del procuratore, ed è a ben vedere la giurisprudenza costituzionale ad offrire spunti per contestare una siffatta conclusione.

Per un verso, la stessa sentenza n. 52 del 1976 confina la discrezionalità del legislatore nel conformare a criteri gerarchici l'attività del pm ai «*momenti processuali in cui è più pronunciato il carattere impersonale della funzione*»; per altro verso, non mancano decisioni della Corte (sentenza n. 88 del 1991) ove, così postulando il rigetto di un "puro" modello gerarchico nella configurazione dell'ufficio, si afferma espressamente che anche il magistrato del pm, al pari del giudice, è soggetto soltanto alla legge, ai sensi dell'art. 101, secondo comma, della Costituzione (in senso contrario, si può ricordare la sentenza n. 420 del 1995, ove tuttavia l'esclusione dell'art. 101 Cost. quale parametro evocabile dal pm nel conflitto tra poteri potrebbe imputarsi alla prevalenza, nel quadro di un ricorso teso a preservare l'autonomia del pm nell'esercizio delle indagini e dell'azione penale, delle attribuzioni di cui all'art. 112 Cost., piuttosto che ad un'ontologica irrilevanza dell'art. 101).

#### 4. segue: i cerchi concentrici dell'indipendenza interna del pm

Si tratta, allora, di trovare un punto di equilibrio tra spinta gerarchica e contropinta di indipendenza funzionale nell'esercizio delle attività del sostituto procuratore, e di valutare se il d.lgs 106 del 2006 sia arrivato troppo in là nel favorire un corno della questione sull'altro, o abbia piuttosto collocato la barra su una delle possibili linee interpretative consentite al legislatore dalla Costituzione.

Bisogna ammettere infatti che il disegno costituzionale, reso su questo punto di non cristallina chiarezza a causa dell'obiettivo incertezza nell'inquadramento sistematico del pm, sembra aprire la via a forme di "verticalizzazione" dell'ufficio diverse, in astratto, di quelle già ravvisate da un autorevole dottrina<sup>10</sup> esclusivamente nella necessità di predisporre un controllo sulle funzioni dei magistrati del pubblico

6. A. Di Giovine, *Potere giudiziario e democrazia costituzionale*, in S. Sicardi (a cura di), *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, 2010, pp. 31 ss.

7. N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in AIC, *Annuario 2004*, (*Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*), 2008, p. 251.

8. S. Bartole, *Pm e Corte costituzionale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 155.

9. Da ultimo, si vedano anche le ordinanze nn. 16 e 17 del 2013.

10. G. Silvestri, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 115 ss.

ministero, e al solo fine di tutelare il principio di obbligatorietà dell'azione penale.

Nel contempo, tuttavia, è forse proprio l'origine di quella incertezza di cui si è appena detto a suggerire un'altra linea esegetica.

Il pubblico accusatore si profila, nel processo storico che ne vede mutare la natura da organo "amministrativo" a componente «*dell'ordine giudiziario nel senso lato del termine*» (è la significativa espressione della Corte Edu nel caso Lesnik v. Slovacchia, 11 marzo 2003) come il punto di convergenza di funzioni obiettivamente eterogenee, talune delle quali solo assai debolmente connesse alla giurisdizione.

Ma non vi è dubbio che lo sviluppo dello Stato di diritto e la conseguente esplosione, ben prima del processo in senso proprio, delle garanzie procedurali di colui che si trovi soggetto ad indagine, hanno avuto per indotto l'allargamento dell'area in cui alla discrezionalità dell'apparato amministrativo preposto al pubblico bene si sostituisce l'osservanza delle norme dettate a tutela delle libertà dell'individuo, e finalizzate al corretto esercizio della giurisdizione.

Si noti: la questione non è qui la posizione strutturale del pm, se magistrato o rappresentante del potere esecutivo presso le Corti, su cui ciascun ordinamento ha la propria soluzione.

Si tratta invece di riconoscere che nell'uno come nell'altro caso lo spazio "normato" a garanzia dell'indagato è cresciuto, ponendo il pm sempre più spesso a contatto, per così dire, con tali disposizioni di sintesi normativa del binomio autorità/libertà, di cui egli rende applicazione, certamente in forma non decisoria, ma tramite un processo intellettuale che ha i caratteri propri dell'interpretazione.

Le resistenze ad ammettere tale circostanza sono considerevoli: basti pensare che ancora nel 2000 la Raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa indicava a elemento distintivo della figura del pm dal giudice, tra gli altri, il fatto che il primo, diversamente dal secondo, non avrebbe il compito di interpretare la legge.

Ma pare davvero difficile negare che quando il pm qualifica in termini giuridici la notizia di reato, ovvero formula l'imputazione (tanto per ricorrere ad esempi tanto icastici, quanto di ordinaria ricorrenza nell'attività dell'organo dell'accusa) con ciò non svolga una preliminare attività di interpretazione e di applicazione della legge penale.

Forse, è proprio avendo riguardo alla molteplicità di tali occasioni, che la Corte costituzionale (sentenza n. 96 del 1975) ha ricompreso nel concetto di giurisdizione accolto dall'art. 102 della Costituzione «*non solo l'attività decisoria, che è peculiare e propria del giudice, ma anche l'attività di esercizio dell'azione penale, che con la prima si coordina in un rapporto di penetrazione organica a fini di giustizia e che*

*l'art. 112 della Costituzione, appunto, attribuisce al pubblico ministero*».

Nel contempo, permane, diversamente che per il giudice, un campo in larga parte sottratto all'applicazione delle norme di garanzia, ove ha piuttosto rilievo l'attività investigativa ed organizzativa del pm: impartire disposizioni concernenti il funzionamento del proprio ufficio, prediligere una tecnica di indagine ad un'altra, dirigere i propri collaboratori amministrativi, disporre della polizia giudiziaria e mantenervi i rapporti, impiegare i mezzi di cui l'ufficio dispone per il compimento delle proprie attività, assumere le prove in prima persona o mediante delega, e così via, sono compiti che certamente qualificano la funzione del sostituto procuratore, e la cui delicatezza, ai fini del buon esito dell'azione penale, non può essere sottovalutata, ma per i quali, nel contempo, le ragioni dell'indipendenza interna appaiono davvero recessive.

Si potrebbe dire così: tutta l'attività del pm nello Stato di diritto è orientata da norme finalizzate all'accertamento della responsabilità penale nel rispetto delle garanzie dell'individuo, ma solo una parte di essa è applicazione di queste stesse norme.

L'ipotesi da cui muovono queste brevi osservazioni è che, in questo ultimo caso quelle medesime ragioni che sono state spese a garanzia e giustificazione dell'indipendenza interna del giudice possano e debbano valere anche nei riguardi del pm nel rapporto con il proprio procuratore, posto che il primo è qui davvero magistrato soggetto soltanto alla legge.

Non sembra esservi infatti un'insuperabile ragione per negare tale processo assimilativo, se si pone mente all'esigenza di frazionare anche in tal caso, quanto possibile, l'esercizio delle potestà connesse alla giurisdizione, quando esse implicano un onere interpretativo della norma giuridica: esso si arricchisce attraverso il contributo del magistrato a ciò preposto, e in tal modo si sottrae al potenziale pregiudizio "maggioritario" che potrebbe derivare dall'accentramento in capo ad un unico soggetto, per quanto a propria volta magistrato, di una tale essenziale funzione.

Né varrebbe obiettare che in senso contrario milita l'esigenza di assicurare l'uguale interpretazione della legge da parte dell'unico ufficio del pm, giacché essa può venire perseguita non già accentrando nel preteso vertice piramidale dello stesso una sorta di ibrido nomofilattico, quanto piuttosto stimolando su questo terreno il confronto paritario tra il procuratore e tutti i sostituti, alla ricerca di un indirizzo quanto possibile comune nell'interpretazione della legge, e per ciò stesso frutto di apporti culturali variegati e bilanciati reciprocamente.

In altri termini: non è negabile che la Costituzione sottenda uno *standard* di omogeneità nell'applicazione della legge da parte degli uffici del pm più spiccato

che non in riferimento all'attività giudiziale decisoria. Quanto a quest'ultima, infatti, l'iniziale confronto di posizioni dialettiche non convergenti, quando motivate, è piuttosto uno stimolo a ricercare un significato normativo adeguato a rispondere, per quanto possibile, all'intero spettro delle argomentazioni prodotte in un senso e nell'altro. Insomma, il confronto tra giudici, nella prospettiva di rinvenire poi una posizione condivisa, è un punto di forza del sistema giudiziario, anziché una debolezza.

Nel caso del pm, invece, non può essere trascurata l'esigenza più accentuata di uniformità sottesa dal principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), che a sua volta riflette la forza del principio di uguaglianza<sup>11</sup>. Il processo penale va sollecitato dalla pubblica accusa con convergenza di criteri, affinché poi siano proprio i giudici a confrontarsi ulteriormente, e semmai a dividersi, sul significato della legge (di regola nelle forme del pubblico dibattimento e, comunque, previo adeguato confronto processuale con le parti, ciò che manca invece largamente alla fase governata dal pm). Una eccessiva frammentazione, ufficio per ufficio, sostituto per sostituto, dell'interpretazione normativa prodromica all'esercizio dell'azione penale anticipa esageratamente, rispetto alla sua giusta sede (il processo governato dai giudici) l'elaborazione dialettica funzionale alla carica democratica propria dell'esegesi giudiziaria, nel senso sopra specificato.

La democraticità della funzione interpretativa, coesistente al modello costituzionale, accetta perciò nel caso del pm, quando applicatore di norme, un grado più severo di compressione, che tuttavia può essere compensato da sufficienti modalità procedurali di confronto tra i componenti dell'ufficio.

Si raggiungerebbe in tal modo un adeguato grado di tutela dell'indipendenza interna dei magistrati del pubblico ministero, nel contempo rifuggendo da tentazioni di "personalizzazione" dell'ufficio, giustamente ripudiate dalla più convincente dottrina<sup>12</sup>.

In altri termini, la soluzione gerarchica non è qui l'unica possibile, ed anzi pare da scartare, in una lettura costituzionalmente orientata delle norme: la stessa giurisprudenza costituzionale già ricordata, nell'assicurare all'«ufficio unitariamente inteso» del pm le garanzie di indipendenza previste dalla Costituzione, pare frapporre un ostacolo a che tale ufficio, composto da una pluralità di magistrati le

cui relazioni sono governate dall'art. 107, terzo comma, della Costituzione, possa venire ridotto al solo organo-potere, incarnato dal procuratore della Repubblica.

Si può allora sostenere che l'attività del pm, in definitiva, pare scomponibile in tre fasi qualitativamente differenti, per quanto attiene al grado di tutela dell'indipendenza interna: una prima concernente la direzione e l'organizzazione dell'ufficio, ove tale indipendenza può recedere a fronte della supremazia gerarchica assegnata dalla legge al procuratore; una seconda, retta dall'interpretazione e dall'applicazione non decisoria di norme di garanzia del procedimento penale, ove tale recesso, a fini di garanzia dell'uniforme esercizio dell'azione penale (art. 1, comma 2, del d.lgs 106), può manifestarsi a fronte di un indirizzo maturato nell'ufficio, a seguito del paritario confronto tra i sostituti che ne sono parte e il procuratore stesso; una terza, ove l'applicazione della norma appare così intimamente connessa all'apprezzamento del caso concreto (ne è un esempio la richiesta di misure cautelari) che il sistema costituzionale, secondo chi scrive, non lascia alternativa, se non di affidarsi all'autonomia del sostituto titolare dell'indagine.

È tempo ora di soffermarsi più nel dettaglio sulla normativa concernente l'ufficio del pm<sup>13</sup>, per trovare conferme o smentite di tale assunto.

## 5. Le fonti normative

Tale normativa è racchiusa nel d.lgs n. 106 del 2006, che ha attuato la delega contenuta nella legge n. 150 del 2005; nelle pertinenti disposizioni dell'ordinamento giudiziario (il cui art. 70, comma 4, assicura al sostituto autonomia in udienza); nella circolare sull'organizzazione delle procure da ultimo approvata dal Csm con la delibera del 24 ottobre 2017.

È ben noto che il d.lgs n. 106 del 2006, traghettato dalla fase di approvazione da parte di una maggioranza politica di centro-destra a quella di emanazione nel testo emendato da un Governo di centro-sinistra, ha accomunato le forze politiche nell'intento di esplorare al massimo grado le potenzialità di strutturazione gerarchica dell'ufficio del pm che la Costituzione consente.

In verità, una lettura sbilanciata verso tale direzione potrebbe persino condurre a configurare il procuratore capo quale *dominus* di un apparato serven-

11. I. Nicotra Guerrera, *Considerazioni problematiche sul pubblico ministero nella Costituzione*, in *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte*, 1997.

12. N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Milano, Cedam, 1996, pp. 43 ss.

13. S. Panizza, *L'organizzazione degli uffici del pubblico ministero*, in N. Zanon - M. G. Di Renzo Villata - F. Biondi (a cura di), *L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio*, 2012, 73.

te rispetto agli obiettivi che egli, «*titolare esclusivo dell'azione penale*» (art. 1, comma 1, d.lgs n. 106 del 2006), formula attraverso i criteri di organizzazione dell'ufficio, i criteri di gestione dei procedimenti assegnati, e persino dei singoli atti inquirenti all'interno di questi (art. 2, comma 2, d.lgs n. 106 del 2006), fermo restando il potere di revoca dell'assegnazione. Con quest'ultimo si chiuderebbe il cerchio di un esaustivo controllo condotto lungo l'intero arco della parabola professionale del sostituto, ridotto a *longa manus* del "suo" procuratore.

Tuttavia, una simile interpretazione del testo normativo, quale che siano state le intenzioni del legislatore storico, non può trovare avallo in Costituzione, anzitutto per le ragioni che sono state sopra esposte: esso, infatti, distruggerebbe il nocciolo duro dell'indipendenza interna, fino al punto che tale essenziale profilo dello *status* del magistrato di procura verrebbe meno, in contrasto con il disegno costituzionale sulla magistratura nel suo complesso.

La diffusività del potere giudiziario latamente inteso; l'esigenza di frazionare democraticamente le sedi giudiziarie deputate all'interpretazione normativa; la stessa dignità del magistrato vincitore di concorso e distinguibile dai colleghi solo per funzioni (si veda in tal senso l'art. 3.1 lett. c della risoluzione del Csm del 12 luglio 2017) sono altrettanti indicatori costituzionali di opposizione ad un modello così verticistico dell'ufficio del pm.

Del resto, fino a quando il pm resta immerso nella "cultura della giurisdizione"<sup>14</sup>, come si è abituati a dire, suonerebbe bizzarro che al contempo gli sia negato il presupposto concettuale stesso di ciò, ovvero un grado di autonomia decisionale nell'interpretazione delle norme che ne governano l'azione. Senza di essa, si spalancherebbe un mondo di automi giudiziari, macchine esecutrici di direttive altrui, senza il personale apporto di cuore e intelletto che fonda ogni cultura *critica* propriamente detta. I nostri sostituti opererebbero così non nella "cultura della giurisdizione", ma nel "nozionismo della giurisdizione", secondo un modello di magistrato-burocrate che apre la strada a pericolose involuzioni.

Il procuratore della Repubblica, in definitiva, è un magistrato eminente all'interno dell'ufficio che dirige, ma non il *solo* magistrato che vi agisce.

Negando l'indipendenza interna, anziché limitandola in ragione delle peculiarità che separano senza dubbio giudici e pm nell'assetto costituzionale, il legislatore avrebbe dunque violato l'art. 107, ultimo comma, Cost..

## 6. Il d.lgs n. 106 del 2006: profili di illegittimità costituzionale

È perciò necessaria un'interpretazione costituzionalmente conforme che da un lato prenda atto della legittima scelta della legge di rafforzare la verticalità degli uffici di procura, dall'altro lato ne prevenga le storture costituzionalmente illegittime, facendo salvo in capo al singolo sostituto ora uno spazio decisionale proprio nell'applicazione delle norme, ora un'adeguata partecipazione ad un processo ascendente di maieutica giudiziaria volto alla condivisione di criteri interpretativi uniformi all'interno dell'ufficio, e, se possibile, tra uffici.

Per tale ragione, l'art. 1 del d.lgs 106, nella parte in cui enfaticamente qualifica il procuratore come il «*titolare esclusivo dell'azione penale*», in quanto «*preposto all'ufficio*», pare costituzionalmente tollerabile solo a patto di leggervi un'investitura meramente formale a rappresentare istituzionalmente l'ufficio nei rapporti con i terzi, e come la fonte dei (soli) poteri gerarchici che senz'altro il legislatore può attribuirgli, sul piano direttivo ed organizzativo, eccezion fatta per la "riserva interpretativa" che si vuole qui riconoscere ai sostituti.

Non è discutibile, infatti, che al di là di tale limite invalicabile l'ufficio del pm possa essere verticalizzato in forma più o meno marcata dalla legge.

In tale direzione, pare esente da dubbi di legittimità costituzionale l'art. 4 del d.lgs 106, che consente al procuratore di determinare i «*criteri generali*» cui i sostituti dovranno attenersi «*nell'impiego della polizia giudiziaria, nell'uso delle risorse tecnologiche assegnate e nella utilizzazione delle risorse finanziarie*» e «*per l'impostazione delle indagini*».

Parimenti, appare persino opportuno l'art. 5, che assegna al solo procuratore (vietandolo ai sostituti) il compito di mantenere i rapporti con gli organi di informazione.

Maggiori perplessità solleva invece l'art. 2, comma 2, per il quale «*con l'atto di assegnazione per la trattazione di un procedimento, il procuratore della Repubblica può stabilire i criteri ai quali il magistrato deve attenersi nell'esercizio della relativa attività*».

In precedenza, il Csm (delibera 10 aprile 1996) si era orientato per escludere la legittimità di direttive afferenti la conduzione del singolo processo, consentendo al procuratore l'adozione di atti di indirizzo, solo se a carattere generale.

Nella risoluzione adottata il 12 luglio 2007 il Consiglio, chiamato ad una prima lettura della nuova

14. L. Poniz, *Il pubblico ministero come parte imparziale: ossimoro o valore?*, in questa *Rivista* trimestrale, edizione cartacea, Franco Angeli editore, Milano, 2014, p. 143.

normativa, ha ribadito che i criteri di cui sopra «*dovranno tendenzialmente ricollegarsi a quelli definiti in via generale, assumendo rispetto ad essi carattere attuativo o integrativo*».

Ora, la distinzione tra direttive generali e particolari ha un'area di contiguità con il criterio proposto in queste brevi note, posto che l'interpretazione della norma si esercita sul caso concreto, la cui ricchezza di sfumature finisce inevitabilmente per orientarne l'esito.

Tuttavia, non si tratta di una piena coincidenza: si possono immaginare casi in cui il criterio impartito al sostituto, per quanto modellato sullo specifico fascicolo a questi assegnato, non coinvolga l'interpretazione e l'applicazione non decisoria di norme di garanzia, e casi opposti in cui si voglia invece pretendere, sulla base di una direttiva generale formulata autoritativamente ed unilateralmente dal procuratore, un'esegesi di tali norme contraria alla valutazione del sostituto o, a maggior ragione, ripudiata dall'ufficio, inteso quale complesso dei magistrati del pm che vi sono funzionalmente destinati.

È evidente, pertanto, che la tenuta costituzionale dell'art. 2 sarà condizionata alla verifica, caso per caso, circa la ricorrenza della prima o della seconda ipotesi, lungo una scala di apprezzamento difficilmente tracciabile *a priori*, e soggetta in definitiva al vaglio del Consiglio, anche in sede di responsabilità disciplinare del procuratore ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e) del d.lgs n. 109 del 2006 («*ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato*»)<sup>15</sup>.

Un giudizio assai critico, sul piano della legittimità costituzionale, sembra invece doversi riservare all'art. 3, che richiede l'assenso del procuratore ai fini della richiesta di misure cautelari da parte del sostituto titolare del fascicolo, e ai fini del fermo di indiziato di delitto<sup>16</sup>.

I requisiti e le condizioni in presenza dei quali il magistrato del pm deve richiedere tali misure sono stabiliti tassativamente dalla legge, e non lasciano margine dubitativo in proposito; alla stesso modo, valutare se essi si adattino al caso concreto necessita proprio di quell'attività preliminare di interpretazione e valutazione per la quale la Costituzione, secondo chi scrive, garantisce al magistrato del pm una sfera di competenza riservata rispetto all'intervento del procuratore, fermo, come è ovvio, che essa non incide, se non provvisoriamente (Corte costituzionale, sentenza

n. 419 del 1994), sul bene della libertà personale, affidato all'istanza decisoria del giudice.

## Conclusioni

Il d.lgs n. 106 del 2006 si segnala dunque per una gerarchizzazione dell'ufficio inquirente che per taluni punti sembra eccedere il margine costituzionalmente concesso, e per altri vi può essere ricondotta solo attraverso un'accurata interpretazione adeguatrice.

Su questo cammino si è infatti posto il Csm, adottando da ultimo, nel testo più aggiornato, la circolare del 24 ottobre 2017 già citata. Particolarmente significativo, ai nostri fini, è l'art. 11, che consente l'assegnazione di singoli atti di regola solo nei procedimenti trattati personalmente dal procuratore, essendo altrimenti necessario il consenso del sostituto non impedito. L'art. 15, poi, introduce garanzie procedurali per il caso di revoca dell'assegnazione.

Come si è detto, l'obiettivo di queste note è dimostrare che il sostituto non può trovarsi vincolato all'assunzione di singoli e specifici atti, propri del procedimento che gli è stato assegnato, ove essi presuppongano un'interpretazione normativa dalla quale dissente. Ugualmente, in tali casi non dovrebbe neppure essere consentita la revoca dell'assegnazione, ma, al limite, la sola procedura di visto descritta dall'art. 14 della circolare, al fine di addivenire a «*soluzioni condivise*».

In effetti, la individuazione di percorsi collaborativi tra procuratori e sostituiti è del tutto assente nel d.lgs n. 106 del 2006, ma giustamente recuperata dalla circolare del Csm (art. 2, comma 3; art. 4, comma 1 lett. d; art. 8, comma 1 e 2). Andrebbe aggiunto che, se appare opportuno un coinvolgimento di tutti i magistrati in riferimento alle scelte squisitamente organizzative, esso non può reputarsi costituzionalmente necessario se non laddove venga in gioco la predisposizione di uniformi criteri di interpretazione e applicazione della legge, da definire in via generale e astratta, affinché poi essi trovino attuazione in singoli procedimenti.

Come si è anticipato, la libertà interpretativa del pm diversamente che quella del giudice, può abdicare a fronte dell'obiettivo di un trattamento ugualitario in sede di esercizio dell'azione penale. *Qui il vincolo democratico è dunque di metodo, e non di risultato*: sarà necessario che le linee guida siano frutto dello

15. G. Amato, *Il nuovo assetto ordinamentale del pm: il ruolo del procuratore e i rapporti con i sostituti*, in *Diritto penale e processo*, 2010, 1, p. 86.

16. C. Salazar, *L'organizzazione interna delle procure e la separazione delle carriere*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia, Atti del Seminario di studio tenuto a Roma l'8 giugno 2009*, 2010, p. 179. Secondo Cass., sez. unite, n. 8388 del 2009, la violazione di questa previsione non comporta nullità degli atti processuali, ma mera responsabilità disciplinare del sostituto.

sforzo congiunto dei magistrati del pm, così da rappresentare davvero il punto di vista dell'ufficio, piuttosto che del suo procuratore.

In tali casi, e in questi soltanto, dovrebbe ammettersi anche la revoca dell'assegnazione nei confronti del sostituto che rifiuta nel caso concreto applicazione alle direttive comuni circa il significato delle norme, perché essa non sarebbe surrogazione della autonomia di un magistrato (il procuratore) a quella di altro magistrato (il sostituto), ma manifestazione impersonale della volontà interpretativa dell'ufficio del pm, al fine di assicurare l'obbligatorietà dell'azione penale.

La via dei protocolli di intesa tra procure in ordine alla corretta interpretazione di normative sempre più complesse tecnicamente, che la prassi conosce<sup>17</sup>,

esprime su scala esterna quanto è auspicabile accada in ciascun ufficio. Queste intese sono siglate dai rispettivi procuratori e rispondono ad una condivisibile istanza di unità interpretativa ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Tanto più autorevoli e persino vincolanti per ogni magistrato inquirente esse sarebbero, se a loro volta nascessero, in ciascuna procura firmataria, dall'apporto paritario di tutti i sostituti.

Vi è, insomma, modo per tenere insieme gerarchia dell'ufficio, autonomia del sostituto, uguaglianza dei consociati a fronte dell'esercizio dell'azione penale. A non poter essere tollerate sono opzioni tiranne per l'uno o per l'altro verso di una relazione dialettica, la cui forza riposa invece sull'equilibrio delle componenti.

---

17. Particolarmente significativo è il protocollo d'intesa in materia di reati ambientali nel territorio dell'Emilia Romagna, promosso dalla procura generale di Bologna e raggiunto dalle procure locali insieme con le amministrazioni coinvolte: il testo è riportato nella «*Relazione sulla verifica dell'attuazione della legge 22 maggio 2015, n. 68, in materia di delitti contro l'ambiente*» (doc. 1387/2) della Commissione parlamentare d'inchiesta sul ciclo dei rifiuti e illeciti ambientali.

## Introduzione.

# Giudicare del danno ingiusto

di Enrico Scoditti

Questo obiettivo si colloca in ideale continuità con il numero monografico dedicato a *Il giudice e la legge* (fascicolo 4/2016)<sup>1</sup> e da quel numero prende il nome, *La responsabilità civile fra il giudice e la legge*. Per una migliore comprensione delle problematiche che sono al fondo dei temi trattati nei contributi che seguono rinviamo dunque subito agli interventi presenti in quel fascicolo. La responsabilità civile è uno dei punti di emersione più sensibile della tensione che è negli strati profondi dell'esperienza giuridica moderna, una volta che il diritto non è più esclusivamente quello pronunciato dai giudici, come era nell'epoca per noi lontanissima dell'ordine giuridico medievale, ma è anche, e soprattutto dopo l'affermazione del principio democratico, quello posto dall'autorità politica. La fine dell'*ancien régime* si compie con l'arrivo di un sovrano che decide cosa è diritto. Quel sovrano diventa poi democratico e successivamente, con le grandi costituzioni del Novecento, restituisce lo scettro al diritto (almeno qui nell'Europa continentale, perché le cose nell'universo anglosassone erano andate diversamente). È attraverso questa porta che torna in campo la *iurisdictio*, la quale resta fedele esecutrice della volontà della sovranità popolare, ma animandola di quella Costituzione cui la stessa sovranità popolare ha da principio scelto di vincolarsi. Quando Stefano Rodotà, nel grande libro del 1964, *Il problema della responsabilità civile*, legge la clausola generale del danno ingiusto prevista dall'art. 2043 del codice civile alla luce del principio di solidarietà contemplato dall'art. 2 della Costituzione, ci sta subito immettendo in questo snodo di problemi, nel cuore cioè dei rapporti fra diritto e politica nell'epoca del costituzionalismo democratico.

La formulazione dell'art. 2043, secondo cui qualunque fatto doloso o colposo, che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno, evidenzia immediatamente

come il "danno ingiusto" non possa che acquistare il proprio contenuto sulla base dell'interpretazione giurisdizionale. Qual è la soglia dell'ingiustizia del danno e quale il limite del danno risarcibile? Non è un caso che la Corte di cassazione nel 2008 per fissare i limiti del danno non patrimoniale abbia fatto ricorso ai diritti costituzionalmente garantiti. Il danno ingiusto è l'interfaccia fra il giudice e la legge, il punto in cui l'uno apre all'altro, secondo un nesso di reciprocità, perché non è solo il legislatore a conferire al giudice il potere di concretizzare la clausola generale, ma è anche il giudice a dovere concretizzare la norma elastica in un modo tale che sia rispettato il predicato dell'ingiustizia.

Si deve a Rodotà la liberazione della nozione di danno ingiusto sia dalle incrostazioni positivistiche della limitazione dell'ingiustizia del danno ai diritti assoluti protetti *erga omnes* che dalla prospettiva pan-penalistica dell'atto illecito, secondo cui meritevole di tutela risarcitoria sarebbe solo il danno risultante da una condotta non conforme a diritto. Con Rodotà il punto di vista cambia: dall'autore del fatto alla vittima, dall'atto illecito (*non iure*) al fatto dannoso (*contra ius*). Il problema della responsabilità civile è quello dell'allocazione del danno in base al principio costituzionale di solidarietà. Dal 1964 moltissima acqua è passata sotto i ponti. Un trattato con difficoltà riuscirebbe a contenere per intero cosa è stata la responsabilità civile in questi quasi sessant'anni. Si tratta in definitiva di un pezzo della storia di questo Paese.

I contributi che seguono mirano a rileggere l'esperienza contemporanea della responsabilità civile secondo un angolo prospettico ben determinato, che è quello, come abbiamo detto, del danno ingiusto come interfaccia fra il giudice e la legge. La pluralità di funzioni della responsabilità civile e il tema del danno non patrimoniale sono questioni oggi all'ordine del giorno, ma si affacciano anche problematiche

1. [www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php).

particolari come quella del danno *antitrust*. Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Corte di cassazione il tema del danno del privato nel diritto amministrativo, con le problematiche derivanti dal rappresentare questo diritto una deroga al diritto comune, ha ormai una lunga storia. La sentenza n. 500 segna comunque una pagina memorabile perché costituisce il momento di definitivo approdo nella giurisprudenza del danno ingiusto come clausola generale, in funzione di superamento della limitazione della tutela risarcitoria ai cd. diritti assoluti.

Una sezione dell'obiettivo è dedicata alla riforma della responsabilità medica. Abbiamo inteso richiamare l'attenzione dei lettori su questo importante capitolo della recente produzione legislativa nazionale non solo per l'evidente rilievo che ha la salute nel campo della determinazione dei confini del danno, ma anche perché, nell'ambito per la verità diverso da quello del danno ingiusto in senso proprio, e cioè nell'ambito della responsabilità professionale, la legge 8 marzo 2017 n. 24, «disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie», rappresenta un indicatore significativo di come l'ordinamento si evolva nell'avvicinarsi di provvedimenti legislativi ed indirizzi giurisprudenziali. Ancora una volta, il diritto fra il giudice e la legge.

Per tornare al danno ingiusto, è raro incontrare una categoria giuridica che dia conto in termini così chiari di cosa il diritto sia e di come non possa essere concepito all'infuori della dimensione aggiudicatrice della giurisdizione. Il diritto è una forma ideale e come tale vive solo nelle sue concretizzazioni, le quali devono restare tuttavia coerenti a quella forma ideale. La giurisdizione è tutta qui, nello sforzo di concretizzazione della forma dell'ingiustizia del danno mantenendo la coerenza al predicato dell'ingiustizia. Quale interesse è meritevole di tutela risarcitoria? Quali sono i danni risarcibili? Quando risponde a queste domande il giudice deve essere all'altezza della forma ideale che lo convoca. La legge esprime un ideale regolativo, il danno ingiusto: sta al giudice attuarlo in modo coerente.

La forza della giurisprudenza risiede nel fatto che il giudice non è solo di fronte alla legge. Noi non siamo monadi di fronte ad una porta destinata solo a noi, come nel racconto di Kafka «Davanti alla legge». I contributi che seguono testimoniano della comunità interpretativa che c'è intorno alla legge. La vicenda del danno ingiusto, degli interessi da tutelare e del danno da risarcire, viene da lontano e va verso lontano. È una grande catena narrativa direbbe Dworkin, nella quale ci siamo anche noi, responsabili verso l'autorità di chi ci ha preceduto, ma anche autorità per chi viene dopo di noi.

## Il danno ingiusto fra il giudice e la legge

di Massimo Franzoni

Lo studio esamina il modo in cui si è svolto il dialogo fra giudice e legislatore, nel settore della responsabilità civile. Affronta i principali casi in cui a partire dalla seconda metà del secolo scorso i precedenti giurisprudenziali hanno influenzato l'interpretazione delle norme, creando il cd. diritto vivente. Certamente nell'impiego della colpa e dell'applicazione della clausola generale di ingiustizia è stata la giurisprudenza a dare il contributo di maggiore impatto. Talvolta l'invenzione si è spinta al punto da creare figure nuove, penso al contatto sociale.

Non sono mancati casi in cui il legislatore ha corretto orientamenti consolidati, introducendo una regola in contrasto con un certo orientamento.

### 1. Il giudice e la norma per clausola generale

Si suole usualmente affermare che l'area della responsabilità civile appartiene al settore del cd. diritto giurisprudenziale, ossia di quel diritto che è fortemente influenzato dagli orientamenti della giurisprudenza, che spesso innova, così creando di fatto il diritto vivente, o vigente, secondo i linguaggi. Questa idea ha incominciato ad affermarsi ben prima del dibattito più recente che si interroga sul fatto che la giurisprudenza sia diventata fonte del diritto<sup>1</sup>.

Storicamente la ragione va individuata nel fatto che a partire dal fondamentale studio di Rodotà del 1964<sup>2</sup>, la nozione di danno ingiusto è stata catalogata come clausola generale. Orbene una clausola generale è una norma la cui precettività dipende dal concorso dell'attività del legislatore e dell'interprete, poiché quest'ultimo è chiamato a definire il comando. Con altro linguaggio, queste norme sono anche state definite "norme in bianco", intendendosi per tali quelle che sono prive di una fattispecie determinata e per le quali la creazione del precetto è ad opera dell'interprete.

Una volta affermato che danno ingiusto indica la lesione ad un suo interesse meritevole di tutela subito dalla vittima, è cambiato lo scenario di riferimento. La responsabilità civile ha cessato di essere il rimedio dato per proteggere la proprietà, intesa come diritto reale assoluto, è diventato lo strumento per tutelare le vittime di qualsiasi relazione umana, purché giudicata meritevole. In questo modo l'illecito aquiliano è diventato un illecito atipico, poiché la sua qualificazione non avviene mediante un processo di sussunzione del fatto materiale alla fattispecie astratta della norma; così accade in alcuni sistemi di altri ordinamenti, sicuramente questo è il *modus operandi* del sistema penale, nel quale il principio di tassatività è a presidio del principio *nullum crimen sine lege*.

In sistemi come questi, governati dalla tipicità, il compito dell'interprete è di ricondurre il fatto alla fattispecie legislativa, così da far dipendere le conseguenze giuridiche. In altri, come quello italiano o francese, il compito dell'interprete è di valutare se il conflitto nato da una certa relazione possa comportare un sacrificio meritevole di risarcimento, oppure se questo conflitto debba essere tollerato da chi subisce

1. Cfr. da ultimo e in via di sintesi, G. Alpa, *Giudici e legislatori*, in *Contratto e impr.*, 2017, pp. 1 ss.

2. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1964.

l'iniziativa altrui. Il primo ad aver posto la questione e ad aver indicato il modo per risolvere il conflitto attraverso l'impiego delle norme costituzionali è stato Rodotà, appunto, secondo il quale l'ingiustizia del danno è una clausola generale e che la sua funzione consiste nel selezionare le lesioni delle situazioni che abbiano violato il dovere di solidarietà sociale, da rinvenirsi negli artt. 2 e 41, comma 2<sup>o</sup>, Cost.<sup>3</sup> In questo modo, si è ridisegnato il sistema delle fonti del diritto, le relazioni umane sono state collocate in un certo quadro di riferimento, quello disegnato dalla solidarietà sociale dell'art. 2 Cost., il potere del giudice è stato limitato dal disegno costituzionale.

In presenza di una clausola generale il giudizio di meritevolezza è stato demandato al giudice, ma il suo potere non è arbitrario, dipende dai principi generali dell'ordinamento giuridico letti alla luce dei principi costituzionali. Il potere del giudice, quindi, è creativo, ma controllabile, in ciò si differenzia da una certa idea di equità, intesa come precetto creato per il caso singolo, anche fuori dalle regole dell'ordinamento giuridico, idea che, talvolta, qualche interprete ha accarezzato<sup>4</sup>.

In presenza di una clausola generale, dunque, il giudice è chiamato a compiere un'attività creatrice, poiché in questo modo realizza la volontà della legge, la quale lo ha delegato. È questo il modo in cui il diritto positivo ha inteso garantire la maggior longevità possibile alle norme, in tutti gli ambiti in cui ha impiegato espressioni come: l'ordine pubblico, il buon costume, la buona fede, la correttezza, il danno ingiusto, più di recente, la ragionevolezza, quando ha la natura di clausola generale<sup>5</sup>. Con queste espres-

sioni il legislatore non ha dettato soltanto norme dal contenuto elastico, come quando ha menzionato la diligenza, la colpa, il "senza indugio" (art. 2446 cc) quale termine entro il quale gli amministratori devono convocare l'assemblea. In queste ultime, il precetto è stabilito dal legislatore, mentre all'interprete spetta il compito di determinarne l'ampiezza; nelle clausole generali manca proprio alcun riferimento ad un tipo preciso di precetto, per cui molto maggiore è il compito demandato all'interprete.

Il danno ingiusto dell'art. 2043 cc è stata una buona palestra nella quale il giudice si è mosso; con lentezza è approdato all'ultimo degli obiettivi da tempo prefigurati dagli interpreti, ossia il risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo<sup>6</sup>.

## 2. Il giudice e l'overruling

La storia delle «mobili frontiere del danno ingiusto» sono costellate di *overruling*, ossia di cambiamenti nel modo di interpretare la norma<sup>7</sup>. Così il noto caso Meroni del 1971<sup>8</sup> è stato un *overruling* rispetto al precedente orientamento; il risarcimento del danno da uccisione del coniuge *more uxorio*<sup>9</sup>, lo è stato rispetto all'orientamento precedente che riconosceva il risarcimento soltanto al coniuge sopravvissuto di un matrimonio; del risarcimento del danno ad lesione dell'interesse legittimo ho già detto, ma altri *overruling* ci sono stati, anche meno evidenti. Mi viene in mente l'impiego delle norme sulla concorrenza sleale applicate in settori in cui non avrebbero potuto esserlo per difetto dei presupposti soggettivi<sup>10</sup>.

3. Cfr. S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, cit., cap. III, pp. 79 ss., spec. pp. 193 ss.

4. Su questi aspetti, cfr. M. Franzoni, *Degli effetti del contratto* (art. 1374-1381), II: *Integrazione del contratto – Suoi effetti reali e obbligatori*, Milano, 2013, sub art. 1374, pp. 162 ss; pp. 202 ss.

5. cfr. M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, cit., sub art. 1375, pp. 190 ss.

6. Cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 e n. 501, pubblicate e annotate su tutte le principali riviste, fra le quali, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487, sulla quale anche Franzoni, *La lesione dell'interesse legittimo è, dunque, risarcibile*, in *Contratto e impr.*, 1999, pp. 1025 ss. In motivazione sono percorsi tutte le tappe fondamentali che hanno caratterizzato il processo di semplificazione della clausola del danno ingiusto.

7. Riprendo l'espressione dal titolo di un noto dialogo con la giurisprudenza di Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 1985, pp. 1 ss.; quelle stesse frontiere poi sarebbero diventate anche "nobili": Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. privato*, 1989, pp. 586 ss.

8. Cfr. Cass., sez. un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Foro it.*, 1971, I, c. 1286, con nota di D. Busnelli, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al «caso Meroni»*; in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 1186, con nota di G. Visintini, *Ancora sul «caso Meroni»*; *ivi*, 1971, I, 1, c. 680, con nota di Visintini, *In margine al «caso Meroni»*.

9. Cfr. Cass., 28 marzo 1994, n. 2988, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 1849.

10. Cfr. già Cass., 4 febbraio 1981, n. 742, in *Giur. dir. ind.*, 1981, p. 41; in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 264; e in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 720: «in tema di concorrenza sleale è configurabile la responsabilità solidale a tale specifico titolo pure del terzo non imprenditore, che si renda autore dell'atto di concorrenza sleale in concorso con altra persona rivestita di tale qualità soggettiva; peraltro, secondo la regola generale del concorso nell'illecito, affinché il terzo possa essere chiamato a rispondere per concorrenza sleale non basta che la sua compartecipazione si realizzi sul piano della mera causalità materiale, ma occorre che essa si qualifichi anche come compartecipazione psicologica, quanto meno colposa».

Vi sono altri casi in cui l'*overruling* è avvenuto fuori dall'impiego della clausola generale di ingiustizia e ha assunto il carattere quasi di una vera e propria riforma, realizzata senza l'intervento del legislatore o senza l'intervento della Corte costituzionale<sup>11</sup>. Quest'ultima Corte, nella storia della responsabilità civile, in particolare nella costruzione del danno alla persona, è stata chiamata più volte a decidere della legittimità costituzionale vuoi dell'art. 2059 cc, vuoi dell'art. 2043 cc. La declaratoria di illegittimità costituzionale avrebbe potuto incidere profondamente lo statuto della responsabilità civile, modificando in radice la propria struttura, ma la Corte non lo ha mai fatto, limitandosi sempre a pronunciare sentenze interpretative di rigetto<sup>12</sup>. Queste hanno profondamente inciso nella costruzione del danno alla persona fra la fine degli anni '70 e l'inizio di questo secolo.

Nel 2003, è accaduto un fatto eccezionale, con due sentenze, non proprio attese, è stato inventato il danno da lesione del rapporto parentale, e così è stato risolta la storica vicenda del danno da lutto: diviso tra i fautori della pretesa *iure proprio* o della pretesa *iure hereditatis* per chi lo subisce. Se il *dictum* si fosse limitato a questo, nulla vi sarebbe stato di particolarmente rivoluzionario. La *ratio decidendi* per approdare a questo risultato ha affermato che la riserva di legge dell'art. 2059 cc, doveva essere intesa in modo diverso quando la previsione di tutela fosse contenuta in una norma costituzionale<sup>13</sup>.

Fino a quel momento l'interpretazione generalmente seguita era che la riserva di legge dovesse essere quella ritagliata sul modello dell'art. 185, comma 2<sup>o</sup>, cp: occorre un espresso riferimento normativo al risarcimento del danno non patrimoniale, non la generica indicazione di un risarcimento del danno come, ad es. nell'art. 7, comma 1<sup>o</sup>, cc, a proposito della tutela del diritto al nome. In quelle sentenze c'è stata una grande apertura che avrebbe collocato siste-

maticamente l'intero danno alla persona di tipo non reddituale all'interno dell'art. 2059 cc. Ciò che prima doveva trovare giustificazione nel danno patrimoniale dell'art. 2043 cc, con un colpo di spugna, dopo queste sentenze, per effetto di un *obiter dictum* sul punto del danno alla salute, il danno alla persona non patrimoniale ha trovato collocazione nell'art. 2059 cc<sup>14</sup>.

La chiave di volta è stata leggere in modo differente la riserva di legge dell'art. 2059 cc valorizzando come tecnica argomentativa il ruolo delle fonti del diritto: quando è leso un bene o un interesse di rilievo costituzionale, la riserva di legge è soddisfatta, anche in mancanza di un'espressa previsione di danno non patrimoniale. In altri termini non occorre che nell'art. 2 o nell'art. 32 Cost. sia espressamente prevista la risarcibilità del danno non patrimoniale per ottenere il risarcimento a quel titolo. Questa grande novità ha avuto una portata pari ad una riforma legislativa, al punto che, probabilmente per la prima volta in modo importante, gli interpreti si sono interrogati sull'efficacia dell'*overruling* nel tempo. Per la successione delle leggi nel tempo c'è una regola a fondamento della certezza del diritto, come regolarsi in caso di orientamenti giurisprudenziali che innovano profondamente, pur non avendo la natura del diritto positivo tradizionalmente inteso?

Qualche tempo dopo, nel 2008, con le sentenze di san Martino, come sono state definite<sup>15</sup>, si è affermata l'idea che anche il danno non patrimoniale deve essere provato al pari del danno patrimoniale, pur avendo una diversa natura, sicché non basta la richiesta di risarcimento dell'attore, come se si trattasse di un danno *in re ipsa*. Come regolarsi nei casi in cui il processo in primo grado si sia concluso con un'attività istruttoria coerente con l'opinione di quel tempo che riteneva sufficiente la mera richiesta risarcitoria, se nell'atto d'appello il convenuto abbia contestato ogni pretesa avversaria?

11. Situazione assimilabile a questa è avvenuta anche in altri settori del diritto che hanno aperto ad un percorso nel quale si sono succeduti il legislatore a più riprese, la corte di cassazione, la corte costituzionale. Penso alla vicenda dell'uso bancario di capitalizzare trimestralmente gli interessi debitori diventato un uso contrattuale (art. 1340 cc), pertanto privo degli effetti dell'art. 1283 cc consentito ai soli usi legali. Cfr. Cass., sez. I, 16 marzo 1999, n. 2374, e Cass., sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096, anche in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153, con nota di Palmieri e Pardolesi.

12. Segnale per mole, per importanza e per fama la Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, anche in *Foro it.*, 1986, I, c. 2053, alla quale rinvio per la parte in cui ripercorre le tappe in cui la medesima corte è stata chiamata a pronunciarsi su diverse questioni afferenti il risarcimento del danno alla persona.

13. Nella Cass., 31 maggio 2003, n. 8828 e n. 8827, pubblicate su tutte le principali riviste, fra le quali in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*.

14. È proprio questo il senso delle Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; e Cass., 31 maggio 2003, n. 8827, cit. nota prec.: «non appena ne sarà fornita l'occasione, merita di essere rimeditato» l'orientamento che ammetteva il risarcimento del danno biologico per effetto del collegamento fra l'art. 2043 cc e l'art. 32 Cost. L'impostazione sembra condivisa dalla Corte Cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2201, con nota di E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»*.

15. Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in tutte le principali riviste, fra cui in *Corriere giur.*, 2009, p. 5, con nota di M. Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; e in *La responsabilità civile*, 2009, numero speciale.

Sottile questione nel dialogo fra giudice e legislatore, in alcuni ordinamenti è accolta la regola che l'*overruling* opera soltanto per il futuro, ma nel nostro nulla si dice.

Ancora nel 2008, le sentenze di san Martino hanno precisato ulteriori aspetti di diritto di risarcimento del danno, come ad esempio:

- la riparabilità del danno non patrimoniale da inadempimento dell'obbligazione;
- la riproposizione del tema dell'allegazione e della prova nel processo;
- la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale alla sola lesione dei diritti inviolabili dell'uomo, secondo l'art. 2 Cost.;
- la precisazione che il dovere di solidarietà sociale previsto dalla medesima norma costituzionale non va inteso soltanto per attribuire tutela alla posizione della vittima, ma anche per stabilire se sia opportuno che la vittima debba tollerare o sopportare l'iniziativa altrui, in certe situazioni<sup>16</sup>.

Ma la vera innovazione si è avuta qualche anno prima: il vero *overruling* è più risalente ed è del 2003.

### 3. segue: il contatto sociale

C'è stato un momento in cui l'area della responsabilità civile è aumentata in senso esponenziale. L'estensione del danno ingiusto fino a comprendere interessi diversi dai diritti soggettivi è una causa, l'altra causa è stato l'ampliamento avvenuto nell'ambito del danno non patrimoniale. Come si è ricordato in precedenza, il danno non patrimoniale non è risarcibile al pari del danno patrimoniale, tuttavia il primo è diventato una realtà economicamente rilevante. Prima del 2003, buona parte di ciò che ora si risarcisce come danno non patrimoniale era risarcito in applicazione dell'art. 2043 cc, rendendo patrimoniali certe conseguenze del fatto illecito nel patrimonio della vittima, attraverso finzioni: la perdita di benessere della vittima monetizzato con il costo necessario per reintegrare le energie lavorative; oppure il richiamo al costo che lo stato affronta per la previdenza pro capite dei propri cittadini e così via.

Ciò induce a ritenere che la svolta delle sentenze gemelle del 2003 è stata rilevante dal punto di vista sistematico, ma non propriamente sotto l'aspetto quantitativo: l'ipotetico "pil" del risarcimento del danno non è aumentato. In effetti, il danno esistenziale è nato prima del 2003 e sicuramente è un danno non patrimoniale, tuttavia anche in precedenza veniva risarcito, quindi il nuovo corso non ha ampliato il monte dei risarcimenti del danno alla persona.

Tutto ciò conferma l'idea che l'area della risarcibilità di fonte aquiliana, quantomeno a far tempo dal 1971, è costantemente aumentata e non per causa di interventi legislativi. A questo riguardo segnalo che alcune leggi che avrebbero dovuto influire significativamente nel settore del fatto illecito, penso principalmente alla legge sulla responsabilità del produttore di beni destinati al consumo, non hanno men che meno inciso rispetto alla quantità del contenzioso e al monte dei risarcimenti.

C'è stata soltanto un'apparente pausa, quando ad un certo punto il dipendente che aveva subito lesioni e che in base al contratto di lavoro aveva continuato a percepire la retribuzione si è visto privare del risarcimento del danno dal responsabile dell'illecito. In realtà vi è stata una correzione motivata dal ripensamento sulla persona di colui che subisce effettivamente la perdita. Se il dipendente ha continuato a ricevere la retribuzione, egli non ha patito alcuna perdita, a subirla sarà stato il datore di lavoro che abbia corrisposto la retribuzione, senza ricevere alcun corrispettivo, oppure l'ente previdenziale che lo abbia fatto al suo posto. In realtà anche in questa ipotesi si è trattato di un aggiustamento di tiro: il risarcimento va accordato a chi effettivamente abbia subito una perdita<sup>17</sup>. Non è stato negato il risarcimento, dunque, è cambiato il soggetto legittimato a richiederlo.

Sul finire del II millennio si è delineato un orientamento che apparentemente ha portato fuori dalla responsabilità civile ciò che in precedenza era dentro. Alludo a quella figura, di chiara invenzione giurisprudenziale, andata sotto il nome di "contatto sociale", che ha fatto discutere moltissimo e che ha provocato anche la reazione del legislatore<sup>18</sup>. La vicenda è abbastanza nota, nel 1999, per la prima volta, i giudici hanno deciso che la responsabilità del medico dipendente ospedaliero, nei confronti del paziente, «deve qualificarsi contrattuale, non già per l'esistenza di un

16. Ho trattato questi temi anche in M. Franzoni, *Cosa è successo al 2059 cc?*, in *La responsabilità civile*, 2009, § 5; dando atto di E. Navarretta, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ.*, 2001, p. 789; Id., *Art. 2059 cc e valori costituzionali: dal limite del reato alla soglia della tolleranza*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 865, in nota a Trib. Roma, 20 giugno 2002; Id., in *I Danni Non Patrimoniali – Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2004, pp. 28 ss.

17. La vicenda è esattamente ricostruita da Cass., sez. un., 12 novembre 1988, n. 6132, in *Foro it.*, 1988, I, c. 742, annotata da Pardolesi, da Di Majo, e da Poletti.

18. Il riferimento è alla l. Gelli, all'art. 7, comma 3°, l. 8 marzo 2017, n. 24.

pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal “contatto sociale”<sup>19</sup>. Questo *dictum* è stato successivamente ripetuto tanto con riguardo alla responsabilità dell’ospedale, quanto a proposito del medico, per ribadire che il «paziente danneggiato, deve limitarsi a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante»<sup>20</sup>.

Ancora: nel 1999 è stato deciso che le norme dirette agli «amministratori di una società di capitali, dettate al fine di consentire un corretto svolgimento dell’amministrazione della società, sono applicabili non soltanto ai soggetti immessi, nelle forme stabilite dalla legge, nelle funzioni di amministratori, ma anche a coloro che si siano, di fatto, ingeriti nella gestione della società in assenza di una qualsivoglia investitura da parte dell’assemblea, sia pur irregolare o implicita, così che i responsabili delle violazioni di dette norme vanno individuati, anche nell’ambito del diritto privato (così come in quello del diritto penale ed amministrativo: artt. 135, 136 d.lgs 1 settembre 1993, n. 385; art. 11 d.lgs 18 dicembre 1997, n. 472;

artt. 190, 193 d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58) non sulla base della loro qualificazione formale, bensì con riguardo al contenuto delle funzioni concretamente esercitate»<sup>21</sup>. Dunque non più sul fatto illecito deve essere trovata la regola della responsabilità degli amministratori di fatto, bensì sul contatto sociale derivato dalla posizione ricoperta da chi si è comportato come se fosse il vero gestore della società.

La vicenda è evoluta ancora e un ragionamento simile a quello appena riportato ha riguardato anche la responsabilità della banca che abbia pagato male un assegno<sup>22</sup>. In realtà questa figura è stata impiegata in numerose altre ipotesi, ma ai nostri fini preme soltanto indicarne la portata in rapporto alla responsabilità civile tradizionalmente intesa<sup>23</sup>. Ciò che prima veniva risarcito in applicazione delle regole della responsabilità civile ad un certo punto è stata risarcita secondo questa nuova figura, con l’intento di applicare le regole della responsabilità contrattuale o, come meglio si dovrebbe affermare, della responsabilità da inadempimento dell’obbligazione.

Qual è il senso?

Su questa vicenda si è scritto moltissimo, sono stati scomodati i giuristi tedeschi, poi ci si è accorti che la citazione forse non era calzante; è stata inventata una formula di grande successo, ma non sempre completamente veritiera: il contatto sociale ha un’obbligazione senza prestazione. Certo l’invenzione di

19. Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3332; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294, con nota di Carbone, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corriere giur.*, 1999, p. 441, annotata da Di Majo, *L’obbligazione senza prestazione approda in cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 999; in *Arch. civ.*, 1999, p. 713; in *Resp. civ.*, 1999, p. 652, con nota di Forziati, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la cassazione*; e in *Contratti*, 1999, p. 999, con nota di Guerinoni, *Obbligazione da «contratto sociale» e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*.

20. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *La responsabilità civile*, 2008, p. 687, con nota di Dragone, *Le sezioni unite, la “vicinanza alla prova” e il riparto dell’onere probatorio*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 1002, con nota di M. Gazzara, *Le sezioni unite “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *La responsabilità civile*, 2008, p. 397, con nota di Calvo, *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Mass. Foro it.*, 2006; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, *ivi*, 2006.

21. Cass., 6 marzo 1999, n. 1925, in *Foro it.*, 2000, I, c. 2299; in *Corriere giur.*, 1999, p. 1396, con nota di Perrone, *Un revirement della cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto*; in *Riv. legisl. fisc.*, 1999, p. 643; e in *Dir. e pratica società*, 1999, fasc. 20, p. 44, con nota di Manzini, *La responsabilità contrattuale dell’amministratore di fatto*.

22. Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1710, annotata da Di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 160, con nota di Benedetti, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*; A. Fabrizio-Salvatore, *Responsabilità della banca trattaria per l’assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*; in *Nuova giur. civ.*, 2007, I, p. 1442, con nota di Leggeri, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 160, con nota di T. Greco, *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*; in *Giur. it.*, 2008, p. 864, con nota di Buffoni, *Cronaca di una morte annunciata (ma che stenta a sopraggiungere): le strane sorti dell’obbligazione senza prestazione*; e in *Giur. it.*, 2008, p. 1150 (m), con nota di Cottino, questo principio è stato espresso in sede di risoluzione di contrasto di giurisprudenza. La stessa impostazione è seguita in caso diverso deciso da Trib. Napoli, 10 gennaio 2006, in *La responsabilità civile*, 2006, p. 687, con nota di Vanacore, *Responsabilità dell’ente previdenziale da errate informazioni: contributo alla causa della “responsabilità da contatto”*: «l’errata certificazione da parte dell’Inps di una posizione contributiva tale da far ritenere perfezionato il requisito di accesso al pensionamento in capo ad un soggetto è fonte di responsabilità contrattuale dell’istituto, che ha l’obbligo di fornire ai cittadini, sulla base dell’art. 54 l. 9 marzo 1989, n. 88, informazioni esatte ed intelligibili».

23. Per un’ampia rassegna di ipotesi in cui è stato impiegato il contatto sociale: M. Franzoni, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ.*, 2011, pp. 1693 ss.

questa figura è molto italiana, nonostante i richiami alla dottrina tedesca; letto con le lenti dell'art. 1173 cc, si caratterizza per essere un "fatto", diverso dal fatto illecito, che fa nascere obbligazioni, secondo l'ordinamento giuridico. Il "fatto" del contatto qualificato fa nascere l'obbligazione, con una prestazione diversa da caso a caso, l'inadempimento dell'obbligazione fa nascere la responsabilità, secondo lo schema dell'art. 1218 cc. Rispetto alla tradizione, questa soluzione si scontra con la tendenza che vede tipizzati gli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni, secondo l'art. 1173 cc.

Certo l'art. 2043 cc è norma con una fattispecie profondamente diversa da quella dell'art. 1218 cc, diverso è l'onere della prova dell'attore in giudizio, specie dopo la precisazione fatta dalla Cassazione nel 2001<sup>24</sup>, poi ripresa nel 2004 per le obbligazioni di mezzi come quella dei professionisti<sup>25</sup>. Ma la vera portata di questa invenzione giurisprudenziale, nata nel 1999, è di aver comportato l'applicazione della prescrizione ordinaria dell'art. 2946 cc e non della prescrizione breve dell'art. 2947 cc. Forse l'intenzione dei giudici, inizialmente, è stato di creare un sistema parallelo a quello dell'illecito aquiliano, di fatto la vera innovazione è consistita nell'estendere la tutela per quei casi per i quali la prescrizione era già maturata.

Segnalo che proprio questa circostanza è stata causa efficiente dell'abbandono della compagnie di assicurazione dal settore della sanità. Non tanto l'inasprimento della responsabilità del medico o l'entrata in scena del danno da perdita di *chance*, quanto il raddoppio del termine di prescrizione ha reso oltrremodo oneroso l'assunzione del rischio nel settore sanitario.

#### 4. Dal giudice alla legge e dalla legge al giudice

La responsabilità civile è una figura che spesso ha visto nella sentenza un sorta di provvedimento anticipatorio di soluzioni che il legislatore successivamente avrebbe recepito. Molti hanno indicato proprio in questa una delle possibili funzioni della responsabilità civile e come esempio spesso citano la vicenda della responsabilità del produttore in Italia<sup>26</sup>.

Tra la fine degli anni '50 e i primi anni '70, ci sono state una serie di pronunce che hanno tenuto un atteggiamento alquanto rigoroso verso il produttore. Fin dal suo nascere si sono delineati due orientamenti che attraverso la presunzione di colpa<sup>27</sup> o attraverso una oggettivazione della diligenza richiesta al fabbricante<sup>28</sup> hanno spianato la strada

24. Cfr. Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di Laghezza, *Inadempimenti e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565, con nota di Mariconda, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*.

25. Cfr. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Danno e resp.*, 2005, p. 26, con nota di De Matteis, *La responsabilità medica ad una svolta?*; in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, p. 783, con nota di Palmerini, *La responsabilità medica e la prova dell'inesatto adempimento*; in *Giur. it.*, 2005, p. 1413, con nota di Perugini, *La fattispecie prevista dall'art. 2236 cc e la ripartizione dell'onere della prova*; e in *La responsabilità civile*, 2005, p. 396, con nota di Martinelli, *L'art. 2236 cc e la responsabilità medica: la suprema corte quadra il cerchio*.

26. Un'ampia rassegna delle diverse finalità attribuite dalla dottrina alla responsabilità civile, è svolta da Alpa, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile – Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, diretta da Alpa e Bessone, I, Torino, 1987, pp. 6 ss.; vale la pena di ricordarle seguendo l'elenco proposto dallo stesso Alpa: (a) pubblicità negativa dei procedimenti giudiziari; (b) efficiente distribuzione delle perdite; (c) riduzione dei costi di transazione e giudiziari; (d) utilizzare la distribuzione corretta dei costi delle perdite quale pressione sulle imprese per ridurre i danni; (e) soddisfare il bisogno di sicurezza della persona; (f) esercitare un controllo sociale sulle attività umane; (g) assicurare al sistema capitalistico il massimo profitto contenendo il danno risarcibile, pur evitando di lasciare la perdita là dove cade; (h) preparare l'intervento del legislatore in settori nei quali mancano regole specifiche. Quest'ultima funzione, seppure prenda le mosse dalle tesi di Calabresi, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Politica del diritto*, 1979, pp. 665 ss., se ne distacca giacché non concepisce la responsabilità civile come sistema della società mista adattato per lasciare al libero mercato la funzione di filtro degli interessi privati. Guido Alpa ritiene che «interessi sociali che trascendono l'iniziativa del singolo giustificano l'intervento del legislatore» (*ivi*, p. 10). Sotto questo profilo la responsabilità civile funge solamente da criterio per guidare il legislatore verso settori nuovi privi di una specifica disciplina.

27. Cfr. Cass., 25 maggio 1964, n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, c. 2098, e *ivi*, 1966, V, c. 13, l'annotazione di F. Martorano, *Sulla responsabilità del fabbricante per la messa in commercio di prodotti dannosi (il caso Saiwa)*. Attraverso la *factio* della presunzione di colpa è stata così possibile la riparazione del danno sofferto dal consumatore. Questa sentenza ha rimosso le resistenze espresse dai giudici di merito, in altre controversie: cfr. App. Cagliari, 27 giugno 1958, in *Rass. giur. sarda*, 1959, p. 79; App. Torino, 30 gennaio 1960, in *Foro it.*, 1960, I, c. 1026.

28. Cfr. Cass., 21 ottobre 1957, n. 4004, in *Foro it.*, 1958, I, c. 46, la pistola-giocattolo era stata posta in commercio con copritamburo asportabile. Secondo la Corte, il produttore «avrebbe dovuto prevedere che i bambini facessero uso della pistola senza copritamburo, essendo questo un fatto prevedibile e rientrante nella normalità degli avvenimenti umani, che nella specie andava considerata in relazione al modo di comportarsi dei piccoli utenti del giocattolo». In un altro caso, sempre a proposito della pistola giocattolo, era stata esclusa la responsabilità della società produttrice, poiché nella scatola contenente il giocattolo era stata inserita un'avvertenza: «la pistola deve essere tenuta lontana dal viso all'atto dello sparo e cioè deve essere sempre usata a braccia tese»: cfr. App. Genova, 5 giugno 1964, *id.*, Rep. 1964,

per il successivo affermarsi della responsabilità oggettiva.

La direzione imboccata si misura tangibilmente nel giudizio sulla rilevanza della causa ignota. Spesso i giudici hanno ravvisato la sussistenza del rapporto di causalità, anche nell'ipotesi in cui la causa sia rimasta sconosciuta, ed hanno condannato ugualmente il produttore<sup>29</sup>; e normalmente l'accollo della responsabilità pur in presenza di una causa ignota è un chiaro sintomo della scelta verso la costruzione di una responsabilità oggettiva. Talvolta è stata pronunciata la responsabilità pur in mancanza di una prova diretta della persona del produttore del bene difettoso, all'identità del quale si è giunti mediante presunzioni semplici<sup>30</sup>. In altri termini, nonostante non sia mai stato revocato in dubbio che per il fermento causato dal mal funzionamento di una pistola giocattolo sia applicabile l'art. 2043 cc e non, ad es., l'art. 2050 cc; che lo stesso accade per lo scoppio di una bottiglietta di bibita gassata, per la cui vicenda non può essere chiamato a rispondere neppure il dettagliante, l'uso della presunzione di colpa di fatto ha anticipato la disciplina di fonte comunitaria che ha impiegato la responsabilità oggettiva per regolare.

Non sono tuttavia mancati casi in cui il movimento fra questi grandi protagonisti del diritto ha avuto l'andamento del canone inverso. Il primo caso ha riguardato proprio la responsabilità professionale del medico che, come si è appena ricordato nel §

prec., dal 1999 la giurisprudenza ha incominciato a fondarlo sul contatto sociale, dunque sull'inadempimento di un'obbligazione di cura che nasce dal fatto del ricovero in ospedale nel quale opera il medico. Il legislatore ha ritenuto che questa soluzione fosse inadeguata e nell'ambito di una più generale riforma del settore sanitario ha disposto espressamente il riferimento all'art. 2043 cc, per fondare la responsabilità del medico verso il paziente. L'art. 7, comma 3<sup>o</sup>, l. 8 marzo 2017, n. 24, dispone: che l'esercente la professione sanitaria «risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente». Nell'intenzione del legislatore non è più il contatto sociale – il fatto socialmente rilevante agli effetti dell'art. 1173 cc che determina la responsabilità del debitore secondo l'art. 1218 cc – ma è l'illecito aquiliano che regola il rapporto fra medico e paziente. Ciò che non era riuscito completamente al legislatore nel cd. decreto Balduzzi ha trovato ora una definizione compiuta. La riforma è stata etichettata del “regime binario”<sup>31</sup>. Per rafforzare questa presa di posizione l'art. 7, comma ult., l. 8 marzo 2017, n. 24, dispone espressamente che «le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile». Sembra quasi che il legislatore voglia ripristinare la sua primazia rispetto al giudice.

Un altro caso simile a quello di cui stiamo ragionando, nel quale è stato il legislatore a correggere

voce Responsabilità civile, n. 373. Analogamente fu risolta la vicenda nel noto caso del tagliacarte difettoso dalla Cass., 10 novembre 1970, n. 2337, in Mass. Foro it., 1970, il difetto di progettazione era stato individuato nel fatto che «la lama tagliente possa muoversi (sempre in salita e, accidentalmente, pure in discesa) anche quando le mani dell'operaio addetto alla manovra del tagliacarte siano distaccate dai comandi».

29. Cfr. Trib. Savona, 31 dicembre 1971, in *Giur. it.*, 1973, I, 2, c. 710, soluzione poi confermata da Cass., 28 ottobre 1980, n. 5795, in *Resp. civ.*, 1981, p. 393, con riguardo ai danni sofferti dal consumatore a causa dello scoppio di una bottiglia dal contenuto gassoso.

Più di recente, ma prima dell'entrata in vigore della nuova legge, sono state pronunciate due sentenze di opposto orientamento. La prima è quella del Trib. Roma, 27 aprile 1988, in *Resp. civ.*, 1989, p. 684, con annotazione di A. Dassi, *Tutela del consumatore e responsabilità del produttore per danni da prodotto potenzialmente dannoso*, si è affermato che la responsabilità del produttore di un termometro non può certo essere basata sul solo fatto dell'evento dannoso conseguito alla rottura dello stesso, quando non sia stato provato il nesso causale tra un eventuale vizio del prodotto e il danno verificatosi: i danni provocati da un termometro «di sicurezza», che si era spezzato mentre si stava procedendo alla rilevazione della temperatura corporea per via rettale, devono essere quindi sopportati dal danneggiato per l'imperizia mostrata nel suo uso da parte dell'utente. Conclusione rafforzata dalla circostanza in base alla quale si sarebbe verificato un solo caso di rottura del termometro sui milioni di esemplari prodotti. La seconda è ancora del Trib. Roma, 17 settembre 1987, in *Resp. civ.*, 1988, p. 225, con annotazione di De Sanna, *Scoppio di televisore lasciato in preaccensione e responsabilità del produttore*: il collegio ha deciso che la responsabilità della società produttrice di televisioni doveva essere esclusa, poiché il danneggiato non aveva dimostrato il fatto illecito colposo, il danno ed il nesso di causalità tra il fatto colposo e l'evento: dell'incendio di un appartamento provocato dall'esplosione di un apparecchio televisivo lasciato in stato di preaccensione deve essere considerato responsabile non tanto il fabbricante dell'apparecchio, quanto il danneggiato, che ha determinato una situazione di potenziale pericolo lasciando l'apparecchio in stato di preaccensione.

30. Cfr. Cass., 21 novembre 1995, n. 12023, in *Danno e resp.*, 1996, p. 363, con nota di Ponzanelli, *Batteria anonima e responsabilità del «vero» produttore*. Nel caso di specie, la Suprema corte ha ritenuto gravi precise e concordanti le seguenti circostanze: sulla batteria esplosa sul viso dell'operatore, vi era il marchio del distributore; questi, per vincolo contrattuale, poteva commercializzare soltanto batteria del produttore nei cui confronti è stata pronunciata la condanna anche al risarcimento del danno morale per l'illecito compiuto dal proprio dipendente, ancorché rimasto ignoto. I giudici non hanno accolto l'eccezione sollevata dal produttore che opponeva «il divieto di *praesumptio de praesumpto* relativamente tanto all'accertamento della produzione della batteria, quanto alla riconducibilità dell'evento dannoso a difetto di fabbricazione di essa».

31. Per tutti De Matteis, *Le responsabilità in ambito sanitario - Il regime binario: dal modello teorico ai risvolti applicativi*, Cedam, Milano, 2017, il titolo e il sottotitolo sono indicativi di per sé.

un orientamento giurisprudenziale, ha riguardato la Francia. In quel Paese si era consolidato un orientamento della Cassazione ammissivo del risarcimento del danno alla persona dell'handicappato, nato con una malattia congenita, non diagnosticata dal medico. La *malpractice* medica non era consistita nel procurare una lesione durante la vita prenatale a causa di una terapia farmacologica inadeguata o a causa di un errato intervento durante il parto. La Corte di cassazione francese in assemblea plenaria, nel celebre *arrêt Perruche* del 27 novembre 2001, operando un *revirement* rispetto alla precedente giurisprudenza, affermò che: «quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio *handicap*, causato dai predetti errori»<sup>32</sup>.

Il danno ingiusto non era consistito nel non aver diagnosticato ai genitori la patologia congenita del concepito, così da privargli il diritto alla genitorialità consapevole, ma di aver causato una lesione alla sfera giuridica del nato con *handicap*, quasi come se questi

potesse fare valere il diritto di nascere sano, nei confronti del medico.

La questione si è presentata anche in Italia e ha trovato una soluzione pacifica nell'escludere che l'errore del medico sia causalmente efficiente della malattia congenita del nato affetto da quella patologia. A più riprese è stato sostenuto che la mancata diagnosi può causare un danno ai genitori, così privati della genitorialità consapevole, ma alcun pregiudizio al nato affetto da una patologia<sup>33</sup>. In Francia, invece, nonostante i principi siano i medesimi di quelli del nostro ordinamento, il modo per correggere questo errore evidente è stata l'entrata in vigore della Legge Kouchner n. 303 del 4 marzo 2002. Con questa legge la responsabilità civile è ritornata tale e si è scollegata dall'assistenza di cui ha diritto ciascun cittadino a prescindere dalla lesione procurata da qualcun altro: la legge esclude qualsivoglia pretesa risarcitoria dell'handicappato per il solo fatto della nascita «quando l'*handicap* non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico».

In definitiva il dialogo fra giudice e legislatore è una costante del nostro tempo e non marcia in una sola direzione; e c'è un proficuo scambio di influenze, specialmente nel settore della responsabilità civile.

32. Fra gli altri ne dà atto Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Foro it.*, 2013, I, c. 181, con nota di Oliva, § 6.1.

33. Cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889, con note di Carbone, *Valori personali ed economici della vita umana*; di Franzoni, *Danno tanatologico, meglio di no ...*; di Pardolesi e Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*; e di Ponzanelli, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*.

## Appunti sul “danno ingiusto” fra il giudice e la legge nell’esperienza *post-moderna*

di *Antonio Iannarelli*

Il saggio ripercorre l’evoluzione intervenuta negli ultimi decenni a proposito della lettura della “ingiustizia” del danno, nella dialettica tra giurisprudenza e dottrina, e segnala i riflessi che ciò ha determinato nella revisione non solo degli elementi della fattispecie, per via del passaggio dalla centralità assegnata tradizionalmente all’antigiuridicità della condotta alla ingiustizia del danno, ma anche della funzione della responsabilità dal modello monofunzionale a quello plurifunzionale in cui si iscrive il recente recupero anche della funzione sanzionatoria.

**1.** Una riflessione sul tema proposto assume un significato operativo solo se viene calato in un concreto contesto storico, a fine di cogliere la linea evolutiva emersa nel corso degli ultimi decenni ed evidenziare i possibili nuovi scenari dell’esperienza giuridica.

Sul piano squisitamente teorico, la problematica relativa alla responsabilità civile, istituto cardine del diritto moderno, è tutta interna, per una necessità strutturale del mondo giuridico, alla dialettica che vede come protagonisti il giudice e la legge. In realtà, questa dialettica è consustanziale all’intera esperienza giuridica ma, al tempo stesso, rinviene una sua particolare e qualificante manifestazione nell’area appunto della responsabilità civile. Infatti, l’indiscutibile ampiezza operativa che nel moderno diritto privato si assegna al rimedio risarcitorio crea un’obiettiva tensione tra l’inarrestabile spinta emergente nella realtà, a fronte delle crescenti frizioni che intervengono nella sfera relazionale dei soggetti, ad avvalersi dei meccanismi risarcitori per il tramite della responsabilità civile e la relativa lentezza con cui il diritto scritto risponde a siffatta sollecitazione. Sicché è difficile non convenire con il rilievo secondo il quale la responsabilità civile resta pur sempre un laboratorio privilegiato di creazione giurisprudenziale.

Nel suo contesto, invero, spetta pur sempre all’interpretazione del diritto affidata ai giudici utilizzare il diritto scritto non certo come un orto chiuso entro cui

aggirarsi, bensì come un semplice orizzonte entro cui collocare, sulla base delle sollecitazioni provenienti dalla prassi, soluzioni innovative. Non può né deve, allora, sorprendere che, a dispetto della sostanziale cristallizzazione degli enunciati normativi presenti nella nostra codificazione civile a proposito dei “fatti illeciti”, l’effettiva portata operativa della tutela risarcitoria si sia andata progressivamente dilatando nei trascorsi decenni. E ciò è avvenuto in esito tanto alla costante rivisitazione del complessivo sistema privatistico da parte della letteratura giuridica, quanto all’articolata apertura manifestata proprio dalla giurisprudenza cui si deve, in definitiva, la consacrazione nel diritto vivente di mutamenti del tutto inattesi all’indomani della codificazione del 1942.

I registri tematici cui legare i mutamenti sin qui intervenuti nonché quelli che timidamente si preannunciano sono molteplici, collocandosi alcuni all’interno stesso dell’area della responsabilità civile, altri ai suoi confini, in quanto destinati a segnalare anche, ma non solo, la rivisitazione del rapporto tra rimedi risarcitori e rimedi restitutori in relazione, del resto, al pluralismo funzionale che la responsabilità civile ha visto riconoscersi nel progressivo passaggio dalla società industriale a quella post-industriale, dal primato dei processi materiali a quello dell’immateriale nelle diverse forme in cui questo si esprime<sup>1</sup>.

1. L’avvento della società moderna ha indubbiamente attribuito rilievo esponenziale, ma non effettivamente esaustivo, alla funzione

La considerazione unitaria dei mutamenti di lettura e di applicazione intervenuti a proposito della disciplina relativa alla responsabilità civile, a partire da quella extracontrattuale, permette altresì di chiarire, in premessa, che una riflessione circa la declinazione che nel corso del tempo si è registrata a proposito della cd. “ingiustizia” del danno non può essere certo disgiunta da quella che investe l’intero istituto della responsabilità civile: e ciò, a partire dal tema, apparentemente risolto e pur sempre attuale, circa la distinzione tra la nozione dell’atto illecito e quella dei fatti illeciti di cui si occupa l’art.2043 ed a cui si lega, in definitiva, la specifica parabola registrata dal “danno ingiusto”<sup>2</sup>, sino alla riproposizione, in termini nuovi, della distinta sfera di applicazione del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, del danno da ingiustificato arricchimento e, più di recente, del danno “cd. punitivo”.

Nella prospettiva assunta, a ben vedere, lo sguardo di insieme, ora proposto al fine di cogliere i legami occulti che hanno caratterizzato l’evoluzione nel corso del tempo dei profili specifici dianzi richiamati, non contraddice, anzi conforta, il progressivo configurarsi della responsabilità civile come un vero e proprio arcipelago. Esso abbraccia fattispecie diverse in connessione tanto con la multifunzionalità che attualmente contraddistingue la responsabilità civile<sup>3</sup>, quanto con l’inevitabile compresenza di risposte disciplinari emerse in epoche diverse e, però, pur sempre adeguate a fronte dei bisogni di una società assai complessa in cui sono chiamate a convivere sincreticamente istanze riconducibili a molteplici quanto distinte sfere di giustizia accumulate nei trascorsi decenni.

Le considerazioni introduttive sin qui prospettate evidenziano, dunque, che nell’ambito dell’evoluzione complessiva della responsabilità civile la presenza di un rapporto sinergico tra giurisprudenza e legge scritta può dirsi continuo e persistente e, per certi versi, determinante ai fini del mutamento sin qui intervenuto e di quello *in itinere*.

In questo senso, una possibile scansione dei momenti più significativi dell’evoluzione intervenuta nel corso del tempo, a prescindere da alcuni specifici e puntuali eventi, può individuarsi solo se sul piano analitico si prospetti, come criterio distintivo, la separazione tra il risultato ermeneutico, di volta in volta raggiunto nel dare soluzione innovativa a specifici problemi emersi in materia di responsabilità civile, e la *ratio decidendi* di volta in volta posta a supporto della decisione.

Sotto questo specifico profilo, la tematica della “ingiustizia del danno” può dirsi esemplare.

Infatti, per lungo tempo l’ampliamento della sfera delle situazioni giuridiche da prendere in considerazione ai fini della sussistenza del danno ingiusto si è in concreto attuata ed è stata perseguita dalla giurisprudenza pur sempre in ossequio tanto alla configurazione tradizionale della responsabilità civile come usbergo al servizio della tutela di soli diritti assoluti, quanto alla completa sovrapposizione dell’atto illecito in senso stretto con il fatto illecito di cui parla l’art.2043. In particolare, al fine di ammettere la tutela risarcitoria senza rinunciare alla cornice teorica ricevuta dalla tradizione, si è in alcuni casi sostenuta la sussistenza – del tutto improbabile e discutibile

---

risarcitoria della responsabilità civile, sebbene, al tempo stesso, il richiamo alla colpa e al dolo legato alla centralità della nozione tradizionale di illecito confermassero la configurazione pur sempre sanzionatoria assegnata alla stessa. Ciò non ha impedito, al tempo stesso, che altre funzioni, per lungo tempo latenti, potessero riemergere a partire da quella diretta alla prevenzione dei sinistri. In questa prospettiva storica, e non ideologica, va collocato il recente dibattito emerso a proposito dei cd. danni punitivi, al centro dell’attenzione, sia pure ai fini delibazione di sentenze straniere, prima della *Cour de cassation* in Francia, ed ora anche della nostra Corte di cassazione. A nostro avviso, tale dibattito assume senso compiuto nella nostra esperienza non già ove si identifichi il danno punitivo con la sola ipotesi – tuttora estranea al nostro ordinamento- in cui vi sia condanna al risarcimento anche in totale assenza di danno effettivo, ma ove si considerino a tale riguardo anche quella varietà di ipotesi (peraltro presenti nel nostro sistema), in cui il risarcimento può andare oltre il danno effettivo, intervenuto e provato, e, dunque, in cui si registri uno spostamento di ricchezza (astrattamente ingiustificato) dal soggetto responsabile a quello che ha sofferto la lesione: sul punto v. *infra*.

2. A ben vedere, se si analizza il testo dell’art.2043 cc e lo si confronti con l’art.1293 del codice austriaco del 1811, in cui è presente appunto la medesima formula “danno ingiusto”, è facile cogliere che solo nel secondo la formula riecheggia, senza dubbio alcuno, il richiamo all’antigiuridicità della condotta. Infatti, l’art.1293 così recita: «il danno proviene da un’azione od omissione *ingiusta* altrui o da caso fortuito. Il danno *ingiusto* si cagiona o volontariamente o involontariamente ...»[il corsivo è nostro].

3. Sulla multifunzionalità della responsabilità civile, su cui da tempo abbiamo insistito (si v. il nostro *Responsabilità civile*, in Bessone (a cura di) *Istituzioni di diritto privato*<sup>4</sup> Torino 1993), si v. più di recente C.Scognamiglio, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corr. giur.* 2016, pp. 827 ss. Sul punto si è registrata di recente una convergenza anche da parte della giurisprudenza. Nella decisione delle Sezioni unite 5 luglio 2017 n.16601, si è infatti affermato conclusivamente che «Vi è dunque un riscontro a livello costituzionale della cittadinanza nell’ordinamento di una concezione polifunzionale della responsabilità civile, la quale risponde soprattutto a un’esigenza di effettività (cfr. Corte cost. 238/2014 e Cass. n. 21255/13) della tutela che in molti casi, della cui analisi la dottrina si è fatta carico, resterebbe sacrificata nell’angustia monofunzionale ... Ciò non significa che l’istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati».

– di un diritto soggettivo assoluto<sup>4</sup>, sì da soddisfare in concreto pressanti istanze di tutela, piuttosto che accogliere una complessiva revisione teorica del danno ingiusto che risulterà poi formalizzata dalla giurisprudenza con la sentenza della Cassazione n.500 del 1999. Analogamente, per alcune fattispecie previste dallo stesso codice civile, l’ossequio alla tradizione ha favorito a lungo il richiamo tralascio nelle motivazioni delle decisioni al criterio della responsabilità fondato sulla colpa, per quanto presunta, sebbene in concreto si sia prospettata una soluzione sostanzialmente in linea, nel caso di specie, con il carattere oggettivo della responsabilità, ma senza esplicitarne il riconoscimento<sup>5</sup>. In altri casi, più risalenti e però isolati, l’ampliamento della sfera operativa della responsabilità extracontrattuale da parte della giurisprudenza è intervenuta, a dispetto della prevalente dottrina, senza una adeguata giustificazione teorica, sulla base delle sole istanze di tutela emerse nella prassi: si rammenti, al riguardo, l’apodittica configurazione della responsabilità decennale dell’appaltatore ex art. 1669 cod. civ. per rovina e difetti di cose immobili come responsabilità extracontrattuale, come tale invocabile anche da soggetti diversi dal committente, nonché l’estensione di tale responsabilità anche all’architetto o al progettista<sup>6</sup>.

In realtà, a voler proseguire lungo la prospettiva analitica sopra evidenziata, negli ultimi decenni, in particolare a partire dalla decisione della Cassazione del 1999 sopra richiamata, l’esperienza giuridica italiana ha registrato una singolare progressiva novità nella prassi giurisprudenziale in materia di responsabilità civile e di danno ingiusto<sup>7</sup>: novità che riguarda più precisamente il mutamento significativo intervenuto nell’elaborazione della *ratio decidendi* presente soprattutto nelle pronunce della corte di cassazione.

Il tema che qui si intende solo segnalare, posto che meriterebbe una apposita analisi, riguarda in sostanza la singolarità dello “stile” che di recente contraddistingue le sentenze, a partire da quelle della suprema Corte e che, per la verità, va ben oltre la sola sfera dei fatti illeciti. Infatti, come è stato da più parti segnalato, si sta sempre di più affermando uno stile cd. “dottrinario”<sup>8</sup> delle pronunce a partire da quelle della suprema Corte: non tanto nella direzione, pur sempre latente, volta a cercare una “terza via” tra le soluzioni prospettate dalla dottrina ed invocate dalle parti in causa, quanto piuttosto in ragione della sempre più diffusa tentazione da parte dei giudici di utilizzare la pronuncia come un luogo in cui prospettare una autonoma ricostruzione sistematica della disciplina da applicare, sì da offrirne un’illustrazione com-

4. Si considerino, ad es, il richiamo ad un presunto diritto all’integrità del patrimonio, utilizzato nella decisione del caso cd. De Chirico nella isolata pronuncia 4 maggio 1982 n.2765 su cui si è accumulata una assai vasta letteratura in prevalenza critica: al riguardo si consideri il rilievo critico che si legge in Cass. civ. sez. un., 12 novembre 1988 n. 6132 secondo cui ammettere la tutela del danno meramente patrimoniale porterebbe a «considerare la perdita economica come elemento integratore dell’illecito piuttosto che come conseguenza dello stesso». Per una utilizzazione diversa, si v. Cass. sez. un., 4 settembre 2015 n. 17586 (confermata dalla recente decisione di Cass. sez. un., 22 maggio 2017, n. 12799) che ha ritenuto rientrante nella giurisdizione ordinaria la domanda risarcitoria proposta nei confronti della Pa per i danni subiti dal privato che abbia fatto incolpevole affidamento su di un provvedimento di concessione di opera pubblica successivamente annullato, in quanto si sarebbe in presenza non della lesione di un interesse legittimo pretensivo, bensì di «una situazione di diritto soggettivo, rappresentata dalla conservazione dell’integrità del proprio patrimonio».

5. Si consideri in particolare le motivazioni delle decisioni relative all’applicazione dell’art.2051 cc: sul punto ci permettiamo il rinvio al nostro *Danno cagionato da cose in custodia*, in *Dei fatti illeciti (art. 2044-2059)* in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino 2011, pp. 205 ss.

6. A ben vedere, la configurazione della responsabilità dell’appaltatore ex art.1669 in termini di responsabilità extracontrattuale risale addirittura agli anni cinquanta del secolo scorso e si è consolidata nonostante le riserve della dottrina. La stessa giurisprudenza nei decenni successivi ne ha esteso l’applicazione anche al progettista con la conseguenza ulteriore di ammettere sia la solidarietà nell’obbligazione risarcitoria anche nel caso in cui i due soggetti siano stati coinvolti per il tramite di distinti contratti (sul punto si v. tra le più recenti decisioni Cass.6 dicembre 2017, n. 29218) sia l’azione di regresso nei rapporti interni (così Cass. 24 febbraio 1986 n. 1114). In questa prospettiva, non appare scorretto ritenere che con largo anticipo questa lettura dell’art.1669 abbia fornito una risposta in termini di responsabilità da prodotto difettoso, nella specie l’edificio, considerando questo ultimo comprensivo non solo del manufatto in senso stretto, ma anche del progetto che ne è alla base.

7. Invero, un’analisi storica del rapporto tra dottrina e giurisprudenza in materia di responsabilità civile evidenzia che per lungo tempo la dottrina tradizionale ha indubbiamente inciso in maniera significativa sugli orientamenti della prassi giurisprudenziale, sicché la svolta della civilistica intervenuta a partire dagli anni sessanta è stata recepita dalla giurisprudenza con indubbio ritardo. Il processo, inverso, ossia la spinta progressiva venuta dai giudici ha preso l’avvio negli anni settanta a proposito della problematica relativa al danno alla persona cui si deve la riproposizione aggiornata del danno non patrimoniale sulla scia della riscoperta e rilettura della impostazione lungimirante avanzata da R. Scognamiglio alla fine degli anni cinquanta che, pur senza coinvolgere i principi costituzionali, aveva cercato di recuperare la problematica del danno alla persona attraverso la riduzione del danno non patrimoniale, soggetto a riserva di legge ex art.2059, al solo danno morale in senso stretto, in modo da dilatare l’area del danno risarcibile. Sul ruolo avuto dalla dottrina nella evoluzione della giurisprudenza si v. gli atti della tavola rotonda pubblicati in *Resp. civ. e prev.* 2015, pp. 1768 ss.

8. Sul tema, al centro di una riflessione tuttora in corso, si v. la sintesi offerta di recente da C. Granelli, *Dottrina dei dottori e dottrina delle corti*, in *Jus Civile* 2017, 6, pp. 703 ss.

piuta che, molto spesso, va ben oltre l'economia della specifica questione da affrontare nel caso di specie.

Siffatta singolare configurazione della motivazione, che si rinviene in molte decisioni della Corte di cassazione e che per certi versi finisce col fare a pugni con la stringatezza e con la sinteticità che attualmente si esigono dagli avvocati chiamati a predisporre le loro memorie difensive, rappresenta, per certi versi, una manifestazione emblematica dell'esperienza giuridica nell'attuale società post-moderna.

L'effettiva difficoltà di ricomporre a sistema la progressiva frantumazione dell'esperienza e, al tempo stesso, l'accresciuta inadeguatezza del quadro legislativo nel tener dietro ai mutamenti in atto hanno portato a riconoscere un rilievo esponenziale alla giurisprudenza, che appare assunta come effettivo, se non unico, luogo in cui possano trovare risposte le molteplici quanto svariate istanze di giustizia avanzate dai cittadini, laddove la stessa dottrina giuridica risulta attardata ed in difficoltà nel rivedere i paradigmi con cui affrontare le nuove problematiche<sup>9</sup>.

In questa situazione, è inevitabile, per certi versi, il progressivo espandersi di una tendenziale autoreferenzialità delle soluzioni giurisprudenziali. Questa si manifesta in diverse forme che, a ben vedere, accentuano più che ridurre la frammentarietà del quadro nonché le incertezze di fondo circa la "calcolabilità" delle decisioni, sicché tendono ad ampliarsi le lacerazioni nella tessitura sistematica del solo stesso diritto privato.

La prima forma in cui si manifesta la richiamata tendenza alla autoreferenzialità da parte della giurisprudenza può ben rinvenirsi proprio nel progressivo affermarsi nelle decisioni della suprema Corte di un modello di motivazione di taglio "dottrinario" finalizzato ad assicurare una più adeguata legittimazione al processo di emancipazione dei giudici dalla riflessione della dottrina. In tal modo di procedere, il profilo sistematico-teorico del processo ermeneutico viene ricondotto tutto all'interno stesso della pronuncia, con i limiti dovuti all'inevitabile carattere puntiforme dell'intervento occasionato dal caso specifico e dall'impossibilità di cogliere comunque tutte le conseguenze e le implicazioni che la soluzione è in grado di generare.

La seconda forma si può ben cogliere, dopo decenni di resistenze e di reticenze, nel aumentato ricorso nelle decisioni alle clausole generali, vecchie e nuove<sup>10</sup>, ovvero nel recente recupero dal deposito degli attrezzi presenti nell'officina del giurista di uno dei più misteriosi stante il suo carattere taumaturgico, ossia del cd. "abuso del diritto"<sup>11</sup>. Per tale via, infatti, la legittimazione delle soluzioni prospettate è in concreto affidata direttamente all'utilizzo di uno strumentario a contenuto aperto, come tale in grado di lasciare a ciascun giudice spazi effettivi per la coesistenza, in termini che vogliono essere fisiologici e non sempre patologici, anche di soluzioni divergenti, all'insegna sia di un riscoperto *jus controversum*<sup>12</sup>, sia di una più evidente oscillazione nelle soluzioni

9. Nella prospettiva indicata nel testo, vanno indubbiamente collocate le comprensibili preoccupazioni di cui si è fatto portavoce C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2015. Tuttavia, se il *trend* che vede in ascesa il rilievo della giurisprudenza è indubbiamente presente in tutti i paesi europei, accanto all'abbassamento della qualità della stessa legislazione dovuta anche alle semplificazioni derivanti dalla normativa di fonte europea, non può negarsi che la perdita di vitalità e di autorità della dottrina giuridica privatistica quale si riscontra nel nostro Paese sia il riflesso di una più generale e complessa crisi sociale ed istituzionale che coinvolge in primo luogo anche le strutture universitarie e pregiudica la formazione dei giuristi accademici. La semplice comparazione tra la produzione scientifica in area giuridica che continua a registrarsi in Francia ed in Germania con quella municipale evidenzia, impietosamente, che il declino italiano è molto più grave ed ha radici ben più complesse.

10. Il riferimento è qui non solo alle classiche clausole di buone fede e correttezza (per un richiamo alle principali decisioni della Cassazione che hanno fatto richiamo a tali clausole si v. la recente sentenza 5 maggio 2017 n.10906), ma anche alle nuove siano o non siano esse di fonte legislativa: si pensi all'"abuso di dipendenza economica" ovvero alla "proporzionalità". Peraltro, accanto al riferimento alle clausole generali, va segnalato anche il richiamo ai "principi", a partire da quelli costituzionali, di cui si prospetta, in maniera fin troppo disinvolta, l'efficacia diretta nei rapporti orizzontali: sul tema, con specifico riferimento al principio costituzionale della solidarietà, invocato nelle ordinanze della corte costituzionale n. 248/2013 e n. 77/2014 al fine di valutare la validità di una caparra di importo manifestamente eccessivo, si v. da ultimo D'Amico, *Buona fede e solidarietà sociale: il tramonto della clausola generale (considerazioni a margine di un recente libro)* in *Riv. crit. dir. priv.* 2017, pp. 557 ss. ivi ampi riferimenti bibliografici.

11. Il tema è tornato di attualità nel dibattito della dottrina seguita alla sentenza della Cass.18 settembre 2009, n. 20106: sul punto *ex multis* si v. AA.VV. *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino 2010; più di recente Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto, Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in questa *Rivista*, 4/2016, [www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/ancora-sull-abuso-del-diritto-riflessioni-sulla-creativita-della-giurisprudenza\\_396.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2016/4/ancora-sull-abuso-del-diritto-riflessioni-sulla-creativita-della-giurisprudenza_396.php).

12. Il rilievo avanzato nel testo non è, a ben vedere, contraddetto dal fatto che si siano promosse iniziative di cooperazione tra le diverse giurisdizioni per ridurre i conflitti interpretativi: si consideri, al riguardo, il *memorandum* di intesa intervenuto il 15 maggio 2017 tra i primi presidenti della cassazione, del Consiglio di stato della Corte dei conti e dei procuratori generali della cassazione e della Corte dei conti con il quale si è convenuto «di impegnarsi – nei limiti dei compiti organizzativi e di indirizzo loro spettanti nell'esercizio delle rispettive funzioni – al fine di promuovere tutte le opportune iniziative all'interno delle rispettive giurisdizioni allo scopo di migliorare lo svolgimento complessivo della funzione nomofilattica».

che, in alcune aree delicate come appunto è quella della responsabilità, ben possono portare ad uno stato di effettiva anarchia<sup>13</sup>.

**2.** Tornando, dopo queste osservazioni introduttive, al tema specifico oggetto della nostra riflessione, ossia a quello del danno ingiusto, mette conto prendere in considerazione più da vicino il rilievo, dianzi segnalato, in ordine al legame circolare che nell'evoluzione della responsabilità civile è dato cogliere, sullo sfondo, tra i mutamenti intervenuti nella rilettura dell'“ingiustizia del danno”, nel segno della sua progressiva e sempre più chiara affrancazione dall'“antigiuridicità” della condotta, propria dell'atto illecito in senso stretto, e quelli che hanno riguardato la distinzione tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, cui si lega lo sviluppo esponenziale che ha riguardato il danno alla persona, a partire dal danno biologico. Sotto questo profilo, val bene rimarcare che negli ultimi decenni, non si è avuto soltanto uno spostamento significativo dell'attenzione della prassi e della dottrina sul tema del danno risarcibile, ma soprattutto si è fatta strada, anche inconsapevolmente, la tendenza a declinare la tematica dell'ingiustizia del danno, che costituisce pur sempre la premessa per la concreta operatività della responsabilità civile, a rimorchio dell'esigenza di una soddisfacente allocazione delle conseguenze patrimoniali e non patrimoniali dell'agire.

Nella prima prospettiva, appare tuttora opportuno richiamare, come ancora attuale, l'*incipit* già utilizzato più di trenta anni fa nel riflettere sul tema del danno alla persona, e, a sua volta, ripreso da una ancor più risalente riflessione di uno studioso di *common law* secondo cui «*the crucial controversy in personal injury torts today is non in the area of liability but of damages*»<sup>14</sup>.

Nella seconda prospettiva, volta a segnalare l'inversione circa il rapporto tra danno ingiusto e danno risarcibile, è sufficiente qui limitarsi a richiamare l'ampio dibattito della dottrina e della giurisprudenza

in materia di “perdita di *chance*”, assunta ora come semplice conseguenza della lesione, ora come oggetto stesso della lesione<sup>15</sup>: dibattito in cui si riproduce, sia pure per una problematica ben diversa, il medesimo itinerario registratosi nella lunga riflessione sul danno biologico a partire dalla originaria sua configurazione come danno-evento più che come danno conseguenza: danno quest'ultimo configurato, a sua volta, come danno patrimoniale o non patrimoniale secondo le diverse letture adottate nel tempo dalla stessa Corte costituzionale<sup>16</sup>.

In effetti, il riferimento da ultimo avanzato circa la configurazione della *perdita di chance* come oggetto della lesione, ossia in termini di «un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione» la cui «perdita integra un danno che, se allegato e provato, deve essere risarcito», è sufficiente a segnalare, a prescindere nel merito dall'accettabilità di questa interpretazione, l'effettiva “rivoluzione” intervenuta nella rilettura dell'art. 2043 cod. civ. a proposito proprio della “ingiustizia del danno” che costituisce pur sempre il presupposto ineliminabile ai fini della ricorrenza della responsabilità civile e, dunque, del risarcimento del danno.

Invero, il progressivo ampliarsi della sfera operativa della responsabilità civile intervenuta nel corso del tempo è dovuta proprio alla profonda rivisitazione circa la nozione del “danno ingiusto” di cui parla l'art. 2043. Ci si riferisce, in estrema sintesi, alla revisione dell'impostazione tradizionale tendente ad identificare l'*ingiustizia* riferita al danno con l'*antigiuridicità* della condotta e, in definitiva, a legare il prodursi dell'obbligazione risarcitoria alla presenza di un atto illecito in senso stretto, lesivo di una situazione giuridica soggettiva perfetta rilevante *erga omnes*.

Soluzione, questa, contraddetta, in verità, dalla complessiva disciplina presente nel codice civile a proposito della responsabilità civile, posto che è risultato sempre più difficile sfuggire a questa alternativa. Se si accetta la premessa secondo la quale la respon-

13. Per questo giudizio, riflettente l'opinione di attenti osservatori della prassi giurisprudenziale, si v. di recente Pardolesi e Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!*, in *Danno e responsabilità*, 2018, pp. 5 ss.

14. Questa affermazione di Jaffe, *Damages for Personal injury. Thne Impact of insurance in 18 Law & Contemp.Probl.* 1953, 221 è ripresa nel nostro saggio, *Il risarcimento del danno alla persona e l'analisi del diritto*, in *Foro it.*, 1979, V, pp. 249 ss.

15. Quanto alla configurazione della *chance* come un bene giuridico autonomo presente quale posta attiva nel patrimonio del danneggiato, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione, si veda Cass. 4 marzo 2004 n. 4400; più di recente Cass 27 marzo 2014 n. 7195. A ben vedere, il riflesso dell'alternativa segnalata nel testo si rispecchia altresì in quell'altra per la quale, nel caso di specie, si parla ora di danno emergente ora di lucro cessante.

16. Sulla distanza tra l'originaria soluzione adottata nella decisione 14 luglio 1986 n. 184 elaborata da Dell'Andro e quella prospettata nelle successive decisioni della corte costituzionale a firma di Mengoni, a partire dalla sentenza 24 ottobre 1994 n. 372 e l'ordinanza 22 luglio 1996 n. 293 ci permettiamo di rinviare al nostro contributo, *Il danno non patrimoniale: le fortune della “doppiezza”*, in *Danno e responsabilità*, 1999, pp. 601 ss.

sabilità civile esige, come presupposto, la presenza di un atto illecito in senso stretto, sia esso colposo o doloso, appare allora evidente l'impossibilità di ricondurre tra "i fatti illeciti" le ipotesi di responsabilità oggettiva<sup>17</sup>.

Se viceversa, la formula "fatti illeciti" di cui parla il titolo IX del libro IV del codice civile comprende una pluralità di diversi criteri di imputazione, risulta evidente sia che la nozione di illecito riferita ai "fatti" di cui parla il codice non coincide con quella riguardante l'atto in senso stretto, sia che la nozione di *ingiustizia* riferita nel testo dell'art. 2043 al danno non può costituire la semplice trasposizione a livello del danno della qualificazione, nei termini dell'*antigiuridicità*, relativa alla condotta, ossia all'atto.

Nella più moderna prospettazione, in altri termini, l'illiceità, non costituisce più il presupposto, valutativo della condotta, ossia un elemento della fattispecie perché sorga la responsabilità civile, ma riflette, nel suo riferimento complessivo a diversi "fatti", la semplice sintesi dell'effetto fondamentale costituito dal sorgere dell'obbligazione risarcitoria.

Orbene, non può negarsi che, alla luce di un ampio e lungo dibattito della dottrina intervenuto nel corso dei passati decenni, anche la giurisprudenza abbia in definitiva accolto questa seconda linea interpretativa. La formula "aperta" dell'ingiustizia riferita al danno ha permesso così di estendere la tutela risarcitoria alle lesioni connesse alla presenza di una situazione giuridicamente rilevante sul piano del diritto oggettivo<sup>18</sup>, a prescindere, in definitiva, dalla configurazione strutturale della stessa. Di qui, innanzitutto, la progressiva espansione della tutela risarcitoria in presenza di lesione del diritto di credito, dell'interesse legittimo, nonché l'attenzione sempre più articolata per i danni cd. da rimbalzo per i quali si è registrata una significativa apertura da parte della giurisprudenza.

In effetti, il concreto recupero della cd. "atipicità" alla base dell'art. 2043, non già nel senso della tota-

le attribuzione al giudice del potere di qualificare di volta in volta il danno in termini di ingiusto, bensì nel senso di affidargli il compito di verificare la sussistenza di una situazione, persino di fatto<sup>19</sup>, sempre che giuridicamente rilevante per l'ordinamento, oggetto della lesione, se da un lato ha certamente risposto all'esigenza di un'espansione circa l'area operativa della responsabilità civile<sup>20</sup>, dall'altro ha aperto anche la strada ad una altrettanto profonda revisione dell'ambito stesso del "danno risarcibile" in presenza di un "danno ingiusto".

In questa seconda direzione, come è noto, va interpretata la significativa vicenda che nel corso del tempo ha anche contraddistinto la rilettura del danno non patrimoniale.

Infatti, a fronte dell'ampliamento della tutela risarcitoria di cui all'art. 2043 a tutte le situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, in linea del resto con l'avvento di una economica cd. creditizia, si è paradossalmente allargato nel corso del tempo la distanza tra la risposta assicurata alla protezione della sfera patrimoniale del soggetto e quella, oltremodo rigida e selettiva, ammessa per l'area del cd. danno non patrimoniale.

Una visione retrospettiva dell'esperienza intervenuta negli ultimi decenni evidenzia chiaramente che la spinta verso il pieno recupero, nella sfera della risarcibilità, dei danni non patrimoniali, ossia di quelli più strettamente legati alla sfera della persona, è intervenuta sulla base di ardite decisioni giurisprudenziali in materia di danno biologico che, partite da giudici di merito, hanno avviato un'effettiva nuova stagione di riflessioni sulla responsabilità civile. In questa specifica area, è indiscutibile il ruolo fondamentale giocato dalla giurisprudenza nel dialogo con la dottrina: dialogo che ha portato da un lato a chiarire progressivamente la pluralità delle declinazioni della formula "danno non patrimoniale", con il coinvolgimento della stessa Corte costituzionale, dall'al-

17. La linea interpretativa favorevole ad assicurare la compresenza del modello tradizionale con quello rappresentativo della modernità fondato sulla responsabilità oggettiva, ma nel segno della loro irriducibile distanza, è stata, con coerenza, alla base della ampia riflessione scientifica di Pietro Trimarchi. Non a caso in essa risulta consapevolmente rimossa la formula "fatti illeciti", presente nel titolo IX del libro IV del codice civile, a favore rispettivamente di quelle, nettamente distinte, dell'"atto illecito" e del "rischio": si v. la recentissima raccolta dei suoi contributi in P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017 in cui, però, emerge la forza-tura insita nel tentativo di prospettare una ricomposizione tra i due modelli, utilizzando la singolare espressione "rischi illeciti".

18. In questi termini, dopo la decisione delle Sezioni unite n. 500 del 1999, si v. anche Cass. 28 marzo 2000, n. 3726 e Cass. 4 novembre 2000, n. 14432. Più di recente, ma sempre nella stessa linea, Cass. sez.un. 4 settembre 2015 n. 17586 ha parlato di danno ingiusto con riferimento alla lesione di qualsiasi situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento.

19. Oltre alla tutela risarcitoria conseguente alla lesione del possesso (su cui v. Cass.civ. 2 aprile 2014, n. 7741) si consideri quella riservata in caso di morte al convivente *more uxorio*: sul punto *ex multis* Cass. 7 marzo 2016 n. 4386.

20. È il caso di osservare che il progressivo riconoscimento della tutela risarcitoria, sulla base della sussistenza di una posizione giuridica soggettiva fondata sul diritto oggettivo, fattosi strada nella giurisprudenza nazionale, è andato di pari passo con l'indirizzo emerso in sede europea a proposito della responsabilità degli organi dello Stato per violazione di disposizioni considerate attributive di diritti dei singoli, a partire dalla violazione delle stesse libertà fondamentali del trattato: al riguardo, a proposito della responsabilità dello Stato per violazione del diritto alla libertà di circolazione delle merci, si v. la decisione della Corte di Giustizia 24 marzo 2009, nel caso C- 445/06.

tro ad indurre la stessa giurisprudenza più recente ad un opportuno *self-restraint*, al fine di evitare che dalla rigidità originaria del sistema si passasse ad una deriva senza limiti legata al riconoscimento a tutto campo del cd. danno esistenziale<sup>21</sup>, sulla falsariga di quanto accaduto per il danno biologico.

In realtà, la problematica del “danno non patrimoniale” è tuttora aperta, in quanto la cifra effettiva che differenzia la nostra esperienza giuridica da altre resta pur sempre quella relativa all’individuazione di soluzioni soddisfacenti sul piano di una adeguata quanto attendibile quantificazione del danno. È in questa direzione, infatti, che possono comprendersi sia la progressiva consolidazione della soluzione giurisprudenziale in materia di liquidazione del danno biologico messa a punto dai giudici di Milano da parte della stessa Corte di cassazione, sia le oscillazioni persistenti tuttora in giurisprudenza circa la quantificazione del danno non patrimoniale in ragione del rapporto tra le diverse “voci” presenti al suo interno, onde evitare il rischio di una locupletazione del risarcimento.

### 3. L’incidenza che la rilettura della “ingiustizia del danno” ha avuto nella complessiva rivisitazione

della responsabilità civile, a partire dalla fondamentale rimozione della confusione tra *atto illecito e fatto illecito*, è andata ben oltre il semplice ampliamento della sfera operativa della tutela con riferimento sia al superamento della soglia rappresentata dai diritti soggettivi assoluti<sup>22</sup>, sia alle indubbie significative aperture intervenute a proposito dell’articolata prospettazione del danno non patrimoniale.

Essa, a ben vedere, ha inciso in maniera assi rilevante su tutti gli “elementi” della fattispecie. Non vi è dubbio, infatti, che l’approccio originario alla responsabilità civile nella prospettiva dell’atto illecito in senso stretto ha favorito una ricostruzione sia dell’elemento soggettivo, colpa o dolo, sia del nesso di causalità, sia della cause di giustificazione tendenzialmente in linea con l’impostazione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza penalistica.

Nei trascorsi decenni, il passaggio dalla centralità dell’*atto illecito* alla moderna configurazione dei *fatti illeciti*, come sopra sinteticamente riassunta, ha favorito progressivamente un’indubbia sempre più nitida differenziazione in ordine alla lettura degli “elementi” sopra richiamati. In particolare, la configurazione oggettiva della colpa, la distinzione tra il nesso di causalità civilistico – nei termini del più probabile che non<sup>23</sup> – rispetto a quello richiesto per accertare la sus-

21. Sul punto si rinvia a Cass.20 agosto 2015, n. 16992.

22. L’affermazione presente nel testo, a ben vedere, non è contraddetta dal fatto che anche in recenti decisioni della Cassazione si continui pur sempre ad affermare l’operatività della responsabilità extracontrattuale in presenza della sola violazione di diritti assoluti: si v. ad es. Cass. 6 luglio 2017 n. 16654 in ordine alla compresenza di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

23. Sulla distinzione segnalata nel testo si può parlare di un indirizzo consolidato. Ben diverso è viceversa il problema relativo all’onere della prova in ordine al nesso di causalità con riferimento alla distinzione tra responsabilità extracontrattuale e quella contrattuale (su cui v. le recenti decisioni di Cass. 14 novembre 2017 n. 26824 e 26 luglio 2017 n. 18392) in cui si evidenziano le indiscutibili oscillazioni che tuttora caratterizzano le determinazioni della Corte di cassazione: si v. al riguardo i recenti contributi di Pardolesi e Simone, *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta!* e Tassone, *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, entrambi in *Danno e responsabilità* 2018, pp. 5ss e pp. 14 ss.

A ben vedere la motivazione della sentenza 26 luglio 2017 n. 18392 può considerarsi esemplare circa lo stile dottrinario che è dato riscontrare sempre più di frequente nelle decisioni della Suprema corte. In essa infatti si legge quanto segue: «La causalità relativa all’evento ed al danno consequenziale è comune ad ogni fattispecie di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale, e caratterizza negli stessi termini, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, gli oneri di allegazione e di prova del danneggiato. Il danno è elemento costitutivo della fattispecie dedotta in giudizio ed essendo l’eziologia immanente alla nozione di danno anche l’eziologia è parte del fatto costitutivo dedotto che l’attore deve provare. Su questo tronco comune intervengono le peculiarità delle due forme di responsabilità. La responsabilità contrattuale sorge dall’inadempimento di un obbligo, sicché l’attore deve provare la fonte dell’obbligo. La responsabilità extracontrattuale richiede invece, stante la mancanza di un’obbligazione, un criterio di giustificazione, e tali sono il dolo e la colpa, che è pertanto onere dell’attore dimostrare. In base al cd. principio di semplificazione analitica della fattispecie le cause di estinzione dell’obbligazione sono tema di prova della parte debitrice, e fra queste l’impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore (art. 1256 cc), con effetto liberatorio sul piano del risarcimento del danno dovuto per l’inadempimento (art. 1218 cc). Il danneggiante deve dimostrare la causa imprevedibile ed inevitabile che ha reso impossibile la prestazione, cioè il caso fortuito (*casus = non-culpa*). La diligenza non attiene qui all’adempimento, ma alla conservazione della possibilità di adempiere, quale impiego delle cautele necessarie per evitare che la prestazione professionale divenga impossibile, e, riguardando non solo la perizia ma anche la comune diligenza, prescinde dalla diligenza professionale in quanto tale. La non imputabilità della causa di impossibilità della prestazione va quindi valutata alla stregua della diligenza ordinaria ai sensi dell’art. 1176 cc, comma 1, mentre la diligenza professionale di cui al comma 2, quale misura del contenuto dell’obbligazione, rappresenta il parametro tecnico per valutare se c’è stato l’adempimento (diligenza determinativa del contenuto della prestazione). C’è inadempimento se non è stata rispettata la diligenza di cui all’art. 1176, comma 2, c’è imputabilità della causa di impossibilità della prestazione se non è stata rispettata la diligenza di cui al comma 1. Nel primo caso la diligenza mira a procurare un risultato utile, nel secondo caso mira a prevenire il danno (la distinzione è tuttavia relativa perché l’una può determinare il contenuto dell’altra). La diligenza conservativa della possibilità di adempiere si distingue anche dal *neminem ledere*. Nel caso di quest’ultimo la negligenza non è violazione di un dovere di comportamento nei confronti di un determinato soggetto ma criterio per attribuire la responsabilità se

sistenza della responsabilità penale, hanno rappresentato momenti altamente significativi del processo attraverso il quale la giurisprudenza ha contribuito ad assicurare una effettiva compiuta autonomia alla responsabilità civile sul piano dei concetti e delle tecniche rispetto alla responsabilità penale nella direzione volta a esaltare la funzione specifica della prima. Questo processo, a ben vedere, ha coinvolto anche le cd. cause di giustificazione che sono state in concreto rilette non più come ipotesi di esclusione della anti-giuridicità della condotta, bensì come ipotesi di semplice esclusione della responsabilità, ossia del sorgere dell'obbligazione risarcitoria, da cui possono discendere effetti diversi<sup>24</sup>.

Al tempo stesso, però, la presenza nell'area della responsabilità civile pur sempre di una pluralità di criteri di imputazione tra cui si collocano anche quelli tradizionali della colpa e del dolo e l'introduzione, nella legislazione fuori dal codice civile, di nuove originali ipotesi di atti illeciti in senso stretto hanno favorito, in maniera inconsapevole, una esigenza del tutto nuova che solo in apparenza può sembrare suggerire una linea opposta a quella imboccata dalla moderna responsabilità civile. In particolare, lo spostamento di attenzione sulla categoria dei "fatti illeciti"

in luogo della tradizionale centralità della nozione di atto illecito in senso stretto non esclude che in sede di applicazione della responsabilità civile si possa dare uno specifico rilievo alle ipotesi in cui la presenza di un *fatto illecito* coincida anche con quella di un *atto illecito in senso stretto* nei termini della violazione di una specifica puntuale regola di condotta. Ebbene, è in questa direzione, a nostro avviso, che in maniera concettualmente tuttora inadeguata, si sta registrando il recupero, in alcuni specifici casi, della funzione sanzionatoria della responsabilità civile e, dunque, della possibile configurazione punitiva – a dispetto dell'ossimoro che potrebbe qui rinvenirsi – del risarcimento del danno: configurazione che, del resto, inevitabilmente si associa alla funzione di prevenzione.

In questa prospettiva e nei limiti qui richiamati deve, a nostro avviso, affrontarsi il tema oggi di attualità relativo all'ammissibilità dei danni cd. punitivi. Indubbiamente, in termini formali, il nostro sistema non conosce l'istituto nei termini precisi in cui esso è presente nella legislazione e nella prassi di altri paesi né presenta un sistema processuale del tutto in linea con l'utilizzazione di questo istituto<sup>25</sup>. Se questo è indubbio, appare, a nostro avviso, frutto di una impostazione ideologica, in quanto non corrispondente alla realtà,

---

il danno si verifica, mentre la diligenza che specifica l'obbligazione implica un dovere di adozione di cautele, in termini anche di contegni positivi, per la conservazione della possibilità di adempiere, dovere che vige indipendentemente dalla verifica del danno e che precede l'adempimento. Il debitore non deve dare causa, con un comportamento negligente, all'impossibilità della prestazione. Non si rimprovera qui al debitore il mancato rispetto della regola (preesistente) di esecuzione esperta della prestazione professionale quale obbligazione di comportamento, ma la scelta di agire in un modo piuttosto che in un altro che sarebbe stato efficace ai fini della prevenzione della causa che ha reso impossibile la prestazione. Tale causa resta non imputabile se non prevedibile ed evitabile. La colpa del debitore risiede non nell'inadempimento, che è fenomeno oggettivo di mancata attuazione di una regola di comportamento (ed in particolare della regola di esecuzione esperta della prestazione professionale), ma nel non aver impedito che una causa, prevedibile ed evitabile, rendesse impossibile la prestazione.

La causa di non imputabilità dell'impossibilità di adempiere è, come si è detto, in quanto ragione di esonero da responsabilità, tema di prova del debitore/danneggiante. Il debitore che allega la fattispecie estintiva dell'obbligazione per impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile deve provare sul piano oggettivo il dato naturalistico della causa che ha reso impossibile la prestazione e sul piano soggettivo l'assenza di colpa quanto alla prevenzione della detta causa.

Emerge così un duplice ciclo causale, l'uno relativo all'evento dannoso, a monte, l'altro relativo all'impossibilità di adempiere, a valle. Il primo, quello relativo all'evento dannoso, deve essere provato dal creditore/danneggiato, il secondo, relativo alla possibilità di adempiere, deve essere provato dal debitore/danneggiante. Mentre il creditore deve provare il nesso di causalità fra l'insorgenza (o l'aggravamento) della patologia e la condotta del sanitario (fatto costitutivo del diritto), il debitore deve provare che una causa imprevedibile ed inevitabile ha reso impossibile la prestazione (fatto estintivo del diritto).

Conseguenzialmente la causa incognita resta a carico dell'attore relativamente all'evento dannoso, resta a carico del convenuto relativamente alla possibilità di adempiere. Se, al termine dell'istruttoria, resti incerti la causa del danno o dell'impossibilità di adempiere, le conseguenze sfavorevoli in termini di onere della prova gravano rispettivamente sull'attore o sul convenuto.

Il ciclo causale relativo alla possibilità di adempiere acquista rilievo solo ove risulti dimostrato il nesso causale fra evento dannoso e condotta del debitore. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che l'aggravamento della situazione patologica (o l'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento) è causalmente riconducibile alla condotta dei sanitari sorge per la struttura sanitaria l'onere di provare che l'inadempimento, fonte del pregiudizio lamentato dall'attore, è stato determinato da causa non imputabile. Solo una volta che il danneggiato abbia dimostrato che la patologia sia riconducibile, ad esempio, all'intervento chirurgico, la struttura sanitaria deve dimostrare che l'intervento ha determinato la patologia per una causa, imprevedibile ed inevitabile, la quale ha reso impossibile l'esecuzione esperta dell'intervento chirurgico medesimo».

24. Su questa impostazione, a proposito delle cd. cause di giustificazione, ci permettiamo il rinvio a quanto da noi sostenuto in *Responsabilità civile* cit.. È il caso di rimarcare che il recente *avant-project* francese di revisione della disciplina codicistica della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, parla, al riguardo, esplicitamente di «*causes d'exclusion de responsabilité*».

25. Per una adeguata puntualizzazione in ordine alla compatibilità con l'ordine pubblico di sentenze straniere in materia di danni punitivi, si v. la recente sentenza delle Sezioni unite 5 luglio 2017 n. 16601 al centro di un ampio dibattito tuttora in corso.

sostenere che nel nostro sistema la responsabilità civile abbia solo e sempre una funzione risarcitoria<sup>26</sup> senza eccezioni, ossia non ricorrano ipotesi in cui la quantificazione del danno vada oltre quanto effettivamente sofferto dalla vittima e provato dalla stessa.

Senza qui voler essere esaustivi, è sufficiente richiamare innanzitutto alcune soluzioni presenti ab origine nel codice civile del 1942 ed altre successivamente ivi introdotte che smentiscono la presunta “purezza” della configurazione risarcitoria della responsabilità civile. A prescindere dalle regole dettate in materia di effetti del possesso di mala fede, basta qui rammentare che nel caso dell’accessione invertita per costruzione intervenuta in parte sul suolo del vicino, al proprietario del suolo spetta il *doppio* del valore del suolo sacrificato “salvo il maggior danno” da provare. Analogamente, in caso di mutuo usurario, viene meno il pagamento di qualsiasi interesse come dispone l’attuale art.1815 comma 2 cc. Più di recente, il codice della proprietà industriale ed intellettuale prevede in caso di violazioni che il risarcimento tenga conto non solo del danno sofferto dal soggetto leso, ma anche dei profitti conseguiti dal responsabile della violazione<sup>27</sup>. È in questa stessa direzione che, a ben vedere, possono comprendersi le pronunce in cui si è prospettato, sia pure in termini inadeguati e criticabili, la possibilità di un danno *in re ipsa*, ossia meritevole di risarcimento senza che la presunta vittima ne abbia dimostrato la sussistenza e la misura<sup>28</sup>. Non è un caso, infatti, che queste ipotesi siano emerse proprio in situazioni in cui più evidente si è avvertita l’esigenza di fornire una risposta “esemplare” a fronte dell’*atto illecito* intervenuto (si pensi, ad esempio,

alle ipotesi di atti discriminatori, di mobbing<sup>29</sup> o di violazioni dei diritti della personalità<sup>30</sup>) e si sia dato rilievo alla “gravità” dell’offesa.

L’articolazione delle risposte che la prassi evidenzia, anche sulla base di disposizioni presenti nel sistema positivo, nel segno della riemersione in alcune circostanze della funzione anche sanzionatoria tradizionalmente riconosciuta alla responsabilità civile si inserisce, a ben vedere, in un più ampio indirizzo che in questa stagione contraddistingue l’esperienza giuridica italiana e la differenza dalle altre presenti nei paesi europei. Infatti, l’evoluzione sin qui tracciata non ha esaurito le tendenze espansive della responsabilità civile a partire dalla riconosciuta ampiezza applicativa della ingiustizia del danno di cui parla l’art.2043. Infatti, nel nostro paese, l’ampliarsi della sfera operativa della responsabilità extracontrattuale secondo l’indirizzo emerso anche nella realtà giuridica d’oltralpe, tuttora governata dalle formule codicistiche del *Code Napoleon*, è intervenuta nel momento stesso in cui sul piano della rilettura della responsabilità contrattuale si è andata sviluppando un orientamento ermeneutico aperto agli influssi delle dottrine e della prassi giurisprudenziale tedesca. Queste ultime, come è noto, in ragione della tipicità delle fattispecie di responsabilità extracontrattuali accolte nel BGB, in ossequio al modello romanistico fatto proprio dalla Pandettistica, hanno incanalato le maggiori istanze di tutela risarcitoria emerse nella società di massa contemporanea sul versante della responsabilità contrattuale, attraverso l’elaborazione dei cd. obblighi di protezione e della responsabilità da contatto sociale<sup>31</sup>. Ebbene, l’attenzione della dottrina e della stessa giurisprudenza italia-

26. Sulla differenza tra la funzione risarcitoria e quella compensativa-satisfattiva si v. le puntualizzazioni contenute nella pronuncia recente di Cass.7 luglio 2016 n.20206.

27. Si v. al riguardo l’art. 125 del d.lgs 10 febbraio 2005 n.30 nonché l’art.5 del d. lgs 16 marzo 2006, n. 140.

28. L’orientamento segnalato nel testo è stato superato a partire dalla decisione di Cass. 24 giugno 2006 n.6572 con specifico riferimento a fattispecie relative tanto al risarcimento del danno patrimoniale quanto di quello non patrimoniale.

29. Al riguardo si v. Cass.24 novembre 2016 n. 24029.

30. In questa medesima prospettiva, volta a marcare il rilievo della presenza dell’atto illecito in senso stretto come sufficiente a evidenziare implicitamente la presenza del danno, nel segno di una contiguità e se non continuità tra danno evento e danno conseguenza, può d’altro canto leggersi il dibattito che si è aperto a proposito del cd. danno tanatologico. Al riguardo, prima ancora di richiamare la soluzione conforme alla tradizione ribadita dalla Cassazione nella pronuncia delle Sezioni unite 22 luglio 2015 n. 15350, è sufficiente qui riprendere la considerazione, avanzata dal relatore Mengoni nella sentenza della Corte costituzionale n.372 del 1994 secondo il quale «L’ostacolo a riconoscere ai congiunti un diritto di risarcimento in qualità di eredi non proviene dunque, come pensa il giudice a quo, dal carattere patrimoniale dei danni risarcibili ai sensi dell’art. 2043 cod. civ., bensì da un limite strutturale della responsabilità civile: limite afferente sia all’oggetto del risarcimento, che non può consistere se non in una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva, sia alla liquidazione del danno, che non può riferirsi se non a perdite. A questo limite soggiace anche la tutela risarcitoria del diritto alla salute, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori della persona inerenti al bene protetto». Sull’indirizzo confermato dalle Sezioni unite nella decisione n.15350 si è sviluppato un ampio dibattito: *ex multis* si v. E. Navarretta, *La “vera” giustizia e il “giusto” responso delle S.U. sul danno tanatologico iure hereditario*, in *Resp. civ. prev.* 2015, pp. 144 ss.

31. Tra le più recenti pronunce si v. Cass.13 ottobre 2017 n. 24071 e Cass.12 luglio 2016, n. 14188. È il caso di osservare che in queste pronunce la Corte parla esplicitamente e correttamente di obblighi di protezione come distinti e diversi dagli obblighi di prestazione, abbandonando la formulazione “obbligazioni senza prestazione”, originariamente accolta da Cass. 22 gennaio 1999 n.589, e prospettata dalla

ne anche per questo indirizzo ha portato nella nostra esperienza al sorgere di una vera e propria ipertrofia della tutela risarcitoria, tuttora in corso sebbene la prassi giurisprudenziale negli ultimi tempi evidenzia segnali di maggior cautela nell'avvalersi di siffatte impostazioni. Non meraviglia, allora, che in questa singolare congiuntura, il legislatore sia intervenuto più volte per tamponare l'espansione, considerata incontrollata, della prassi risarcitoria con soluzioni in cui la configurazione extracontrattuale della responsabilità è stata imposta al fine di decongestionare il sistema e ridimensionare l'effettività della tutela risarcitoria nonostante si dichiari di voler meglio difendere le vittime: si consideri, a tacer d'altro, la recente disciplina in materia di responsabilità medica di cui alla legge 8 marzo 2017 n. 24. Nella medesima linea, d'altro canto, possono comprendersi le indubbie oscillazioni che si registrano negli indirizzi della stessa Corte di cassazione, laddove si constata che la linea adottata risulti di volta in volta sbilanciata in maniera eccessiva a tutela rispettivamente del danneggiato o del creditore.

In definitiva, quanto più si amplia l'area operativa della responsabilità civile e se ne delinea sempre più nettamente la distinzione dalla responsabilità penale, tanto più è legittimo e comprensibile che al suo interno il pluralismo funzionale suggerisca, fino ad imporle, ponderate articolazioni che ben possono preannunciare anche puntuali interventi legislativi. In questa prospettiva, è del tutto evidente sia che la giurisprudenza risulti sempre in prima linea nel cogliere le esigenze che nascono nella realtà effettuale sia che, in ragione della complessità del reale, la dottrina, per quanto possa essere fornita di immaginazione e di fantasia, sia chiamata ad un ruolo sensibilmente diverso da quello che la storia del secolo scorso le aveva assegnato. Al tempo stesso, però, la carenza sempre più avvertita di un quadro generale di riferimento di lungo periodo, inevitabilmente genera incertezze, rivisitazioni e revisioni nella prassi che obiettivamente alimentano la constatazione, propria della epoca post-moderna, di essere di fronte ad un diritto sempre di più incalcolabile<sup>32</sup>.

---

dottrina italiana, in particolare da Castronovo, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto* in *Scritti in onore di L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1995*, I, pp. 148 ss. e successivamente *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato 2009*, pp. 679ss: formula questa, oltremodo discutibile a nostro avviso, in quanto chiaramente in conflitto con l'art. 1174 cod. civ. e con la tradizionale distinzione tra obbligo e obbligazione.

32. Sul punto è d'obbligo il confronto con la lettura proposta da Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016.

## Pensieri sparsi sulla responsabilità civile (in margine al libro di Pietro Trimarchi) \*

di Vincenzo Roppo

Muovendo da spunti suggeriti dal recente libro di Pietro Trimarchi, si svolgono considerazioni generali sulle funzioni della responsabilità civile (compensativa / deterrente-preventiva), su posizione e ruolo della responsabilità oggettiva, sulla necessità di dedicare maggiore attenzione ai profili del *quantum* risarcitorio. Si toccano anche questioni più specifiche, evidenziano una possibile criticità della recente sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi e sollevando un dubbio interpretativo circa un passaggio della legge Gelli in tema di responsabilità medica.

### 1. Le funzioni della responsabilità civile: extracontrattuale e contrattuale

Sono l'ennesimo *ex* studente genovese di Pietro Trimarchi che prende la parola durante questa presentazione. Come tale, ci tengo a dire quanto mi fa piacere incontrarlo, nel mio ultimo anno di insegnamento, in queste stesse aule di via Balbi 5, dove nel mio primo anno da studente di Legge (era esattamente l'autunno del 1966) le sue lezioni di Istituzioni accesero in me il gusto, se non vogliamo dire la passione, del diritto privato.

Non racconto l'architettura e i contenuti del libro, limitandomi per ora a dire che è un libro molto bello. Mi rendo conto che detto così è un giudizio apodittico, ma ne sono tanto convinto che non mi imbarazza enunciarlo senza sentirmi gravato da un onere di motivazione. Così come trovo un gran bel libro *Il contratto: inadempimento e rimedi*, del 2010. Le due opere non riesco a non vederle collegate: insieme formano ai miei occhi una rappresentazione complessiva e coerente dell'intera materia dei danni e dei risarcimenti, di cui farei fatica a trovare l'uguale nella nostra letteratura.

Al di là di questo giudizio propongo solo alcune riflessioni sparse, partendo dalle funzioni della re-

sponsabilità civile, cui Trimarchi dedica poche ma molto intense pagine nel capitolo di apertura del libro. E cerco di spiegare perché le trovo molto significative.

Prima però mi piace dire una cosa riferita non al libro che oggi presentiamo, ma al precedente libro su inadempimento e rimedi contrattuali, appena ricordato. Mentre tutte le trattazioni della responsabilità extracontrattuale discutono ampiamente le funzioni dell'istituto, praticamente nessuno – fra coloro che si occupano di responsabilità contrattuale, e anche fra quelli che ne trattano con ampia visione sistematica – si preoccupa di indagare quali siano le *policies* generali sottese al sistema delle regole sull'inattuazione dei contratti. Direi nessuno a parte Trimarchi, l'unico – mi sembra – che ne parla, individuando le funzioni di quel sistema di regole: da un lato, nella produzione di incentivi a che ciascuna delle parti coinvolte – primariamente il debitore, ma anche per certi aspetti il creditore (e questa sottolineatura segna un'originalità del pensiero di Trimarchi) – impieghi per l'attuazione del programma contrattuale l'impegno diligente che meglio corrisponde a criteri di efficienza; e dall'altro lato, nel ripartire fra le parti in modo efficiente i rischi della mancata attuazione del programma per eventi ad esse non imputabili.

Di questo mi pare il caso di dargli atto.

\* Il testo rielabora e integra le parole di presentazione del libro di P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, Giuffrè, 2017 (Università di Genova, 7 novembre 2017)

## 2. La responsabilità extracontrattuale fra compensazione e prevenzione: un ruolo preventivo anche per la responsabilità oggettiva

Ma torniamo alla responsabilità extracontrattuale. Come dicevo, tutti parlano delle sue funzioni: ma generalmente ne parlano in un modo che, confrontato a quello di Trimarchi, mi sembra alquanto riduttivo perché spesso irrigidito su due dogmi, su due “idee ricevute”: prima di tutto il dominio della funzione compensativa, che tende a essere assolutizzata come segno principale se non esclusivo della modernità dell’istituto (prevalente attenzione alla vittima, spostamento del *focus* “dal danneggiante al danneggiato”), con conseguente marginalizzazione della funzione preventiva, centrata invece sull’agente; e poi l’assunto che, nella (piccola) misura in cui debba darsi spazio alla funzione preventiva, questa non possa affidarsi se non alla colpa come criterio di imputazione della responsabilità, mentre la responsabilità oggettiva sarebbe tutta piegata sulla funzione di compensare il danneggiato.

Ebbene, rispetto a entrambe le idee Trimarchi va in decisa controtendenza.

Trimarchi ha per la funzione preventiva della responsabilità civile una grande simpatia, molto più marcata di quella che anima la generalità degli interpreti; e tende a valorizzarla fortemente. Ricordo ancora la formula – una di quelle formule secche e illuminanti, di cui è maestro – con cui ce la presentava nelle lezioni istituzionali degli anni ’60: il risarcimento elimina il danno dal punto di vista (soggettivo) della vittima; ma non lo elimina dal punto di vista (oggettivo) della società nel suo insieme, che continua a soffrire per la risorsa distrutta. Per proteggere l’interesse della società alla conservazione delle risorse è dunque essenziale la funzione preventiva.

Poi Trimarchi ha speciale simpatia per la responsabilità oggettiva: e non c’è bisogno di spiegare da dove questo si desume.

Orbene: combinando queste due simpatie, ecco che Trimarchi teorizza in modo convincente che non solo la responsabilità per colpa, ma anche la responsabilità oggettiva svolge una preziosa funzione di prevenzione dei danni. Distaccandosi, anche su questo, dal pensiero civilistico corrente. L’unico, forse, che lo segue è Monateri (non per caso accomunato a Trimarchi dalla propensione a guardare alla responsabilità civile attraverso le lenti dell’analisi economica del diritto).

## 3. Responsabilità oggettiva: un trend in declino? L’ambiente dottrinale

Dicevo che la responsabilità oggettiva è la pupilla degli occhi di Trimarchi. Per questo mi piacerebbe

molto sapere se il Nostro condivide un’impressione che mi sono fatto, circa la posizione della responsabilità senza colpa nella dinamica attuale del nostro sistema giuridico – vorrei dire circa il suo “stato di salute” (dico e sottolineo “impressione”, perché alla base di essa non c’è nulla che assomigli a un’analisi estesa e approfondita dei dati rilevanti).

La mia impressione è che oggi la “salute” della responsabilità oggettiva non sia ottima, o quanto meno non sia così buona come sarebbe potuta essere alla luce dello scenario tanto promettente degli anni ’60 e ’70 del secolo scorso; che dopo quella stagione felice – la stagione delle seminali monografie di Trimarchi e di Rodotà, la stagione della scoperta della responsabilità del produttore – la responsabilità oggettiva abbia conosciuto un certo declino o appannamento, e sia entrata un po’ in un cono d’ombra.

Ricavo questa “impressione” da elementi (più “impressionistici”, appunto, che compiutamente raccolti e organicamente mediatati) suscettibili di cogliersi su vari piani.

In primo luogo sul piano delle elaborazioni dottrinali.

Ho appena ricordato i due grandi libri degli anni ’60: quello di Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva* (1960), che svela in Italia il mondo, fino ad allora sostanzialmente sconosciuto, della responsabilità senza colpa e delle sue ragioni di razionalità economica e sociale; e quello di Rodotà, *Il problema della responsabilità civile* (1964), che scalza la colpa dal suo storico piedistallo affermando la pari dignità degli altri criteri di imputazione della responsabilità, e in particolare di quello che Trimarchi chiama “rischio lecito”.

Si può pensare che partendo da una base così promettente, e sviluppando la felice distinzione fra attività “biologiche” e attività “economiche” (prezioso retaggio di una filiera scientifica che parte da Venezian, passa per Pacchioni e si perfeziona nel pensiero di Trimarchi), si sarebbe potuti andare oltre. E cioè costruire, con il lavoro scientifico degli anni o decenni successivi, un più compiuto e articolato “statuto” della responsabilità derivante dall’esercizio di attività economiche organizzate (quelle che definiscono il terreno privilegiato della responsabilità oggettiva): costruire, in parole più brevi, una statuto della “responsabilità civile di impresa”.

Questo è accaduto nel campo del contratto: dove almeno a partire dagli anni ’80 e ’90, i “contratti d’impresa” sono stati materia di ampie e impegnate discussioni, riflessioni, elaborazioni tese a organizzarli in una significativa categoria, e a delineare i possibili contenuti di un loro specifico statuto normativo.

Nulla di simile è accaduto – mi pare – nel campo della responsabilità civile. E ne indico un segno. Nel 2004 si è svolto a Bologna, per celebrare i 30 anni di «*Giurisprudenza commerciale*», un convegno de-

dicato al tema della «*Responsabilità dell'impresa*». Ebbene, fra le dodici relazioni del convegno solo due – quella di Vincenzo Buonocore e quella di Mario Libertini (quest'ultima peraltro chiusa nella prospettiva molto specifica della responsabilità ambientale) – avevano a che fare con la responsabilità civile dell'impresa, nel senso in cui ne stiamo parlando qui. Tutte le altre parlavano d'altro. E sostanzialmente parlavano d'altro anche le conclusioni di quel convegno sulla «*Responsabilità dell'impresa*», pure affidate a un maestro del diritto civile come Pietro Rescigno.

#### 4. Segue: il quadro della giurisprudenza

Colgo qualche segno di declino della responsabilità oggettiva anche in giurisprudenza.

Per esempio in una sentenza come Cass. n. 18262/2007, in tema di *mobbing* orizzontale. La questione era se del danno subito dal dipendente per il *mobbing* esercitato contro di lui da altro dipendente sia responsabile (oltre ovviamente all'autore dell'illecito) anche il datore di lavoro di entrambi. La Cassazione risponde di sì, e precisa il titolo: «*per non essersi attivato per la cessazione dei comportamenti scorretti*», ovvero per colpa (omissiva). Ma questo significa dimenticare la regola regina in materia di responsabilità oggettiva, e cioè l'art. 2049 cc: per la quale il datore di lavoro risponde dell'illecito del dipendente (nella fattispecie, dell'autore del *mobbing*) a prescindere da qualunque sua colpa!

Per onestà devo dire che non so se si tratti di pronuncia isolata o invece espressiva di un orientamento più corposo. Certo è che una così plateale obliterazione della regola di responsabilità oggettiva non manca di impressionare.

#### 5. Segue: il contesto legislativo

Che dire della legislazione? Vedo anche qui tracce di una rimonta della colpa rispetto ai modelli di responsabilità oggettiva, pure in settori di genere "economico" molto più che "biologico".

Per esempio nel campo della proprietà intellettuale: la nuova disciplina dei rimedi risarcitori e inibitori per la violazione dei diritti di proprietà industriale e di autore (introdotta in base alla direttiva europea cd. *enforcement* n. 2004/48) mi pare presieduta dal criterio della colpa.

E poi, ancora più marcatamente, in tema di danno ambientale. La norma originaria (art. 18 legge 349/1986) delineava senza dubbio una responsabilità per colpa. Poi il quadro normativo è mutato, per il sopravvenire della direttiva europea n. 2004/35, dove

il criterio d'imputazione *standard* è un criterio generale di responsabilità oggettiva (art. 8.3), e gli Stati membri sono solo facoltizzati a introdurre il criterio della colpa esclusivamente con riguardo alle marginalissime ipotesi tipizzate all'art. 8.4. Ebbene, il legislatore italiano ha trasposto la direttiva (con apposite modifiche al codice dell'ambiente) in modo alquanto creativo, e – si direbbe – tributario di un inconfessato *penchant* per la colpa: perché se gli artt. 300-308 del codice riproducono in termini quasi letterali la disciplina comunitaria, il nuovo art. 311 introduce una parallela clausola generale di responsabilità ambientale per colpa, della quale nella direttiva non c'è traccia.

#### 6. Il campo della responsabilità pubblica: in controtendenza?

Osservo – sempre disegnando linee grossolane – che se gli sviluppi appena riferiti parlano di una espansione della responsabilità per colpa e di una parallela contrazione della responsabilità oggettiva, una tendenza di segno opposto si registra forse nel settore della responsabilità pubblica (dello Stato e delle pubbliche amministrazioni), segnatamente per l'espandersi dell'area della cd. "responsabilità" per atto lecito.

Parlo delle fattispecie in cui, a fronte di un atto della pubblica amministrazione che rechi pregiudizio a un privato, a quest'ultimo è riconosciuta una compensazione monetaria a titolo, se non di risarcimento, di "indennizzo" o "indennità", anche se l'atto pregiudizievole non sia né illegittimo né illecito, e dunque nulla possa rimproverarsi all'ente purtuttavia tenuto "responsabile" (un po' come nulla può soggettivamente rimproverarsi a chi, nelle classiche ipotesi di responsabilità oggettiva, sia chiamato a rispondere per "rischio lecito").

Faccio questo richiamo soprattutto per assecondare un flusso di memoria. La struttura delle fattispecie appena richiamate è infatti singolarmente sovrapponibile al paradigma proposto da una norma del codice civile, e cioè dall'art. 844 in tema di immissioni: e io credo di sapere che si tratta di norma cara a Trimarchi, perché ricordo l'intensità con cui – nelle lezioni di "privato" – richiamava la nostra attenzione su questo schema normativo di "responsabilità".

#### 7. Cassazione, S.u., n. 16601/2017: apertura o chiusura ai danni punitivi?

Mentre sembra dunque attenuarsi la spinta propulsiva della responsabilità oggettiva, di certo sta conquistando spazio la funzione preventiva della responsabilità civile, affidata soprattutto alla deter-

renza esercitata dal timore del carico risarcitorio: e quale deterrenza più forte della minaccia di un carico risarcitorio che non si contiene nel limite del danno effettivamente subito dalla vittima, ma va oltre al fine di punire l'autore dell'illecito?

Stiamo parlando, evidentemente, di danni punitivi. E allora è inevitabile un cenno alla recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione, n. 16601/2017.

Generalmente questa sentenza viene rappresentata come una sentenza che “apre” ai danni punitivi. Rappresentazione, a mio avviso, clamorosamente sbagliata. Secondo me questa sentenza piuttosto “chiude” ai danni punitivi nel nostro sistema: sottoponendoli a un rigoroso regime di tipicità legislativa (desunto dal baluardo costituzionale dell'art. 23 Cost.), e così escludendo qualsiasi potere creativo del giudice, capace di dare ingresso a un «*incontrollato soggettivismo giuridiziaro*» che deve assolutamente evitarsi.

Musica – immagino – per le orecchie di Trimarchi: che a sua volta è molto netto nell'avversare, in generale, la possibilità di risarcimenti che per il fine di punire l'agente eccedano il *quantum* del danno sofferto dalla vittima. Ma esprimendo siffatta posizione, egli viene a confliggere con una *communis opinio* largamente orientata a favore di un più esteso riconoscimento dei danni punitivi “all'americana”.

Per quanto può valere, anche io approvo in questa materia una linea di grande rigore, e di cautela contro derive risarcitorie poco sorvegliate. Non posso tuttavia fare a meno di domandarmi se la sentenza delle Sezioni unite non esprima per avventura un eccesso di rigore, capace di introdurre nel sistema qualche elemento di incoerenza o squilibrio.

## 8. Qualche possibile criticità della pronuncia

Ricordiamo che oggetto specifico della pronuncia è la riconoscibilità nell'ordinamento italiano (e dunque la compatibilità con l'ordine pubblico internazionale ex art. 64 legge n. 218/1995) di una sentenza straniera recante condanna a titolo di danni punitivi. Bene, la Cassazione indica i requisiti che condizionano siffatta riconoscibilità.

Il primo requisito esprime nella sostanza una riserva di legge: occorre che nell'ordinamento straniero *a quo* esista «*una legge o simile fonte*» che preveda, per la fattispecie sotto scrutinio, una «*condanna a risarcimenti punitivi*». È lo stesso requisito a cui la Cassazione subordina l'ammissibilità dei danni punitivi nel diritto interno (sul fondamento costituzionale dell'art. 23 Cost.). In linea di principio niente da dire, salvo rilevare una certa indeterminatezza del riferimento a (legge o) “*simile fonte*”: cui dovranno darsi contenuti più precisi quando si abbia a che fare con

ordinamenti a diritto non “legislativo” (o non esclusivamente “legislativo”), come quelli di *common law*.

Non basta. Perché la norma (posta da “*legge o simile fonte*”) deve presentare i tre requisiti che Villa ha richiamato: tipicità (ovvero «*precisa perimetrazione delle fattispecie*» di danni punitivi accordabili); prevedibilità (e cioè «*puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne*»); e infine proporzionalità, nel senso di una equilibrata correlazione del risarcimento punitivo sia con la misura del «*risarcimento riparatorio-compensativo*» sia con «*la condotta censurata, per rendere riconoscibile la natura della sanzione/punizione*». E qui – se questi requisiti sono presi alla lettera, o comunque intesi rigorosamente – rischia di sorgere qualche problema. Come può ricavarsi da un esempio.

Da noi, la parte soccombente che abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave può essere condannata – ex art. 96, comma 1 cpc – «*al risarcimento dei danni*», che si configurano senz'altro come danni punitivi. Immaginiamo che una norma di identico tenore letterale esista in un ordinamento straniero, e che sulla base di essa il giudice straniero emetta una sentenza di condanna. Ebbene, si dovrebbe temere che la sentenza sia dichiarata non riconoscibile nell'ordinamento italiano, per difetto di alcuni almeno dei requisiti prescritti dalla Cassazione: forse anche la proporzionalità, mancando nel testo dell'art. 96, comma 1 cc le specifiche correlazioni richieste; in ogni caso certamente la prevedibilità, perché il testo normativo in oggetto non contiene alcun limite quantitativo della condanna.

Con l'imbarazzante conseguenza che nel sistema avrebbe cittadinanza una sentenza domestica basata sull'art. 96, comma 1 cpc, mentre non vi troverebbe spazio una sentenza straniera emessa in applicazione di una norma (straniera) di tenore assolutamente identico. Con un paradossale rovesciamento del rapporto fra ordine pubblico interno e ordine pubblico internazionale: quest'ultimo, normalmente concepito a maglie più larghe del primo, verrebbe qui disegnato a maglie più strette e serrate.

## 9. La quantificazione del danno: “dark side” della responsabilità civile?

Il problema dei danni punitivi è essenzialmente problema di quantificazione del danno, riducendosi alla questione se sia ammissibile determinare la *misura del risarcimento* a un livello superiore rispetto al danno effettivamente patito dalla vittima, in una logica di consapevole e deliberata *overcompensation* del danneggiato. Il rilievo mi consente di introdurre una considerazione, a cui tengo molto.

Da un punto di vista soggettivo, chi agisce in responsabilità punta a una cosa semplice e precisa: avere una somma di denaro, quantificata nella misura più alta

possibile; laddove, declinato in termini oggettivi, l'obiettivo ultimo dell'istituto non è altro se non attribuire al danneggiato una riparazione consistente in una quantità di moneta: e fa una bella differenza che il denaro attribuito alla vittima sia tanto oppure poco. Il profilo della quantificazione del danno e del risarcimento dovrebbe dunque assumere, per la stessa funzione pratica della responsabilità civile, una centralità indiscutibile.

E invece, nel quadro complessivo delle riflessioni ed elaborazioni dedicate al rimedio degli artt. 2043 e segg. cc il profilo del *quantum*, lungi da essere centrale, resta per lo più confinato in un'area di marginalità: Cenerentola o brutto anatroccolo del sistema dei danni e dei risarcimenti, soverchiato dalla maestà dell'*an* che monopolizza l'attenzione e gli sforzi degli interpreti. Non è così dappertutto: in ambiente di *common law*, le trattazioni di *law of torts* dedicano alla materia del «*quantum of damages*» autonomi corposi volumi, costruiti con forte impegno sistematico. Nulla di confrontabile da noi: come se, nel nostro ambiente, occuparsi di "ingiustizia" del danno fosse da ritenere cosa nobile, alta e perciò gratificante, mentre occuparsi di "quantificazione" del danno fosse da relegare fra le cose vili, perfino volgari e poco degne di qualunque raffinato intelletto giuridico.

## 10. Rilevanza e problematicità del "quantum"

Che errore! Che prospettiva distorta! Io sono persuaso che il *quantum*, così ingiustamente trascurato, sia invece un tema relevantissimo della responsabilità civile: non solo per la sua evidente influenza sulle ricadute pratiche, sull'impatto economico-sociale, sulla stessa "effettività" dell'istituto; ma anche perché è tema che non può affrontarsi adeguatamente senza le forti capacità analitiche e ricostruttive di un pensiero giuridico sofisticato (altro che argomento "terra terra"!), e perché si connette intimamente con discorsi di più ampio respiro.

Vengono in gioco i discorsi su prevedibilità, certezza, "calcolabilità" delle soluzioni legali (rilevanti anche a fini pratici: si pensi all'incidenza sul livello dei premi per le assicurazioni della responsabilità civile); e in particolare quelli che ruotano intorno all'alternativa fra discrezionalità/creatività del giudicante e logica dell'algoritmo. Vengono in gioco le riflessioni che si svolgono intorno alle funzioni generali delle regole risarcitorie nell'ambito del sistema legale complessivamente considerato: cosa di cui è ben consapevole la già ricordata sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi, quando rileva come questa peculiare tecnica di quantificazione del risarcimento attribuisca alla funzione della responsabilità una curvatura deterrente-preventiva che si affianca alla tradizionale *ratio* compensativa. (Ma nella pronuncia si segnala

anche il requisito di ammissibilità consistente nella definizione legislativa dei «*limiti quantitativi delle condanne*»: requisito che – a prescindere dal giudizio di merito che se ne voglia dare – denota attenzione e sensibilità al profilo del *quantum*).

È chiaro che il problema del *quantum* si pone in termini diversi a seconda che si tratti di danno patrimoniale o non patrimoniale. E diversamente sembrano porsi, nell'uno e nell'altro campo, i ruoli rispettivi della legge e del giudice.

Nel campo del danno patrimoniale non mancano gli interventi del legislatore, diretti a stabilire in particolari ambiti (anche molto significativi) criteri e parametri della quantificazione: si pensi agli indici di riferimento puntualmente fissati per la quantificazione del danno patrimoniale da lesioni dell'integrità fisica, ai fini dei risarcimenti dovuti dall'assicuratore della responsabilità civile automobilistica (art. 137 cod. assic.). Ma rilevanza non minore hanno le elaborazioni giurisprudenziali, che a loro volta fissano (a volte in modo felice, altre volte in termini più discutibili) "regole" non scritte per la quantificazione dei danni relativi a determinate classi di fattispecie, spesso molto rilevanti sul piano economico-sociale: si pensi alle regole giurisprudenziali per la quantificazione di quella voce di danno – accessoria ma nondimeno importantissima – che va sotto il nome di "rivalutazione e interessi"; o a quelle variamente definite nel corso del tempo onde quantificare il danno causato da amministratori e sindaci per avere colpevolmente ritardato il fallimento e così incrementato il passivo dell'impresa in crisi.

Invece nel campo del danno non patrimoniale sembra di poter dire che l'intervento legislativo fa aggio sui contributi della giurisprudenza, che al di là delle generali e anche un po' astratte enunciazioni di principio contenute in sentenze pur molto famose non sembra avere costruito (con la notevole ma molto isolata e specifica eccezione delle "tabelle" per la quantificazione del danno biologico) un *set* di criteri e regole capaci di rendere i giudizi di quantificazione apprezzabilmente stabili, sicuri e omogenei. Se no, probabilmente non accadrebbe che in un caso come quello «Vieri/Inter – Telecom» la stessa lesione della *privacy* sia risarcita in primo grado con un milione di euro (Trib. Milano, 3 settembre 2012) e in grado di appello con 70.000 euro, (App. Milano, 22 luglio 2015). Avrei trovato meno sorprendente, e forse anche meno inquietante, se la divaricazione fra i due giudici fosse avvenuta non sul *quantum* con uno scarto numerico così marcato, ma più radicalmente sull'*an*, con l'uno ad affermare e l'altro a negare i presupposti della responsabilità o l'esistenza del danno o la sua risarcibilità. Né accadrebbe di registrare così forti discrepanze – da Foro a Foro – nella misura dei risarcimenti accordati per la lesione dell'onore. È vero che il necessario ricorso alla liquidazione equitativa *ex art. 1226 cc* rende la stima del giudicante inevitabilmente più di-

screzionale e “soggettiva”: ma nonostante questo – anzi, proprio per questo! – di un qualche ancoraggio a criteri e parametri oggettivi si avverte il bisogno.

Non sorprende, quindi, che possa pensare di farsene carico il legislatore (in una logica che non può essere se non quella della “forfetizzazione”). Accade per esempio con le “tabelle” per il risarcimento del danno biologico da sinistri stradali (artt. 138-139 cod. assic.). Accade, ancora, nella materia delle cd. “occupazioni acquisitive” illegittime, regolate a partire dal 2011 con il nuovo art. 42-bis del Testo unico delle espropriazioni: dove si dispone che il pregiudizio patrimoniale del proprietario, privato del suo bene per l'intervento illegittimo della Pubblica amministrazione, sia risarcito nella misura del valore venale del bene, mentre il danno non patrimoniale viene “forfetariamente liquidato” *ex lege* nella misura – a seconda dei casi – del 10% o del 20% del valore venale. Al di là della disciplina specifica della particolare fattispecie, se ne ricava un'indicazione più generale relativamente all'esigenza di una ragionevole correlazione fra *quantum* del danno non patrimoniale e *quantum* del patrimoniale causati dallo stesso illecito.

Sulla quantificazione del danno non patrimoniale è intervenuto più di recente il legislatore che ha riformato la disciplina della responsabilità sanitaria: forse, però in modo non del tutto coerente. L'art. 7 della legge n. 24/2017 dispone, al comma 4, che il danno biologico della vittima di *malpractice* medica sia risarcito in base alle già menzionate “tabelle” degli artt. 138-139 cod. assic., dunque in una logica marcatamente forfettaria che non sembra lasciare al giudice spazi di autonoma valutazione (se non la possibilità, prevista dal comma 3 di entrambi gli articoli, di aumentare gli importi tabellari fino al 30% per tenere conto delle «condizioni soggettive del danneggiato»). Resta da capire come con questo metodo di stima del danno predefinita e automatizzata si concili la previsione del comma 3 del medesimo art. 7 («Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria») che al contrario sembra implicare apprezzamenti calibrati sulle specificità dei singoli casi.

Se ne dovrebbe trarre spunto – mi pare – per un lavoro di analisi e ricostruzione più complessiva che contribuisca a togliere il problema del *quantum* risarcitorio (specie nel campo del danno non patrimoniale) dal cono d'ombra che immeritabilmente lo avvolge.

## 11. Conclusione: troppi risarcimenti?

Si è visto su quanti punti – e quanto essenziali – il pensiero di Trimarchi si distacchi dal pensiero cor-

rente fra coloro che si occupano di responsabilità civile extracontrattuale. E tanti altri punti potrebbero ricordarsi (uno soltanto: la dottrina del “contatto sociale” come fonte di responsabilità, oggetto del caldo entusiasmo di gran parte della dottrina e della giurisprudenza, ma da cui Trimarchi prende le distanze con poche gelide parole).

Alla luce di questo, non sarebbe improprio pensare all'itinerario scientifico di Pietro Trimarchi nei territori della responsabilità civile come a un itinerario di solitudine – mi verrebbe da dire di orgogliosa solitudine. Ma forse può dirsi meglio: e parlare della sua riluttanza ad aderire in modo acritico al *mainstream* del tempo e dell'ambiente, in nome dell'irrinunciabile esercizio della ragione critica; di un rifiuto delle “vulgate” che si insediano irresistibilmente nel pensiero del medio cultore della responsabilità aquiliana, e vi si consolidano solo perché è più facile accettarle che metterle in discussione.

Questo vale soprattutto per la vulgata delle vulgate, quella che rischia di diventare la *Grundnorm* non scritta del sistema di responsabilità civile: l'idea che – in generale, e quasi “a prescindere” – più si risarcisce meglio è; che la disciplina della responsabilità sia tanto più avanzata e apprezzabile, tanto più moderna e progressiva, quanto più permette di espandere il complessivo “fatturato” dei risarcimenti contabilizzati nel sistema. Contro questa bulimia risarcitoria Trimarchi dice cose molto sagge. Contro la tendenza dominante a sponsorizzare un sistema di responsabilità ipertrofico, gonfiato indiscriminatamente di regole, categorie, figure (qualcuno ricorda il danno esistenziale?) votate ad accumulare il più possibile di sentenze di condanna, Trimarchi fa come il buon scultore evocato da Michelangelo: opera «per via levare» molto più che «per via di porre»; piuttosto che appesantire, alleggerisce.

Lasciatemi dire, con la modestia e la cautela di chi è consapevole di non avere mai seriamente studiato la responsabilità civile, che personalmente sento grande consonanza con questa visione. E avevo provato a esprimerla in alcuni scritti tra la fine del secolo scorso e gli inizi di questo (fra gli altri, in uno pubblicato nel 2002 col titolo *La responsabilità civile, e l'anima*<sup>1</sup>), rilevando nell'esperienza italiana il passaggio un po' schizofrenico da una fase in cui – per dirla grossolanamente – si risarciva decisamente troppo poco a una fase in cui probabilmente si risarcisce troppo.

Sicché se la posizione del Nostro è una posizione di solitudine, in questa solitudine gli faccio volentieri un po' di compagnia.

1. V. Roppo, *La responsabilità civile e l'anima*, in Atti del Convegno su *Responsabilità civile e mercato finanziario* tenutosi a Pisa il 21 settembre 2001, in *Danno e responsabilità*, p. 100.

# La nuova frontiera della responsabilità civile: la quantificazione del danno patrimoniale

di Giulio Ponzanelli

Nell'articolo si sostiene che la questione centrale degli equilibri della responsabilità civile sia la quantificazione del danno e in modo particolare del danno non patrimoniale. Questa importanza non solo è imposta per la pluralità delle funzioni che l'istituto della responsabilità civile svolge, ma tiene conto del dato che la responsabilità civile del ventunesimo secolo è sempre più assicurata e che il risarcimento al danneggiato viene quasi sempre versato non dal danneggiante ma dall'impresa di assicurazione. E l'impresa di assicurazione fa fronte a tale obbligazione tramite lo strumento dei premi assicurativi il cui livello è proprio determinato dal *quantum* del risarcimento.

## 1. Le frontiere e la responsabilità civile

L'espressione *frontiere* fa parte, più di ogni altra, della storia culturale della responsabilità civile. Meglio di ogni diversa immagine, essa indica non solo il cammino continuo e ininterrotto della responsabilità civile in vista del presidio dei nuovi territori sottoposti alla disciplina della *law of mixed society* di calabresiana memoria (in quanto luoghi che sono reciprocamente distanti sia dalla sfera contrattuale che da quella dell'illecito penale), ma anche la contestuale necessità di un limite alla sua ambizione risarcitoria. In altri termini, la responsabilità civile non può porre ristoro a ogni accadimento dannoso perché altrimenti perderebbe la sua identità fino a mutarsi e quasi confondersi con un sistema di sicurezza sociale.

Come è ampiamente noto, nell'ultimo quarto del secolo scorso la metafora delle "frontiere" è stata più volte usata per indicare: il persistente ruolo della colpa (*le nuove frontiere*) in un quadro culturale che esaltava, invece, i superiori vantaggi di un sistema di *strict liability*; per descrivere la continua espansione dell'intero settore (*le mobili frontiere*); per confermare lo spessore di pensiero - a quel tempo più dottrinale che giurisprudenziale - che animava lo sforzo di estendere i confini della risarcibilità del danno (*le nobili frontiere*).

È altrettanto noto come, negli ultimi trent'anni, la responsabilità civile sia cresciuta in modo incredibile, tanto che sono stati addirittura emanati prov-

vedimenti legislativi (il riferimento *in primis* è alla recente legge Gelli-Bianco) proprio per limitare e/o controllare un suo uso eccessivo, che aveva finito per provocare costi sociali non proprio trascurabili.

È, poi, la responsabilità civile, quella del ventunesimo secolo, sempre più assistita da una garanzia assicurativa.

Proprio a causa del grande incremento delle regole di r.c. e della sua stretta relazione con la garanzia assicurativa, oggi le vere frontiere della responsabilità civile sono quelle relative alla precisa determinazione del danno risarcibile, e, in modo particolare, ovviamente, del danno non patrimoniale.

La centralità della quantificazione del danno non sta certo a significare la perdita della dimensione alta della responsabilità civile e la riduzione del dibattito a profili ritenuti propri della pratica professionale. Nella misura del danno si può esemplarmente testare, infatti, il successivo insuccesso delle funzioni svolte dalla responsabilità civile.

## 2. Le funzioni della responsabilità civile e la quantificazione del danno non patrimoniale: un legame molto stretto

Pregiudizialmente, la corretta determinazione del danno non può che passare necessariamente at-

traverso la definizione della funzione o delle funzioni svolte dalla responsabilità. Non è detto, però, che, una volta acclarata una determinata funzione, sia immediatamente e automaticamente risolto il profilo della determinazione del danno.

Ad esempio, se la funzione della r.c. fosse anche quella di punire e/o di sanzionare la condotta riprovevole al di là del pregiudizio danno effettivamente subito dal danneggiato – come sembra indicare la recente decisione delle sezioni unite del luglio 2017<sup>1</sup> – rimarrebbe da affrontare il profilo riguardante la concreta specificazione della generale funzione di punizione riservata alle regole di r.c.: in altri termini, i concreti livelli cui la punizione monetaria possa/debba spingersi perché la punizione sia efficace ed efficiente.

Ciò precisato, lo scopo delle regole di r.c. viene tradizionalmente identificato nella riparazione del danno, nel rimettere, cioè, attraverso l'equivalente monetario, il danneggiato nella stessa situazione in cui si trovava prima della commissione del fatto illecito. Riparare il danno, tutto il danno, nient'altro che non sia il danno: così la dottrina francese all'inizio del ventesimo secolo descriveva con rara efficacia la funzione della responsabilità civile. Nel diritto italiano, si afferma che il risarcimento debba essere integrale anche se negli ultimi anni si è insistito molto sul carattere di giustizia che il risarcimento del danno non patrimoniale debba presentare, quasi che il risarcimento integrale non fosse quello giusto.

Il riparare, quindi, sembra operazione più semplice e meno complessa delle altre funzioni che verranno poi riconosciute all'istituto della responsabilità civile nel corso del ventesimo secolo e che faranno poi parlare della r.c. come di un istituto dichiaratamente polifunzionale. Per i pregiudizi non patrimoniali, però, non è così, come anche per tutti i pregiudizi che non hanno per oggetto perdite obiettivamente misurabili. E proprio in relazione a questi profili il dibattito si è molto acceso.

Non potendo esistere, per i pregiudizi non patrimoniali, un sistema oggettivo di misurazione ed avendo timore che il potere equitativo spettante al giudice ex artt. 1226 e 2056 cc potesse determinare una situazione di pericolosa incertezza e anche di poco rispetto del generale principio di uguaglianza, si è provveduto su impulso delle stesse Corti all'adozione di una misurazione collettiva dei pregiudizi non patrimoniali. Le tabelle sono diventate negli ultimi trent'anni un costante punto di riferimento al fine di realizzare una condizione di certezza e anche di giustizia del risarcimento del danno non patrimoniale, sempre però in un'ottica riparatoria.

Due le principali osservazioni critiche rivolte al sistema di liquidazione del danno attraverso l'uso delle tabelle: in primo luogo, le tabelle si sono mosse e assestate attribuendo una rilevanza centrale al danno non patrimoniale biologico, riconoscendone almeno all'inizio la finalità di danno-evento, senza il quale non si sarebbe potuto provvedere a nessun ulteriore risarcimento. E anche quando è stata poi accolta la nozione di danno- conseguenza ed è stata riconosciuta una categoria unitaria di danno non patrimoniale, il danno biologico ha sempre mantenuto una posizione primaria (secondo i giudici più critici nei confronti delle decisioni di San Martino, di vero e proprio imperialismo). In secondo luogo, ed è chiaramente una epifania della primazia svolta dal danno biologico, le tabelle non presentano, almeno a tutt'oggi, una vocazione generalista, applicandosi solo agli illeciti che hanno provocato la lesione della salute, e non prendendo in considerazione altri profili del danno non patrimoniale quali il dolore e la qualità della vita.

Anche a causa di questi due limiti, il risarcimento offerto dalle tabelle non garantirebbe il giusto risarcimento. Solo il singolo giudice sarebbe in grado di farlo, con la riappropriazione del potere equitativo che il codice civile riconosce.

Molte incertezze, quindi, che danno origine ad una situazione lontana dall'esigenza avvertita sempre di più negli ultimi anni in modo irrinunciabile di una prevedibilità e/o di una calcolabilità delle decisioni. La certezza della misura del danno risarcibile deve costituire un obiettivo raggiungibile, allo stesso modo dell'esigenza – questa addirittura costituzionalmente garantita – della pena che viene irrogata in presenza di un illecito penale.

A rendere la certezza un obiettivo sempre più difficile e lontano, è poi anche il perimetro riconosciuto alla stessa categoria, riaffermata sempre come unitaria, del danno non patrimoniale; se, cioè, essa debba essere limitata alle violazioni della salute e del dolore o anche alla diversa qualità della vita determinata dalla lesione alla salute e dal dolore stesso, quasi che il *vulnus* arrecato alla salute o la situazione di dolore non si risolvessero di per sé in un peggioramento della qualità della vita. Le duplicazioni risarcitorie sono quindi assai probabili, ma la vivace discussione sviluppatasi negli ultimi dieci anni indica chiaramente i due principali orientamenti culturali presenti tra gli studiosi di responsabilità civile: uno più attento dell'altro alla certezza che la posta risarcitoria dovrebbe sempre soddisfare, senza per questo rinunciare alla sua integralità e alla sua giustizia.

1. Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno e Resp.* 2017, 419 con commenti di M.E. La Torre, G. Corsi, G. Ponzanelli e P.G. Monateri.

### 3. La responsabilità civile del ventunesimo secolo è una responsabilità sempre più assicurata. Il risarcimento visto come un costo sociale

Il profilo della certezza si unisce, poi, inscindibilmente, al carattere centrale della responsabilità civile del ventunesimo secolo: ci si trova di fronte, sempre di più, ad una responsabilità assicurata, sia essa obbligatoria o facoltativa. I danneggiati non assicurati sono, cioè, un'eccezione rispetto alla regola che vede il risarcimento generalmente sopportato dalle imprese di assicurazione; ciò avviene, ma solo in prima battuta, perché in effetti sono tutti gli assicurati, tra i quali anche normalmente lo stesso danneggiato, che con i versamenti dei premi finanziano il sistema assicurativo. L'importanza della determinazione del risarcimento qui si appalesa in modo ancor più netto: la misura del danno risarcibile determina, infatti, la misura dei premi e non ovviamente viceversa. Il *driver* della situazione è infatti il *quantum* del risarcimento. Questa elementare relazione esistente tra risarcimento e premi, come anche la centralità della garanzia assicurativa nell'attuale fase di sviluppo della responsabilità civile, non vengono ben comprese da alcuni: per essi la misura dei premi riguarda un profilo diverso dal rapporto intrinsecamente bilaterale (danneggiante-danneggiato) sul quale solo dovrebbero concentrarsi le attenzioni degli interpreti. È evidente la diversità tra il rapporto danneggiante-danneggiato e il rapporto danneggiante-impresa di assicurazione. Separando in modo troppo netto però i due piani del risarcimento e del premio assicurativo, si crea una pesante minaccia al funzionamento della responsabilità civile che vede realizzate le sue finalità solo con la concreta soddisfazione del credito risarcitorio da parte del danneggiato: e solo con la presenza di un soggetto in grado di garantire il risarcimento questo obiettivo può essere raggiunto. Il sistema assicurativo permette di realizzare questi scopi: tuttavia, mentre il risarcimento va a favore di una parte minima degli assicurati, il premio è pagato da tutti gli assicurati. La diversità di reddito degli assicurati giustificano l'interesse pubblico a non alzare il livello dei premi mantenendoli entro livelli ragionevoli, sacrificando magari la posizione dei singoli danneggiati (che costituiscono però la minoranza) rispetto alla posizione degli assicurati che non siano titolari non titolari di un reddito adeguato.

Il rapporto tra entità del risarcimento e livello dei premi è quindi chiaro, ed è stato risolto dalla Corte costituzionale nel 2014: limitare il risarcimento per le lesioni di lieve entità derivanti da circolazione auto non è in contrasto con i principi costituzionali. La

norma del Codice delle assicurazioni (art. 139) non è anticostituzionale, perché, da un lato, un risarcimento integrale (allineato cioè ai valori monetari contemplati dalle tabelle giudiziali) potrebbe comportare un livello più alto dei premi assicurativi; dall'altro, l'esigenza di non voler aumentare i premi, pensando soprattutto alla categoria dei titolari di redditi più bassi, costituisce un interesse pubblico che ben giustifica la discrezionalità legislativa.

Insomma, il risarcimento non riguarda più unicamente la relazione tra danneggiante/danneggiato, ma l'intera società. È cioè a tutti gli effetti un vero e proprio costo sociale, la cui misura va attentamente verificata alla luce delle fondamentali esigenze di certezza e di giustizia. Inseguire un'idea di risarcimento del danno quasi fosse una variabile indipendente equivale a negare le caratteristiche della responsabilità civile come consegnataci dal suo sviluppo storico e scientifico. Sebbene sfiori ormai la banalità, è doveroso non dimenticare che nella seminale opera di quasi cinquant'anni orsono, Guido Calabresi sottolineava proprio la natura di costo sociale rappresentata dall'istituto della responsabilità. Quando il *cheapest cost avoider* sia il danneggiante, esso sarà coperto dalla relativa garanzia assicurativa poiché lo strumento fa diventare "pubblici" (cioè sopportati da tutta la società) i trasferimenti di ricchezza (come il risarcimento del danno) che rimarrebbero altrimenti "privati". E di questo il primo ad aver acquistato piena consapevolezza è proprio il legislatore, il quale ha fissato lui pure nel Codice delle assicurazioni le limitazioni di responsabilità e poi disciplinando la responsabilità medica ha rinviato a quanto stabilito nello stesso Codice, equiparando, con molte perplessità, il settore della r.c. medica a quello della circolazione auto.

### 4. Le opposte tentazioni: inseguire un risarcimento punitivo difficilmente sostenibile e cadere in un sistema indennitario ben lontano dal principio di integrale riparazione del danno

Bisogna quindi concentrarci al massimo sulla misura del risarcimento. Al di là delle diverse convinzioni, la strada del risarcimento "giusto" non può che passare quindi per una rinnovata affermazione della sua integralità. Con tutte le difficoltà che la realizzazione di questo principio comporta. Bisogna evitare le due opposte tentazioni che si stanno percependo e che potrebbero portare, da una parte, ad un sistema indennitario e, dall'altro, ad un sistema che riconosce una somma aggiuntiva a quella intrinsecamente riparatoria.

L'indennità è tipica dei sistemi di sicurezza sociale. R.c. auto e *medical malpractice* appartengono al sistema di responsabilità civile. Nei due settori più diffusi di responsabilità civile è intervenuto il legislatore il quale, proprio per l'importanza del risarcimento come costo sociale, ha limitato il risarcimento: da un lato, nel sistema di circolazione auto per contenere i premi assicurativi; dall'altro lato, nel settore della responsabilità medica, per proteggere la classe medica e per evitare le disfunzioni collegate alla "medicina difensiva".

Il risarcimento così limitato non è comunque un indennizzo, sempre a condizione che la limitazione non sia così quantitativamente importante e, costituendo un preciso *favor* per il danneggiante, essa sia giustificata da precisi interessi pubblici. Non ci si può allontanare così facilmente, dunque, dai principi di un risarcimento integrale.

Né, d'altra parte, si possono ascoltare le "sirene" di un risarcimento sovracompensativo, dove si dovrebbe tenere in conto delle modalità soggettive con le quali è stata posta in essere la condotta antigiuridica. Assegnare al dolo il compito di aumentare il risarcimento del danno si pone fuori dal sistema della responsabilità civile, che è votato essenzialmente alla riparazione del danno e dovrebbe concentrarsi unicamente su di esso, essendo sostanzialmente irrilevanti le diversità soggettive dell'azione o dell'omissione.

La deterrenza – vale a dire, la pressione sulla categoria dei danneggianti per migliorare la loro attività – si attua in prima battuta eliminando le zone di *undercompensation* e rendendo sempre più effettivo e integrale il risarcimento piuttosto che aumentandone la dimensione. Fenomeno questo che può portare, in alcuni casi, alla paralisi o al rallentamento di quella stessa attività all'origine dei danni, innescando una patologia di *overdeterrence* che si rivela comparativamente più pericolosa del fenomeno che si vorrebbe evitare. In termini generali, l'allontanamento dal generale principio dell'integrale risarcimento si dovrebbe avere solo lasciando spazio all'intermediazione legislativa; la quale, nell'ambito della sua discrezionalità, potrà decidere quando il risarcimento vada aumentato e quando diminuito rispetto all'integrale riparazione.

## Conclusioni

La nuova frontiera relativa alla determinazione del danno giusto nasce e si sviluppa proprio dai successi ottenuti dalle regole di responsabilità civile e ben testimoniati dalle precedenti frontiere. Si ha la precisa convinzione che le diverse funzioni attribuite alla r.c. possano meglio essere verificate e valorizzate concentrandosi sulla misura del risarcimento, più che sull'affermazione del principio di responsabilità, che pur rimane un aspetto di forte rilievo.

La misura del risarcimento è importante per molte ragioni: permette, innanzitutto, di verificare la coerenza delle affermazioni sulle funzioni svolte dalla r.c. e aiuta poi a riflettere sulla sostenibilità economica del risarcimento proprio alla luce del suo carattere di costo sociale.

Insomma, bisogna evitare che i giudici possano fissare risarcimenti senza alcuna razionalità come se fossero numeri neutri.

Si pensi al caso deciso dal Tribunale di Bologna avente ad oggetto un'azione risarcitoria per violazione del diritto all'immagine proposta dallo Stato italiano nei confronti dei due responsabili della terribile strage verificatasi nella stazione ferroviaria: al di là del merito della causa<sup>2</sup> (aveva un senso l'azione risarcitoria? Era stato davvero leso un *contra jus* costituzionale dello Stato esposto alla censura di non provvedere ad una energica tutela della vita dei propri cittadini?), qual è il significato da attribuire al risarcimento concesso di due miliardi di euro, che chiaramente non sarà mai pagato? Esso doveva avere una funzione esemplare; ma la condanna penale (ergastolo per strage) e dei responsabili non era già sufficiente?

La frontiera che si auspica vorrebbe ambiziosamente migliorare, da una parte, la scientificità dell'approccio allo studio della responsabilità civile, e ,dall'altra, rendere le decisioni risarcitorie più controllabili e più coerenti con le generali funzioni della responsabilità civile.

Il concreto, numerico, risultato risarcitorio non potrà mai costituire una variabile indipendente del sistema giuridico.

2. Cfr. Trib. Bologna 10 ottobre 2014, in *Danno e Resp.*2015, p. 717 con commento di M. Franzoni, *Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento allo Stato*.

## Il danno alla persona tra essere ed essenza

di Giacomo Travaglino

Lo scritto ripercorre le tappe più significative della storia del danno alla persona. Dalla sua nascita, negli anni '70, nelle Corti genovesi, al suo approdo in Cassazione, rammentando i complessi, e talvolta accidentati sentieri della sua complessa e contrastata ricostruzione in dottrina e in giurisprudenza, per proporre, infine, una lettura "fenomenica" e non categoriale, anche alla luce delle recentissime modifiche normative degli artt. 138 e 139 del Codice delle assicurazioni private.

Al principio del quarto millennio (se mai il genere umano sarà sopravvissuto a tutti i Trump ed ai Kim del pianeta) un archeologo del diritto sfoglia una polverosa enciclopedia, e si sofferma sulle voci *Illecito civile - Danno non patrimoniale*.

Grande sconcerto al cospetto dell'accanimento con cui i giuristi di mille anni prima si cimentavano su quel tema per lui così ovvio.

Si immerge, soavemente curioso, nella lettura dei titoli di alcune tra le più note riviste giuridiche dell'epoca, soffermandosi, in particolare, sull'anno di grazia 2006.

I titoli.

1. Le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della Responsabilità civile: Il presente: la consacrazione del danno esistenziale da parte delle Sezioni Unite

(*Commento del giurista P.G. Monateri alla sentenza delle Sezioni unite civili della Corte di cassazione italiana 24 marzo 2006 n. 6572, anno domini 2006*)

2. La Cassazione censura la risarcibilità del danno esistenziale, pur riconoscendo la diretta risarcibilità del bene vita.

(*Commento del giurista Giulio Ponzanelli alla sentenza 12 luglio 2006, n. 15760 della Terza sezione civile della Corte di cassazione italiana*).

3. Il danno esistenziale e il nuovo danno non patrimoniale!

(*Commento del giurista Massimo Franzoni alla sentenza 12 giugno 2006, n. 13546 della Terza sezione civile della Corte di cassazione italiana*).

4. La lettura costituzionale dell'art. 2059 esclude il danno esistenziale!

(*Commento del giurista Giulio Ponzanelli alla sentenza 9 novembre 2006, n. 23918 della Terza sezione civile della Corte di cassazione italiana*).

Cosa era accaduto?

Lo sventurato non rispose, chiudendo il ponderoso volume<sup>1</sup>, e osservando malinconicamente la preziosa incisione in oro sul frontespizio (che spreco).

Così, prima di tornare ai suoi sofisticatissimi apparecchi che confezionavano risposte perfette ad ogni questione giuridica in tempo reale - sollevando gli umani dalla ormai obsoleta attività del pensare, del decidere, dello scegliere con l'uso della ragione - si chiese, con un sospiro di malinconia, cosa potesse mai essere accaduto negli anni precedenti a quel lontanissimo 2006.

Poi, sospirando di nuovo, si ripromise di non occuparsi mai più dei danni alla persona del terzo millennio (meglio rileggere la *dicotomia gaiana* o il *Digesto*).

Al giurista del terzo millennio questa malinconica rinuncia non è consentita.

1. Chi scrive auspica fervidamente il protrarsi in eterno dell'uso della carta stampata...

A lui è consentito soltanto il sospiro.

Ritessere la tela di Penelope del danno alla persona (sperando infine nel riposo notturno della sposa di Ulisse, che purtroppo assume, in questa vicenda, le assai meno fascinate sembianze degli estensori e degli annotatori delle tante sentenze degli anni 2000), impone la ricerca di un serio punto partenza per una analisi, per quanto possibile, fenomenologica e non categoriale del danno alla persona.

*In medias res*, due sentenze della Terza sezione civile della Cassazione, una della Corte costituzionale, dell'anno 2003.

Riannodare i fili di quelle fondamentali pronunce può sembrare oggi un noioso fuor d'opera. In realtà, tornando con il pensiero alle re-interpretazioni, alle ri-letture, ai ri-tocchi che dottrina e giurisprudenza successive riterranno di operare su quei testi cristallini, ciò che ancor oggi genera un profondo senso di smarrimento e confusione è proprio la scarsa fedeltà di quelle riletture (perché non con-dividere è ben altro che ri-scrivere testi e contesti secondo i propri *desiderata*: questione di onestà intellettuale).

Nella ampia motivazione delle sentenze di cui a Cass. 8827 e 8828 del 2003 si evitò di attribuire autonomo rilievo semantico alla categoria del danno esistenziale - che pure è stato, nell'ultimo decennio, il vero protagonista del dibattito culturale sul contenuto ultimo del danno non patrimoniale, segnando profondamente buona parte del cammino verso l'approdo al "nuovo" sistema risarcitorio.

Così, al folio 24 di entrambe le pronunce, si legge che «il danno non patrimoniale deve essere inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ipotesi in cui sia lesa un valore inerente alla persona», e poche righe dopo, si discorre ancora «di una tutela riconosciuta al danno non patrimoniale nella sua accezione più ampia di danno determinato dalla lesione di interessi inerenti alla persona non connotati da rilevanza economica» (la Corte utilizzò, del tutto consapevolmente, il sintagma "valori/interessi" della persona, piuttosto che quello "diritti soggettivi inviolabili"). Poco innanzi si precisa che «non sembra proficuo ritagliare all'interno di tale generale categoria specifiche figure di danno, etichettandole in vario modo: ciò che rileva, ai fini dell'ammissione al risar-

cimento, è l'ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona dal quale conseguano pregiudizi non suscettivi di valutazione economica».

Bocciatura della fenomenologia del danno alla persona?

Ecco che la sentenza prosegue: «si risarciscono così danni diversi da quello biologico e da quello morale soggettivo, pur se anch'essi, come gli altri, di natura non patrimoniale», il che «non impedisce che la valutazione equitativa di tutti i danni non patrimoniali possa anche essere unica, senza una distinzione – bensì opportuna, ma non sempre indispensabile – tra quanto va riconosciuto a titolo di danno morale soggettivo, quanto a titolo di risarcimento del danno biologico in senso stretto, se una lesione dell'integrità psico-fisica sia riscontrata, e quanto a titolo di ristoro dei pregiudizi ulteriori e diversi dalla mera sofferenza psichica», e ciò perché «il danno biologico non è configurabile se manchi una lesione dell'integrità psico-fisica secondo i canoni fissati dalla scienza medica: in tal senso si è orientato il legislatore con gli artt. 13 del decreto legislativo 23.2.2000 e 5 e 38 della legge 57001, prevedendo che il danno biologico debba essere suscettibile di accertamento o valutazione medico-legale»<sup>2</sup>.

Dal suo canto, la Corte costituzionale, pochi mesi dopo, farà espressamente cenno ad una nuova categoria di danno, in un passaggio della sentenza 233, tributandogli, in seno al "nuovo" art. 2059 cc, un espresso riconoscimento, anche semantico, al fianco del danno biologico e del danno morale subbiettivo, in un sistema risarcitorio dei danni indiscutibilmente bipolare (danno patrimoniale/danno non patrimoniale), nelle sue articolazioni *lucro cessante/danno emergente*; *danno morale subbiettivo/danno biologico in senso stretto/danno "derivante da lesione di altri interessi costituzionalmente protetti"*.

Il giudice delle leggi, diversamente dalla Corte suprema, discorrerà espressamente di un danno, «spesso definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale», derivante dalla lesione di altri interessi di rango costituzionale inerenti alla persona (diversi da quello all'integrità psichica e fisica conseguente ad un accertamento medico, ex art. 32 della Costituzione).

2. Le sentenze furono pubblicate in tutte le maggiori riviste dell'epoca: *Corriere Giur.*, 2003, p. 1017, con nota di Franzoni; *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 5; *Foro amm. CDS*, 2003, p. 1542; *Danno e resp.*, 2003, p. 819 con nota di Procida Mirabelli Di Lauro; *Danno e resp.*, 2003, p. 819 con nota di Busnelli; *Danno e resp.*, 2003, p. 819 con nota di Ponzanelli; *Foro it.*, 2003, I, p. 2273 con nota di Navarretta; *Giur. it.*, 2004, p. 1129 con nota di Bona; *Riv. it. medicina legale*, 2004, p. 195 con nota di Frati e altri; *Giur. it.*, 2004, p. 29 con nota di Suppa; *Riv. corte conti*, 2003, 6, p. 221; *Nuova giur. civ. commentata*, 2004, 2, p. 231 con nota di Scarpello.

Sono altrettanto noti i (non sempre benevoli) commenti<sup>3</sup> riservati a questa sentenza<sup>4</sup> dai molti e molto autorevoli *tortswomen* e *tortsmen* italiani.

Ma all'indomani di quella sinergia di Corti (talvolta vissuta e interpretata con occhio sospetto), ci si sarebbe aspettato – al di là delle questioni terminologiche, al di là delle radicate e radicali posizioni espresse dalle diverse scuole di pensiero sulla categoria del danno esistenziale – immaginare l'anno 2003 come l'alba di una nuova stagione, non soltanto per l'art. 2059, amico risanato (e in realtà trasformato da Cassazione e Corte costituzionale in un vero e proprio art. 2059 *bis* del codice civile), ma anche per quello che apparve il vero *tertium genus* di danno non patrimoniale, la cui esistenza e la cui autonomia appariva ormai poco seriamente contestabile.

Alla luce dei condivisi approdi di entrambe le Corti<sup>5</sup>, pareva (e pare ancor oggi) oltremodo difficile, se non impossibile, predicare, nella (finalmente riattivata) dimensione bipolare del danno così come scolpita ai massimi livelli giudiziari, il totale ripudio di quella nuova categoria di danno, la radicale e definitiva smentita alla stessa "esistenza" del danno esistenziale<sup>6</sup>.

Ecco che a quel tempo gli sforzi ermeneutici avrebbero potuto più serenamente volgere verso quei nuovi approdi già prefigurati dalle sentenze di quell'anno:

- l'esatta identificazione di una tavola di "valori/interessi" costituzionalmente protetti e degni di risarcimento<sup>7</sup>;

- l'altrettanto rigorosa individuazione di regole probatorie il più possibile certe, funzionali al riconoscimento di un diritto al risarcimento del danno esistenziale inteso come *vulnus* alla dimensione relazionale della vita del soggetto;
- la (non agevole) determinazione di criteri non arbitrari (e comunque equitativi) di quantificazione complessiva del danno.

La realtà è stata diversa.

Anziché avvicinarsi all'inquietante monolite rappresentato dal *vulnus*, più o meno intenso, arrecato al "modo di vita" della persona danneggiata, anziché trarre insegnamento dall'analisi storica della fattispecie del danno da illecito extracontrattuale, si è assistito, in dottrina e in giurisprudenza, ad ulteriori (quanto sterili) ripiegamenti, a progressivi (quanto preconetti) arroccamenti, ad irredimibili (quanto antistorici) irrigidimenti su steli concettuali del genere analitico *a-priori*, postulati di conoscenza indipendenti dall'esperienza<sup>8</sup>, quasi che il danno esistenziale, in guisa di categoria metagiuridica del pensiero, dovesse ossessivamente corrispondere all'idea che ciascuno degli abituali frequentatori del pianeta dell'illecito civile si era comunque formato "a prescindere", piuttosto che rappresentare il terreno di coltura e di analisi, sul piano positivo (e sulla base dell'esistente, del *de iure condito*, del diritto vivente), di una nuova categoria di danno del terzo millennio<sup>9</sup>.

Conoscere e dar corpo al concetto di danno esistenziale significava, intanto, approfondire, sul piano

3. Corte cost. 30.6 - 11.7 2003, n. 233, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 1036 con nota di Ziviz; *Foro it.*, 2003, 1, p. 2201 con nota di Navarretta; *Dir. e Formazione*, 2003, p. 1177 con nota di Cendon e di Ziviz; *Dir. e Giust.*, 2003, 29, p. 42 con nota di Peccenini; *Giur. cost.*, 2003, p. 4; *Giust. civ.*, 2003, 1, p. 2019; *Nuovo dir.*, 2003, p. 917 con nota di Venturini; *Giur. it.*, 2003, p. 1776 con nota di Cendon e di Zovoz; *Riv. corte conti*, 2003, 4, p. 153; *Danno e responsabilità* 2003, p. 939 con note di Bona, Cricenti, Ponzanelli, Procida Di Lauro Mirabelli, Troiano; *Riv. critica dir. lav.*, 2003, p. 910 con nota di Guariso e di Paganuzzi; *Giur. it.*, 2004, p. 1129 con nota di Bona; *Nuova giur. civ. commentata*, 2004, 2, p. 231 con nota di Scarpello; *Giur. it.*, 2004, p. 723 con nota di Cassano; *Dir. & Formazione* 2003, p. 1177 con nota di Cendon e di Ziviz; *Dir. pen. e processo*, 2004, 5, p. 568 con nota di Fondaroli. Dopo la svolta "costituzionale" del 2003, sono stati inoltre pubblicati tre lavori monografici: Ponzanelli, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova, 2004; Navarretta, *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004; Monateri, *Il nuovo danno non patrimoniale*, Milano, 2004.

4. Tra i più caustici, sicuramente quelli di Ziviz – Cendon nella nota sulla *Giurisprudenza italiana* (significativamente intitolata *Vincitori e vinti /...dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale*), che accuseranno il giudice delle leggi di essersi «appiattito, con una pronuncia *per relationem*, sulle posizioni della cassazione», con un rinvio «poco più che burocratico e semiparassitario» alla sentenza 8827/2003, in attuazione di «un perfetto lavoro di squadra tra i due organi giurisdizionali», di «un gioco delle parti ben preciso»(?).

5. Questa è l'opinione espressa, al di là delle asprezze lessicali, da Cendon - Ziviz, *Vincitori e vinti dopo la sentenza 233/2003 della Corte costituzionale*, pubblicato anche *on line* in [www.dannoallapersona.it](http://www.dannoallapersona.it).

6. Come riterranno invece (poco condivisibilmente) Busnelli, *Chiaroscuri d'estate*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 e Ponzanelli, *Ricomposizione dell'universo non patrimoniale*, *ivi*, pp. 820 ss.

7. Al fine di evitare, tra l'altro, che la Costituzione finisse per trasformarsi in una «lastra tombale dei diritti della persona», come condizionalmente scrive Cendon nella nota *Vincitori e vinti...*, *cit.* p. 1780, par. 29.

8. Kant, *Critica della ragion pura – La logica trascendentale*, Koenisberg, p. 1781.

9. Tra gli scambi di opinioni più "vivaci" del passato, si ricorderà quello tra P.G. Monateri, *Danno biologico da uccisione o lesione della serenità familiare? (L'art. 2059 visto come un brontosauo)* in *Resp. Civ. prev.* 1989, pp. 1176 ss. e F.D. Busnelli, *Figure controverse di danno alla persona*, *ivi*, 1990, p. 469.

storico, la stessa genesi del danno non patrimoniale.

Un danno che, al termine di una lunga e faticosa navigazione, non più figlio di un Dio minore dell'illecito civile, vide infine disgelata la sua pari dignità rispetto al (da sempre) deificato gemello del *Vermögensschade*, in una dimensione di ormai riconciliate voci risarcitorie, mercè il ritorno alla nuova, indiscussa dimensione bipolare del sistema della responsabilità civile<sup>10</sup>.

Storicamente, l'idea di persona intesa come portatrice di "valori" interiori non è stata né cara né nota al diritto romano e a quello intermedio<sup>11</sup>. Gaio, opinando che «*cicatricium aut deformitatis nulla fit aestimatio*», darà inconsapevolmente voce alla stessa pandettistica tedesca, che colloca ogni *remedia doloris* in seno non al diritto civile ma penale<sup>12</sup>, anche se questo non significherà totale assenza di tutela, anche civile, della persona, poiché il *vulnus* arrecato all'integrità morale soggiace al rimedio dell'*actio iniuriarum*, intesa, peraltro, come una vera e propria pena privata (e come tale destinata a durare nell'immaginario dello stesso legislatore tedesco fino al 1871).

Ma già alcuni più accorti commentatori medievali evocavano una scissione tra corpo e persona – il primo, non la seconda, oggetto di rapporti patrimoniali.

Nei secoli a venire, una più attenta analisi dei rapporti di lavoro condurrà al primo, significativo iato tra oggetto e soggetto del rapporto interpersonale

scaturente dal fatto illecito, in un filone nuovo di pensiero figlio del giusnaturalismo mitteleuropeo. Sarà Ugo Grozio (1583-1645), nel diversificare tra loro il *maleficium* e il *damnum*, a dar vita a quelle che rimarranno le fondamentali categorie moderne dell'illecito<sup>13</sup>, seguito da Samuel Pufendorf (1632-1694), ritenuto<sup>14</sup> a ragione il primo autore che leggerà il danno morale nella dimensione destinata poi a divenire classica, commisurando il risarcimento *alla somma per la quale il danneggiato sarebbe stato disposto a sopportare il dolore che gli è stato cagionato*, così estrapolando per la prima volta il relativo concetto dall'area della pena privata, eredità ormai obsoleta della tradizione romanistica<sup>15</sup>.

Compito della dottrina moderna diviene, allora, quello di ricondurre ogni valutazione strettamente pecuniaria del danno solo e soltanto ad una "prestazione", sussumendo nella sfera del giuridicamente rilevante il *vulnus* alla persona sotto il (solo) profilo dell'economicamente valutabile<sup>16</sup>. Sono tempi in cui la tutela patrimoniale del danneggiato trova asilo nel sistema dell'illecito civile, mentre quella non patrimoniale è riservata al diritto penale, ed echi cospicui di tale concezione «a competenza ripartita e concorrente» si ritroveranno ancora nel nostro codice attuale, che, pur superando apparentemente il concetto puro e semplice di pena privata (e ammettendo il danno non patrimoniale alla corte del danno risarcibile), pone alla risarcibilità confini rigidi, segnati dal collegamento necessario con la fattispecie del reato.

10. Si leggano, in argomento, le affascinanti pagine di Castronovo, *Il danno alla persona tra essere e avere*, in *Danno e resp.*, 3/2004, pp. 237 ss.

11. Osserva, acutamente, l'autore citato nella nota che precede, che «il risarcimento è obbligazione e l'obbligazione si riferisce alle cose, delle quali soltanto si può dare un valore pecuniario. Dice infatti il Digesto che *ea enim in obligatione consistunt quae pecunia lui praestarique possunt*: e la persona non è suscettibile di essere scambiata col danaro, cioè di essere convertita in una somma di danaro. Significativamente lo stesso passo continua con una affermazione ... *Libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest*, onde l'irriducibilità originaria della persona a oggetto del rapporto obbligatorio per il tramite dell'apprezzamento pecuniario che di questo costituisce il metro imprescindibile».

12. Successivamente, l'artefice del diritto delle Pandette, come ricorda Castronovo, cit., e cioè Windscheid (*Diritto delle pandette*, II, tr. it. di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1925, p. 765, nt. 31), accederà al pensiero del Wächter, secondo il quale la incomparabilità del dolore e del danaro non implica necessariamente che la *pecunia doloris* non sia risarcimento (in argomento, *amplius*, Wagner, *Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen*, in *Zeitschriften für Europäisches Recht*, 2000, pp. 203 ss.)

13. H. Grotii, *De iure belli ac pacis*, 2, 17,15, citato in Castronovo, op. cit., p. 248, che rammenta ancora come quel pensatore, in materia di danno, sembri apparentemente ancorato al diritto romano, identificandolo con il danno patrimoniale, ma, occupandosi della seduzione con promessa di matrimonio, ritiene viceversa dovuto un risarcimento per la diminuita probabilità di matrimonio, prevedendo addirittura l'obbligo di matrimonio nel caso che, sfruttando la promessa, il seduttore abbia posseduto la fanciulla: (*Qui virginem imminuit vi, aut fraude, tenetur ei rependere quanti minoris ipsi valet spes nuptiarum: imo et ducere tenetur si ea promissione corporis usuram impetravit*). Rimedio, questo, non dissimile dal matrimonio riparatore che l'art. 544 del codice penale prevedeva sino a non molti anni addietro come causa di estinzione dei reati contro la libertà sessuale («e che non è altro» riflette acutamente Castronovo, cit. «se non il risarcimento in forma specifica del danno morale»).

14. Ancora da Castronovo, cit., p. 249.

15. Castronovo, cit., p. 239.

16. Castronovo, cit., p. 240.

In questi termini, si osserva<sup>17</sup>, i fatti-reato stanno al danno morale (benché su un piano diverso) come la conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento di cui all'art. 1223 cc sta al danno patrimoniale.

Figlia dei suoi tempi, la Relazione al codice civile del 1942 identificherà *tout court* i "casi determinati dalla legge" con i fatti di reato, in non casuale sintonia con la versione originaria del § 253 del BGB<sup>18</sup>.

Non è questa la sede per ripercorrere *funditus* le singole tappe, segnate in specie dalla giurisprudenza costituzionale, a far data dalla sentenza Maccarone del 26 luglio 1979, passando attraverso la pronuncia Dell'Andro del 1986<sup>19</sup>, sino alla già ricordata pronuncia Marini del 2003,<sup>20</sup> senza dimenticare la altrettanto fondamentale pronuncia del 27 ottobre 1994, n. 372, che per prima «ripescò l'art. 2059 dal ricettacolo delle anticaglie nel quale sembrava ormai relegato dalla giurisprudenza e dalla dottrina»<sup>21</sup>.

Basti qui rammentare che, dopo il 1994, le posizioni delle varie scuole di pensiero italiano tenderanno sempre più a divaricarsi, mentre il danno esistenziale vede la luce (ne sarà amorevole levatrice la scuola triestina) «per rispondere all'idea di un danno non patrimoniale che, diversamente dal danno biologico, non si identifichi con la lesione della salute e, diversamente dal danno morale, sia in grado di guadagnare una tutela liberata finalmente del-

le insufficienze risarcitorie di cui è causa il dettato dell'art. 2059 cc»<sup>22</sup>.

Per una migliore intelligenza della vicenda che, come poche, ha scatenato nel microcosmo del diritto italiano tempestose crociate di pensiero, sarà allora opportuno un sintetico (e giocoforza incompleto) cenno alle diverse posizioni assunte dalla dottrina italiana sul tema del danno esistenziale<sup>23</sup>.

Tutti rammenteranno che, antecedentemente alle pronunce del 2003, si confrontavano (non sempre in punta di fioretto, sul piano dialettico) tre distinte correnti di pensiero, due ad esso favorevoli (la scuola triestina e la scuola torinese, sia pur con un diverso tasso di gradimento), una nettamente contraria (la scuola pisana)<sup>24</sup>.

Per la scuola triestina, predicata la "onnicomprensività" del danno esistenziale come macrocategoria unificante del danno alla persona e formante unico di un'unica posta risarcitoria, le conseguenze esistenziali di segno negativo gravitanti nell'orbita della lesione all'integrità psicofisica andavano senz'altro ascritte alla categoria del «danno esistenziale-biologico»; quelle non dipendenti dalla menomazione della salute, bensì conseguenti alla violazione di situazioni soggettive d'altro genere (reputazione, onore, ambiente, *privacy*, libertà di locomozione, ecc.) andavano di converso a collocarsi nella dimensione del «danno

17. Castronovo, cit., p. 242 *passim*.

18. Che, come rileva Castronovo, cit., p. 244, discorre di «*Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen*» («indennizzo in denaro soltanto nei casi determinati attraverso la legge») e, nel nuovo secondo comma, di «*billige Entschädigung*» («risarcimento di tipo economico, modesto»). Ma – soggiunge, del tutto condivisibilmente l'autore citato – *Entschädigung* non significa risarcimento, cui è viceversa riservato il termine *Schadensersatz*, ed è previsto dal par. 823 del codice tedesco per il danno patrimoniale.

19. Corte costituzionale n. 184 del 1986.

20. Corte costituzionale 293/2003, cit. Dal 1979 al 2003, in realtà, sono state ben sei le decisioni della Corte costituzionale, che, in ciascuna occasione (cinque volte con sentenza, una con ordinanza) ha sempre respinto le istanze volte alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2059 cc.

21. Così testualmente Castronovo, cit., p. 250.

22. L'autore da ultimo citato osserva, conclusivamente, che non avremmo avuto una esperienza così convulsa e confusa come quella che si è svolta intorno all'art. 2059 se il codificatore del 1942, invece di seguire, peraltro male, il modello tedesco, avesse accolto nell'art. 2059 il testo dell'art. 85 del progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti, il quale prevedeva: «L'obbligazione del risarcimento comprende tutti i danni, materiali e morali, cagionati dall'atto illecito. In particolare, il giudice potrà attribuire un'indennità alla vittima, in caso di lesione della persona, di attentato all'onore o alla reputazione della persona o della sua famiglia, di violazione della libertà personale o del domicilio o di un segreto concernente la parte lesa. Il giudice potrà ugualmente attribuire un'indennità ai parenti, agli affini o al coniuge a titolo di riparazione del dolore sofferto nel caso di morte della vittima». Non sempre ciò che viene dopo (chiosa malinconicamente l'autore) è migliore di ciò che l'ha preceduto. E così è accaduto per il nostro codice in punto di danno non patrimoniale.

23. Si perdoni, sull'argomento, il rinvio a *Le nuove categorie del danno non patrimoniale*, in *Corriere del merito*, 10/2006, pp. 1165 ss., con nota di chi scrive a Cass. sez. unite n. 6572/2006, il cui contenuto è in parte riprodotto nella presente nota.

24. Per un più approfondito e analitico excursus sull'argomento, M. Bona, *Il danno esistenziale bussava alla porta e la Corte costituzionale apre*, in *Danno e resp.*, 10/2003, pp. 941 ss. Va anche fatto cenno, in proposito, alla posizione della scuola di Camerino (Procida Mirabelli Di Lauro, *I nuovi danni e la funzione della responsabilità civile*, ed ivi ulteriori riferimenti, in *Danno e resp.* 5/2003, pp. 461 ss.) secondo la quale la eccezionale afflittività dei danni da reato (*ex art. 2059 cc - 185 cp*) legittimerebbe il ricorso alla norma civile eccezionale nei soli casi, appunto, di reato, mentre tutti gli altri danni sarebbero risarcibili, «in funzione compensativa e non punitiva, grazie alla norma primaria dell'art. 2043 che» (evidentemente in guisa di *refugium peccatorum*) «garantisce il risarcimento di ogni danno ingiusto a prescindere dal carattere patrimoniale della lesione e delle sue conseguenze». Accoglie "moderatamente" (e non senza divertita ironia) la categoria del danno esistenziale Giorgio Pedrazzi, nelle sue *Semiserie avvertenze sul danno esistenziale*, in *Danno e resp.* 7/2003, p. 797.

*esistenziale non biologico*», entrambi sempre risarcibili *ex art.* 2043 cc.

La nuova figura di danno assurge a dignità di *macro-categoria* dell'illecito, in una nuova ontogenesi risarcitoria ove il danno biologico «altro non è se non un danno esistenziale», «un sottotipo o un emisfero di quest'ultimo»<sup>25</sup>. La nuova categoria espunge dal suo ambito, e senza appello, il danno morale soggettivo (il dolore interiore, la sofferenza, il patema dell'anima, risarcibile, esso sì, *ex art.* 2059 cc), attesane la (ritenuta) insuperabile disomogeneità genetica e la (conseguente) irriducibilità concettuale rispetto al nuovo danno non patrimoniale: il danno esistenziale, in positivo o in negativo, sul piano morfologico si sostanzia, identificandovisi, con il «*fare a-reddituale*» della vita; il danno morale soggettivo è invece altro, è il «*sentire*», dimensione e attitudine intimistica dell'anima del danneggiato, *vulnus* (temporaneo?) al sacrario della sua coscienza, avvertito come sensazione soggettiva di disagio turbamento dolore ansia disperazione<sup>26</sup>.

Così, «i riflessi negativi che coinvolgono la psiche del soggetto possono - come tali - essere presi in considerazione esclusivamente sotto il profilo del danno biologico, quando la modificazione negativa è tale da ingenerare una lesione della salute, ovvero di quello morale, ove essi si mantengano entro limiti che possono essere considerati fisiologici. Soltanto conservando ben nette queste distinzioni è possibile mantenere intatta l'identità del danno esistenziale, che risulterebbe invece inevitabilmente compromessa da qualsiasi tentativo di far confluire in quell'ambito le conseguenze di ordine psicologico della lesione»<sup>27</sup>.

Rimaneva così assegnato al (vecchio) art. 2059 cc un ruolo residuale, cioè quello di occuparsi del danno morale soggettivo inteso come molteplicità del «*sentire*», conseguente ad un evento illecito ingiusto, sempre che non si fosse superata la doppia soglia della patologia clinica e del riflesso sulla vita esterna.

La scuola di Torino si caratterizza per un approccio al danno esistenziale che non ne postula, *in limine*, il carattere di macrocategoria necessariamente

comprendiva anche del danno biologico, al quale viceversa esso si affianca onde abbracciare qualsiasi *vulnus* di genere non-economico (non altrimenti risarcibile), comprese eventuali ripercussioni di ordine psichico confinate al di qua dell'uscio della malattia (*id est* del danno biologico psichico).

Si disegna così un'architettura normativa funzionale alla reazione ad ogni aggressione *ingiusta* e foriera di un mutamento in negativo dei valori dell'individuo, produttrice del cd. «danno X», la cui dimostrazione nell'*an* grava pur sempre sul soggetto leso.

Il danno esistenziale, in guisa di «danno non patrimoniale civilistico», si svincola così dai limiti tradizionali dell'art. 2059, distinguendosi dal «danno morale da reato», frutto della malinconica sinergia giuridico/algebraica: art. 2059 cc + art. 185 cp.

A differenza della scuola triestina, per gli autori torinesi il danno esistenziale copre ogni distonia accertata sulla doppia frequenza sia del «*fare*» che del «*sentire*», purché collegata alla lesione ingiusta di un interesse *del danneggiato*, mentre il danno morale da reato subito evoca piuttosto la condotta tenuta *dal danneggiante* (tanto da ricondursi pur sempre al concetto di sanzione penale/pena privata).

Anche quello che, per la scuola triestina, restava confinato nella dimensione intimistica del danno morale subiettivo, e cioè il coacervo di dolori e patemi individuali non destinati a oltrepassare la soglia esterna del giuridicamente rilevante incidendo sulla vita del danneggiato, doveva ritenersi pur sempre risarcibile *ex art.* 2043 cc.

Questi autori non annetteranno mai, in realtà, particolare rilevanza alla questione terminologica, perché, al di là del *nomen* attribuito alla categoria descrittiva dell'obbligazione risarcitoria non patrimoniale, essi ritengono essenziale soltanto l'attivazione di un sistema funzionale a reagire al fatto illecito riconoscendo un risarcimento *tout court* dei danni subiti dal soggetto leso (pur non negandosi che, per motivi anche solo di «ordine lessicale», potesse risultare opportuno collocare i diversi pregiudizi di danno in una categoria unitaria, quella del danno esistenziale)<sup>28</sup>.

25. Cendon, *Il danno esistenziale*, Milano, 2000; dello stesso autore, *Esistere o non esistere, Trattato breve dei nuovi danni*, Padova, 2001, I, pp. 10 ss.

26. Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, II, Milano, 1994, pp. 1322 ss.; *Id.*, *Danno non patrimoniale: uno e trino*, in *Resp. Civ. prev.* 2004, pp. 100 ss.; *Il danno patrimoniale nell'era del mutamento*, cit., 2006, p. 235.

27. Ziviz, *Continua il cammino del danno esistenziale*, in *Resp. Civ. prev.* 2000, p. 938; della stessa autrice, *Chi ha paura del danno esistenziale?*, *ivi*, 2002, p. 812 (verrebbe, in verità, da rispondere: nessuno, purché non ne si faccia il «mostro Anellis mangiatutto»!)

28. Per ulteriori approfondimenti, Bona, cit., pp. 945 ss., il quale osserva come, nella prospettiva torinese, il danno esistenziale si inserisse in un particolare percorso evolutivo *in fieri*, quello del traghettamento del sistema risarcitorio da uno schema normativo bipolare (art. 2043 - art. 2059 cc) verso un nuovo modello mononormativo alla francese, in cui tutti i pregiudizi non patrimoniali sarebbero dovuti risultare risarcibili entro il formante dell'ingiustizia. Conseguentemente, il danno esistenziale era di fatto concepito sotto due diverse prospettive: da un lato, quella di immediata applicazione pratica, nella quale, attesi i limiti del sistema risarcitorio in cui si collocava, esso non svolgeva solo una funzione puramente descrittiva, ma assolveva ad una vera e propria *necessità dell'illecito civile*, affiancandosi, in

La scuola pisana<sup>29</sup>, viceversa, si attesterà *ab imo* su posizioni nettamente ostili alla categoria. Il modello risarcitorio immaginato in contrapposizione al danno esistenziale<sup>30</sup> viene strutturato in negativo attraverso una dura contestazione della “mutazione genetica” postulata da questa nuova figura di danno (ritenuta “meramente descrittiva”), alla quale si nega qualsivoglia *ius soli* nell’ambito dell’art. 2043 cc. Questi autori caldeggeranno a più riprese il ripristino del cd. “doppio binario”, onde, da un canto, restituire “dignità contenutistica” all’art. 2059 cc, dall’altro, limitare la portata dell’art. 2043 cc al solo danno ingiusto patrimoniale<sup>31</sup>.

Quanto alla giurisprudenza “esistenzialista”, una parte delle Corti aveva aderito all’idea di danno esistenziale come categoria aperta anche ai disagi, ai turbamenti psichici e agli *stress*, talvolta spingendosi ad individuare nella lesione della serenità personale e nella violazione in sé di un bene costituzionalmente tutelato (la personalità, l’immagine, la reputazione, l’autostima) la prova dell’esistenza di quel danno.

Su questo versante sembrano collocarsi alcuni arresti della stessa Suprema Corte. Tanto la prima sezione, quanto la sezione lavoro, riconurranno il danno esistenziale «a tutte le compromissioni delle attività realizzatrici della persona umana (impedimenti alla serenità familiare, godimento di un ambiente salubre e di una situazione di benessere, sereno svolgimento della propria vita lavorativa)<sup>32</sup>».

Al pari dei pregiudizi alla salute, i pregiudizi attingenti alla dimensione esistenziale della persona,

comprensivi dei «*disagi e turbamenti di tipo soggettivo*», non venivano lasciati privi di tutela risarcitoria sulla scorta della «*lettura costituzionalmente orientata del sistema della responsabilità civile*».

Dall’impostazione sposata dalla Cassazione prima del 2003, sembrava doversi ritenere che la categoria del danno esistenziale potesse rendere risarcibile cc ogni pregiudizio, anche solo soggettivo, che riguardasse la sfera della persona e derivasse dalla lesione di un interesse giuridicamente rilevante: «*l’art. 2043 cc, correlato agli artt. 2 e ss. Cost., va così necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana*»<sup>33</sup>. Unico limite che la Cassazione, in particolare la sezione lavoro, poneva, sotto il profilo naturalistico dei pregiudizi risarcibili *sub specie* del danno esistenziale, era il *mero patema di animo interno*, distinto però dai disagi e turbamenti di tipo soggettivo, risarcibili entro i confini la nuova figura.

Il danno esistenziale si strutturava così come una sorta di “danno morale civilistico”, sempre di più ispirato al modello del francese *dommage moral*.

In molte sentenze della giurisprudenza di merito l’apertura della categoria del danno esistenziale a disagi, *stress* e turbamenti risulterà ancora più evidente<sup>34</sup>.

Sul versante opposto, due pronunce della Corte Suprema si dichiareranno nettamente contrarie alla figura del danno esistenziale<sup>35</sup>, mentre, con riferimento alla perdita del rapporto parentale, il giudice

---

una logica chiarificatrice, alla categoria del danno biologico e del danno morale ed interagendo con gli stessi, soprattutto in sede di quantificazione del danno, in un vero e proprio sistema a vasi comunicanti; dall’altro lato, la prospettiva futura, in cui non si escludeva che tale fattispecie di danno (ma anche il danno biologico e lo stesso danno morale) potesse trasformarsi da figura di danno necessaria nel sistema dell’illecito civile a categoria descrittiva di talune particolari tipologie di pregiudizio non economico, in quanto tale utile ed opportuna in una logica chiarificatrice e funzionale ad un’ottimale valorizzazione di tutti i pregiudizi subiti dalla vittima (nell’ambito, quindi, di una liquidazione analitica di essi).

29. Per tutti, Busnelli, *Interessi della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. Trim. dir. Proc. civ.* 1996, pp. 4 ss.

30. Ponzanelli, in nota a Tribunale Bergamo 24.2.2003, *Danno e resp.*, 2003, p. 547. Dello stesso autore, *L’irrelevanza costituzionale del principio di ineguale riparazione del danno*, in *La responsabilità civile nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 67 ss.

31. Per una approfondita analisi delle altrettanto varieguate posizioni assunte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in argomento, cfr. Bona, cit., pp. 843 ss.

32. Cass. 9009/2001.

33. Cass. 7713/2000.

34. Trib. Agrigento 4.6.2001, in *Giur. It.* 2002, p. 953: il danno esistenziale andava inteso «*come qualsiasi danno che l’individuo subisce alle attività realizzatrici della persona umana*», e la categoria trovava le sue ragioni d’essere principalmente in quella «*zona grigia di confine*» che si era venuta a creare tra il danno biologico e il danno morale da reato e non era quindi determinato da particolari contenuti naturalistici, ma *in primis* dalla sua funzione giuridica nel sistema dell’illecito civile, e cioè la protezione risarcitoria di interessi afferenti alla persona, lesi da un atto ingiusto, meritevoli di risarcimento e non garantiti dalle categorie di danno tradizionali. Il danno esistenziale si poneva come «*necessità dell’illecito civile*», assumendo i connotati di figura risarcitoria direzionata a colmare le lacune lasciate dalle figure tradizionali di danno nel segno di una più completa protezione risarcitoria della persona

35. Cass. 15449/2002 e Cass. 15022/2005, secondo la quale: 1) mentre per il risarcimento del danno patrimoniale il riferimento al “danno ingiusto” comporta una atipicità dell’illecito ex art. 2043, come ribadito dal Cass. sez. unite 500/1999 in tema di risarcibilità degli

di legittimità preciserà che l'interesse al risarcimento del danno da uccisione del congiunto<sup>36</sup> si concreta nell'interesse alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29, 30 Cost.: esso si colloca nell'area del danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 e si distingue sia dall'interesse al bene "salute" (protetto dall'art. 32 e tutelato attraverso il risarcimento del danno biologico) sia dall'interesse all'integrità morale (protetto dall'art. 2 della Costituzione e tutelato attraverso il risarcimento del danno morale soggettivo).

Dopo le sentenze 8828/2003 e 8827/2003 della Cassazione, la dottrina tornerà ad interrogarsi (talvolta, con toni ed atteggiamenti da *habitués* del settore curve di uno stadio di calcio, piuttosto che da pensosi esegeti della materia) sul se il "nuovo" art. 2059, così come rimodellato nella fucina costituzionale, fosse o meno il frutto di una implicita adesione dei giudici di legittimità (e della Consulta) al modello anti-esistenzialista (inteso secondo la costruzione "pan-esistenzialista" della scuola triestina)<sup>37</sup>.

Le polemiche ripresero, in un clima di "caccia alla differenza e alla similitudine" onde dimostrare, ciascuna delle "scuole", la bontà delle proprie tesi, nell'ottica adolescenziale del "chi vince, chi perde" (in realtà, come sovente accade quando le precomprensioni si sostituiscono ai fenomeni<sup>38</sup>, non vince e non perde nessuno, se non, talvolta, l'eleganza e il buon gusto).

Vero è che tutti i tentativi degli interpreti di ricondurre a razionalità il pianeta dell'illecito civile, sino alla vigilia delle sentenze del 2003, parevano inevitabilmente destinati ad infrangersi sul disposto di quella mesta norma di chiusura, l'art. 2059, che, disciplinando, alla fine del libro IV del codice civile, il danno non patrimoniale, era soltanto la figlia cadetta del suo tempo (siamo nel 1942, epoca di guerra e di sopravvivenza, momenti in cui era difficile anche soltanto immaginare lesioni e risarcimenti di un improbabile "fare a-reddituale" che non fosse il restare in vita), disposizione funzionale esclusivamente a disciplinare un danno morale concepito in inscindibile ed ancillare connessione con il reato.

L'evoluzione del concetto (e la proliferazione delle voci) del danno non patrimoniale (che, non trovando asilo nella angusta cittadella dell'art. 2059, verrà per lungo tempo allocato entro le ampie praterie offerte dall'art. 2043, trasformando questa norma in una sorta di Lampedusa del danno ingiusto, e di primo motore immobile di un improbabile sistema monocentrico di responsabilità), ha inizio nel 1975, ad opera della scuola genovese, per giungere, attraverso itinerari spesso carsici (ma inevitabilmente destinati all'estuario del bipolarismo del danno) all'approdo epocale del 2003, che vedrà Consulta e Cassazione recepire in realtà i suggerimenti di tutte e tre le scuole di pensiero, elaborando un nuovo "sistema" di responsabilità con al centro la persona e i suoi diritti fondamentali.

Di quelle sentenze, colpì favorevolmente la rigorosa attenzione al profilo storico/evolutivo delle norme, il sostanziale riconoscimento di un indiscutibile *ius soli* al danno esistenziale, rigorosamente circo-

---

interessi legittimi, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile; 2) la lettura costituzionale dell'art. 2059 limita oggi il risarcimento dei danni non patrimoniali ai casi previsti dalla legge ed a quelli di lesioni di specifici valori costituzionalmente garantiti della persona; 3) la conseguenza è che non può farsi riferimento ad una generica categoria di danno esistenziale nella quale far confluire fattispecie non previste dalla norma e non necessitate dall'interpretazione costituzionale dell'art. 2059 cc perché questo comporterebbe la atipicità anche del danno non patrimoniale.

36. Va ricordato che in passato la giurisprudenza di legittimità escludeva il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali in favore dei prossimi congiunti della persona dal reato di lesioni personali (Cass. 1421/1998, 11396/1997, 11414/1992), riconoscendolo soltanto in caso di morte. Il *revirement* si deve a Cass. 4186/1998 (Pres. Bile, est. Segreto) che ha, in primo luogo affrontato l'obiezione secondo la quale, poiché, ai sensi dell'art. 1223 cc, è risarcibile unicamente il danno diretto e immediato, il ristoro del pregiudizio non patrimoniale spetterebbe soltanto a chi ha direttamente ed immediatamente subito la sofferenza, e cioè al soggetto leso, e non anche ai prossimi congiunti, perché costoro, soffrendo per le sofferenze del proprio familiare, non sono colpiti in modo diretto ed immediato dalla condotta lesiva del terzo (mentre, secondo l'impostazione tradizionale, al contrario, nel caso di morte della vittima primaria, sarebbero proprio i congiunti i diretti destinatari del pregiudizio). La Corte, dopo aver ricordato i propri precedenti che hanno riconosciuto la risarcibilità nel nostro ordinamento dei cd. danni cd. riflessi (categoria che la stessa III sezione dopo qualche tempo ripudierà), ha osservato che tale ultima qualificazione può ben essere estesa ai danni non patrimoniali, con conseguente rilevanza delle fattispecie pregiudizievoli conseguenti al fatto illecito altrui, che si traducano nella lesione di diritti facenti capo a soggetti diversi dall'originario danneggiato, ma in significativo rapporto con lui.

37. Per ampie citazioni sul tema, cfr. ancora Bona, cit., pp. 941 ss.

38. Josef Esser, discorrendo di *Vorverstaendnis* (Esser, *Vorverstaendnis und Methodenuhwal in der Rechtsfindung*, trad. Patti-Zaccaria, Napoli, 1983), indicò, con quella parola di straordinaria efficacia, la supponente precomprensione dell'interprete che, nell'avvicinarsi al testo normativo, cancella ogni approccio calato in un contesto applicativo che ne ricerchi e ne predichi l'efficienza e ne colmi le deficienze, per seguire lo sterile percorso del proprio pre-convincimento che pieghi ad esso tutto ciò che, in realtà, egli non comprende.

scritto nel suo ambito applicativo (al pari del danno morale) entro il non opinabile e non valicabile confine del sintagma “valori/interessi” costituzionali, e nel suo ambito normativo, in seno al “novellato” art. 2059.

Questa nuova, coerente architettura dell’illecito troverà una ulteriore, autorevole conferma nella sentenza delle sezioni unite della Corte suprema del marzo 2006<sup>39</sup>, che, sia pur in relazione ad una specifica e peculiare vicenda come quella del demansionamento e della dequalificazione di un lavoratore subordinato, affermerà (in una linea di ideale continuità con le pronunce del 2003, benché a livello di *obiter dictum*) che «*il danno non patrimoniale all’identità professionale sul luogo di lavoro, all’immagine o alla vita di relazione o comunque alla lesione del diritto fondamentale del lavoratore alla libera esplicazione della sua personalità nel luogo di lavoro è tutelato dagli artt. 1 e 2 della Costituzione*»; specificando, in relazione a tale vicenda di danno, che esso consiste «*in ogni pregiudizio che l’illecito (datoriale) provoca sul fare a-reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita e gli assetti relazionali che gli erano propri, sconvolgendo la sua quotidianità e privandolo di occasioni per la espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno*»; ed aggiungendo ancora che «*il danno esistenziale si fonda, peraltro, sulla natura non meramente emotiva e interiore propria del cd. danno morale, ma oggettivamente accertabile del pregiudizio*», per concludere, avuto riferimento al profilo probatorio in relazione al quale era insorto il contrasto di giurisprudenza, che «*non è sufficiente la prova della dequalificazione dell’isolamento e della forzata in operatività... ma è necessaria quella di tutto ciò che concretamente ha inciso in sen-*

*so negativo nella sfera del lavoratore*», con la sola differenza, rispetto al danno biologico, che, «*mentre questo non può prescindere dall’accertamento medico legale, quello esistenziale può essere verificato mediante la prova testimoniale, documentale o presuntiva che dimostri, nel processo, i concreti cambiamenti che l’illecito ha apportato in senso peggiorativo della qualità della vita del danneggiato: non meri dolori, ma scelte di vita diverse*». <sup>40</sup>

Sembrava a questo punto inevitabile convenire, anche se solo in parte, con chi<sup>41</sup>, aveva opinato che i giudici di legittimità, non avendo mai negato rilievo giuridico ad una certa area ricoperta dal danno esistenziale, avessero ritenuto che questa doveva essere sistematicamente ridefinita, accogliendone un’idea in termini di aspetto relazionale del danno alla salute<sup>42</sup> anche in mancanza del suo presupposto legale, e cioè di una lesione accertata sul piano medico legale: una definizione, dunque, di danno alla salute complessivamente inteso in termini sempre più omogenei a quelli affermati dall’organizzazione mondiale della sanità, «uno stato di completo benessere psico-fisico inteso non soltanto come assenza di malattia».

Sembrava altresì inevitabile che l’intero pianeta dell’illecito, così come rimodellato dagli interventi dei giudici di legittimità e costituzionali con le sentenze del 2003 e del 2006<sup>43</sup>, potesse a quel tempo strutturarsi secondo un generale criterio di razionalità e omogeneità.

Non era ancora chiara la relazione tra danno biologico e danno esistenziale, la tripartizione del 2003 avrebbe ingenerato non pochi equivoci ricostruttivi, la fenomenologia del danno ancora presentava contorni sfumati e in parte contraddittori, ma i principi che sembrarono chiari a quel tempo furono:

39. *In Foro it.*, 2006, I, p. 2334, con note di Cendon, *Voci lontane, sempre presenti sul danno esistenziale* e Ponzanelli, *La prova del danno non patrimoniale e i confini tra danno esistenziale e danno non patrimoniale*; *Corriere giur.*, cit., con nota di Monateri.

40. Parte della dottrina, a quel tempo, si è fulmineamente dichiarata (Monateri, *Le nuove regole*, cit.) certa che, con tale pronuncia, venisse «definitivamente sancita la natura del danno esistenziale, non emotiva e interiore (propria del danno morale) ma oggettivamente accertabile con riguardo al pregiudizio provocato al fare a-reddituale del soggetto leso» (e fin qui tutto bene), non diversamente, secondo l’autore (ma qui poco condivisibilmente, a sommosso giudizio di chi scrive), da come la categoria era stata proposta dalla scuola triestina, dopo che Paolo Cendon l’aveva creata e Patrizia Ziviz l’aveva “levigata”. Di opinione diametralmente opposta Chinè (*Cronaca di una morta annunciata: la parabola del danno esistenziale*, in *Corriere del merito*, 7/2006, p. 829), secondo il quale la categoria del danno esistenziale, avendo visto la luce per l’esigenza di ampliare il novero dei danni risarcibili in un sistema che rinveniva nella riserva di legge dell’art. 2059 un ostacolo insormontabile, avrebbe oggi perduto ogni contenuto precettivo e disciplinatorio (per effetto delle sentenze del 2003, riaffermative di un sistema bipolare in cui il rapporto tra 2043 e 2059 è completamente ridisegnato nel senso che il primo descrive tutti gli elementi costitutivi della unitaria fattispecie risarcitoria mentre il secondo, sul presupposto della ricorrenza di detti elementi, autorizza il risarcimento di danni non patrimoniali, di talché l’art. 2059 «è norma sul danno, non sull’illecito, estensiva della risposta risarcitoria già disciplinata dall’art.2043») e conservato un significato puramente descrittivo.

41. Franzoni, cit., 1388.

42. È questa limitazione al solo danno alla salute che non convince nella ricostruzione del danno esistenziale operata dall’autore, limitazione, peraltro, in alcun modo rinvenibile nei *dicta* della Cassazione e della Corte costituzionale

43. Cui fa richiamo, conformandovisi *in toto*, la successiva Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, in *Corriere giur.* 10/2006, p. 1382, con nota di Franzoni.

- che il danno patrimoniale è risarcibile ex art. 2043 cc, quello non patrimoniale ex art. 2059 cc in una interpretazione costituzionalmente orientata;
- che la categoria del danno patrimoniale si articola nelle due sotto-voci del lucro cessante e del danno emergente;
- che la categoria del danno non patrimoniale si articola a sua volta in un sottosistema composto dal danno biologico in senso stretto, dal danno esistenziale, dal danno morale soggettivo;
- che il danno biologico e il danno esistenziale hanno morfologia omogenea (entrambi integrando una lesione di fattispecie costituzionali, quella alla salute il primo, altri “valori/interessi” il secondo) ma funzioni diversificate (anche per volontà del legislatore ordinario);
- il danno morale soggettivo si caratterizza invece per una diversa ontogenesi, restando circoscritto nella sfera interiore del sentire, mai destinata all’obbiettivo esteriorizzazione;
- tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono incondizionatamente risarcibili entro i limiti della riserva di legge di cui all’art. 2059 cc;
- tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili anche oltre quei limiti se (e solo se) il comportamento del danneggiante leda valori/interessi costituzionalmente tutelati (e il superamento del limite della riserva di legge vale tanto per l’una quanto per l’altra categoria di danno, come si legge testualmente nella sentenza 8828/2003 della S.C.);
- tanto il danno esistenziale quanto il danno morale soggettivo sono risarcibili se (e solo se) di entrambi il danneggiato fornisca la prova, non esistendo “danni *in re ipsa*”<sup>44</sup>;
- il criterio della gravità dell’offesa al bene tutelato non è stato recepito né dalla cassazione né dai giudici costituzionali, di talché anche un’offesa “lieve” sarà risarcibile, alla imprescindibile condizione, peraltro, che essa leda i predetti valori/interessi costituzionali.

Questa tela da *Lebendesrecht* - che sembrava ormai destinata a stabilizzarsi consentendo così di procedere, finalmente, lungo il costruttivo sentiero della individuazione di una tavola di valori costituzionali rilevanti, di opportuni criteri probatori, di credibili criteri risarcitori - si lacera bruscamente per effetto di due successive sentenze della III sezione della Corte di cassazione<sup>45</sup>, rispettivamente del luglio e del novembre 2006<sup>46</sup>.

Limitando alla sola pronuncia del mese di novembre alcune brevi riflessioni, va premesso che non convince, già sul piano strettamente lessicale, la sostanziale idiosincrasia mostrata per il sintagma “danno esistenziale”, volta che, «ai fini dell’art. 2059, non può farsi riferimento ad una generica categoria di “danno esistenziale”, poiché attraverso questa via si finisce per portare anche il danno non patrimoniale nell’atipicità, sia pur attraverso l’individuazione dell’apparente tipica figura categoriale del danno esistenziale».

Per meglio far intendere la portata del problematico principio di tipicità del danno non patrimoniale, si specifica che, «mentre per il risarcimento del danno patrimoniale, con il solo riferimento al danno ingiusto, la clausola generale e primaria dell’art. 2043 cc comporta un’atipicità dell’illecito, come esattamente affermato a seguito degli arresti della S.C. nn. 500 e 501 del 1999, eguale principio di atipicità non può essere affermato in tema di danno non patrimoniale risarcibile. Infatti la struttura dell’art. 2059 cc limita il risarcimento del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge».

Ma così argomentando, le due fattispecie, del danno e dell’illecito, divengono entità omogeneamente sincroniche, e sincronicamente comparabili tra esse.

Ora, se non pare seriamente revocabile in dubbio il generalissimo principio dell’atipicità dell’illecito italiano, lasciava oltremodo perplessi il raffronto “orizzontale” tra il fatto illecito “atipico” e la (presunta) “tipicità del danno non patrimoniale risarcibile”.

Non è questa la sede per approfondire il tema dei rapporti tra norma di fattispecie (l’art. 2043) e norma di disciplina (l’art. 2059) che quella fattispecie

44. Parte della dottrina (Franzoni, *Il danno esistenziale è il nuovo danno non patrimoniale*, in *Corriere giur.*, 9/2006, pp. 1185 ss.) insiste, invece, anche recentemente, sul concetto di danno morale soggettivo inteso come danno *in re ipsa* per differenziarlo dal danno alla salute *lato sensu*, attribuendogli tuttora una (non condivisibile) funzione mista, nella quale la componente punitiva di sanzione civile indiretta “sarebbe prevalente su quella solidaristica”, nonostante il (sostanzialmente) contrario avviso della giurisprudenza (in specie, delle tre sentenze gemelle di cui a Cass. 7281, 7282 e 7283 del 2003, secondo cui, testualmente, «il danno morale soggettivo non comporta la punizione del responsabile bensì mira al risarcimento del danneggiato dal fatto illecito anche se leso in interessi non economici»).

45. Avvisaglia delle quali si rinveniva già in Cass. sez. III 25 luglio 2005, n. 15022 (dello stesso estensore), in *Resp. Civ. prev.*, 2006, p. 91, con nota di Cendon, *Danno esistenziale: segreti e bugie*.

46. Cass. 17 luglio 2006, n. 15760, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1375, con nota di Ponzanelli, *Pacs, miopia giornalistica e controllo della cassazione sulla quantificazione del danno*; Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *Danno e responsabilità* 3/2007, pp. 16 ss., con nota, ancora, di Ponzanelli, *La lettura costituzionale dell’art. 2059 esclude il danno esistenziale*.

postula come compiutamente realizzata nei suoi elementi costitutivi (il fatto, la colpevolezza, il nesso di causa, l'ingiustizia del danno). Certo è che, solo dopo aver accertato, sul piano normativo indicato dall'art. 2043, l'esistenza degli elementi costitutivi dell'illecito extracontrattuale in relazione a qualsiasi tipo di danno, è lecito occuparsi dei danni stessi sotto il profilo delle conseguenze (ché, se il legislatore avesse optato per un sistema tipizzato di illecito aquiliano, enumerando specificamente quali fatti fossero da ritenersi produttivi di danni risarcibili, non si sarebbe posto in alcun modo il problema e la necessità del criterio dell'ingiustizia del danno quale parametro di rilevanza genetica e funzionale del torto aquiliano).

Vero è che IL FATTO generatore del danno ingiusto appartiene ad una struttura aperta di illecito civile, e in questi sensi quel fatto è SEMPRE atipico, qual che sia la specie di danni (patrimoniali e non) ad esso collegata. Altro problema ed altro piano di analisi è quello della (supposta) atipicità del DANNO patrimoniale, rispetto ad una pretesa tipicità di quello non patrimoniale.

Sostenere che il danno patrimoniale abbia carattere atipico, ripetendo esso tale connotato dal generico formante dell'ingiustizia, sembra, peraltro, un assai probabile paralogismo, dacché, una volta integrati gli estremi del fatto illecito, una volta individuati ("tipizzati") i suoi elementi soggettivi e oggettivi con riferimento al caso di specie, il conseguente danno sarà sempre "tipico", sarà, cioè risarcibile nella duplice forma *del lucro cessante* e *del danno emergente* con riferimento a quella (già verificata e ormai tipizzata) fattispecie complessa integrata dalla condotta dell'agente, dall'evento, dal doppio nesso di causa.

Discorrere (sia pur implicitamente) di "atipicità del danno patrimoniale" come conseguenza della atipicità dell'illecito disciplinato dall'art. 2043, poiché quel danno non sarebbe "determinato dalla legge", significa ricostruire la stessa categoria della "atipicità" come immanente a tutto il sistema civilistico italiano, perché anche una compravendita sarà, secondo tale criterio, "atipica" perché non vi è predeterminazione *ex lege* del relativo oggetto, del relativo prezzo, delle relative parti contraenti.

Ma la stessa pretesa "tipicità" del danno non patrimoniale, pur volendo seguire la (poco condivisibile) strada tracciata dalla sentenza non pare poi così

certa come mostra di ritenere il giudice di legittimità. In realtà, una "tipicità secolarizzata" conseguente alla formulazione della norma nell'anno della sua originaria formulazione, il 1942, pareva inevitabilmente destinata a stemperarsi in una sorta di "tipicità atipica" (si perdoni l'ossimoro) per effetto dell'"apertura" del danno non patrimoniale ad una serie (a tutt'oggi) indeterminata di valori/interessi costituzionali, specie alla luce del disposto dell'art. 2 della Carta fondamentale.

La sua originaria tipicità trasmutava così in una tipicità relativa, da "rinvio recettizio aperto" (tanto che lo stesso legislatore del '42 significativamente non parla di casi "espressamente" determinati dalla legge), da ritenersi operante non solo con riferimento alle norme costituzionali, ma anche a quelle ordinarie non "espresse"<sup>47</sup>, quale l'art. 844 in tema di immissioni, che la stessa giurisprudenza di legittimità, nel 1995, ritenne norma definitoria di una fattispecie di (illecito e) di danno non patrimoniale (pur traendone l'erronea conseguenza, comprensibile per l'epoca, che l'area di incidenza di quel danno fosse ancora riconducibile all'art. 2043).

Perdeva sostanza, così, il primo argomento (quella della eterogenesi del danno) che la sentenza in commento (e l'indulgente commentatore)<sup>48</sup> avevano ritenuto di porre a fondamento dell'operazione di *policy* del danno non patrimoniale e di ghigliottinamento del danno esistenziale, nonostante il faticoso lavoro di tessitura, anche costituzionale, iniziato nel 2003 e portato a compimento con la sentenza delle sezioni unite del marzo 2006, che aveva ricondotto a sostanziale unità il pianeta (dell'illecito e) del danno civile.

Non miglior sorte pareva riservata al secondo argomento "forte" della sentenza, quello secondo il quale (nel comprensibile anelito di dimostrarsi in "non contraddizione" con il *dictum* delle sezioni unite), il danno esistenziale sarebbe confinato...entro i confini del rapporto contrattuale, tale essendo la fattispecie in concreto risolta dalla sentenza del marzo 2006.

Se così fosse stato, nell'imbarbarci nel danno esistenziale saremmo di certo al cospetto non solo di una entità pressoché ineffabile, ma anche inquietante e proteiforme.

Esisterebbe un danno esistenziale da rapporto contrattuale – quale quello di lavoro, che ripete la sua ragion d'essere dall'art. 2087 – e un danno "altro",

47. Norme diverse, cioè, da quelle espresse (oltre all'art. 185 cp), quale l'art. 2 della legge 117/88 sul risarcimento dei danni non patrimoniali derivanti dalla privazione della libertà personale, l'art. 29 della legge 675/1996, in tema di modalità illecite nella raccolta di dati personali; art. 44 del d.lgs 2986/1998, quanto all'adozione di atti discriminatori per motivi razziali; l'art. 2 della legge 89/2001 in tema di ragionevole durata del processo).

48. Consapevole delle perplessità che un'affermazione siffatta è destinata a generare, l'annotatore della sentenza, con ammirevole perizia lessicale, fa suo "acrobaticamente" il concetto scrivendo che «il danno patrimoniale soddisfa... una filosofia di atipicità dell'illecito civile... mentre il danno non patrimoniale rimane strutturalmente tipico».

ma non esistenziale, da esorcizzare sul piano lessicale prima ancora che concettuale, perché, «*ai fini dell'art. 2059 non può farsi riferimento ad una generica categoria di danno esistenziale dagli incerti e non definiti confini*».

Eppure, una volta esclusa la “panesistenzialità” del danno non patrimoniale collegato all'art. 2043 dalla scuola triestina, la sua feconda intuizione fu proprio quella di individuare e isolare il duplice, distinto aspetto del danno alla persona.

Apparentemente divaricatisi, per volontà del legislatore ordinario, i destini delle due forme di danno, quello biologico (cui la legge riconnette l'ineludibilità di un accertamento medico) e quello «conseguente alla lesione di altri valori della persona costituzionalmente protetti», differenziatesi anche funzionalmente le forme del danno morale soggettivo e del danno «conseguente alla lesione di altri valori della persona costituzionalmente protetti», l'essenza del danno esistenziale apparve quella per cui esso *si proietta all'esterno*, influenza e talvolta devasta uno stile, un modo, un senso, una ragione di vita.

Chi ha osservato anche una sola volta “svivere” un genitore che ha perduto un figlio adolescente contro ogni legge di natura sa che “quello” (anche quello) è il suo danno esistenziale (e la sua dannazione esistenziale): il più delle volte, la fine di una vita esterna, mentre il morso del dolore interiore con il tempo volge lentamente a parziale ed elaborato lenimento.

E non si intendeva davvero quali pudori, quali resistenze ancora residuassero nel definire quel danno come esistenziale, nel riconoscere quanto esso incida con violenza più o meno devastante sulla vita futura dell'individuo che l'ha subito, nell'annettervi forme risarcitorie (non certo duplicate o triplicate) funzionali a “riparare” l'assolutamente irreparabile<sup>49</sup>.

Il danno esistenziale non apparve più, dopo il 2003, “figura dagli incerti confini”, ma categoria di danno non patrimoniale che, insieme con il danno morale soggettivo, trovava la sua piena dignità e il suo diritto di piena cittadinanza nell'universo dell'illecito civile.

Tutte le volte che il comportamento dell'agente andava a ledere quella complessa tavola di valori costituzionalmente tutelati, tutte le volte che la lesione avesse significativamente inciso sullo stile di vita precedente del danneggiato, allora senza timore il danno sofferto mostrava i suoi caratteri “esistenziali”.

Ma d'improvviso la storia del danno alla persona viene segnata da un doloroso arresto: la progressiva “biologizzazione” della sofferenza, il desolante impoverimento della sua verità, che attraversa un lungo processo apparentemente destinato a raggiungere il suo definitivo compimento alla significativa data dell'11 novembre 2008.

Il codice genetico del danno biologico – felice intuizione giurisprudenziale destinata a scardinare, negli anni 70, l'arido sistema pan-patrimonialistico che ispirò il legislatore del 1942 (cancellando la storica ancillarità del danno non patrimoniale al reato penale) attraverso una altrettanto rivoluzionaria *Drittwirkung* costituzionale – viene progressivamente alterato nel momento in cui, dalla sua ampia accezione *di danno relazionale*, viene imprigionato nella camicia di Nesso della «lesione medicalmente accertabile».

L'errore concettuale che si annida nell'evoluzione delle nuove riflessioni sul danno alla persona sta proprio nell'inopinato quanto inarrestabile processo di centralizzazione del danno biologico in seno al “giuridicamente risarcibile benché non patrimoniale”; né si è mai riflettuto abbastanza sul significato di una definizione codicistica del danno alla persona che ne opera una negazione per comparazione (il danno “non” patrimoniale, rispetto al quello che si ritiene invece l'essenza prima del danno, la sua verità, la sua realtà tangibile, la sua autenticità: e cioè la sua patrimonialità).

Eppure, a far data dall'entrata in vigore della Carta costituzionale, la persona e non il patrimonio assumerà un ruolo centrale nell'universo del tutelabile e del risarcibile, pur se resta amara la consapevolezza che compito del giurista è l'avvilente trasformazione del dolore in denaro.

49. Né vale replicare che questo tipo di danno viene oggi risarcito da tutti i giudici della penisola: quello che preme evidenziare è che ogni tipo di danno esistenziale così morfologicamente inteso, senza arrivare all'acme dell'esempio del testo, va (provato e) risarcito: quello del musulmano discriminato per le sue convinzioni religiose che abbia visto chiudersi gli usci della vita pubblica e privata della sua cittadina, quello del magistrato illegittimamente trasferito che ha perso la ventennale organizzazione di vita familiare, amicale, ludica e sportiva, quello dell'arrestato clamorosamente innocente che per mesi e mesi dopo l'arresto abbia subito l'ostracismo di tutti, compreso i suoi familiari, dai quali sia stato messo al bando, quello di colui il quale, vistasi pubblicata una corrispondenza riservata, sia stato abbandonato da moglie e figli. Gli esempi potrebbero continuare, senza che, tra essi, possano seriamente essere ricomprese quelle vicende puramente bagattellari (i cd. *Bagattellenschaden* della dottrina tedesca, che un progetto di legge di quel Paese voleva espressamente codificare come non risarcibili *tout court*), quali il taglio dei capelli sbagliato alla signora che va al concerto, la forzatura del bloccasterzo della nuova moto del giovane rampollo di buona famiglia, la piega dei pantaloni del vestito troppo lunga per il *dandy* atteso da un *party* notturno, e l'ulteriore, sterminata teoria di esempi che può trarsi dalle innumerevoli pronunce *in subiecta materia* dei giudici di pace, inconsapevoli del fatto che, predicando la risarcibilità di queste vere e proprie “barzellette della vita” - che non ledono punto alcun valore non soltanto costituzionale, ma anche e soprattutto di una vita di persone sane di mente -, finivano per indebolire concettualmente la categoria e la dignità del danno esistenziale.

Il brusco arresto del 2008 ricondurrà a formale unità la super-categoria del danno alla persona, il danno biologico assume dignità di primo motore immobile del sistema, il danno morale pare dissolversi in tinte nebulose e incerte (se ne predica la natura di «categoria da abbandonare perché priva di solide basi giuridiche»), il danno esistenziale è confinato nell'orbita della “mera sintesi descrittiva” di alcuni pregiudizi a-patrimoniali.

Vero è che l'inquietante sintagma “danno esistenziale” sconta il (vero) peccato originale della mancanza di una precisa identificazione, *ex ante*, di un interesse giuridicamente rilevante sul piano costituzionale.

L'*Inversion-Method* della ricostruzione della fattispecie, specie nella giurisprudenza di prossimità, posporrà, erroneamente, alla ricerca *a monte* della situazione soggettiva tutelata dalla Costituzione l'individuazione *a valle* delle conseguenze pregiudizievoli del fatto lesivo sulla vita di relazione della persona danneggiata (con conseguenze talvolta risibili, come il “danno” da rottura del tacco dell'elegante signora in vacanza al mare, o la non soddisfacente acconciatura dei capelli della sposa il giorno del suo matrimonio) per dirle *ipso facto* risarcibili.

Sia pur ancora non del tutto correttamente, come di qui a breve si vedrà, la tricotomia del 2003 sembrava aver fatto giustizia dei danni cd. bagattellari, se, per “esistenziale” si intese alfine quel danno *non biologico* conseguente alla lesione “di altri valori/interessi costituzionalmente tutelati”, mentre il danno morale conservava i suoi caratteri di sofferenza soggettiva interiore, sia pur “temporanea e transeunte”.

La collocazione imposta al danno alla persona nell'asfittica galassia del danno biologico («*costituisce duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico e del danno morale ...*»), anziché correggere e modificare una prospettiva, pur incoraggiante, volta ad una più idonea individuazione dell'autentica essenza della sofferenza, ne svilisce i contenuti, nell'intento (certo non incontestabile, *in parte qua*) di razionalizzare l'intero sistema risarcitorio, così inaridendo i sentieri.

L'errore concettuale, già pericolosamente annidato nella tripartizione del 2003 – che pure aveva meritoriamente individuato un referente normativo *ex ante* al danno esistenziale nell'interesse/valore diverso dal diritto alla salute a copertura costituzionale – si perpetua e si aggrava nel disegnare il danno biologico come centro di sistema, referente normativo e parametro risarcitorio sostanzialmente unitario, apparentemente idoneo a fagocitare in sé il danno morale.

La realtà del danno alla persona è diversa.

Quello alla salute non è altro che *un* danno derivante dalla lesione di *uno* dei diritti (interessi/valori) costituzionalmente tutelati, è *species* di un più vasto *genus* del tutto omogeneo, ove non sono a predicarsi diritti *primi inter pares* piuttosto che *Grundsätze* normative (come lo è la dignità per il costituente tedesco) a struttura piramidale, ma solo diritti tra loro di volta in volta definiti dalla Carta costituzionale come *inviolabili, fondamentali* (ovvero non definiti per nulla).

Diritti a tutela costituzionale.

Nient'altro.

La violazione di quelli che, trattandosi di *vulnera* arrecati alla persona, piacerebbe definire *valori* costituzionalmente garantiti (piuttosto che diritti inviolabili, in realtà in numero di quattro, in Costituzione, tra essi *non incluso quello alla salute*, non a caso definito *fondamentale*, e non inviolabile), ha, come sua conseguenza, *la sofferenza umana*.

Sofferenza che si nutre di due diversi e non sovrapponibili momenti.

Nel danno biologico come in ogni altro danno da lesione di valori della persona.

Di “speciale”, nel danno biologico, oltre ad un “nome” che lo specifica e lo individua (ma la lettura di qualche riflessione di Jacques Lacan sul “significato” del nome non sarebbe un fuor d'opera), v'è l'esistenza delle “lesione medicalmente accertabile”. Ma da quella “lesione” (del diritto alla salute) scaturiscono poi le stesse, immutabili conseguenze che colorano la sofferenza: *il dolore interiore* (non il mal di testa o le nevralgie), *la vita che cambia*.

Nel non facile cammino intrapreso dalla giurisprudenza negli anni '70, quando a Genova nasce il danno biologico, questa realtà sembrò palpabile nel concepire un danno alla salute *di tipo relazionale*, che ricomprendesse in sé anche le conseguenze “dinamiche” di quel danno<sup>50</sup>.

Alla “categoria” del danno biologico verranno così ricondotte diacronicamente altre tipologie di lesioni alla persona.

Vi è stato un tempo, nella storia della giurisprudenza di questo Paese, in cui quelle lesioni vennero proiettate, in una concezione non più soltanto statica ma dinamica della “salute”, nella dimensione esistenziale della persona, cogliendone gli aspetti di necessaria tutela.

Così a titolo di danno biologico, pur in mancanza di un accertamento medico-legale della lesione della salute fisico-psichica, verranno risarciti: al *coniuge*, i pregiudizi conseguenti all'impossibilità, nell'ambito del rapporto coniugale, di svolgere una normale vita

50. La terminologia «*danno statico - danno dinamico*» è ancora adottata, di recente, da Cass. 29191/2008.

sessuale<sup>51</sup>; alla *lavoratrice*, in caso di molestie sessuali da parte del datore di lavoro, il danno per comportamenti lesivi dell'integrità psicofisica<sup>52</sup>; ai *genitori della vittima di un incidente stradale* il danno alla serenità domestica<sup>53</sup>; ai *genitori del bambino nato benché non voluto* il danno da *wrongful birth*, anch'esso ricondotto nell'ambito del danno biologico<sup>54</sup>.

La stessa, progettata normativa europea in ambito contrattuale evolve nel senso di riconoscere esplicitamente quello che viene significativamente definito "danno morale" anche in materia negoziale, senza alcun limite di copertura costituzionale degli interessi lesi.

L'art. 9.501 dei principi di diritto europeo dei contratti stabilisce che il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende: a) il danno non patrimoniale; b) il danno futuro ragionevolmente prevedibile.

Nel *Draft Common Frame of reference*, l'art. III-3:701, in sede di disciplina del *right of damages*, specifica che il termine *Loss... includes economic and non economic loss... non economic loss includes pain and suffering and impairment* (menomazione) *of the quality of life*.

Per l'art. 7.4.2 dei principi Unidroit, infine, il danno "può essere di natura non pecuniaria e comprendere la sofferenza fisica e morale".

Si discorre, dunque, di danni riconducibili ad una nozione molto ampia del concetto di salute, sostanzialmente coincidente con il benessere esistenziale, ma che ovviamente, per essere acquisiti al sistema attraverso la categoria del danno biologico, avrebbero richiesto che l'accertamento di tale danno venisse disancorato dalla valutazione medico-legale della lesione della salute psico-fisica. In ciò trovando l'opposizione di gran parte degli stessi fautori del danno biologico.

Ma questa è storia passata.

Troppo lungo e complesso, oltre che assai poco compatibile con i limiti di questo scritto, sarebbe ripercorrere le ulteriori tappe dell'infinita storia del danno non patrimoniale.

Siamo ai giorni nostri.

Alle rinnovate e talvolta più avvedute posizioni che la giurisprudenza di legittimità (commentata con toni assai alterni da non sempre avveduta dottrina)

ha assunto dopo l'arresto (in senso non soltanto figurato) del 2008 saranno dedicate le brevi (e largamente incomplete) riflessioni che seguono.

Una prima considerazione, poco più che simbolica.

Su di un piano generale, il nostro ordinamento positivo conosce e disciplina (soltanto) gli istituti *del danno emergente e del lucro cessante* (art. 1223 cc) e le fattispecie *del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale* (art. 2059 cc).

Alla ricerca del significato perduto della pretesa unitarietà del danno non patrimoniale, a più riprese affermata dalle sezioni unite nel 2008, l'interprete ha da affannarsi ad immaginare una "unitarietà" predicata rispetto alla lesione di qualsiasi interesse costituzionalmente rilevante e non suscettibile di valutazione economica.

Natura unitaria sta allora a significare che non v'è alcuna diversità nell'accertamento e nella liquidazione del danno causato dalla lesione di un diritto costituzionalmente protetto, sia esso costituito dalla lesione alla reputazione, alla libertà religiosa o sessuale, piuttosto che a quella al rapporto parentale.

Natura onnicomprensiva sta invece a dire che, nella liquidazione di qualsiasi pregiudizio non patrimoniale, il giudice di merito deve tener conto di tutte le conseguenze che sono derivate dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie, attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, e di non oltrepassare una soglia minima di apprezzabilità, onde evitare risarcimenti cd. bagattellari<sup>55</sup>.

Al di là ed a prescindere dalla ricerca di non indispensabili tassonomie classificatorie, ciò che conta è l'indagine *sulla reale fenomenologia del danno alla persona*, negando la quale il giudice rischia di incorrere in un errore assai grave.

Quello di sostituire una sovrastruttura di pensiero ammalata di precomprensione alla realtà fenomenica della vita umana.

Oggetto del processo, quando il giudice è chiamato ad occuparsi della persona e dei suoi diritti fondamentali, è, nel prisma polimorfo del danno non patrimoniale, la sofferenza umana conseguente alla lesione di un diritto costituzionalmente protetto.

Le sentenze del 2008 offrono, in proposito, una espressa e non equivoca indicazione nella (miglior)

51. Cass. 11 novembre 1986, n. 6607, in *Foro it.*, 1987, p. 833.

52. Cass. 17 luglio 1995, n. 7768, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 1109.

53. Trib. Milano 16 maggio 1988, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 152.

54. Cass. 1 dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. it.*, 1999, p. 2038.

55. In tali termini, del tutto condivisibilmente, Cass. 4379/2016.

parte della motivazione ove si discorre di *centralità della persona e di integralità del risarcimento del valore uomo* – così dettando un vero e proprio statuto ideale del danno non patrimoniale per il nuovo millennio.

La stessa (meta)categoria del danno biologico fornisce a sua volta risposte al quesito circa la “sopravvivenza descrittiva” del cd. danno esistenziale, se è vero come è vero che “esistenziale” è quel danno che, in caso di lesione della stessa salute, si dipana *nella sfera dinamico-relazionale del soggetto*, come conseguenza della lesione medicalmente accertabile.

Queste considerazioni confermano la necessità di una interpretazione (a voler essere generosi) “estensiva” delle sentenze del 2008, condotta, prima ancora che secondo una logica interpretativa di tipo formale-deduttivo, attraverso una ermeneutica di tipo induttivo che, *dopo aver identificato la situazione soggettiva protetta a livello costituzionale*, consenta poi all’interprete una rigorosa analisi – ed una conseguentemente rigorosa valutazione, *sul piano della prova* – tanto dell’aspetto interiore del danno (la sofferenza morale) quanto del suo impatto modificativo *in pejus* rispetto alla vita quotidiana (il danno cd. esistenziale, in tali sensi rettammente inteso, ovvero, se si preferisca un lessico meno inquietante, *il danno alla vita di relazione*).

In questa semplice realtà naturalistica si cela la risposta (e la conseguente, corretta costruzione di categorie che non cancellino la fenomenologia attraverso sterili formalismi pseudo-unificanti) all’interrogativo circa la reale natura e la vera, costante, duplice essenza del danno alla persona:

- la sofferenza interiore
- le dinamiche relazionali di una vita che cambia.

Una indiretta quanto significativa indicazione in tal senso si rinviene nel disposto dell’art. 612-bis del codice penale, che, sotto la rubrica intitolata “*Atti persecutori*”, dispone che sia «punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare *un perdurante e grave stato di ansia o di paura* (ovvero da ingenerare *un fondato timore* per l’incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva), *ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita*».

Sembrano efficacemente scolpiti, in questa disposizione di legge – per quanto destinata ad operare in un ristretto territorio del diritto penale – i due autentici momenti essenziali della sofferenza dell’individuo: il dolore interiore, e/o la significativa alterazione della vita quotidiana.

*Danni diversi* e perciò solo entrambi *autonomamente risarcibili*, ma se, e solo se, *rigorosamente*

*provati caso per caso*, al di là di sommarie quanto imprevedibili generalizzazioni (ché anche il dolore più grave che la vita può infliggere, come la perdita di un figlio, può non avere alcuna conseguenza in termini di sofferenza interiore e di stravolgimento della propria vita di relazione per un genitore che, quel figlio, aveva da tempo emotivamente cancellato, vivendo addirittura come una liberazione la sua scomparsa; ché anche la sofferenza più grande che un figlio può patire, quale la perdita per morte violenta di un genitore, non implica *ipso facto* la risarcibilità del danno, se danno non vi fu perché, da tempo, irrimediabilmente deteriorato e sfociato in odio il rapporto parentale).

E se è lecito ipotizzare, come talvolta si è scritto, che la categoria del danno “esistenziale” risulti “indefinita e atipica”, ciò appare la probabile conseguenza dell’essere la stessa dimensione della sofferenza umana, a sua volta, “indefinita e atipica”.

A tali riflessioni fa eco la recente pronuncia del giudice delle leggi, n. 235/2014, predicativa della legittimità costituzionale dell’art. 139 del codice delle assicurazioni, sentenza la cui (non superficiale o volutamente parziale) lettura conduce a conclusioni non dissimili.

Si legge, difatti, al punto 10.1 di quella pronuncia, che «*la norma denunciata non è chiusa, come paventano i remittenti, alla risarcibilità anche del danno morale: ricorrendo in concreto i presupposti del quale, il giudice può avvalersi della possibilità di incremento dell’ammontare del danno biologico, secondo la previsione e nei limiti di cui alla disposizione del comma 3 (aumento del 20%)*».

La limitazione *ex lege* dell’eventuale liquidazione del danno morale viene così motivata dal giudice delle leggi:

«*In un sistema, come quello vigente, di responsabilità civile per la circolazione dei veicoli obbligatoriamente assicurata – in cui le compagnie assicuratrici, concorrendo ex lege al Fondo di Garanzia per le vittime della strada, perseguono anche fini solidaristici, l’interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi*» (punto 10.2.2.).

La Corte prosegue, poi, significativamente, sottolineando come “l’introdotta meccanismo *standard* di quantificazione del danno – *attinente al solo, specifico e limitato settore delle lesioni di lieve entità* e coerentemente riferito alle conseguenze pregiudizievoli registrate dalla scienza medica in relazione ai primi nove gradi della tabella – lascia comunque spazio al giudice per personalizzare l’importo risarcitorio risultante dall’applicazione delle suddette predisposte tabelle, eventualmente maggiorandolo fino a un

quinto in considerazione delle condizioni soggettive del danneggiato”.

Il danno biologico da micropermanenti, definito dall'art. 139 codice delle assicurazioni private prima della riforma del 2017 come «*lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona suscettibile di accertamento medico-legale che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato*», può essere «aumentato in misura non superiore ad un quinto, con equo e motivato apprezzamento delle condizioni soggettive del danneggiato» secondo la testuale disposizione della norma: il giudice delle leggi ha voluto esplicitare una volontà legislativa che, alla luce delle considerazioni svolte, limitava la risarcibilità del danno biologico da micro permanente ai valori tabellari stabiliti *ex lege*, contestualmente circoscrivendo l'aumento del *quantum* risarcitorio in relazione alle condizioni soggettive del danneggiato – e cioè attraverso la personalizzazione del danno, senza che «la norma denunciata sia chiusa al risarcimento anche del danno morale» – al 20% di quanto riconosciuto per il danno biologico.

Viene così definitivamente sconfessata, al massimo livello interpretativo, la tesi predicativa della “unicità del danno biologico”, qual sorta di *Leviathan* dell'intero universo risarcitorio “non” patrimoniale.

Non diversamente, la Corte di Giustizia, con la sentenza del 23 gennaio 2014 (C-371/012) riterrà non contrario ai principi del diritto comunitario la disciplina dell'art. 139 cod.ass.priv. «*nella parte in cui limita il risarcimento del danno non patrimoniale (ed in particolare del danno morale) rispetto a quanto ammesso in materia di risarcimento di danni identici risultanti da cause diverse da detti sinistri*», aggiungendo che «*la liquidazione del danno morale, se e in quanto dimostrata, non è impedita dall'art. 139 cod.ass.priv., ma semmai, come confermato dal Governo italiano, limitata entro la misura stabilita dalla norma*».

Anche all'interno del micro-sistema delle micro-permanenti, resta ferma (né avrebbe potuto essere altrimenti, non potendo le sovrastrutture giuridiche ottusamente sovrapporsi alla fenomenologia della sofferenza) la distinzione concettuale tra sofferenza interiore e incidenza sugli aspetti relazionali della vita del soggetto.

Ogni *vulnus* arrecato ad un interesse tutelato dalla Carta costituzionale si caratterizza, pertanto, per la sua doppia dimensione del danno relazione/proiezione esterna dell'essere, e del danno morale/interiorizzazione intimistica della sofferenza.

E se un paragone con la sfera patrimoniale del soggetto fosse lecito proporre, appare assai suggestiva quella sorta di *carsica* (quanto involontaria!) simmetria del danno alla persona con la altrettanto

duplice dimensione del danno patrimoniale: *il danno emergente* è danno “interno”, che incide sul patrimonio già esistente del soggetto, *il lucro cessante* è, di quel patrimonio, proiezione dinamica ed “esterna”.

La, duplice, simmetrica dimensione della sofferenza risulta, pertanto, definitivamente scolpita nella sua reale essenza, e si colloca, con disarmante semplicità, nell'orbita di un dettato costituzionale che, con lucida visione del futuro, pose la persona al centro dell'intero sistema normativo.

Se nel danno biologico la componente relazionale della sofferenza è normativamente definita come la conseguenza della lesione della salute che incide sugli aspetti dinamico relazionali del soggetto, la stessa componente relazionale andrà indagata e, se provata, risarcita, con riferimento a tutte le altre ipotesi di lesione dei diritti, degli interessi e dei valori della persona cristallizzati nella norma costituzionale.

Non di tripartizione di fattispecie, non di unitarietà di categorie, non di aspetti meramente descrittivi sarà allora ancor lecito discorrere, volta che, nella lesione della salute come di tutti gli altri diritti costituzionalmente protetti, gli aspetti fenomenologici del danno (ipoteticamente concorrenti, ma talvolta anche autonomamente e singolarmente predicabili) *sono e saranno sempre due*: quello della modificazione della vita di relazione, quello della sofferenza interiore.

Così, superando sterili ed affannate diatribe terminologiche, sarebbe sufficiente al giurista (o presunto tale) dismettere il supponente abito di *peritus peritorum*, per ascoltare la voce della scienza psicologica, psichiatrica, psicoanalitica, che comunemente insegna, nell'occuparsi dell'essere umano, che ogni individuo è, immutabilmente, *relazione e dialogo con se stesso* ed ancora *rappporto con tutto ciò che rappresenta “altro da se”*, secondo dinamiche chiaramente differenziate tra loro, se è vero come è vero che un evento destinato ad incidere sulla vita di un soggetto può (e viceversa potrebbe non) cagionarne conseguenze sia di tipo interiore (non a caso, rispetto al dolore dell'anima, la scienza psichiatrica discorre di resilienza), sia di tipo relazionale, ontologicamente differenziate le une dalle altre, non sovrapponibili sul piano fenomenologico, necessariamente indagabili, caso per caso, quanto alla loro concreta (e non automatica) predicabilità e conseguente risarcibilità.

E tali conseguenze non sono mai catalogabili secondo universali quanto vietati automatismi, poiché non esiste una tabella universale della sofferenza.

Ma, se tabella ha da essere, che si considerino, separatamente, entrambi gli aspetti della sofferenza, senza dimenticare che gli uni e gli altri, o gli uni o gli altri, appartengono a dimensioni diverse della vita dell'uomo.

È questo il compito cui è chiamato il giudice della responsabilità civile - che non è il giudice delle servitù

di elettrodotto coattivo, del testamento nuncupativo o degli assegni divisionali - e che non può mai essere il giudice degli automatismi matematici, degli astrusi algoritmi, delle metacategorie giuridiche, quando l'essenza della categoria giuridica finisce per tradire apertamente la fenomenologia della sofferenza.

Compito sicuramente arduo, per quel giudice, attesa la intangibile e inattingibile disomogeneità tra la dimensione del dolore e quella del danaro, ma reso meno disagiata da un costante lavoro di approfondimento e conoscenza del singolo caso concreto - o, se si vuole, di progressivo e faticoso "smascheramento" della narrazione cartacea rispetto alla realtà della persona - di *quella* persona - e della sua sofferenza.

La questione si sposta così sul piano della allegazione e della prova del danno, la cui formazione in giudizio postula, ancora una volta, la consapevolezza della unicità e irripetibilità della vicenda sottoposta alla cognizione del giudice, altro non significando il richiamo "alle condizioni soggettive del danneggiato" che il legislatore ha opportunamente trasfuso in norma.

Prova che, come condivisibilmente rammentato della sentenze delle sezioni unite del 2008, potrà essere fornita senza limiti, e dunque avvalendosi anche delle presunzioni e del notorio - se del caso, anche in via esclusiva.

E di tali mezzi di prova il giudice di merito potrà disporre alla luce di una ideale scala discendente di valore dimostrativo, volta che essi, in una dimensione speculare rispetto alla gravità della lesione, rivestiranno efficacia tanto maggiore quanto più sia ragionevolmente presumibile, dalla gravità della condotta e del fatto, la gravità delle conseguenze, intime e/o relazionali, sofferte dal danneggiato.

Delle quali nessun automatismo sarà lecito inferire.

Di tali principi è traccia nella recente sentenza della Corte di legittimità<sup>56</sup>, ove si legge che:

1) Sul piano del diritto positivo, l'ordinamento riconosce e disciplina (soltanto) le fattispecie del danno patrimoniale (nelle due forme del danno emergente e del lucro cessante: art. 1223 cc) e del danno non patrimoniale (art. 2059 cc; art. 185 cp). La natura unitaria ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale, secondo l'insegnamento della Corte costituzionale e delle Sezioni unite della Suprema corte (Corte cost. 233/2003; Cass. ss.uu. 26972/2008) deve essere interpretata, rispettivamente, nel senso di *unitarietà* rispetto a qualsiasi lesione di un interesse o valore costituzionalmente protetto e non suscettibile di valutazione economi-

ca, e come obbligo, per il giudice di merito, di tener conto, a fini risarcitori, *di tutte le conseguenze* (modificative *in pejus* della precedente situazione del danneggiato) derivanti dall'evento di danno, nessuna esclusa, con il concorrente limite di evitare duplicazioni risarcitorie attribuendo nomi diversi a pregiudizi identici, procedendo, in sede di compiuta ed esaustiva istruttoria, ad un accertamento concreto e non astratto, all'uopo dando ingresso a tutti i necessari mezzi di prova, ivi compresi il fatto notorio, le massime di esperienza, le presunzioni.

2) Nel procedere all'accertamento ed alla quantificazione del danno risarcibile, il giudice di merito, alla luce dell'insegnamento della Corte costituzionale (sentenza 235/2014, punto 10.1 e ss.) e del recente intervento del legislatore (artt. 138 e 139 cod.ass.priv. come modificati dalla legge annuale per il Mercato e la Concorrenza del 2 agosto 2017, che ha significativamente sostituito l'originaria rubrica "*danno biologico*" in quella di "*danno non patrimoniale*") deve congiuntamente, ma distintamente, valutare la reale fenomenologia della lesione non patrimoniale, e cioè tanto l'aspetto interiore del danno sofferto (cd. danno morale) quanto quello dinamico-relazionale (danno alla vita di relazione, o danno esistenziale).

3) Nella valutazione del danno alla salute (non diversamente che da quella di tutti gli altri danni alla persona conseguenti alla lesione di un interesse costituzionalmente protetto), il giudice, al di là della terminologia definitoria da tempo adottata dal legislatore (danno cd. biologico), dovrà valutare tanto le conseguenze subite dal danneggiato nella sua sfera morale (che si collocano nella dimensione *del rapporto del soggetto con se stesso*), quanto quelle incidenti sul piano dinamico relazionale della sua vita (che si dipanano nell'ambito *della relazione del soggetto con la realtà esterna*, con tutto ciò che, in altri termini, costituisce "altro da se").

4) Costituisce, pertanto, duplicazione risarcitoria la congiunta attribuzione del danno biologico - inteso, secondo la stessa definizione legislativa, come danno che esplica incidenza sulla vita quotidiana del soggetto e sulle sue attività dinamico relazionali - e del danno cd. esistenziale, appartenendo tali "categorie" di danno alla stessa area protetta dalla norma costituzionale (l'art. 32 Cost.), mentre una differente ed autonoma valutazione andrà compiuta con riferimento alla sofferenza interiore patita dal soggetto in conseguenza della lesione del suo diritto alla salute (come confermato dalla nuova formulazione dell'art. 138 cod.ass.priv., lettera e).

5) In assenza di lesione della salute, ogni *vulnus* arrecato a un altro valore/interesse costituzional-

56. Cass. 901/2018.

mente tutelato andrà specularmente valutato e accertato, all'esito di compiuta istruttoria, e in assenza di qualsiasi automatismo (volta che, nelle singole fattispecie concrete, non è imprevedibile, pur se non frequente, l'ipotesi dell'accertamento della sola sofferenza morale o del solo modificazione *in pejus* degli aspetti dinamico-relazionali della vita), sotto il medesimo, duplice aspetto, della sofferenza morale e della privazione/diminuzione/modificazione delle attività dinamico-relazioni precedentemente esplicate dal soggetto danneggiato (in tal senso, già Cass. ss.uu. 6572/2006).

6) La liquidazione unitaria di tale danno (non diversamente da quella prevista per il danno patrimoniale) avrà pertanto il significato di attribuire al soggetto una somma di danaro che tenga conto del pregiudizio complessivamente subito tanto sotto l'aspetto della sofferenza interiore (cui potrebbe assimilarsi, in una ipotetica quanto inconsapevole simmetria legislativa, il danno emergente, in guisa di *vulnus* "interno" al patrimonio del creditore), quanto sotto il profilo dell'alterazione/modificazione peggiorativa della vita di relazione, in ogni sua forma e considerata in ogni suo aspetto, senza ulteriori frammentazioni nominalistiche (danno idealmente omogeneo al cd. "lucro cessante" quale proiezione "esterna" del patrimonio del soggetto).

Il danno biologico cessa così di essere il titano apparentemente invincibile (ma infine sconfitto da Zeus) corazzato di tabelle, numeri, eguaglianze, proporzioni, equazioni, algoritmi.

Una rozza teofania che aveva trasformato la medicalizzazione del dolore in sonno antropologico del pensiero.

È così che il danno biologico non rettamente inteso, anziché arricchire l'interpretazione della sofferenza, la inaridisce.

E pretende di esaurirla in sé.

È questa è stata, per troppo tempo, la lenta evanescenza non soltanto del rigore ermeneutico – che mai dovrebbe abbandonare la mente del giurista –, ma della stessa logica del senso del reale.

Del senso della sofferenza come "verità" del diritto.

Ma non è stata irredimibile l'anossia di una categoria del pensiero – la persona, il dolore, il dolore della persona –, ancora prima che della logica dell'etica del diritto mite, anche quando tutto parve crollare in una oscura regione di furente panbiologismo.

Il biologismo del "medicalmente accertabile".

Trionfava Zoé, tramontava Bìos, si dissolveva Psuché.

La lesione biologica si fa danno zoologico.

Ma il danno alla persona è tante volte, troppe volte, probabilmente sempre, *sofferenza umana*.

Talvolta indicibile, troppe volte non accertabile.

Mentre la persona sofferente diviene a volte spettro di sé stessa, compito del giudice è trasformare quella sofferenza in denaro.

Armato del coraggio della viltà.

La comprensione giuridica della sofferenza esige un atto di coraggio e di viltà.

Il coraggio insostenibile dell'immaginazione, il coraggio di immaginarsi al posto di chi soffre.

La viltà miserabile di trasformare le lacrime in monete d'oro.

È questo il coraggio vile del giudice.

Perché il vero risarcimento della sofferenza è la vendetta.

O il perdono.

## Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi

di Roberto Simone

Oscillante tra le due polarità di compensazione e deterrenza la parabola della responsabilità civile ha finito per privilegiare in ossequio ad una visione solidaristica/riparatoria il primo aspetto. Il recente intervento delle Sezioni unite sul tema della delibazione delle sentenze straniere recanti condanna per punitive *damages* ha invece riscoperto la polifunzionalità della responsabilità civile, finendo per dischiudere nuovi orizzonti anche a livello municipale. Lo scenario promette ulteriori sviluppi, ma si tratta di un tema da maneggiare con cura per evitare di cadere negli eccessi da *overdeterrence*.

### 1. Le molte anime della responsabilità civile

Uno sguardo veloce alla letteratura in materia di responsabilità civile permetterebbe ad un osservatore esterno di notare come dal punto di vista funzionale l'istituto nel corso degli anni sia stato sovraccaricato di compiti anche in chiave di ingegneria sociale, qualificato come "diritto della società mista"<sup>1</sup> e divenuto "strumento per la legittimazione giuridica di interessi nuovi"<sup>2</sup>, salvo poi scoprire che la sua capacità è stata sovrastimata, o meglio, gli si è chiesto di fare troppo<sup>3</sup>. Ad ogni modo si registra una convergenza nella individuazione

di due polarità di carattere funzionale: *compensation* e *deterrence*<sup>4</sup>.

Se pacificamente alla responsabilità civile si chiede di riparare un danno, ossia di porre rimedio all'alterazione di un bene, nondimeno in questo perimetro ristretto si rischia di rimanere all'interno di una giustizia puramente correttiva in grado di dar luogo soltanto ad uno spostamento di ricchezza dalla sfera del danneggiante a quella del danneggiato, ammesso che così si riesca sempre a renderlo indifferente tra subire il danno o prendere il risarcimento<sup>5</sup>.

In un contesto di crescita delle occasioni di danno e per la tendenza degli individui a rispondere agli incentivi<sup>6</sup>, anche se, come ha chiarito l'economia com-

1. G. Calabresi, *The law of a mixed society*, 56 *Texas Law Review*, (1978), p. 519, per il quale la responsabilità civile è chiamata a svolgere un compito centrale in un sistema sociale poco incline a prostrarsi tanto alle esigenze di uno Stato panregolatore, quanto a quelle del libero mercato. Per una ricognizione comparata delle diverse stagioni del *tort* e sulle funzioni svolte dalla responsabilità civile sono sempre valide le considerazioni di G. Ponzanelli, *La responsabilità civile*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 9 ss.

2. S. Rodotà, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, (ora) in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 340.

3. C. Salvi, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Jovene, Napoli, 1985, p. 295, il quale osservava «vi sono più cose nel cielo dei conflitti sociali, di quante possa comprendere la filosofia aquiliana».

4. G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile - Analisi economico-giuridica* (ristampa), Giuffrè, Milano, 2015; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato Sacco, Uteth*, Torino, 1998, pp. 19 ss.; G. Ponzanelli, *La responsabilità civile*, cit., pp. 25 ss.

5. Cfr. Cass. 13 giugno 2014, n. 13537, in *Foro it.*, 2014, p. 2470.

6. Nella prefazione all'opera di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., S. Rodotà osservava «La riduzione di un problema di tale portata nei soli termini del diritto degli infortuni non rappresenta la resa alla logica di un sistema che tende a fare del calcolo economico il criterio di valutazione di ogni interesse? O non è piuttosto vero il contrario, e cioè che il franco riconoscimento della pressione economica come l'arma più idonea ad indurre soprattutto le imprese a comportamenti più rispettosi dell'interesse generale»,

portamentale, l'azione umana non sempre sia ispirata dalla razionalità economica<sup>7</sup>, ma richieda talvolta una spinta gentile<sup>8</sup>, la deterrenza tende a creare i presupposti per una riduzione dei costi degli incidenti mediante l'approntamento di un sistema di regole (in un ambiente connotato dall'apporto creativo del giudice) o l'interpretazione del sistema positivo (in un ordinamento di diritto scritto) in grado di segnalare ai potenziali danneggianti la necessità di agire in prevenzione, quando non si ritenga di poter lasciare il danno lì dove cade<sup>9</sup>.

Sta di fatto che tutta la storia recente della responsabilità civile può essere letta come un processo di affrancamento della materia dalla dipendenza dalla responsabilità penale e, in una visione solidaristica/riparatoria, di allargamento delle posizioni soggettive meritevoli di tutela, fino alla svaporazione del requisito del *contra ius* contenuto nell'art. 2043 cc<sup>10</sup>, che ha messo totalmente in ombra a livello operativa la funzione di deterrenza erroneamente scambiata per sanzionatoria e per questo ghehizzata nel limbo della riserva di legge. Una ricognizione sul campo permette di affermare in prima battuta come l'analisi funzionale nelle aule giudiziarie normalmente si sia fermata al dato del risarcimento del danno visto esclusivamente nella sua dimensione compensativa. Persino Cass. 1361/2014<sup>11</sup>, nel tentativo di ribaltare la chiusura rispetto al problema del risarcimento del danno da perdita della vita, pur configurandolo come eccezione alla regola secondo cui «il danno deve essere vissuto», non si è discostata dal *mainstream* della dimensione esclusivamente compensativa della responsabilità civile condizionato dal limite strutturale dell'istituto (danno=perdita)<sup>12</sup>.

Quanto basta per dire che la polifunzionalità della responsabilità civile è un tema di discussione in grado

di appassionare l'accademia, ma con un impatto scarso se non nullo sul formante della giurisprudenza, ad eccezione di quanto da tempo avviene nel campo della lesione dell'integrità morale dell'individuo, al punto che non metterebbe neppure conto occuparsene se non al solo fine di rimarcare l'imprevedibilità di soluzioni di stampo soggettivo tali da imprimere una curvatura diversa da quella compensativa.

## 2. Il ruolo legislativo della Corte e l'approdo alla polifunzionalità

La sconcertante conclusione appena indicata, tuttavia, è contraddetta da quelle (rare) occasioni in cui alle nostre latitudini è stata avanzata la richiesta di delibazione di una sentenza straniera recante condanna per *punitive damages*<sup>13</sup>. In tali circostanze portando all'estremo la visione solidaristica/riparativa, che pure ha avuto il merito di modernizzare la responsabilità civile, è stata affermata in modo perentorio l'irrilevanza della condotta del danneggiante, poiché dar seguito ad un risarcimento (*damage*)<sup>14</sup> del tutto svincolato dal pregiudizio subito dalla vittima avrebbe portato al riconoscimento ad un rimedio sanzionatorio in contrasto con l'ordine pubblico interno.

Anche le Sezioni unite, nel ribadire di recente il novantennale orientamento contrario alla risarcibilità del danno da perdita della vita<sup>15</sup>, hanno preso le mosse proprio dalla visione «moderna» della responsabilità civile di impronta oggettiva innervata da una curvatura pienamente compensativa in attuazione del principio di solidarietà verso i pregiudizi delle vittime di atti illeciti con la conseguente «obliterazione della funzione sanzionatoria e di deterrenza». Scelta di campo netta ed in linea con un orientamento con-

lungi dal rappresentare una cinica resa alla logica del mercato, può essere considerato come la realistica accettazione del mezzo di lotta meglio utilizzabile in un sistema capitalista?». Per un ricorso al sistema degli incentivi in materia di obbligazioni pecuniarie, v. Cass., sez. un., 16 luglio 2008, n. 19499, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2876.

7. A. Arcuri e R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, voce dell'*Encicl. dir.*, aggiornamento-VI, Milano, 2002, p. 7.

8. R. H. Thaler - C. Sunstein, *Nudge. La spinta gentile*, (trad. it.), Feltrinelli, Milano, 2009.

9. F.D. Busnelli, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, a cura di P. Sirena, Milano, 2011, 42, l'A. fa notare che *deterrence* nordamericana e deterrenza nostrana hanno in comune la valorizzazione della funzione di prevenzione nella responsabilità civile e mirano a ridimensionare l'invadenza degenerativa di una funzione indiscriminatamente compensativa.

10. Così icasticamente affermato da R. Pardolesi a commento di Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487.

11. Cfr. Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, p. 719.

12. Cfr. Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, I, p. 3297.

13. Oltre la già citata Cass. 1183/2007, v. Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in *Foro it.*, 2012, I, p. 1449.

14. Cfr. C. Granelli, *In tema di danni punitivi*, in *Resp. civ.*, 2014, p. 1760, a proposito dell'uso improprio dell'espressione «danni punitivi» in pro della nozione di «prestazioni sanzionatorie».

15. Cfr. Cass. 22 luglio 2015, n. 15530, in *Foro it.*, 2015, I, p. 2682.

solidato, ma non per questo più condivisibile dal punto vista teorico, poiché la progressiva oggettivizzazione della responsabilità civile sostenuta nella evocata prospettiva dell'analisi economica del diritto è pienamente coerente con il fine della deterrenza. L'imputazione di un costo, qual è un danno recato a terzi, sulla base dell'esistenza del solo nesso di causalità lancia un chiaro segnale al potenziale danneggiante ad operare con la debita cautela al fine di prevenire situazioni di rischio. Con maggiore efficacia si è detto: «la questione dell'aspetto sanzionatorio della r.c. non ha oggi nulla a che fare con un recupero di teorie moralistiche della colpa, ma s'ispira alla ricerca dell'efficienza nella prevenzione degli incidenti»<sup>16</sup>.

Senonché, a distanza di un anno dalla pronuncia sul danno tanatologico le stesse Sezioni unite<sup>17</sup>, chiamate a pronunciarsi nuovamente sulla questione della delibazione di una sentenza straniera (asseritamente) recante condanna per *punitive damages*, hanno compiuto una svolta epocale, poiché non solo si è statuito che «non può ritenersi ontologicamente incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi, dovendosi comunque verificare, ai fini del riconoscimento di una sentenza straniera che statuisca in tal senso, che essa sia stata resa nell'ordinamento d'origine su basi normative che garantiscano la tipicità delle ipotesi di condanna, la prevedibilità della stessa e i suoi limiti quantitativi», ma la premessa all'affermazione di tale principio di diritto è che «la responsabilità civile non ha solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, ma persegue altresì la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria»<sup>18</sup>.

L'enunciazione del principio di diritto reso ai sensi dell'art. 363, comma 3, cpc<sup>19</sup>, nonostante l'innammissibilità dello specifico motivo di ricorso sul presupposto della presenza di una questione di particolare importanza, costituisce una pietra miliare in un dichiarato dialogo con la dottrina (si legge al § 5 dell'elaborato della sentenza «le condizioni che giustificano l'enunciazione del principio di diritto si desumono dall'esteso dibattito dottrinale che da tempo sollecita un intervento giurisprudenziale sul tema»)<sup>20</sup>, posto che il richiamo alla funzione sanzionatoria della responsabilità civile si leggeva, ma solo in *obiter*, già in Cass., Sez. un., 9100/2015<sup>21</sup>.

Ora al di là dei diversi linguaggi del massimo consenso della Corte assunti in un torno di tempo di tempo così ristretto, due dei quali resi nello stesso anno, non si può sostenere che ormai la questione della polifunzionalità della responsabilità civile possa ritenersi definitivamente compiuta nel senso che anche a livello municipale nel formante giurisprudenziale si possa declinare *de plano* la responsabilità civile secondo una curvatura deterrente/sanzionatoria<sup>22</sup>, poiché per fondare queste diverse traiettorie si assume come imprescindibile in base all'art. 23 Cost., anche per ragioni di prevedibilità, l'esistenza di una copertura normativa<sup>23</sup>. Osserva, infatti, la Corte «Ciò non significa che l'istituto aquiliano abbia mutato la sua essenza e che questa curvatura deterrente/sanzionatoria consenta ai giudici italiani che pronunciano in materia di danno extracontrattuale, ma anche contrattuale, di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati. Ogni imposizione di prestazione personale esige una "intermediazione legislativa", in forza del principio di cui all'art. 23 Cost. (correlato

16. P. G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite* (nota a Cass. civ., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, Soc. Axo sport c. Nosa inc.), in *Foro it.*, 2017, I, p. 2658.

17. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2613, con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, P.G. Monateri; E. D'Alessandro, R. Simone.

18. All'indomani della sentenza si è aperta la contesa sulla portata della pronuncia, se limitata al solo profilo del diritto internazionale privato o se estensibile anche al campo civilistico interno.

19. Sul tema si rinvia a P. Ciccolo, *Dialogo aperto sulla richiesta di enunciazione del principio di diritto ai sensi dell'art. 363 cpc*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 483; M. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 cpc.*, in *id.*, 2013, p. 32.

20. A. Gambaro, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, II, p. 1406, l'A. sottolinea come «la nostra Corte di cassazione considera se stessa come organo di produzione di principi di diritto e non solo come giudice di ultima istanza di casi controversi...ammettere che la Corte di cassazione sia dotata di poteri di nomofilachia sganciati dalla soluzione di casi effettivamente controversi equivale a rendere invisibile il confine tra nomofilachia e legislazione». Ciò spinge l'A. ad affermare come «la nostra Corte di legittimità sia sempre meno preoccupata di svelare il proprio ruolo legislativo».

21. Sentenza 6 maggio 2015, n. 9100, in *Foro it.*, 2015, I, p. 272.

22. P.G. Monateri, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, II, p. 1410, secondo l'A. la sentenza permette di ritenere definitivamente superata l'equiparazione del dolo alla colpa. Sempre sulla possibilità di considerare diversamente il danno prodotto con colpa e quello recato con dolo v. P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità civile*, Cedam, Padova, 1976.

23. F. Bricola, *Le pene private e il penalista*, in *Le pene private* a cura di Busnelli e Scafì, Milano, 1985, p. 51, all'A. si può far risalire l'origine del richiamo dell'art. 23 Cost.

agli artt. 24 e 25), che pone una riserva di legge quanto a nuove prestazioni patrimoniali e preclude un incontrollato soggettivismo giudiziario»<sup>24</sup>.

Nel subordinare alla riserva di legge la possibilità di accordare un risarcimento con connotazione deterrente/sanzionatoria la Corte ha pensato alle possibili ricadute a livello interno<sup>25</sup>, così da evitare facili fughe in avanti, scongiurare figure extra sistema e soggettive accentuazioni in grado di assecondare pretese frivole ed al limite del disappunto. Senonché, la preoccupazione di creare un argine di contenimento rispetto ai possibili risarcimenti punitivi, questi sì con chiara funzione sanzionatoria perché del tutto svincolati dal pregiudizio della vittima, rischia di provocare i suoi effetti a valle nel campo dei danni non compensativi, ossia quelli non patrimoniali, già ampiamente presidiati dal principio di tipicità, compromettendo la essenziale funzione di deterrenza insita nel sistema.

### 3. Perdita di beni infungibili e deterrenza

Funzione deterrente e funzione sanzionatoria non sono sinonimi ed eventuali risarcimenti punitivi non corrispondono all'intero sistema dei danni non compensativi. In altri termini, gli eventuali risarcimenti punitivi sono solo una parte dell'universo non compensativo e non è punto scontato che quanto valga per gli uni si estenda automaticamente al secondo.

Infatti, quando si parla di deterrenza si allude al complesso di effetti generati sul piano della prevenzione del rischio<sup>26</sup>, mentre il carattere sanzionatorio prende direttamente in esame la condotta del danneggiante e, partendo dalla gravità di quest'ultima o dalla rilevanza dell'elemento psichico (segnatamente del dolo), finisce per aggiudicare un risarcimento del tutto svincolato dalle perdite (patrimoniali e non) della vittima. Si può dire che l'uno (il profilo deterrente) guarda alla condotta del danneggiante in un'ottica

*ex ante* lanciando un segnale perché agisca per la prevenzione del danno, l'altro (il profilo sanzionatorio) la guarda in una prospettiva *ex post*.

Paradossalmente, l'enfasi sulla riserva di legge nel campo dei danni non compensativi rischia di introdurre un regime di tipicità al cubo ancor più restrittivo, riportando il danno non patrimoniale all'interno di un art. 2059 cc nella lettura antecedente al 2003. Più in chiaro, il risarcimento del danno non patrimoniale è già assoggettato ad un principio di tipicità della fattispecie costitutiva: il fatto di reato; ogni altra ipotesi normativa che lo contempra (in questo caso il limite previsto dalle Sezioni unite sarebbe integrato); la lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente protetti. In quest'ultimo caso, però, il danno non patrimoniale è risarcibile se la lesione è grave ed il danno è serio, ma a seguire l'insegnamento di Cass. 16601/2017, se non si stacca il profilo di deterrenza da quello sanzionatorio, il risarcimento del danno non compensativo potrebbe essere subordinato in ogni caso ad una espressa previsione di legge se ritenuta non sufficiente la copertura offerta dal dettato costituzionale. Ciò pare francamente troppo.

L'attenzione alla sola dimensione solidaristica/riparatoria della responsabilità civile ha finito per accreditare la tesi secondo cui il danno sia sempre uguale sotto ogni cielo e che di questo si possa parlare solo al cospetto di una perdita traducibile in una comprovabile alterazione di poste contabili del patrimonio della vittima misurabili "con il trabucco e la squadra". Abituati a ragionare secondo la logica bipolare patrimoniale/non patrimoniale, si tende ad impiegare la stessa metrica, senza considerare che di funzione compensativa ha senso parlare rispetto ai beni fungibili, perché trovano nel mercato un perfetto surrogato. C'è sempre la possibilità di rimettere il creditore nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato se l'evento non si fosse verificato.

Rispetto ai beni infungibili, per i quali non esiste un mercato e non vi sono surrogati, viceversa, non

24. Per M. Grondona, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, I, p. 1395, si tratta di una inversione del rapporto tra legislazione ed esperienza giuridica, intendendo il dialogo tra giurisprudenza e dottrina.

25. A. Di Majo, *Risarcimento anche con funzione punitiva - principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1787, l'A., critico rispetto al modello dell'art. 23 Cost. propone un ancoraggio normativo tutto interno alla materia: il carattere soggettivo della condotta (dolo o colpa); il grado di "rilevanza" o di "ingiustizia" del danno. P.G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2648, rinviene negli artt. 2056 e 1226 cc l'ancoraggio normativo interno ai poteri generali attribuiti al giudice *ex art.* 115 cpc.

26. P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 3 ss., secondo l'A. la prevenzione generale si esplica in due modi: «vietando certi atti dannosi», sotto minaccia di condanna a ristorare i pregiudizi conseguenti, ovvero, «quanto ad attività che in base ad un giudizio tipico si possono considerare socialmente utili e perciò lecite, ma che implicano qualche rischio di danni a terzi, ponendo il danno, mediante la responsabilità civile, a carico di chi esercita l'attività, in modo da determinare un incentivo a dimensionare l'attività». Le due funzioni, compensativa e deterrente, convivono; nessuna delle due è sufficiente a spiegare il meccanismo della responsabilità. Infatti, la reintegrazione del patrimonio del danneggiato «tende ad eliminare il danno per quest'ultimo, ma non lo elimina per la società, poiché si limita a spostarne l'incidenza da chi lo ha subito immediatamente a chi è obbligato a risarcirlo».

è possibile rendere indifferente la vittima rispetto alla lesione del suo bene<sup>27</sup>, ma possono valere solo la funzione di deterrenza e, a determinate condizioni, quella sanzionatoria della responsabilità civile, che può contare ai fini del computo, tra gli altri, sull'apporto del metodo del rischio equivalente basato sulla disponibilità a pagare o a ricevere<sup>28</sup>. Mediante la minaccia del risarcimento del danno non patrimoniale e, quindi, anche mediante l'apparente "arricchimento" degli eredi della vittima (nel caso di morte), si crea un sistema di incentivi volto a prevenire gli incidenti.

È stato osservato, pur contestando la categoria del danno-evento, che «non tutti i danni-evento [...] possono essere considerati autenticamente punitivi. Essendo dispensati dalla prova, potranno al massimo essere considerati non riparatori. Permane, insomma, una precisa differenza tra danno punitivo e danno non riparatorio. Un danno che sia legato *sic et simpliciter* alla lesione dell'interesse ritenuto meritevole di tutele, non per questo può essere considerato punitivo»<sup>29</sup>. In questi casi, si può, e si deve parlare, di risarcimento perché non si dà un prezzo ad un bene, il cui pagamento darebbe l'immagine di un mercato dove si scambia denaro contro la sofferenza, ma si fissa un costo in grado di generare un effetto preventivo sui potenziali danneggianti (sarà un sistema di filtraggio di fumi e polveri, ma anche un incremento del premio assicurativo fino all'espulsione dal mercato assicurativo) con un miglioramento generale del sistema di protezione<sup>30</sup>.

#### 4. C'è un futuro per i risarcimenti punitivi?

La riscoperta della funzione deterrente/sanzionatoria della responsabilità civile ad opera delle Sezioni unite, tuttavia, si inserisce in un contesto nel quale già da tempo si riteneva che l'art. 2059 cc fosse espressivo di una funzione sanzionatoria/punitiva del "risarcimento del danno"<sup>31</sup>, se non «quanto di più vicino ad un rimedio sanzionatorio generale offra l'ordinamento»<sup>32</sup>. Ancora, e più in generale, l'apertura alla dimensione punitiva del risarcimento sarebbe perseguibile una volta riscoperta la *ratio* di sanzione afflittiva sottostante all'art. 2059 cc<sup>33</sup>, salvo precisare che la possibilità di accordare risarcimenti di natura punitiva sconta il limite della riserva di legge, poiché «è al legislatore, e non al giudice, che compete il potere di prevedere l'innesto di questa funzione sanzionatoria e la giustificazione di una limitata sfera di risarcibilità di danni aventi un connotato *lato sensu* punitivo»<sup>34</sup>.

La prospettiva sanzionatoria, tuttavia, da tempo ha trovato terreno fertile nel settore della lesione dei diritti della personalità e, segnatamente, del danno da *mass media*, dove la giurisprudenza guarda alla posizione del danneggiante, prendendo in considerazione la gravità del fatto, l'estensione della diffamazione (numero delle copie stampate o dei contatti sulla base dei dati audipress<sup>35</sup>), la capacità patrimoniale della società editrice e l'utile ritratto dal danneggiante<sup>36</sup>. Lo

27. C. Scognamiglio, *Le Sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio* (nota a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601), in *Resp. civ.*, 2017, p. 1190.

28. R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole*, II applicazioni, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 192 ss); I. Musu, *Analisi economica della responsabilità civile e valore del danno da morte* (Nota a Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, Massaro c. UnipolSai assicuraz.), in *Foro it.*, 2015, I, p. 3513.

29. G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in *La funzione deterrente della responsabilità civile*, cit., p. 330.

30. G. Calabresi, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private*, cit., p. 415.

31. G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Giuffrè, Milano, 1983; ID., *Danno morale*, voce del Digesto delle discipline privatistiche, Torino, 1989, 83, secondo l'A., proprio perché «non trova criteri obiettivi di valutazione economica, discende l'insuscettibilità di un suo risarcimento in senso tecnico», si tratta di un rimedio di natura sanzionatoria con i tratti tipici della pena privata. In contrapposizione a tale visione, ed ugualmente risalente, è la tesi che annette al ristoro del danno non patrimoniale una funzione consolatoria/satisfattiva, poiché mediante l'erogazione di una somma di denaro si consente alla vittima di ricreare le condizioni sostitutive per quelle perdute. Secondo M. Franzoni, *La liquidazione del danno alla persona*, in *Trattato di diritto commerciale diretto da Galgano*, Padova, 1990, p. 280, si tratta di un rimedio con funzione punitiva/consolatoria.

32. L. Nivarra, *Ordine pubblico globalizzato e danni punitivi al vaglio delle Sezioni Unite*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), approfondimento del 31 gennaio 2017.

33. F.D. Busnelli, *Tanto tuonò, che ... non piove - Le sezioni unite sigillano il «sistema»* (Nota a Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, Massaro c. UnipolSai assicuraz.), in *Corriere giur.*, 2015, p. 1206.

34. F.D. Busnelli, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., pp. 59 ss.

35. V. Trib. Venezia 13 gennaio 2009, in *Giur. merito*, 2009, p. 2131; 31 gennaio 2005, in *Danno e resp.*, 2006, p. 89.

36. L'art. 4 della legge 20 novembre 2006, n. 281 (conversione del dl 259/2006 «Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche») in caso di pubblicazione di intercettazioni abusive prevede che all'autore della pubblicazione, al direttore responsabile e all'editore, in solido fra loro, può essere chiesta una somma di denaro pari a cinquanta centesimi per ogni copia

stesso legislatore nazionale nella materia della proprietà intellettuale con l'art. 125 dl. 30/2005 (codice della proprietà industriale ed intellettuale) e con l'art. 158 l. 633/1941<sup>37</sup>, sulla spinta di quello eurounitario, ha aperto il sistema rimediale alla retroversione degli utili quale metrica in grado di offrire una sponda deterrente/sanzionatoria, quando la misura della disarticolazione del patrimonio del danneggiato è estremamente difficile da provare o, finanche, impossibile perché un danno da compensare non c'è, ma non vi è motivo per lasciare il danno lì dove cade<sup>38</sup>. Ancora il previgente art. 18, comma 6, l. 349/86 in materia di risarcimento del danno ambientale prevedeva che «Il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali»<sup>39</sup>.

A parte lo scarno testo dell'art. 709 *ter* cpc che contempla una scala progressiva di sanzioni, compreso il risarcimento del danno apertamente punitivo, nelle ipotesi di violazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei minori e di condotte pregiudizievoli, un esempio più recente di rimedio sanzionatorio è dato dall'art. 8, comma 4, l. 24/2017 in materia di responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie.

La norma, al fine di assicurare l'effettività del tentativo di conciliazione nell'ambito del procedimento *ex art. 696 bis* cpc prevede la condanna della parte che non vi abbia partecipato al pagamento delle spese di lite e di CtU nonché di una pena pecuniaria in favore di quella comparsa alla conciliazione<sup>40</sup>. Sempre nel campo dei rimedi punitivi in grado di temperare il ricorso alla via giudiziaria si può inserire a pieno titolo l'art. 96, comma 3, cpc, la cui natura sanzionatoria ha passato anche il vaglio del giudice delle leggi<sup>41</sup>.

All'infuori dello stretto perimetro delle ipotesi tipizzate ci si è interrogati sulla possibilità di aprire a risarcimenti ultracompensativi in presenza di microviolazioni. Partendo dalla constatazione della bassa probabilità che i soggetti danneggiati da condotte maliziose della controparte decidano di attivare il rimedio risarcitorio, a meno di non volersi cimentare con le azioni risarcitorie collettive *ex art. 140 bis* cod. consumo<sup>42</sup>, si è sostenuta in nome della solidarietà sociale *ex art. 2* Cost. la praticabilità di un risarcimento ultracompensativo dei danni patrimoniali da microviolazioni nel campo contrattuale, salvo negarla in caso di danno non patrimoniale<sup>43</sup>, ad eccezione per le fattispecie penalmente rilevanti, sulla base del limite della riserva di legge *ex art. 25* Cost.

La vocazione dell'azione collettiva risarcitoria a svolgere un'efficacia deterrente verso condotte imprenditoriali non commendevoli era stata segnalata

---

stampata, ovvero da 50.000 a 1.000.000 di euro secondo l'entità del bacino di utenza ove la diffusione sia avvenuta con mezzo radiofonico, televisivo o telematico. In ogni caso, l'entità della riparazione non può essere inferiore a 10.000 euro.

37. P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali - Disgorgement v. punitive damages*, Cacucci, Bari, 2012, p. 129 ss.

38. Risale a R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, 144, l'intuizione di «imporre la restituzione dei profitti ottenuti mediante fatto ingiusto indipendentemente dall'impoverimento arrecato ed indipendentemente dallo stato soggettivo in cui l'autore del fatto si trovasse al momento del fatto»

39. Cfr. Cass. 9 aprile 1992, n. 4362, *Foro it.*, Rep., 1992, voce *Danni civili*, n. 48 aveva riconosciuto come non fosse applicabile la metrica compensativa del danno patrimoniale; Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *id.*, 1988, I, 694, che in tempi non sospetti ha affermato che la responsabilità civile si presta «non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma anche a prevenire ed a sanzionare l'illecito. Il tipo di responsabilità civile ben può assumere, nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori».

40. V. Giugliano, *Le spese, le misure sanzionatorie e di deterrenza*, in *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, a cura di A.D. De Santis, Roma tre press, 2017, <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/sanitaria/index>; I. Pagni, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702 bis cpc*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, a cura di F. Gelli - M. Hazan - D. Zorzit, Milano, 2017, p. 464.

41. Cfr. Corte cost. 23 giugno 2016, n. 152, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2639.

42. Sul tema, v. A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva - Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli, 2013; C. Consolo - B. Zuffi, *L'azione di classe - ex art. 140 bis codice del consumo*, Cedam, Padova, 2012.

43. M. Maggiolo, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92, il quale però sostiene, anche sulla scorta della legislazione adottata da parte di dieci Stati formanti gli Usa, che lo stesso principio solidaristico consiglia di riversare una parte del risarcimento ultracompensativo a beneficio della collettività così da soddisfare esigenze di giustizia distributiva. Per C. Scognamiglio, *Quale futuro per i danni punitivi? (Aspettando la decisione delle Sezioni unite)*, approfondimento del 7 marzo 2017, la solidarietà costituzionale non appare adeguata per fondare il ricorso all'ultracompenso, posto che la stessa è servita proprio per l'operazione inversa, ossia per escludere il risarcimento di danni non patrimoniali inidonei a superare la soglia della gravità (della lesione) e della serietà (del danno), dovendo piuttosto puntare sul principio di effettività della tutela.

già da tempo<sup>44</sup> e così pure come in questo tipo di azioni potesse affacciarsi il riconoscimento di un danno punitivo rapportabile al profitto illecito<sup>45</sup>, ma all'insegna delle indicazioni di segno contrapposto, il legislatore eurounitario non ha mancato di esprimere la propria avversione rispetto al tema dei danni punitivi nel settore del *private enforcement* delle regole anti-trust<sup>46</sup>.

Nel solco della discontinuità, l'ampiezza del principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite e l'insieme dei limiti indicati per il riconoscimento delle sentenze straniere, ma con il pensiero rivolto anche alle ricadute interne, potrebbero dischiudere un nuovo orizzonte risarcitorio, pur potendosi dubitare a proposito della possibilità di un trapianto dell'istituto di stampo americano, sì da affiancare sempre e comunque al cospetto di una condotta dolosa/o grandemente colposa una posta di danno ulteriore rispetto a quelle ordinariamente riconosciute nelle nostre aule di giustizia.

C'è chi teme quale possibile effetto collaterale della dimostrata apertura verso i *punitive damages* una nuova "guerra dei mondi" in uno scenario ormai avverso alla globalizzazione perché spinto da pulsioni protezionistiche<sup>47</sup>. Si tratta di un quadro a tinte fosche, rispetto al quale, in ogni caso, il richiamato presidio della riserva di legge, anche sul versante interno, costituisce un argine alla innata tendenza degli operatori a sommare i sempre più disparati segmenti risarcitori, piuttosto che razionalizzare all'interno di un contenitore unitario le possibili voci più omogenee, così da replicare l'esperienza del danno biologico, che ha finito per riassorbire il danno alla capacità lavorativa generica, il danno alla vita di relazione ed il danno estetico. Nella stessa traiettoria di contrapposizione tra le due sponde atlantiche, ma nella diversa

prospettiva della regolamentazione dell'impresa, è stata espressa una netta contrarietà a qualsiasi ipotesi di importazione del modello dei danni punitivi quale singolo mattone di un più complesso edificio<sup>48</sup>.

Ma la concreta verifica in ordine alla possibilità di declinare un risarcimento punitivo in una dimensione municipale passa per il superamento dell'equivalenza tra dolo e colpa. In altri termini, la riscoperta della funzione (anche) sanzionatoria della responsabilità civile consentirebbe al sistema di recuperare l'adeguatezza della risposta risarcitoria, permettendo all'art. 2059 cc di ritrovare la sua funzione di reazione rispetto a condotte gravemente lesive dell'ordine giuridico. «Trattare in maniera (e misura) identica — cioè, con la medesima obbligazione pecuniaria proporzionata alla sola alterazione peggiorativa oggettivamente dimostrata — fatti illeciti dotati di una carica diversissima di offensività conduce fuori dal sistema costituzionale: è la dimostrazione plastica che il potere è esercitato irrazionalmente non soltanto quando sono imposte sanzioni esagerate, ma anche nel caso in cui si rinunci del tutto ad assegnare evidenza giuridica — per il tramite di qualsivoglia sanzione — alla concreta distanza delle offese dal limite del giuridicamente tollerabile»<sup>49</sup>. Ancora, con la franca apertura verso la dimensione sanzionatoria, una volta rinvenuto l'ancoraggio normativo costituzionale o codicistico, «[...] non potrà più valutarsi allo stesso modo il danno recato con mera colpa lieve (ad es. distrazione nella prescrizione medica non specialistica) e quello recato continuativamente con dolo e pluralità di episodi (ad es. campagna di stampa denigratoria o c.d. "sciacallaggio giornalistico"), militando in questa direzione ragioni di effettività della tutela oltre che di proporzionalità»<sup>50</sup>.

44. N. Della Bianca, *Illecito antitrust e la tutela collettiva dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 284.

45. G. Villa, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, pp. 6 ss.

46. D.Leg. 19 gennaio 2017, n. 3 («Attuazione della direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea»). Sul tema v. R. Pardolesi, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in *Il private enforcement nella disciplina della concorrenza. D.leg. 3/17* a cura di B. Sassani, Pisa, 2017.

47. C. Consolo, *Riconoscimento di sentenze, specie Usa e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sopracompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law)*, in *Corriere giur.*, 2017, p.1055, il quale ipotizza che l'apertura verso le sentenze Usa comminanti danni punitivi potrebbe segnare l'introduzione surrettizia di nuovi dazi, mentre il legislatore eurounitario appare avverso ai risarcimenti punitivi.

48. V. Zeno Zencovich, *Alcune riflessioni sulla riconoscibilità nell'ordinamento italiano di sentenze statunitensi di condanna a punitive damages*, in *www.judicium.it*.

49. F. Quarta, *Illecito civile, danni punitivi e ordine pubblico*, in *Resp. Civ.*, 2016, p. 1159.

50. P.G. Monateri, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. Civ.*, 2017, II, p. 1410, anche in *Danno e resp.*, 2017, p. 438. Sull'argomento, v. G.M.D. Arnone, N. Calcagno, P.G. Monateri, *Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta*, in *Trattato diretto da Monateri*, vol. II, Torino, 2014, pp. 57 ss.

Senonché, si è già detto a proposito della tendenza consolidata nelle nostre corti a guardare in chiave sanzionatoria la gravità della condotta e l'estensione della lesione nel caso di danni da *mass media* al fine di parametrare sul caso concreto la liquidazione del danno morale. Da questo punto di vista l'equivalenza tra dolo e colpa potrebbe ritenersi già superata, quantomeno nella misura in cui la diffamazione in senso civilistico è un illecito ormai prevalentemente se non doloso quantomeno gravemente colposo.

Per converso, un risvolto applicativo affatto nuovo ed in grado di dischiudere un significativo sviluppo futuro per risarcimenti punitivi è quello connesso alla possibilità di giungere alla liquidazione mediante il ricorso ad un moltiplicatore applicato al danno base in casi di oggettiva rilevante gravità per la condotta e per le conseguenze prodotte, ma che scontano da un lato la limitatezza dei consueti parametri tabellari nel caso della perdita di un congiunto, dall'altro la netta chiusura rispetto al danno tanatologico<sup>51</sup>. In termini più chiari, il sistema tabellare reifica in valori pecuniari convenzionali l'equità nella stima di un danno immateriale sulla base di un *range* che di per sé dovrebbe servire a tenere conto del caso concreto. Il superamento del dato tabellare mediante l'impiego di un moltiplicatore segnerebbe il superamento del limite del danno effettivo e finirebbe per dar vita ad un risarcimento di tipo punitivo, ben diverso da quello di stampo americano, ma che costituisce un espediente per pervenire ad una liquidazione proporzionata alla gravità della lesione.

Sta di fatto che la tendenza a far leva sull'utilizzo dei poteri equitativi del giudice in relazione

al caso concreto era già stata aspramente censurata da chi aveva osservato che i precetti normativi e poteri giudiziali di valutazione equitativa sono senza dubbio fondamentali per la determinazione del risarcimento del danno, ma non per andare oltre il risarcimento<sup>52</sup>. Ecco il punto! La sponda offerta dalle Sezioni unite rischia di prestare il fianco per operazioni di incremento delle liquidazioni che, sotto le mentite spoglie di un novello danno punitivo, servirebbero solo a celare i limiti del sistema tabellare nella versione paranormativa milanese secondo i *dicta* della Cassazione<sup>53</sup>. Tanto vale chiamare le cose con il loro nome e, sulla scia della ritrovata funzione deterrente della responsabilità civile, cercare per i danni non compensativi meccanismi di liquidazione alternativi rispetto al modello tabellare in grado di fornire un indice, che, per quanto approssimativo (quale meccanismo di liquidazione non lo è), sia in grado di segnalare un incentivo adeguato a prevenire il danno e, perché no, stabilire la giusta proporzione tra la lesione ed il danno. Potrebbe essere, ancora una volta il profitto ricavato dall'agente o il costo della precauzione mancata a fronte di comprovate probabilità di evitare il danno<sup>54</sup>. In situazioni di impraticabilità di calcolo del danno secondo la dimensione compensativa, e al contempo prevenendo gli incentivi perversi legati all'incertezza e ai tempi delle liti secondo gli abituali criteri della responsabilità civile, tali indici si candidano a divenire la soluzione minima accordabile, al fine di non lasciare svanire ogni residuo margine di deterrenza e, soprattutto, evitare di abbandonare il danno lì dove cade.

51. V. Trib. Torino 3 giugno 2015, in *Danno e resp.*, 2015, p. 723. Vicenda avente ad oggetto il crollo del controsoffitto in una scuola che aveva comportato la morte di uno studente in occasione della quale, sia per il carattere gravemente colposo delle omissioni dei controlli, sia per l'intensità e l'entità delle conseguenze patite, si è fatto ricorso ad un moltiplicatore dei valori tabellari comunemente applicati.

52. F.D. Busnelli, *La funzione deterrente e le nuove sfide della responsabilità civile*, cit., p. 52.

53. V. da ultime Cass. 21 novembre 2017, n. 27562; (ord.) 14 novembre 2017, n. 26805, in *Foro it., le banche dati*, archivio Cassazione civile.

54. Cfr. R. Cooter, A. Porat, *Disgorgement Damages for Accidents*, (2014) disponibile su [ssrn.com](http://ssrn.com).

## Danno *antitrust*, scopo della norma violata e funzioni della responsabilità civile

di *Claudio Scognamiglio*

La responsabilità civile per violazione della disciplina *antitrust*, nel quadro della regolamentazione della medesima contenuta nel decreto legislativo 3/2017, si delinea come un istituto suscettibile di essere ricondotto largamente alla disciplina generale del codice civile, benché in materia *antitrust* il procedimento valutativo che è imposto al giudice dall'articolo 2043 codice civile si svolga essenzialmente attraverso la tecnica della rilevazione dello scopo di protezione della norma violata.

### 1. Giudice e legge nel danno *antitrust*

Nell'ambito di una riflessione sulla fisionomia della responsabilità civile fra il giudice e la legge, secondo il titolo suggestivo che ci è stato proposto dal curatore di questo fascicolo, non poteva certamente mancare la trattazione dell'argomento del danno da violazione della disciplina *antitrust*: e questo per una duplice ragione.

Infatti, da un primo angolo visuale, è noto che, già in prospettiva generale, il procedimento valutativo nel quale si risolve la qualificazione del danno nel senso dell'ingiustizia interpella in pieno la questione dell'ambito dei poteri spettanti al giudice in sede di concretizzazione della clausola generale racchiusa nell'art. 2043 cc ovvero, secondo una diversa linea ricostruttiva circa la portata di questa disposizione, nella rilevazione della situazione giuridica soggettiva previamente riconosciuta dall'ordinamento, la lesione della quale possa innescare la tutela aquiliana<sup>1</sup>. Lo stesso procedimento – così come si avrà modo di verificare sinteticamente tra breve – pare in effetti delinearsi in termini ancora più articolati, e dunque per ciò

stesso più suggestivi, in materia di danno *antitrust*: infatti, in quest'ultimo ambito, a voler condividere un'ipotesi ricostruttiva dottrinale già da tempo formulata, «l'ingiustizia del danno è affidata ad una più complessa valutazione alla stregua della quale il danno è *contra ius se*, e solo *se*, discende dalla trasgressione di norme poste a presidio di un bene irriducibile alla sfera giuridico patrimoniale del privato»<sup>2</sup>. Su questa premessa, l'attribuzione della tutela risarcitoria implica, nella materia del danno *antitrust*, una verifica preliminare, inevitabilmente affidata all'attività valutativa del giudice, quanto al contenuto di tutela della norma violata, secondo il modello dello *Schutzgesetz*, presente – com'è noto – nel sistema germanico di responsabilità civile (al § 823, Abs. II) oltre che specificamente nella materia concorrenziale (dove è contemplato dal § 35 GWB - *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)<sup>3</sup>.

Se la notazione appena svolta si colloca evidentemente nel momento iniziale del giudizio di responsabilità civile, vi è un altro aspetto della questione del risarcimento del danno *antitrust*, pure attinente all'ambito dei poteri del giudice, ed ai rapporti tra

1. Cfr., per una ricostruzione delle linee generali del dibattito – particolarmente vivace fino alla fine del secolo scorso – circa l'alternativa, evocata nel testo, se il nostro sistema di responsabilità civile sia costruito secondo la tecnica della clausola generale o della norma generale, ci si permetta il rinvio al nostro *L'ingiustizia del danno*, in *Tratt. Dir. priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 2005.

2. Così L. Nivarra, *La tutela civile: profili sostanziali*, *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani - R. Pardolesi - A. Patroni Griffi - L.C. Ubertazzi, Zanichelli, Bologna, 1993, II, pp. 1452 ss.

3. Per questa conclusione, cfr. L. Nivarra, *Diritto antitrust*, cit., p. 1452, nt. 6

questi e la disciplina normativa della materia, che si pone invece nel momento finale del procedimento che si chiude con la condanna risarcitoria: e cioè la quantificazione del danno, la quale, come affermato in un considerando della Direttiva 2014/104/Ue, «nelle cause in materia di concorrenza è un processo che richiede l'analisi di un gran numero di elementi fattuali e che può esigere l'applicazione di modelli economici complessi»<sup>4</sup>. Su questo secondo piano del discorso viene in considerazione, com'è noto, la disciplina del d.lgs 19 gennaio 2017 n. 3 che ha dato appunto attuazione alla Direttiva 2014/104/Ue: quest'ultima, a sua volta, si colloca, ed anche qui si tratta di un rilievo sufficientemente acquisito, nella prospettiva di agevolare le azioni civili volte ad ottenere il risarcimento del danno causato dalla violazione della normativa antitrust, sulla premessa che la repressione delle condotte anticoncorrenziali sia in grado di conseguire meglio gli obiettivi che si prefigge se quelle azioni civili si collocano accanto alle tecniche rimediali di natura pubblicistica promosse dalla Commissione europea o dalle singole autorità garanti dei diversi ordinamenti giuridici<sup>5</sup>. Da questo ulteriore angolo visuale, dunque, una riflessione sul risarcimento del danno antitrust intercetta anche l'argomento delle funzioni della responsabilità civile, che ha conosciuto, da ultimo, una ripresa di interesse soprattutto a seguito dell'intervento delle Sezioni unite sulla delibabilità della sentenza del giudice straniero recante condanna al risarcimento di danni punitivi<sup>6</sup>; e questo benché, com'è noto, la disciplina normativa del risar-

cimento del danno antitrust, così come racchiusa, sul punto, all'art. 1, co. 2° del d.lgs 19 gennaio 2017 n. 3, stabilisca senz'altro che «il risarcimento comprende il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi e non determina sovracompenzazioni», in questo modo collocando in pieno il risarcimento del danno *antitrust* all'interno delle tradizionali coordinate della funzione compensativa della responsabilità civile<sup>7</sup>.

Le notazioni introduttive fin qui svolte sono di per sé sufficienti a rendere evidente le ragioni di interesse di una riflessione che selezioni, in relazione alla prospettiva evocata nel titolo di questo breve scritto, gli spunti di maggiore significato della questione del risarcimento del danno antitrust: riflessione che muoverà dalla verifica circa le possibilità ricostruttive offerte, in generale e nello specifico settore del risarcimento del danno antitrust, dal modello della responsabilità per violazione di norme di protezione, per poi volgersi, anche alla luce delle indicazioni provenienti dal d.lgs 3/2017, ad alcune considerazioni sul modo in cui si inserisca nel sistema il rimedio risarcitorio che dallo stesso sembra accreditato.

## 2. Risarcimento del danno *antitrust* e norma di protezione

Nel solco di quanto da ultimo accennato, si delineano due questioni, la prima delle quali, che sarà affrontata in questo capitoletto, è attinente di nuovo ad una prospettiva ricostruttiva generale dell'istituto

4. Cfr. il considerando 45 della Direttiva, che prosegue osservando che: «La quantificazione dei danni nelle cause in materia di concorrenza può quindi costituire un considerevole ostacolo che impedisce l'efficacia delle domande di risarcimento».

5. Si vedano, per una prima individuazione delle linee di fondo della direttiva, G. Fonderico - M. Todino - E. Camilleri - C. Osti - M. Granieri - G. De Cristofaro - J. Drexler - B. Giliberti - M. Trimarchi - E. Arezzo - A. Giussani, in *La direttiva enforcement antitrust (e la direttiva enforcement IP)*, in AIDA, 2015, 1 - 1257; G. Pulejo, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/Ue*, in *Resp. civ. prev.* 2016, pp. 1082 ss.; G. Villa, *La direttiva europea sul risarcimento del danno antitrust: riflessioni in vista dell'attuazione*, in *Corr. Giur.* 2015, 3, p. 301.

6. La letteratura sull'argomento è ormai vastissima; ci si permetta il rinvio, per una prima rilevazione dei temi che, da questo angolo visuale, vengono in discussione, ai nostri *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, pp. 1120 ss.; *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, ivi, 2017, pp. 1109 ss.

7. All'interno della disciplina del risarcimento del danno *antitrust*, la scelta di escludere l'ammissibilità di meccanismi di sovracompenzazione appare di particolare interesse sistematico, perché la condanna al risarcimento del danno dell'imprenditore, il quale abbia posto in essere (per avere subito riguardo al tema specificamente oggetto delle riflessioni qui proposte) un'infrazione della disciplina *antitrust*, suscettibile di arrecare pregiudizio al consumatore finale, si risolve, altresì, in generale e dal punto di vista pratico, nella sottoposizione del responsabile ad un costo, destinato ad incidere sulla valutazione di convenienza dello stesso alla eventuale reiterazione dell'illecito: e produce, dunque, un effetto, se non specificamente sanzionatorio, certo configurabile in termini di deterrenza quanto alla ripetizione del comportamento vietato dalla norma. Su questi aspetti, ci si permetta il rinvio al nostro *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 727 ss. In sede di primo commento sul d.lgs 3/2017, osserva G. Villa, *L'attuazione della Direttiva sul risarcimento del danno per violazione delle norme sulla concorrenza*, cit., p. 442, che, con la precisazione contenuta nell'art. 1, comma 1° del d.lgs 3/2017, nel solco dell'espressa negazione, contenuta nella Direttiva, di ogni forma di "risarcimento punitivo" o "multiplo" (art. 3, comma 3, Direttiva), si sono conservate «all'azione le caratteristiche proprie di un rimedio destinato alla compensazione del danno, come è nella tradizione del diritto continentale della responsabilità civile, scartando così soluzioni di oltre oceano che fanno leva sulla triplicazione del risarcimento quale forte incentivo per privati affinché si sobbarchino i costi ed i rischi delle cause». Sull'approccio compensativo al risarcimento del danno, cfr. anche C. Carli, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust nel D. lgs. 3/2017: istruzioni per l'uso*, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust dopo il decr. lgs. 19 gennaio 2017 n. 3*, Pisa, 2017, pp. 195 ss.

aquiliano, e cioè la stessa utilizzabilità, nell'ambito del sistema italiano di responsabilità civile, della tecnica dello *Schutzgesetz* o norma di protezione<sup>8</sup>; mentre la seconda si interroga circa la possibilità di configurare in tali termini le norme racchiuse nella l. 287/90.

Dal primo punto di vista, si deve riconoscere che la mancata previsione, nel nostro sistema di responsabilità civile, di una regola analoga a quella del § 823 Abs. II BGB – che appunto introduce, quale ulteriore possibile criterio di valutazione del danno risarcibile, l'ipotesi in cui il comportamento dell'agente, pur non incidendo su uno dei beni specificamente protetti in sede aquiliana, violi una norma posta a protezione dell'interesse di un soggetto - non può certamente condurre di per sé alla conclusione che la tecnica della norma di protezione sia affatto estranea al nostro ordinamento. Del resto, l'art. 185 cp, laddove accolla all'autore di un illecito penalmente rilevante l'obbligo di risarcire il danno patrimoniale o non patrimoniale che ne sia derivato, senza richiedere un'ulteriore qualificazione di ingiustizia di tale danno, sembra effettivamente riprodurre un assetto normativo analogo a quello che si realizza, nell'ambito del sistema tedesco, attraverso lo *Schutzgesetz*. E si è da tempo sottolineato in dottrina che la norma di protezione può costituire una tecnica di tutela di portata tendenzialmente generale ed antitetica a quella che si realizza attraverso l'attribuzione di diritti soggettivi, negandosi anzi che tale tecnica possa vedere "appiattita" la propria funzionalità sulle sole ipotesi di rilevanza penale della condotta del danneggiante<sup>9</sup>.

Peraltro, la presenza – all'interno del nostro sistema di responsabilità civile – della qualifica di ingiustizia come peculiare parametro di rilevanza del dan-

no nel senso della sua risarcibilità impone a questo punto di interrogarsi sulla relazione che si instaura tra tale criterio di qualificazione del danno e "norme" dell'ordinamento, di per sé intese alla tutela di un bene giuridico irriducibile a schemi appropriativi tradizionali di un singolo individuo, ma con riferimento alle quali sia dato ravvisare altresì uno scopo di protezione di una sfera patrimoniale individuale: cosicché dalla loro violazione si possa desumere la conseguenza della risarcibilità, in favore del singolo individuo, del danno che ne discende.

In realtà, come è stato dimostrato, la tecnica dello *Schutzgesetz*, nell'ambito del sistema germanico di responsabilità civile, integra una clausola generale di responsabilità (o, come pure è stato detto, una "mini" clausola generale), volta a temperare - insieme alla previsione del § 826 BGB in materia di danno cagionato dolosamente ed in maniera contraria ai buoni costumi - la rigidità della tipicità enumerativa degli illeciti affermata dal § 823 Abs. I BGB<sup>10</sup>: pertanto, non sembrano sussistere ostacoli di rilievo al suo innesto in un sistema che – secondo una linea ricostruttiva per molti aspetti persuasiva<sup>11</sup> – deve essere definito in termini di tipicità evolutiva degli illeciti.

Si vuol dire che, se la tecnica della norma di protezione ha potuto essere inserita senza difficoltà all'interno di un sistema di responsabilità imperniato sull'*Enumerationsprinzip*, tanto più essa potrà trovare concreta utilizzazione nell'ambito di un sistema a tipicità evolutiva, come tale non vincolato appunto ad una enumerazione dei beni protetti in via aquiliana, ma in grado di dare ingresso alla tutela risarcitoria tutte le volte che vi sia un indice normativo apprezzabile in tal senso<sup>12</sup>: infatti, da questo angolo visuale,

8. Si veda, sul punto, quanto osservato da C. von Bar, *Gemeineuropäische Deliktrecht*, I, Muenchen, 1996, pp. 34 ss., il quale tende a svalutare - nella prospettiva della sua ricognizione comparata della struttura dei vari sistemi di responsabilità civile dei paesi europei - la circostanza che taluni contengano un esplicito meccanismo normativo che ricollegli la conseguenza dell'obbligo risarcitorio alla violazione di *ausserhalb ihrer selbst liegenden gestzlichen Bestimmungen*, mentre altri non utilizzino espressamente una tecnica del genere.

9. Cfr. A. di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, Riv. crit. dir. priv., 1983, pp. 306 ss. Non sembra peraltro che l'intuizione, indubbiamente feconda, di quest'A. sia stata sviluppata nell'elaborazione dottrinale successiva: e ciò non può che destare sorpresa, ove si consideri che, come si vedrà *infra* nel testo, sovente la giurisprudenza ha fatto invece ricorso ad una tecnica di giudizio molto prossima a quella della "norma di protezione". Si considerino ad esempio, nell'ambito delle opere di carattere generale, Alpa, *La responsabilità civile*, cit., e M. Franzoni, *Dei fatti illeciti*, Comm. Scialoja - Branca - Galgano (Bologna - Roma 1993), alla cui impostazione pare radicalmente estranea ogni indagine sulla possibilità di utilizzare nel nostro sistema giuridico la tecnica della norma di protezione; G. Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2005, la quale dedica un cenno al problema (p. 425), ma soltanto nella prospettiva dell'analisi del sistema tedesco. Maggiore attenzione dedica alla questione P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Giappichelli, Torino 1998, p. 225, nell'ottica della lettura dell'ingiustizia come "una teoria complessa", ma accreditando la tesi - che non pare invece condivisibile - secondo cui tali norme potrebbero anche essere di fonte soltanto giurisprudenziale.

10. Cfr., sul punto, C.W. Canaris, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, Riv. crit. dir. priv., 1983, pp. 572 ss.

11. Si allude alla ben nota posizione di C. Castronovo, per la quale cfr., ad esempio, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, pp. 6 ss.

12. Sulla base degli argomenti esposti nel testo, riteniamo pertanto di modificare, in parte, l'impostazione che avevamo sviluppato nel nostro *Danno da violazione della disciplina antitrust e rimedi*, in Riv. dir. comm., 2006, p. 727, cit., dove ci era parso che fosse pur sempre necessario, per integrare il requisito di ingiustizia del danno, che il fatto posto in violazione di norme *antitrust*, determinasse altresì la violazione di una specifica situazione giuridica soggettiva previamente riconosciuta dall'ordinamento.

il requisito dell'ingiustizia del danno – posto dall'art. 2043 cc come generale parametro di valutazione del danno ai fini della sua risarcibilità – potrà essere ritenuto sussistente proprio a seguito dell'individuazione dello scopo di protezione della norma (come accade, ad esempio, nell'ambito del già citato art. 185 cp ovvero all'interno della previsione dell'art. 872 cc<sup>13</sup>).

D'altra parte, la compatibilità della tecnica della norma di protezione con il nostro sistema della responsabilità civile è disposta empiricamente da alcune ipotesi nelle quali la giurisprudenza, ravvisando l'esistenza di una fattispecie di responsabilità aquiliana, ha finito per utilizzare, sia pure inconsapevolmente, proprio quella tecnica<sup>14</sup>. Il riferimento è, in particolare, a due casi di responsabilità di organi di vigilanza (il Ministero dell'industria, condannato a risarcire il danno derivato ai risparmiatori a seguito delle attività delle società fiduciarie facenti capo al finanziere Sgarlata<sup>15</sup>, il Ministero della Sanità, chiamato a riparare il pregiudizio subito da soggetti che avevano contratto gravissime patologie a seguito del mancato o tardivo controllo espletato da parte di quest'autorità sulle modalità di produzione degli emoderivati<sup>16</sup>), in entrambi i quali la *ratio decidendi* delle sentenze si fonda sull'accurata individuazione degli ambiti di protezione di discipline normative, all'apparenza destinate soltanto a presidio di un indifferenziato interesse pubblico, ma in effetti ritenute dalle pronunce in grado di sporgersi al di là di là di quel livello, assicurando rilevanza anche all'interesse del privato<sup>17</sup>.

### 3. Il danno *antitrust* tra specificità degli interessi tutelati e disciplina del codice civile

L'ulteriore aspetto dell'indagine è costituito dalla ricognizione degli interessi di cui la disciplina *antitrust* possa considerarsi presidio: snodo del discorso che ha trovato, in anni ormai non recenti, ampio sviluppo nell'ambito dibattito dottrinale e quello giurisprudenziale in materia, nel diritto italiano<sup>18</sup>, per poi approdare ad una soluzione che può dirsi ormai consolidata e che trova ulteriori elementi di riscontro normativo anche nel d.lgs 3/2017.

Si rammenterà che, sul punto, nella elaborazione dottrinale alla quale si è fatto cenno l'alternativa ricostruttiva era stata netta. Alla stregua di un primo indirizzo, in particolare, si era ritenuto che la disciplina *antitrust* «è dichiaratamente rivolta alla concorrenza, che come tale è categoria dell'impresa»<sup>19</sup>, da ciò traendosi il corollario che l'art. 33, 2° co., poc'anzi citato, dovesse vedere circoscritta la propria funzione alla individuazione del giudice competente: in altre parole, secondo questa impostazione «la dichiarata funzione processuale della norma non consente di attribuirle portata sostanziale», nel senso che «da essa non si possa ricavare il radicamento di una ipotesi nuova di responsabilità civile, diversa perciò da quella che può nascere per disciplina generale», mentre la norma dovrebbe essere interpretata «nel senso che, così come per la nullità, la competenza che essa attribuisce riguardo alle azioni di risarcimento del

13. Disposizione che costituisce, infatti, uno dei “luoghi” classici di ogni riflessione su tecniche di tutela risarcitoria che non si risolvono nell'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive.

14. Sempre che non si ritenga di poter qualificare quei casi, secondo quanto è stato prospettato di recente ed in generale con riferimento alla responsabilità civile della Pubblica amministrazione, in termini di inadempimento di un obbligo di protezione: si veda, *infra*, per l'illustrazione dei momenti principali di tale tentativo ricostruttivo.

15. Cfr. App. Roma, sentenza del 20 giugno 1994, *Giur. It.*, 1995, I, 2, p. 837, con nota di R. Weigmann.

16. È la notissima decisione di Trib. Roma, 27 novembre 1998, *Foro It.*, 1999, I, pp. 313 ss., con nota di richiami di U. Izzo.

17. Senza poter qui affrontare, e neppure documentare attraverso un adeguato apparato di citazioni, un problema che meriterebbe ovviamente un'autonoma, specifica indagine, ci sembra che - a voler ragionare della responsabilità civile della Pubblica amministrazione in termini di responsabilità aquiliana - la presa di posizione delle Corti di cassazione a Sezioni unite (si tratta della notissima sentenza 22 luglio 1999 n. 500/Su: vedila, tra i moltissimi altri luoghi, in *Europa dir. priv.*, 1999, pp. 1221 ss., con note di S. Agrifoglio, *Le Sezioni Unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione* e di C. Castronovo, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile*), incline ad accreditare il danno ingiusto come clausola generale da intendersi come danno *non jure* avrebbe forse potuto più solidamente ispirarsi alla teorica della norma di protezione.

18. Cfr., in particolare, i contributi di C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 5/2004, pp. 469 ss.; Id., *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, ivi, 12/2004, pp. 1165 ss.; Id., *Sezioni più unite che antitrust*, nota a Cass. S.U. 4-2-2005 n. 2207, in *Europa dir. priv.*, 2005, pp. 444 ss.; M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti a violazioni di norme antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 10/2004, pp. 933 ss.; Id., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, 3/2005, pp. 237 ss.; G. Guizzi, *Struttura concorrenziale del mercato e tutela dei consumatori. Una relazione ancora da esplorare*, in *Foro it.*, 2004, I, pp. 479 ss.; A. Toffoletto, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, pp. 321 ss.; G. Vettori, *Consumatori e mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, pp. 330 ss.; A.M. Azzaro, *Intese restrittive della concorrenza e (contr)atti a danno del consumatore*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, pp. 339 ss.

19. Così C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., p. 469.

danno, si riferisce ai soggetti le cui condotte la legge intende regolare per il danno che a taluno di essi possa derivare dalla violazione della disciplina medesima contenuta nella legge»<sup>20</sup>. Pertanto, in capo al consumatore finale non potrebbe dirsi instaurata «la situazione soggettiva necessaria...a comporre la fattispecie di responsabilità extracontrattuale, sotto il profilo dell'ingiustizia del danno prevista dall'art. 2043 cc»<sup>21</sup>.

Secondo un contrapposto orientamento dottrinale, invece, l'esclusione della posizione dei consumatori dal novero degli interessi tutelati dalla disciplina antitrust non sarebbe stata sostenibile alla luce della finalità sottesa al riconoscimento della libertà di impresa ex art. 41 Cost., riconoscimento che non sarebbe fine a se stesso, rappresentando, invece, lo strumento per consentire il raggiungimento del maggiore benessere collettivo, in coerenza con le coordinate fondamentali del pensiero liberale: in questa prospettiva, si dovrebbe affermare «la collocazione della legge antitrust fra le discipline che si legittimano costituzionalmente per la finalità di evitare che l'iniziativa economica privata si svolga in contrasto con l'utilità sociale» e sarebbe «coerente ritenere che, fra le ragioni di utilità sociale che giustificano i divieti antitrust alla libertà di comportamento delle imprese, vi sia l'interesse del consumatore a scegliere liberamente e consapevolmente nel mercato ed a massimizzare il proprio benessere»<sup>22</sup>.

La considerazione della struttura normativa, oltre che della funzione, delle regole contenute nella l. 287/90 rendeva, in effetti, fin da subito più persuasiva la tesi che escludeva si potesse circoscrivere ai rapporti tra imprenditori il reticolo delle situazioni di interesse dalle stesse contemplate.

Appariva decisivo, in tale ordine di idee, e già prima dell'entrata in vigore del d.lgs 3/2017, il rilievo che la stessa sanzione di nullità delle intese in violazione della normativa antitrust costituisce il punto di emersione di una *ratio* normativa che trascende le tradizionali dinamiche «corporative» del diritto della

concorrenza sleale<sup>23</sup> e rende evidente il configurarsi di quella disciplina normativa come «una serie di regole di diritto oggettivo che si impongono alle imprese nell'interesse collettivo al buon funzionamento del mercato»<sup>24</sup>; conclusione che è, del resto, rafforzata dalla previsione, di una sanzione di tipo affittivo che colpisce le intese vietate dalla norma<sup>25</sup>.

Assunta questa premessa, il passo era breve, ed infatti è stato compiuto nei termini dei quali ora brevemente si dirà, per giungere ad affermare che la *ratio* di rilevanza sovraindividuale dell'interesse non si esaurisce in una generica esigenza di conservazione degli equilibri concorrenziali del mercato, appuntandosi, invece, e concretizzandosi, proprio sullo scopo di protezione dei consumatori, al soddisfacimento dei bisogni dei quali il mercato è, come sopra si osservava, funzionale.

Del resto, la consapevolezza che siano proprio i consumatori ad avere interesse, tra gli altri, se non soprattutto, a che la disciplina della concorrenza si svolga nel migliore dei modi, era propria anche della dottrina che escludeva, poi, che i consumatori stessi siano soggetti ai quali le disposizioni della l. 287/90 si applichi<sup>26</sup>: senonché, una volta chiarito, alla stregua di un'interpretazione teleologica della legge, che la stessa era funzionale altresì alla tutela degli interessi dei consumatori, sarebbe stato solo un esplicito diniego, contenuto nella stessa, di legittimazione (sostanziale e processuale) dei consumatori ad avvalersi dei rimedi previsti da essa, che avrebbe consentito di circoscrivere lo scopo di protezione della medesima.

Non essendo tuttavia dato ravvisare un diniego di tale portata, si imponeva appunto la conclusione nel senso della configurabilità anche dei consumatori tra i soggetti destinatari della protezione somministrata dalle norme contenute nella l. 287/90. Questo è stato, infatti, l'esito ermeneutico cui è pervenuta, da tempo, la Corte di cassazione, affermando che «la legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla con-

20. In questi termini ancora C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, cit., loco cit.

21. Cfr. C. Castronovo, *op.cit.*, 470, con specifico riferimento critico alla tesi, sostenuta – prima della messa a punto della materia ad opera della sentenza delle Sezioni unite della quale si è già fatto cenno – da una parte della giurisprudenza della Suprema corte (si veda, in particolare, Cass. 11 giugno 2003 n. 9384, in *Danno e responsabilità*, 2003, pp. 1067 ss.) secondo la quale l'accordo in violazione della disciplina antitrust dovrebbe ritenersi nullo, mentre i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo manterrebbero la loro validità e darebbero luogo soltanto ad azioni di risarcimento.

22. Così M. Libertini, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, cit., p. 935.

23. Cfr., sul punto, M. Libertini, *op. ult. cit.*, p. 936.

24. Così, di nuovo, M. Libertini, *op. loc. cit.*

25. Come sottolinea M. Libertini, *op. cit.*, p. 935.

26. Così, infatti, C. Castronovo, *Sezioni più unite che antitrust*, cit., p. 445.

*servazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere»<sup>27</sup>.*

Può pertanto convenirsi con quell'orientamento dottrinale<sup>28</sup> che, già anni addietro, ravvisava tre categorie di soggetti, gli interessi dei quali possono dirsi pregiudicati da una condotta posta in essere in violazione della disciplina della l. 287/90: i concorrenti, in senso stretto, dell'impresa (o delle imprese) responsabili della condotta antigiuridica, i loro fornitori ed utilizzatori ed infine i consumatori finali, orientamento dottrinale che trova, secondo una notazione largamente condivisa, una conferma sufficientemente univoca proprio nella direttiva 2014/104/UE e, poi, nella sua disciplina di attuazione<sup>29</sup>.

Naturalmente, il discorso appena tratteggiato si ricollega, una volta di più, al problema del ruolo che possa essere attribuito al *private enforcement* in materia antitrust<sup>30</sup>: e da questo punto di vista la formulazione contenuta nell'art. 1 della direttiva 2014/104/UE, e ripresa nell'art. 1 del d.lgs 3/2017, secondo il quale la regolamentazione da esso introdotta si riferisce a «chiunque ha subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o di un'associazione di imprese» è stata interpretata nel senso che la stessa assolverebbe senz'altro un ruolo sociale, configurandosi, cioè, come un apprezzabile strumento di protezione sociale dei cittadini dell'Unione, accanto al diritto dei consumatori<sup>31</sup>.

Non mancano tuttavia, anche da ultimo, posizioni assai più scettiche circa l'effettiva idoneità degli strumenti della responsabilità civile ad essere utilizzati proficuamente quando si tratti di reagire a comportamenti posti in essere in violazione della disciplina normativa antitrust: da questo angolo visuale, si è sottolineato, ad esempio, che le conseguenze dannose che possono scaturire da comportamenti posti in essere in violazione della disciplina *antitrust* possono essere «conseguenze indirette, frazionate, in parte attenuate da aggiustamenti, di difficile valutazione: dunque con le caratteristiche, per lo più, della lesione di interessi diffusi, contro la quale la responsabilità civile non è lo strumento più appropriato e comunque opererebbe con difficoltà»<sup>32</sup>.

Non sembra tuttavia che la posizione da ultimo evocata sia sostenibile fino in fondo in presenza delle soluzioni normative delineate dal d.lgs 3/2017, che, da un lato, rivendicano, come si è già più volte detto, un ruolo di significativa importanza per la responsabilità extracontrattuale nella costruzione del disegno complessivo della tutela a fronte delle violazioni della disciplina normativa *antitrust*, dall'altro, lo collocano in pieno all'interno della disciplina codicistica dell'istituto aquiliano anche per quello che concerne il problema, di particolare delicatezza nella prassi applicativa della materia<sup>33</sup>, della quantificazione del danno. Infatti, una delle caratteristiche della disciplina di attuazione della direttiva 2014/104/UE sulla quale è stato posto l'accento è proprio quella di avere ricondotto integralmente la

27. Cfr. Cass. sez.un. 4 febbraio 2005 n. 2207, in Foro It., 2005, I, pp. 1014 ss. nonché in *Europa e dir. Priv. cit.*, pp. 435 ss. Nello stesso senso, più di recente, Cass. 2 febbraio 2007 n. 2305, in *Corr. Giur.* 2007, pp. 641 ss., con nota di S. Bastianon.

28. Il riferimento è ancora all'indagine di L. Nivarra, *La tutela civile* cit., pp. 1454 s.

29. Cfr., sul punto, in particolare, G. Pulejo, *Il risarcimento del danno antitrust alla luce della direttiva 2014/104/UE*, cit., 1086, la quale nota che «il riconoscimento di un'ampia platea di soggetti tutelati dal diritto antitrust si iscrive perfettamente nella lunga evoluzione della giurisprudenza europea», posto che «già nel 2001 la celebre sentenza *Courage* aveva sancito il diritto di chiunque di chiedere il risarcimento del danno derivante da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza». Cfr. anche, in epoca più risalente, E. Scoditti, *Il consumatore e l'antitrust*, in nota a Cass. 9 dicembre 2002 n. 17475, in *Foro it.*, 20013, I, 1, pp. 1127 ss., per alcuni spunti sulla rilevanza anche in materia degli elementi di novità introdotti dalla sentenza Cass. sez. un. 500/99.

30. Afferma, da ultimo, R. Pardolesi, *Il private enforcement del diritto antitrust: un animale fantastico, e dove trovarlo*, in B. Sassani (a cura di), *Il private enforcement antitrust*, cit., 15, con accenti di scetticismo sul ruolo del *private enforcement* in materia, e che rimandano anche al problema generale delle funzioni della responsabilità civile, che «il *private enforcement* della disciplina *antitrust* dovrebbe essere in grado di vendicare torti con le caratteristiche su indicate: dispersione su grande numero di vittime, con incidenza individuale sovente limitata, ma portata complessiva a tanti zeri. Quello capace di sortire un risultato di tal fatta e, all'evidenza, un animale fantastico. Che non abita, e con ogni probabilità non abiterà dalle nostre parti. Come si è già anticipato, chi voglia proprio trovarlo deve rassegnarsi a traversare l'Atlantico». La posizione di questo Autore sembra evocare, per certi aspetti, quella di P. Trimarchi, della quale si dirà *infra*, nota 32.

31. Cfr., sul punto, M. Barcellona, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in *Judicium.it.*, il quale sottolinea – e si tratta di rilievo importante anche al fine di delimitare puntualmente l'ambito di operatività in materia dell'istituto della responsabilità civile – che la *ratio* sociale in questo modo individuata per la disciplina *antitrust* «non sempre attraversano la responsabilità civile e, comunque, mai la attraversano in un modo che possa sensatamente investire il pregiudizio subito dal consumatore per essersi ritrovato a concludere un contratto a condizioni diverse e peggiori di quello che avrebbe concluso in una condizione di «concorrenza perfetta»».

32. Cfr. P. Trimarchi, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 238.

33. Alla luce della considerazione, anche da ultimo proposta in dottrina, secondo la quale «gli effetti di una qualsiasi condotta lesiva della concorrenza non sono (direttamente) osservabili. Il solo scenario osservabile è quello nel quale avviene (o che incorpora) la condotta»: così C. Carli, *La quantificazione dei danni da illeciti antitrust ecc.*, cit., p. 205.

regolamentazione della materia nell'ambito di quella dettata dal cc in punto determinazione del *quantum* risarcitorio, senza neanche raccogliere esplicitamente l'invito, pure formulato con la direttiva, a che gli Stati membri attribuissero ai giudici nazionali «il potere, a norma delle procedure nazionali, di stimare l'ammontare del danno se è accertato che l'autore ha subito un danno, ma è praticamente impossibile o eccessivamente difficile quantificare con esattezza il danno subito sulla base delle prove disponibili»<sup>34</sup>: questa esigenza non si poneva, infatti, concretamente proprio in relazione al fatto che il nostro sistema della quantificazione del danno contiene già una regola che attribuisce al giudice il potere di procedere alla liquidazione equitativa del danno e cioè, com'è ovvio, l'art. 1226 cc, puntualmente richiamato, accanto agli artt. 1223 e 1227 cc, all'art. 14, 1° co. d.lgs 3/2017.

Si può allora dire, volgendosi, a questo punto, alla conclusione del discorso, che la fisionomia della responsabilità civile per violazione della normativa *antitrust* che emerge dal d.lgs 3/2017, all'esito dell'evoluzione giurisprudenziale della quale si è cercato di dare molto sinteticamente conto in questa sede, è quella di una tecnica di tutela che si inserisce in pieno all'interno del sistema del codice civile: sia per quel che concerne il momento iniziale della valutazione del danno nel senso della sua risarcibilità, attraverso la concretizzazione del concetto di ingiustizia del danno affidata alla tecnica della norma di protezione, sia per quanto riguarda il momento finale della sua liquidazione, integralmente ricondotta alle corrispondenti regole del codice civile, al fine di assicurare l'obiettivo del pieno risarcimento contemplato dall'art. 1, co. 2° d.lgs 3/17.

---

34. Cfr. l'articolo 17 comma 1 della Direttiva.

## Il danno ingiusto nella prospettiva del giudice amministrativo

di Giancarlo Montedoro

Il contributo mira a dare conto dell'evoluzione giurisprudenziale prima e normativa poi della responsabilità civile della pubblica amministrazione per violazione di interessi legittimi. Si registra una marcia di avvicinamento fra la giurisprudenza della Corte suprema di cassazione e quella del Supremo consesso della magistratura amministrativa, dopo le divergenze iniziali sul tema della pregiudizialità. L'arbitrato costituzionale intervenuto fra le giurisdizioni ad opera del giudice delle leggi ha consentito di configurare la responsabilità della pubblica amministrazione per provvedimento illegittimo come una tecnica di tutela dell'interesse legittimo. Tanto dovrebbe comportare la piena giustificazione costituzionale del breve termine decadenziale previsto per le azioni di condanna nel codice del processo amministrativo. L'analisi poi si sofferma sui principali orientamenti giurisprudenziali della nomoflanchia amministrativa intervenuti di recente e sulla delicata questione, rimessa di recente all'adunanza plenaria del risarcimento per perdita di *chance*.

### Premessa

La sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione ha determinato una svolta epocale nella vita della giustizia amministrativa<sup>1</sup>.

Con essa è stato superato, come icasticamente si usa dire, il dogma dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

Sono note, e non occorre ripercorrerle, le vicende che hanno condotto, attraverso anche un intervento del giudice delle leggi<sup>2</sup>, all'equilibrio in materia sancito dal legislatore con la disciplina dell'azione risarcitoria contenuta nel codice del processo amministrativo<sup>3</sup>.

La questione risolta sul piano del diritto positivo, pone non pochi problemi di carattere dommatico ed è

1. Vedila in *Foro it.*, 1999, I, p. 2487, n. Palmieri, Pardolesi, *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 (m), n. Caranta, Fracchia, Romano, *Foro it.*, 1999, I, p. 3201 (m), n. Scoditti, *Giornale dir. amm.*, 1999, p. 832, n. Torchia, *Nuovo dir.*, 1999, p. 691, n. Finucci, *Contratti*, 1999, p. 869, n. Moscarini, *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261, n. Morelli, *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1067, n. Protto, *Trib. amm. reg.*, 1999, II, p. 225, n. Bonanni, *Arch. civ.*, 1999, p. 1107, *Danno e resp.*, 1999, p. 965, n. Carbone, Monateri, Palmieri, *Danno e resp.*, 1999, p. 965, n. Pardolesi, Ponzanelli, Roppo, *Corriere giur.*, 1999, p. 1367, n. Di Majo, Mariconda, *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 1272, *Gius.*, 1999, p. 2760, n. Berruti, *Rass. giur. energia elettrica*, 1999, p. 433, *Nuove autonomie*, 1999, p. 563, n. Scaglione, *Gazzetta giur.*, 1999, fasc. 35, p. 42, *Guida al dir.*, 1999, fasc. 31, 36, n. Mezzacapo, Caruso, De Paola, *Guida al dir.*, 1999, fasc. 31, p. 36, n. Finocchiaro, *Dir. e pratica società*, 1999, fasc. 21, p. 65, *Ammin. it.*, 1999, p. 1399, *Dir. pubbl.*, 1999, p. 463, n. Orsi Battaglini, Marzuli, *Rass. amm. sic.*, 1999, p. 9.

2. Si tratta di Corte costituzionale n. 204 del 2004, vedila *Foro it.*, 2004, I, p. 2594, n. Benini, Travi, Fracchia *Corriere giur.*, 2004, p. 1167, *Nuove autonomie*, 2004, p. 545, n. Teresi, *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1031, n. Conti, *Fisco* 1, 2004, p. 6080, *Giornale dir. amm.*, 2004, p. 969 (m), n. Clarich, Police, Mattarella, Pajno, *Bollettino trib.*, 2004, p. 1606, n. Voglino, *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1275, n. Lotti, *Funzione pubbl.*, 2004, fasc. 2, 271 *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 1211, n. Sandulli, *Dir. proc. ammin.*, 2004, 799, n. Cerulli Irelli, Villata, Cons. Stato, 2004, II, p. 1357, *Guida al dir.*, 2004, fasc. 29, p. 88, n. Forlenza, *Resp. civ.*, 2004, p. 1003, n. Angeletti, *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2207, n. Sandulli, *Delle Donne, Mondo bancario*, 2004, fasc. 4, p. 65 (m), n. Siclari, *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 29, p. 16, n. Rossetti, *Medici, Giur. it.*, 2004, p. 2255.

3. Sul tema cfr. anche G. Montedoro, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della corte costituzionale* in *Dir. proc. ammin.*, 2005, p. 75 sia pure in un'ottica antecedente il codice del processo amministrativo.

connotata dalla presenza di nodi irrisolti di carattere teorico nella ricostruzione dell'istituto.

Fra i problemi di carattere dommatico occorre menzionare la questione del rapporto fra azione di annullamento ed azione risarcitoria che finisce per incidere sulla stessa consistenza del potere amministrativo di fronte al giudice, nonché la questione relativa alla natura della responsabilità della pubblica amministrazione per violazione, mediante un provvedimento od un contegno, di un interesse legittimo ossia la questione relativa alla natura aquiliana, contrattuale o autonoma (cd. teoria del *tertium genus*) della responsabilità della pubblica amministrazione a tale titolo.

Fra le questioni di carattere teorico, nodali per la esatta ricostruzione dei profili anche applicativi dell'istituto, giova menzionare quella della spettanza del bene della vita e del connesso problema della risarcibilità della *chance* di aggiudicazione del medesimo, la questione della colpa e la connessa problematica della configurabilità di una colpa d'apparato o di una, all'opposto, valutazione della mera esistenza di una illegittimità inescusabile, la questione del nesso causale fra provvedimento e danno risarcibile ed, in ultimo, la questione dei parametri ai quali ancorare la concreta quantificazione del risarcimento danni.

Si tratta di temi e problemi potenzialmente tutti incidenti sull'area dei danni risarcibili e, quindi, sugli effetti erariali, mai del tutto ben considerati, della scelta fatta a suo tempo dalle giurisdizioni superiori e solo sanzionata dal legislatore prendendo atto della complessa evoluzione giurisprudenziale verificatasi dopo l'arresto delle Sezioni unite n. 500 del 1999.

Deve invece considerarsi risolta definitivamente la *vaexata quaestio* della cd. pregiudiziale amministrativa che divide a suo tempo, immediatamente dopo il trasferimento dell'azione risarcitoria al giudice amministrativo, Cassazione e Consiglio di Stato.

Come si vedrà l'attuale disciplina è ben lungi dall'essere un ancoraggio ad un porto sicuro, poiché il risarcimento solleva un tal numero di questioni sistematiche, da poter essere considerato "l'inizio di una navigazione avventurosa"<sup>4</sup>, al cui termine, sia consentito dirlo, si pone lo stesso concezione del potere pubblico, come si è cercato di dimostrare in un lavoro di prossima uscita<sup>5</sup>.

Non si ritiene qui che la sfida sia ad impostare su nuove basi il sistema di giustizia amministrativa, quanto piuttosto ad intendere che la tutela nei confronti del potere si è fatta più integrale e completa, con esistenza, tuttavia, di risvolti che non possono essere ignorati sul piano della politica del diritto.

## 1. La questione del rapporto fra azione risarcitoria ed azione di annullamento

All'indomani della sentenza n. 500 del 1999 la dottrina e la giurisprudenza si sono soffermate su una serie di questioni che possono così sintetizzarsi quale sia il giudice dotato di giurisdizione sulla controversia, se quello ordinario o quello amministrativo, se, nel caso in cui si trattasse del giudice amministrativo, la cognizione sulla questione risarcitoria avvenisse in sede di giurisdizione generale di legittimità o in sede di giurisdizione esclusiva, oppure nel solo giudizio di ottemperanza, se fosse comunque necessario prima di esperire l'azione risarcitoria ottenere previamente l'annullamento dell'atto amministrativo lesivo, se l'azione risarcitoria e quella di annullamento fossero concorrenti, se fossero equiparabili ai fini della tutela risarcitoria interessi oppositivi (quelli emergenti ad es. in relazione a poteri ablatori dell'amministrazione) ed interessi pretensivi (quelli emergenti in relazione a provvedimenti ampliativi delle facoltà dei privati).

La sentenza n. 500 del 1999 dava alcune indicazioni importanti, l'art. 2043 del codice civile, ove parla di "danno ingiusto", comprende in tale espressione anche i fatti dannosi lesivi della posizione giuridica soggettiva denominata interesse legittimo; ciò comporta, in capo al danneggiato, un diritto al risarcimento del danno; l'azione quindi, in assenza di diversa disposizione (poi intervenuta) spetta alla giurisdizione del giudice ordinario; non basta l'illegittimità dell'atto amministrativo ad integrare l'illecito; occorre la lesione dell'interesse materiale del cittadino (ed altresì l'elemento soggettivo della colpa dell'amministrazione definita colpa di apparato); la lesione è in *re ipsa* nel caso di interessi oppositivi; nel caso di interessi pretensivi spetta solo se il cittadino è in grado di dimostrare che il bene della vita sottostante la vicenda amministrativa sarebbe stato di sua spettanza in assenza del provvedimento lesivo; non v'è alcuna pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento; nelle materie di giurisdizione esclusiva la giurisdizione sul risarcimento spetta al giudice amministrativo.

A partire dall'art. 7 della legge n. 205 del 2000 il riparto di giurisdizione veniva modificato attribuendo la giurisdizione sul risarcimento danni in modo pressoché integrale al giudice amministrativo.

Tale attribuzione incidendo profondamente sulle tipologie di azioni esperibili innanzi a tale giudice

4. A. Romano Tassone, *Risarcimento del danno* in *Enc. Dir. Aggiornamento VI*, pp. 983 ss.

5. Si tratta del saggio *Il diritto pubblico fra ordine e caos. I poteri pubblici nell'età della responsabilità* in uscita per i tipi della Luiss.

non poteva restare senza conseguenze; la conseguenza principale è consistita nell'approvazione del codice del processo amministrativo (d.lgs n. 104 del 2010) che contiene una completa disciplina delle azioni esperibili innanzi al giudice amministrativo fra cui vi sono le azioni di condanna, esperibili in via autonoma rispetto alle azioni di annullamento, anche se con sottoposizione delle stesse a termine decadenziale sia pure più lungo rispetto a quello previsto per ottenere l'annullamento di un provvedimento amministrativo in sede giurisdizionale.

Un punto fermo nella questione nota come pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento è stato posto da Cass. civ., sez. un., 23-12-2008, n. 30254 secondo cui «ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione – dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. - e della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, né rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento; infatti è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca; pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111, 8° comma, Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale, così esercitando il sindacato per violazione di legge che la Suprema corte può compiere anche sulle sentenze

del giudice amministrativo (fattispecie relativa a domanda di risarcimento del danno causato dall'esercizio illegittimo della funzione pubblica, avendo la Suprema corte considerato che la tutela risarcitoria anche autonomamente proposta, a prescindere dal pregiudiziale annullamento del provvedimento lesivo illegittimo, costituisce una misura minima e perciò necessaria di tutela dell'interesse sostanziale dedotto dal privato)».

Tale dilatazione delle questioni di giurisdizione è stata criticata in dottrina, ma il legislatore ha raggiunto un compromesso significativo.

Il codice del processo amministrativo, all'art. 30, ha accolto la prospettiva dell'autonomia delle due azioni, sottoponendo tuttavia l'azione risarcitoria ad un termine decadenziale e non prescrizione per evidenti esigenze di certezza del diritto legate al farsi dell'azione amministrativa (gli amministrati non possono rimanere per troppo tempo senza stabilità del provvedimento e l'amministrazione non può essere esposta per anni ad incertezze sulle conseguenze patrimoniali dei propri atti).

Per questo Cass. civ., sez. un., 16-12-2010, n. 25395<sup>6</sup> ha statuito che «in tema di azione avanti all'autorità giudiziaria amministrativa tendente ad ottenere, nei confronti della Pa, il risarcimento del danno da attività provvedimentale illegittima, il principio della non necessità della pregiudiziale impugnativa del provvedimento amministrativo, già affermato dalle Sezioni unite della Cassazione con riferimento al sistema normativo conseguente alla l. 21 luglio 2000, n. 205, è confermato dall'art. 30 dl. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. codice del processo amministrativo) secondo cui: a) l'azione di condanna della Pa può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma (1 comma); b) può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria (2 comma); c) la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo (3 comma)».

Data l'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento, va cassata la sentenza del Consiglio di Stato la quale respinga la domanda di risarcimento del danno avanzata dal ricorrente sulla sola base dell'inammissibilità del ricorso impugnatorio, senza entrare nel merito della responsabilità della Pa (Cass. civ. [ord.], Sez. un., 02-07-2010, n. 15689)<sup>7</sup>.

6. *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2849 (m), n. Fimiani.

7. *Giur. it.*, 2010, 2183; *Ammin. it.*, 2010, p. 1695.

L'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo tuttavia non è senza conseguenza anche sotto altri profili: la sentenza n. 500 del 1999 qualificava la posizione giuridica azionata con l'azione risarcitoria come un diritto soggettivo di competenza del giudice ordinario per evitare la solita impasse della mancanza di un giudice dell'azione risarcitoria diretta a proteggere l'interesse legittimo, infatti, a tale altezza di tempo, il giudice amministrativo non avrebbe potuto condannare al risarcimento danni ed il giudice ordinario, in presenza di un risarcimento strettamente derivante dall'interesse legittimo (senza la mediazione del diritto soggettivo al risarcimento) sarebbe stato carente di giurisdizione.

Ora invece l'azione, devoluta al giudice amministrativo, appare sganciata da tale teoria, appare espressione di una tecnica di tutela dell'interesse legittimo, come affermato dalla sentenza della Corte costituzionale che si è occupata del tema in chiave "arbitrale" fra le diverse giurisdizioni, nella sentenza n. 204 del 20048.

In tale sentenza il giudice delle leggi ha avuto modo di precisare, dichiarando l'incostituzionalità di una scelta del legislatore portata a dilatare la giurisdizione esclusiva oltre gli ambiti costituzionali che le sono propri, che «la dichiarazione d'incostituzionalità non investe in alcun modo — nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure — l'art. 7 l. n. 205 del 2000, nella parte in cui (lett. c) sostituisce l'art. 35 dl. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica».

Per la Corte costituzionale «il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia"» attribuita alla giurisdizione del giudice amministrativo, bensì «uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione».

Ne consegue che «l'attribuzione di tale potere non soltanto appare conforme alla piena dignità di giudice riconosciuta dalla Costituzione al Consiglio di Stato (sub 3), ma anche, e soprattutto, essa affonda le sue radici nella previsione dell'art. 24 Cost., il quale, garantendo alle situazioni soggettive devolute alla giurisdizione amministrativa piena ed effettiva tutela, implica che il giudice sia munito di adeguati poteri; e certamente il superamento della regola (avvenuto, peraltro, sovente in via pretoria nelle ipotesi *olim* di giurisdizione esclusiva), che imponeva, ottenuta tutela davanti al

giudice amministrativo, di adire il giudice ordinario, con i relativi gradi di giudizio, per vedersi riconosciuti i diritti patrimoniali consequenziali e l'eventuale risarcimento del danno (regola alla quale era ispirato anche l'art. 13 l. 19 febbraio 1992 n. 142, che pure era di derivazione comunitaria), costituisce null'altro che attuazione del precetto di cui all'art. 24 Cost.».

A stretto rigore se ne deve desumere che il risarcimento è una tecnica di tutela del giudice amministrativo in giurisdizione generale di legittimità, che ad essere azionato per tale via, è l'interesse legittimo e non il diritto soggettivo.

Ciò spiega l'autonomia delle azioni che si muoverebbero su piani assiologici differenti, il consolidarsi dell'assetto degli interessi non vietando affatto la riparazione per equivalente ma solo rendendo inammissibile la reintegrazione in forma specifica.

Certo l'autonomia delle azioni toglie all'amministrazione il potere di decidere se risarcire in forma specifica o per equivalente, ma la previsione di un termine decadenziale e la possibilità di fare ricorso all'istituto del concorso del fatto colposo del creditore al fine di ridurre l'entità dell'illecito, moralizzano la vicenda risarcitoria ed evitano richieste esorbitanti da parte dei privati.

Per C. Stato, ad. plen., 23-03-2011, n. 3 non sussiste più la pregiudiziale di rito, secondo cui l'azione risarcitoria era inammissibile ove non preceduta o accompagnata dall'azione demolitoria; tuttavia il comportamento del danneggiato che non esperisce l'azione demolitoria deve essere valutato, ai sensi dell'art. 1227 cc e del principio di buona fede, ai fini della quantificazione del danno risarcibile.

Questa saggia composizione degli interessi ha avvicinato le giurisdizioni ed ha dato un assetto stabile a questioni assai controverse in passato, per cui sarebbe lungimirante evitare di riaprire controversie interpretative fra le diverse nomofilachie.

Non si può tuttavia non fare cenno a quella coerente impostazione dottrinale che ritiene — muovendo obiezioni radicali alla evoluzione della giurisprudenza ed alle scelte legislative conseguenti appena illustrate — incompatibile la figura dell'interesse legittimo con la tutela risarcitoria, essendo alla prima collegata una tutela di annullamento ed alla seconda una tutela di spettanza del tutto inconciliabili.

Si tratta di un'impostazione che muove dalla distinzione chiara fra ordinamento giuridico generale (nel quale si rinvengono diritti risarcibili) ed ordinamento speciale (nel quale operano poteri pubblici sindacabili con l'azione di annullamento)<sup>9</sup>.

8. *Foro it.*, 2004, I, p. 2594, n. Benini, Travi, Fracchia.

9. Romano Alb. *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi, Se sono risarcibili sono diritti soggettivi* in *Dir amm.* 1998, I e ss.

Tale chiarezza concettuale è stata superata in concreto dall'ordinamento, dopo la sentenza n. 500 del 1999, con scelte compromissorie, non dicotomiche, avvenute non tanto nel senso della prevalenza dell'annullamento quanto nel senso della affermazione di una logica della spettanza, ma temperata (da termine decadenziale e dall'istituto del fatto colposo del creditore).

Al giudice amministrativo il compito di concretizzare queste scelte legislative nella vita del diritto, nella inesauribilità dell'esperienza giuridica.

## 2. La natura contrattuale o aquiliana della responsabilità

Della natura della responsabilità da violazione dell'interesse legittimo si è discusso a lungo, in connessione anche alla questione della colpa.

Il regime della colpa infatti si configura diversamente a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale (o pre-contrattuale ove si accolga la tesi per cui la responsabilità precontrattuale è un'ipotesi di responsabilità contrattuale) o extracontrattuale.

Il regime della responsabilità contrattuale risulta assai più favorevole per il danneggiato, infatti, l'onere probatorio ai sensi dell'art. 1218 incombe sul debitore una volta provato l'inadempimento.

In tal caso al debitore è rimessa la prova che l'inadempimento sia dipeso da causa a lui non imputabile.

La giurisprudenza più recente è incline alla tesi della natura extracontrattuale della responsabilità, anche in coerenza con l'impostazione della Corte di cassazione che ha fondato la sua svolta in tema di risarcibilità dell'interesse legittimo sull'art. 2043 cod. civ.

Per C. Stato, sez. V, 20-10-2008, n. 5124<sup>10</sup> «in tema di responsabilità dell'amministrazione per attività provvedimento illegittima e all'elemento soggettivo della colpa, va esclusa l'applicabilità dei principi concernenti la responsabilità contrattuale per inadempimento in ordine alla presunzione relativa di colpa e l'ascrizione all'amministrazione dell'onere di dimostrare la propria incolpevolezza, e, mentre il privato può limitarsi a fornire al giudice elementi indiziari quali la gravità della violazione, il carattere vincolato dell'azione amministrativa, l'univocità della normativa di riferimento e il proprio apporto partecipativo al procedimento, dal canto suo l'amministrazione può allegare elementi rientranti nello schema dell'errore scusabile, spettando poi al giudice

apprezzarne e valutarne l'idoneità a comprovare o a escludere la colpevolezza dell'amministrazione stessa, senza che possa considerarsi valida l'equazione "illegittimità dell'atto-colpa dell'apparato pubblico"; pertanto, la responsabilità patrimoniale della Pa conseguente all'annullamento giurisdizionale di atti illegittimi dev'essere inserita nel sistema dell'accertamento dell'illecito extracontrattuale, alla stregua del quale l'imputazione non può avvenire sulla base del dato oggettivo dell'illegittimità del provvedimento».

Per C. Stato, sez. IV, 03-03-2009, n. 1206<sup>11</sup> sempre sullo stesso presupposto teorico (ossia la natura extracontrattuale della responsabilità già affermata da Cass. Sez. Un. n. 500 del 1999), «in caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, il risarcimento del danno è ascrivibile in capo all'amministrazione esclusivamente a titolo di responsabilità extra-contrattuale e pertanto, la quantificazione dello stesso deve essere determinata in forma equitativa e non sulla base del criterio di cui all'art. 134 dl. n. 163/2006, che disciplina la diversa fattispecie relativa al diritto potestativo dell'appaltante di recedere unilateralmente da un contratto in corso».

Un diverso orientamento valorizzava la teorica della responsabilità da contatto sociale per arrivare a qualificare la responsabilità da violazione di interesse legittimo come ipotesi di responsabilità contrattuale.

Così per C. Stato, sez. V, 06-08-2001, n. 4239 «la natura della responsabilità derivante dall'adozione di un atto illegittimo (nella specie, diniego di concessione edilizia) assume connotazioni concretamente avvicinabili all'inadempimento di una precedente obbligazione quando l'invalidità dell'atto amministrativo deriva dal contrasto con precedenti atti convenzionali stipulati tra l'amministrazione ed il privato (in motivazione, si precisa che le recenti elaborazioni dottrinarie in materia di responsabilità da *contatto amministrativo qualificato* possono essere condivise nella misura in cui, senza affermare la generale operatività delle regole proprie della responsabilità contrattuale, forniscono utili criteri applicativi in ordine all'accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito, sicché l'adeguata valorizzazione del rapporto procedimentale consente di affermare che il relativo onere della prova va ripartito tra le parti secondo criteri sostanzialmente corrispondenti a quelli codificati dall'art. 1218 cc).

Per C. Stato, sez. VI, 15-04-2003, n. 1945 la responsabilità contrattuale è evocabile anche nel caso di obblighi di correttezza procedimentale che condu-

10. *Resp. e risarcimento*, 2008, fasc. 10, p. 94 (m); *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 386, n. Baiona.

11. *Giornale dir. amm.*, 2009, p. 535 (m).

ce anche ad un risarcimento in via equitativa senza un necessario giudizio sulla spettanza.

È risarcibile in via equitativa - ma non nel caso in specie per mancanza di domanda - la sola violazione degli obblighi di correttezza procedimentale, indipendentemente dalla valutazione circa la spettanza del bene della vita a cui il ricorrente aspira.

Il procedimento amministrativo – la legge n. 241 del 1990 – diviene in questa ottica una fonte di obblighi di correttezza che poi, a cascata, si riverberano sul piano risarcitorio.

In dottrina è stata affacciata anche l'ipotesi di un *tertium genus* di responsabilità, dotata di regole sue proprie, che devono ricavarsi coerentemente dalla circostanza che il potere e l'obbligo sono, romanianamente, figure incompatibili<sup>12</sup>.

L'ipotesi ha una sua interna coerenza, anche sul piano sistematico e costituzionale, come la tesi di Alberto Romano prima riportata, ma a fronte della parabola giurisprudenziale e legislativa già verificatasi, vale, al più per suggerire in futuro al legislatore che voglia garantire un risarcimento conforme alla logica dell'annullamento, per limitare i poteri privati, di dettare regole specifiche vadano ben oltre la spettanza temperata, in fondo re-introducendo, ma *expressis verbis* la pregiudizialità alla quale legare una fattispecie peculiare di responsabilità da esercizio illegittimo del potere, accertato dal giudice amministrativo, precisando legislativamente i criteri di imputazione del danno all'apparato ed ai funzionari e rendendo tali regole speciali rilevanti nell'ordinamento giuridico generale.

Il diritto vivente sta percorrendo un'altra strada.

### 3. Bene della vita e perdita di *chance*

Ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento, non basta la dichiarazione di illegittimità dell'atto e l'accertamento della colpa dell'amministrazione, ma occorre che sia comprovata in modo certo *la spettanza del bene della vita* e la correlata lesione derivante dal provvedimento illegittimo e va verificato se l'annullamento per vizio del procedimento sia avvenuto a seguito di una illegittimità di natura formale o di carattere sostanziale (Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 16-07-2015, n. 555).<sup>13</sup>

A tale rilevanza del giudizio sulla spettanza non si rinuncia nemmeno in caso di *danno da ritardo*.

Per C. Stato, sez. IV, 02-11-2016, n. 4580<sup>14</sup> «il risarcimento del danno da ritardo, relativo ad un interesse legittimo pretensivo, non può essere avulso da una valutazione concernente la spettanza del bene della vita e deve, quindi, essere subordinato, tra l'altro, anche alla dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia destinata ad esito favorevole e, quindi, alla dimostrazione della spettanza definitiva del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse; l'entrata in vigore dell'art. 2 *bis* l. 7 agosto 1990 n. 241 non ha, infatti, elevato a bene della vita suscettibile di autonoma protezione, mediante il risarcimento del danno, l'interesse procedimentale al rispetto dei termini dell'azione amministrativa avulso da ogni riferimento alla spettanza dell'interesse sostanziale al cui conseguimento il procedimento stesso è finalizzato; inoltre, il riconoscimento della responsabilità della Pa per il tardivo esercizio della funzione amministrativa richiede, oltre alla constatazione della violazione dei termini del procedimento, l'accertamento che l'inosservanza delle scadenze procedurali è imputabile a colpa o dolo dell'amministrazione medesima, che il danno lamentato è conseguenza diretta ed immediata del ritardo dell'amministrazione, nonché la prova del danno lamentato».

Sono fuori dall'area del risarcibile *i vizi formali e procedurali* superabili con la rinnovazione del procedimento.

Per C. Stato, sez. V, 22-01-2015, n. 252<sup>15</sup> «ai fini del risarcimento del danno conseguente all'annullamento di un provvedimento amministrativo dichiarato illegittimo per vizio procedimentale va distinta l'illegittimità di carattere cd. "sostanziale" dall'illegittimità di natura "formale", in quanto solo nel primo caso il vizio del provvedimento amministrativo costituisce titolo per il risarcimento del danno subito dall'interessato, purché risulti comprovata, in modo certo, la spettanza del bene della vita da lui fatta valere e la correlata lesione derivante dal provvedimento illegittimo che, in quella particolare circostanza, contrasta in radice con i presupposti normativi per la sua adozione con un determinato contenuto; e, per contro, la pretesa risarcitoria non può trovare accoglimento qualora il vizio accertato non contenga alcuna valutazione definitiva in ordine al rapporto giuridico controverso, risolvendosi nel riscontro di una violazione

12. L. Maruotti, *La struttura dell'illecito amministrativo lesivo dell'interesse legittimo e la distinzione tra l'illecito commissivo e quello omissivo* in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 37.

13. *Foro amm.*, 2015, 2020 (m).

14. *Foro amm.*, 2016, p. 2644 (m).

15. *Giornale dir. amm.*, 2015, p. 817 (m), n. Moliterni.

del procedimento di formazione del provvedimento, il che avviene in particolare quando, in seguito all'annullamento dell'atto impugnato, l'amministrazione conserva intatto il potere di rinnovare il procedimento, eliminando il vizio riscontrato».

Così secondo C. Stato, sez. V, 10-02-2015, n. 675<sup>16</sup> «il giudicato di annullamento di un provvedimento amministrativo per vizi formali (quali il difetto di istruttoria o di motivazione), in quanto pacificamente non contiene alcun accertamento in ordine alla spettanza del bene della vita coinvolto dal provvedimento impugnato, non consente di fondare la pretesa al risarcimento del danno».

In via generale va detto che il danno conseguente alla lesione di interessi legittimi pretensivi può essere riconosciuto solo con la dimostrazione della spettanza al ricorrente del bene della vita preteso nella lite, con un rilevante grado di probabilità; tale prova non può essere fornita allorché rimane integro il potere discrezionale della Pa; infatti l'annullamento di un atto dal quale consegue la riedizione del potere amministrativo ha come conseguenza che la domanda di risarcimento del danno causato da detto illegittimo provvedimento non può essere accolta, ove persistano in capo all'amministrazione significativi spazi di discrezionalità amministrativa; in tale caso, dall'annullamento dell'atto non possono farsi derivare conseguenze ulteriori rispetto al ripristino della situazione preesistente e dell'attività rinnovativa dell'amministrazione.

Il potere e la sua inesauribilità si riflettono sulla questione della spettanza del bene della vita a fini risarcitori, in modo ontologico ed inevitabile.

È tuttavia risarcibile la *perdita di chance*.

Per C. Stato, sez. VI, 14-09-2006, n. 5323<sup>17</sup> «ove, a giudizio del giudice amministrativo, non vi sia agevole rinnovabilità delle attività amministrative o delle operazioni di gara, come nei casi di appalti ad aggiudicazione non automatica, il danno vantabile nei confronti dell'amministrazione deve essere visto unicamente nella prospettiva della perdita di *chance*, quale perdita, definitiva, di un'occasione favorevole di cui il soggetto danneggiato si sarebbe avvalso con ragionevole certezza, ossia nella elisione di un bene, giuridicamente ed economicamente rilevante, già esistente nel patrimonio del soggetto al momento del verificarsi dell'evento dannoso, il cui valore, però, è dato dalle sue utilità future, ovvero dalla sua idoneità strumentale a far sorgere in capo al dominus dello stesso una data e specifica situazione di vantaggio; l'illegittimità dell'atto attraverso cui si manifesta la condotta

illecita non è sufficiente per fondare la responsabilità dell'amministrazione, ma è altresì necessario che l'agire della Pa sia connotato dall'elemento soggettivo della colpa, che non può essere considerato *in re ipsa* nella violazione della legge o nell'eccesso di potere estrinsecatesi nell'adozione ed esecuzione dell'atto illegittimo».

Da tale pronuncia è scaturita una complessa evoluzione di recente rimessa all'esame dell'adunanza plenaria da Cons. Stato V, n. 118 del 2018.

Secondo un primo orientamento (ritenuto come esemplificato dalle seguenti pronunce: sez. III, 9 febbraio 2016, n. 559; sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4592) il risarcimento della *chance*, a fronte della mancata indizione di una gara, è condizionato dalla prova di un rilevante grado di probabilità di conseguire il bene della vita negato dall'amministrazione per effetto di atti illegittimi.

Secondo un diverso approccio (ritenuto come esemplificato dalle seguenti decisioni: sez. V, 1 agosto 2016, n. 3450; id. 8 aprile 2014, n. 1672, id. 2 novembre 2011, n. 5837), in circostanze analoghe, di mancata indizione della gara, va riconosciuto il risarcimento della *chance* vantata dall'impresa del settore.

Ciò sulla base del rilievo che, in caso di mancato rispetto degli obblighi di evidenza pubblica (o di pubblicità e trasparenza), non è possibile formulare una prognosi sull'esito di una procedura comparativa in effetti mai svolta e che tale impossibilità non può ridondare in danno del soggetto leso dall'altrui illegittimità, per cui la *chance* di cui lo stesso è titolare deve essere ristorata nella sua obiettiva consistenza, a prescindere dalla verifica probabilistica dell'ipotetico esito della gara.

All'esito del confronto ricostruttivo, la discriminante tra le due opposte configurazioni viene individuata nel rilievo da attribuire alla possibilità di conseguire il bene della vita illegittimamente privato dall'amministrazione e, in particolare, sul grado di probabilità statistica: quale fattore incidente sulla sola quantificazione del danno risarcibile nel primo caso e sull'*an* stesso del risarcimento nel secondo.

In tale contesto, mentre la teoria della *chance* ontologica configura tale posizione giuridica come un danno emergente, ovvero come bene giuridico già presente nel patrimonio del soggetto danneggiato, la cui lesione determina una perdita suscettibile di autonoma valutazione sul piano risarcitorio, la teoria eziologica intende la lesione della *chance* come violazione di un diritto non ancora acquisito nel patrimonio del soggetto, ma potenzialmente raggiungibile,

16. *Riv. nel diritto*, 2015, p. 1033, n. Galati; *Riv. nel diritto*, 2015, p. 804.

17. *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 1355 (m); *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 686.

con elevato grado di probabilità, statisticamente pari almeno al 50%. Si tratta dunque di un lucro cessante.

Resta dubbio a quali condizioni il giudice impegnato in un'attività prognostica possa operare senza impingere nel merito amministrativo.

E la *chance* è risarcibile se il provvedimento è diventato definitivo?

E se l'amministrazione è ancora in grado di riparare al danno procurato all'interessato?

#### 4. La colpa

L'elemento soggettivo è quello della colpa in particolare della colpa di apparato come sancito dalla Cassazione n. 500 del 1999.

Per C. Stato, sez. IV, 21-09-2015, n. 4375<sup>18</sup> «in sede di risarcimento del danno derivante da provvedimento amministrativo illegittimo, ai fini dell'ammissibilità della relativa domanda, non è sufficiente il mero annullamento del provvedimento amministrativo, ma è necessario che sia fornita la prova dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'amministrazione; in particolare, la colpa è la cd. "colpa di apparato", la quale è configurabile quando l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole proprie dell'azione amministrativa, desumibili sia dai principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, sia dalle norme di legge ordinaria in materia di celerità, efficienza, efficacia e trasparenza, sia dai principi generali dell'ordinamento, quanto a ragionevolezza, proporzionalità ed adeguatezza».

Il risarcimento non è escluso in caso di *colpa lieve*, secondo una certa giurisprudenza.

Per C. Stato, sez. IV, 18-11-2013, n. 5458<sup>19</sup>: «l'azione di risarcimento conseguente all'annullamento in sede giurisdizionale di un provvedimento illegittimo implica la valutazione dell'elemento psicologico della colpa, alla luce dei vizi che inficiavano il provvedimento stesso e della gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, secondo l'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo amministrativo nonché delle condizioni concrete in cui ha operato l'amministrazione, non essendo il risarcimento una conseguenza automatica della pronuncia del giudice della legittimità; in ogni caso, perché possa configurarsi la responsabilità della Pa è sufficiente la colpa, anche lieve, dell'apparato amministrativo».

Ma la questione non è pacifica, per C. Stato, sez. V, 13-01-2014, n. 63<sup>20</sup>, invero persuasiva più per l'articolazione degli indici di colpevolezza che per il riferimento apodittico alla gravità della colpa: «la sussistenza della colpa dell'amministrazione per il ritardo con il quale ha adottato il provvedimento chiesto dal privato non può essere affermata in base al solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che essa abbia agito *con dolo o colpa grave*, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente od ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.; segue da ciò che, ai fini dell'ammissibilità dell'azione risarcitoria, deve accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se, al contrario, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto.

Nello stesso senso C. Stato, sez. V, 08-04-2014, n. 1651<sup>21</sup> per cui «la sussistenza della colpa dell'amministrazione per il ritardo con il quale ha adottato il provvedimento chiesto dal privato non può essere affermata in base al solo dato oggettivo del tempo impiegato, essendo necessaria anche la dimostrazione che l'amministrazione medesima abbia agito *con dolo o colpa grave*, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile ad un comportamento gravemente negligente od ad una intenzionale volontà di nuocere, in palese ed inescusabile contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.; segue da ciò che, ai fini della fondatezza dell'azione risarcitoria, deve accertarsi se l'adozione o la mancata o ritardata adozione del provvedimento amministrativo lesivo sia conseguenza di comportamento doloso o della grave violazione delle regole di imparzialità, correttezza e

18. *Foro amm.*, 2015, p. 2253 (m).

19. *Foro amm.-Cons. Stato*, 2013, p. 3027 (m).

20. *Foro amm.*, 2014, p. 69.

21. *Foro amm.*, 2014, p. 1077 (m).

buona fede, alle quali deve essere costantemente ispirato l'esercizio della funzione, e se tale comportamento sia stato posto in essere in un contesto di fatto ed in un quadro di riferimento normativo tale da palesare la negligenza e l'imperizia degli uffici o degli organi dell'amministrazione ovvero se, al contrario, la predetta violazione sia ascrivibile all'ipotesi dell'errore scusabile, per la ricorrenza di contrasti giurisprudenziali, per l'incertezza del quadro normativo o per la complessità della situazione di fatto».

Non rileva la colpa del funzionario.

Così C. Stato, sez. V, 20-08-2013, n. 4189<sup>22</sup> «L'imputazione ex art. 2043 cc alla Pa di una responsabilità extracontrattuale (in materia diversa da quella degli appalti pubblici) non può avvenire sulla base del mero dato obiettivo dell'illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice deve svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente e da riferire ai parametri della negligenza o imperizia, ma dell'amministrazione intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo e lesivo dell'interesse del danneggiato siano avvenute in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi».

In conclusione in tema di responsabilità della Pa, ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un danno risarcibile occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come apparato (così anche C. Stato, sez. IV, 10-01-2012, n. 14)<sup>23</sup>.

## 5. Il nesso causale e la quantificazione del danno

Come è noto le norme civilistiche in tema di nesso causale sono scarse ed insufficienti e dalla loro scarsità possono derivare incertezze applicative.

I danni risarcibili (art. 1223 cod. civ.) devono essere conseguenza immediata e diretta dell'illecito.

L'art. 2043 prevede la tutela risarcitoria e la pone a carico di chi cagiona ad altri un danno ingiusto.

L'art. 2043 si riferisce al danno evento (ossia all'evento lesivo, alla lesione di un interesse meritevole di tutela).

L'art. 1223 al danno conseguenza ossia alle conseguenze economiche del danno.

Il danno evento viene valutato ai sensi degli artt. 40 e 41 del codice penale, l'altro viene imputato secondo un diverso schema di accertamento della diretta ed immediata consequenzialità.

Si tratta della nota fra causalità materiale (riguardante il danno evento) e causalità giuridica (riguardante il danno conseguenza).

Le domande sono diverse: chi è stato? che cosa deve risarcire per equivalente?

La quantificazione poi è la terza domanda, strettamente legata alla prima ed alla seconda: quanto deve pagare?

Anche fra primo e secondo comma dell'art. 1227 si rintraccia solitamente la distinzione fra danno evento e danno conseguenza.

Tale distinzione è recepita anche dalla giurisprudenza amministrativa.

Per C. Stato, sez. VI, 30-06-2011, n. 3887 «la domanda di risarcimento dei danni è anche nel processo amministrativo regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cc, in base al quale chi vuole far valere un diritto in giudizio deve indicare e provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; grava, quindi, sul danneggiato l'onere di allegare e provare gli elementi costitutivi della domanda di risarcimento del danno per fatto illecito (danno, nesso causale e colpa); la presenza di un danno risarcibile e la condanna al suo risarcimento non sono, infatti, una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento e richiedono la positiva verifica, oltre che della lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento, della sussistenza della colpa e del dolo dell'amministrazione e del nesso causale tra l'illecito e il danno subito; in particolare, poi, il risarcimento del danno conseguente a una lesione di interesse legittimo pretenso è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito aquiliano (condotta, colpa, nesso di causalità ed evento dannoso), all'effettiva dimostrazione che l'aspirazione al provvedimento sia in concreto destinata ad avere esito favorevole, quindi all'avvenuta e concludente dimostrazione della spettanza definitiva e ragionevolmente certa, mediante il corretto sviluppo dell'azione amministrativa, del bene sostanziale della vita collegato a un tale interesse, e comunque fermo l'ambito proprio della discrezionalità amministrativa»<sup>24</sup>.

22. *Foro amm.* Cons. Stato, 2013, p. 2102 (m).

23. *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, p. 8.

24. *Foro amm.*- Cons. Stato, 2011, p. 2099 (m).

In modo specifico Tar Veneto, sez. II, 31-03-2003, n. 2166<sup>25</sup> ha ritenuto che «per l'accertamento del nesso di causalità del danno, deve effettuarsi, analogamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza civile, una duplice verifica: a) nell'accertare il collegamento materiale tra condotta ed evento può farsi riferimento alle disposizioni contenute negli articoli 40 e 41 cp, b) nel verificare la sussistenza del collegamento giuridico tra il fatto illecito (valutato unitariamente come condotta ed evento) e l'entità del danno, possono applicarsi gli art. 1223 e 1227, 2° comma, cc, richiamati espressamente dall'art. 2056, 1° comma».

Infine può menzionarsi C. Stato, sez. VI, 15-09-2015, n. 4286<sup>26</sup> secondo cui è da accogliersi la distinzione civilistica ed il danno conseguenza può essere anche non patrimoniale; per cui «il danno non patrimoniale, configurabile quale danno-conseguenza derivante dall'effettiva lesione di specifici beni/valori oggetto di tutela (e non quale mero danno-evento), deve essere puntualmente allegato e dimostrato nella sua consistenza, se del caso attraverso il ricorso a presunzioni, purché plurime, precise e concordanti; pertanto, per conseguire il risarcimento del danno non patrimoniale, il richiedente è tenuto ad allegare e provare in termini reali, sia nell'*an* che nel *quantum*, il pregiudizio subito, anche se collegato a valori riconosciuti a livello costituzionale, e ciò perché la categoria del danno non patrimoniale *ex art. 2059 cc*, pur nei casi in cui la sua applicazione consegua alla violazione di diritti inviolabili della persona, costituisce pur sempre un'ipotesi di danno-conseguenza, il cui ristoro è in concreto possibile solo a seguito dell'integrale allegazione e prova in ordine alla sua consistenza e riferibilità eziologica alla condotta del soggetto indicato come autore dell'illecito; il danno non patrimoniale, quindi, anche quando discende dalla violazione di diritti fondamentali della persona, non è mai *in re ipsa*, ma deve essere sempre allegato e provato da chi ne chiede il risarcimento».

Il rischio di un eccessivo allargamento della responsabilità derivante dalle regole di equivalenza causale penalistiche, condurrebbe ad un'amministrazione, incerta, titubante, paralizzata, inefficiente; tale rischio viene superato o governato mediante la costruzione delle reti di contenimento già menzionate fra cui il concorso del fatto colposo del creditore.

Così C. Stato, sez. V, 09-10-2013, n. 4968 che ha sancito la regola della non risarcibilità dei danni evitabili con l'impugnazione del provvedimento e con la diligente utilizzazione degli altri strumenti di tute-

la previsti dall'ordinamento, sancita dall'art. 30, 3° comma, c.p.a., è ricognitiva dei principi già contenuti nell'art. 1227 cc: di conseguenza, l'omessa attivazione degli strumenti di tutela giurisdizionale costituisce, condotta valutabile alla stregua del canone di buona fede e del principio di solidarietà, ai fini dell'esclusione o della mitigazione del danno evitabile con la ordinaria diligenza, non più come preclusione di rito, ma come fatto da considerare in sede di merito ai fini del giudizio della sussistenza e consistenza del pregiudizio risarcibile (nella specie – in cui, da un lato, la tempestiva impugnazione da parte dell'interessato del silenzio-rifiuto sulla richiesta di concessione edilizia presentata nel febbraio 1989 non avrebbe ragionevolmente potuto impedire il danno, costringendo, eventualmente, anche attraverso un non implausibile provvedimento cautelare sollecitatorio o propulsivo, l'amministrazione a rilasciare il titolo edilizio ovvero costringendola a riesaminare il provvedimento illegittimo e/o ad indicare le eventuali ragioni ostative a tale rilascio, prima del dicembre 1989, allorché, essendo stata adottata una variante al piano regolatore generale vigente e alle relative norme tecniche di attuazione, è sopravvenuta la doverosa applicazione delle misure di salvaguardia e, dall'altro lato, il privato per effetto delle informazioni ottenute dall'amministrazione nel febbraio 1992, ben poteva conoscere la data della scadenza triennale di validità delle misure di salvaguardia ovvero informarsi sull'effettiva scadenza delle stesse usando l'ordinaria diligenza, così che non era giustificata la sua inerzia protrattasi fino al giugno 1996 – si è deciso che l'omissione del privato ha inciso nella verifica dell'evento dannoso nella misura del cinquanta per cento)<sup>27</sup>.

Frequente è anche la limitazione del ricorso a presunzioni giurisprudenziali.

Per C. Stato, sez. V, 28-04-2014, n. 2195 «il danno, inteso sia come danno evento che come danno conseguenza, e la sua qualificazione devono essere oggetto, da parte dell'attore, di un rigoroso onere allegatorio, potendosi ammettere il ricorso alla prova per presunzioni solo in relazione ai danni non patrimoniali».

Sul piano della quantificazione essa è determinata in concreto, con ampio ricorso a criteri equitativi nei casi in cui ciò è possibile, ma spesso è anche demandata all'amministrazione che deve trovare un accordo con l'interessato (art. 34 comma 4 del c.p.a.; ciò toglie alla questione drammaticità).

25. *Giust. amm.*, 2003, p. 517, *Trib. amm. reg.*, 2003, II, p. 323, n. Mazzia, *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 129.

26. *Foro amm.*, 2015, p. 2279 (m).

27. *Vita not.*, 2013, p. 1243, *Giurisdiz. amm.*, 2013, ant., 108, *Urbanistica e appalti*, 2014, p. 316 (m), n. Savatteri, *Danno e resp.*, 2014, p. 104 (m), *Riv. giur. edilizia*, 2013, I, p. 1127, *Guida al dir.*, 2014, fasc. 1, p. 62, n. Corrado.

# La riforma della responsabilità medica.

## La responsabilità del medico

di *Alessandro Palmieri*

La riforma delle regole sulla responsabilità civile nel sottosectore della sanità evidenzia con chiarezza il disegno del legislatore di invertire autoritativamente la rotta rispetto agli approdi giurisprudenziali di fine secolo. La soluzione di continuità si avverte soprattutto guardando alla posizione dei medici e delle altre figure professionali che operano nel quadro di una struttura sanitaria. Sennonché, a dispetto della nitidezza degli intenti e della bontà dei propositi, l'impatto operativo del nuovo regime non appare scevro da difficoltà e contraddizioni: il rischio è di fare un passo indietro rispetto a un sistema che comunque mostrava di avere a cuore la tutela del paziente, senza che si concretizzano tangibili benefici per quanti erogano le cure.

### 1. La reazione legislativa alla teoria del contatto sociale

Nel quadro della legge 24/17, un provvedimento normativo di ampio respiro in materia sanitaria che esordisce con proposizioni dal retrogusto declamatorio in cui si pone l'enfasi sulla "sicurezza delle cure" per poi spaziare in una varietà di settori (dall'ambito amministrativo a quello penale, senza trascurare i risvolti sul piano processuale), trova posto un'articolata disposizione che investe i rapporti civilistici tra soggetti bisognosi delle cure e quanti, individui o en-

tità collettive, si fanno carico di organizzare l'erogazione di tali cure e di somministrarle. Segnatamente, la cennata disposizione di legge, ossia l'art. 7, si occupa dei profili "patologici" della relazione terapeutica, industriandosi di fornire indicazioni sul sorgere degli obblighi risarcitori nei confronti dei pazienti, nonché sulla loro conformazione in termini quantitativi.

È pressoché unanime il convincimento che questo aspetto sia tutt'altro che secondario nell'economia della legge. Prova ne sia l'attenzione degli addetti ai lavori, che hanno in breve tempo prodotto un significativo numero di contributi<sup>1</sup>. Le divergenze iniziano

1. Senza pretesa di completezza, v. G. Alpa, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 728; A. Astone, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 1115; V. Bachelet, *Il rapporto tra asl e medico di base nel sistema riformato della responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, p. 777; A. Barbarisi, *L'onere della prova nella responsabilità sanitaria*, in *Contratti*, 2017, p. 217; R. Breda, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie e del medico tra conferme e novità*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 283; R. Calvo, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria (l. 8 marzo 2017 n. 24)*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 453; V. Carbone, *Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 737; Id., *Responsabilità aquiliana del medico: norma imperativa nata per risolvere problemi economici che pregiudica i diritti del paziente*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 393; A. D'Adda, *Solidarietà e rivalse nella responsabilità sanitaria: una nuova disciplina speciale*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 769; N. De Luca, M. Ferrante e A. Napolitano, *La responsabilità civile in ambito sanitario (art. 7-9 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, p. 740; M. Franzoni, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 271; C. Granelli, *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in *Contratti*, 2017, p. 377; L. Lambo, *La responsabilità del medico dipendente e il gioco dell'oca (obblighi di protezione c. alterum non laedere)*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 242; C. Masieri, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 752; R. Pardolesi, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 261; R. Pardolesi e R. Simone, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, p. 161; G. Ponzanelli, *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli - Una premessa*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 268; Id., *Medical malpractice: la legge Bianco-Gelli*, in *Contratto e impr.*, 2017, p. 356; C. Scognamiglio, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 740.

a profilarsi non appena ci si interroga sull'appropriatezza dell'operazione di riassetto della responsabilità civile del medico<sup>2</sup> e della struttura sanitaria. Secondo una *vulgata* piuttosto diffusa, lo stato dell'arte in materia – frutto dell'evoluzione pretoria maturata nello scorcio finale del ventesimo secolo e agli albori di quello attuale – aveva generato una situazione insostenibile per il sistema della sanità nel suo complesso e per i singoli operatori, con gravi ripercussioni anche in punto di accesso al mercato assicurativo, sì che l'intervento del legislatore nel 2017 avrebbe ovviato a tali inconvenienti (o, per lo meno, avrebbe aspirato a ottenere questo risultato) tramite la riscrittura delle regole del gioco, affidata soprattutto ai precetti rinvenibili nel menzionato art. 7, i quali d'altro canto non possono essere considerati isolatamente, dovendo bensì essere coordinati in modo opportuno con altre disposizioni del medesimo testo normativo, in particolare con quelle che si occupano delle coperture assicurative.

Orbene, come si cercherà di puntualizzare nel proseguo, questa versione della storia non è scevra da forzature, nella misura in cui, per un verso, esaspera le criticità del passato e, per altro verso, guarda con eccessivo ottimismo all'avvenire. Gli scenari catastrofici o le derive "americane" (leggi, verso gli aspetti più deleteri di quello che si figura essere il modello statunitense) cui avrebbe fatalmente condotto l'esperienza pregressa, lungi dall'essere rigorosamente documentati e ancorati a dati obiettivi, sembrano più che altro corrispondere a percezioni epidermiche di una realtà ben più complessa e articolata. Del resto, non si tratta di un atteggiamento peculiare dei *decision makers* di casa nostra, se si pensa che anche negli Stati Uniti il movimento di riforma della *medical malpractice*, patrocinato da numerosi legislatori statali (e fin qui solo sfiorato a livello federale<sup>3</sup>), è stato per lo più costruito su visioni soltanto parziali del fenomeno, e alle volte su narrazioni che non esiteremmo a paragonare a "leggende metropolitane". Quanto, poi, agli auspici, e auspicabili, miglioramenti a livello sistemico rispetto allo *status quo ante*, è sufficiente fermarsi a considerare gli aspetti che balzano subito all'occhio dando una rapida scorsa alle disposizioni riguardanti gli aspetti sostanziali e a quelle che si occupano dei

profili strettamente connessi, per rendersi conto – pur riconoscendo le buone intenzioni che animavano i loro artefici – del ginepraio di difficoltà e contraddizioni insite nel nuovo regime di responsabilità civile, sul versante dell'*an debeat*, come pure su quello del *quantum*.

Di là dalla labilità di taluni dei postulati su cui si innerva la rivisitazione degli obblighi risarcitori in campo sanitario e dalle congetture sui suoi possibili impatti, c'è un dato di fatto sul quale si può ragionevolmente convenire. Una delle ragioni, forse la principale, che hanno spinto il legislatore a muoversi è stato l'intento di scardinare l'impianto di matrice giurisprudenziale riguardante la posizione di chi offre prestazioni di natura terapeutica nell'ambito di una struttura sanitaria e in tale contesto entra in contatto con pazienti i quali, anche ammesso che egli eserciti un'attività autonoma, non potrebbero essere annoverati tra i suoi "clienti". Siffatto impianto, considerato evidentemente dal legislatore troppo gravoso per il singolo professionista, è stato spazzato via; e con esso rischia di essere se non proprio travolta, quanto meno seriamente vulnerata, la teoria della responsabilità da contatto sociale (o da contatto sociale qualificato) che costituisce il retroterra delle regole operative che si vogliono sovvertire. Proprio mentre altri settori subivano il discutibile fascino del contatto sociale – primo fra tutti quello della *culpa in contrahendo*, dove la figura in esame sembra essere la chiave di volta per il cambio di casacca e l'approdo sul versante della responsabilità contrattuale<sup>4</sup> – entra in crisi la sua epifania di maggior successo e di maggior diffusione<sup>5</sup>.

Dunque, nella sempiterna dialettica tra formanti, il legislatore manifesta chiaramente l'intento di riprendere in mano le redini per quel che concerne l'indicato profilo. E prova a farlo con toni perentori, onde evitare il ripetersi di quanto si era materializzato a ridosso del suo precedente, e poco lineare, tentativo di incidere sulla stessa materia, risalente al 2012. Dalla lettura del dl. 158/12 (noto come "decreto Balduzzi"), nella versione risultante a seguito dei significativi cambiamenti intervenuti in sede di conversione ad opera della l. 189/12, si trovavano alcuni spunti che potevano far pensare a una svolta (in particolare, nel passaggio in cui stabiliva che laddove l'esercente

2. Per semplificare, sovente si parlerà di medico per alludere alla più vasta schiera di quanti sono riconducibili alle varie figure di esercente la professione sanitaria.

3. Una disposizione del *Patient Protection and Affordable Care Act* (cd. *Obamacare*) si limitava a prefigurare incentivi per gli Stati che avessero sviluppato e messo in opera sistemi alternativi alla *tort litigation* (42 U.S. Code § 280g-15). Va segnalato, peraltro, un certo attivismo del Congresso (M.M. Mello, A. Kachalia, D.M. Studdert, *Medical Liability - Prospects for Federal Reform*, in *The New England Journal of Medicine*, 2017, 376, 1806-8).

4. Cass. 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, I, p. 2685.

5. G. Alpa, *op. cit.*, p. 733, valuta con estremo favore la scelta di «abbandonare la finzione del contatto sociale».

la professione sanitaria non risponde penalmente per colpa lieve «resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile»). Effettivamente, in seno alla giurisprudenza di merito, non erano mancate le voci inclini ad abbandonare i sentieri fino ad allora battuti. Sennonché, la Suprema corte, alla prima occasione utile<sup>6</sup>, depotenziava la timida mossa del legislatore. Invero, per via della farraginosità e della nebulosità delle formule linguistiche da quest'ultimo impiegate, non costava certo fatica replicare che esse erano perfettamente compatibili con le coordinate di fondo della logica "contrattualistica".

## 2. Una ventata di novità sul piano classificatorio

Tra gli obiettivi perseguiti dal legislatore una posizione di preminenza va assegnata a quello di far sì che l'operatore sanitario, allorché prende le decisioni rilevanti in ordine al trattamento del paziente affidatogli (rispetto al quale non si ponga come la controparte in un rapporto di consumo<sup>7</sup>), senta meno la pressione di possibili conseguenze sanzionatorie, quale dal suo punto di vista può considerarsi anche il risarcimento del danno. Aleggja, in particolare, lo spettro della medicina difensiva, additato a fonte di sperperi, specie per la già dissestate casse erariali. All'alleggerimento della posizione del medico sul piano penale, si accompagna così una scelta di rottura con il *mainstream* giurisprudenziale in ambito civilistico, che dovrebbe rendere meno frequenti, e calmierare, le condanne risarcitorie. Nel perseguire tale disegno la l. 24/17 si è saggiamente astenuta dal provare sortite nel segno dell'immunità (la cui tenuta costituzionale sarebbe oltremodo dubbia) o di esoneri parziali, i quali si affacciano soltanto nei rapporti tra struttura e singolo esercente la professione sanitaria sotto il duplice profilo della non rimproverabilità della colpa lieve (art. 8, comma 1) e dell'istituzione di un tetto all'entità della rifusione (art. 8, comma 6). Il legislatore si è però avventurato per una china alquanto scoscesa, impegnandosi in prima persona con la classificazione dell'istituto<sup>8</sup>. Per un folto gruppo di

operatori sanitari, questa operazione mette capo, sul piano della qualificazione, a una rivoluzione copernicana rispetto alla meta cui era approdata la giurisprudenza.

Chi è investito da questa ventata di novità? Lo si desume dalla descrizione (rinvenibile nei primi due commi dell'art. 7) delle condotte che sono suscettibili di generare la responsabilità delle strutture sanitarie o sociosanitarie, pubbliche o private. Innanzitutto il discorso riguarda gli esercenti la professione sanitaria della cui opera si avvale una di tali strutture. Non costituisce fattore ostativo all'eventuale inclusione in questa schiera la mera circostanza che il paziente abbia scelto uno specifico professionista, né d'altro canto si intende riservare un trattamento differente per coloro che lavorano come dipendenti della struttura rispetto a quanti non sono avvinti da siffatto legame. Inoltre, per fugare in radice ogni dubbio sul fatto che alle attività espletate nel quadro di una struttura vengano ricondotte anche alcune prestazioni che, pur inserite nel contesto di un apparato istituzionale volto alla cura e all'assistenza, sono caratterizzate da modalità peculiari, vengono esplicitamente presi in considerazione i sanitari che si interfacciano col paziente: a) nell'esercizio della libera professione intramuraria; b) nell'ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica; c) nell'esercizio di attività svolte in regime di convenzione con il servizio sanitario nazionale; d) attraverso la telemedicina.

E in cosa consiste il *novum*? Il *clou* sta nel 3° comma dell'art. 7, con l'affermazione secondo cui tutti i soggetti dianzi indicati rispondono «del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile». Il principio soffre di un'eccezione, per il vero immediatamente svelata, che appare comunque superflua: l'art. 2043 viene accantonato ove risulti che costoro abbiano agito nell'adempimento di un'obbligazione contrattuale assunta con il paziente. È l'ipotesi di chi, poniamo, operi un paziente, con il quale ha previamente instaurato un rapporto professionale, all'interno di una struttura che fornisca soltanto le attrezzature ed i servizi occorrenti per l'intervento chirurgico, oltre a mettere a disposizione propri dipendenti destinati tuttavia a rimanere sotto l'esclusiva sorveglianza

6. Cass., ord. 17 aprile 2014, n. 8940, in *Foro it.*, 2014, I, p. 1413; 24 dicembre 2014, n. 27391, *id.*, Rep. 2014, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 569.

7. Nel contratto di prestazione d'opera professionale medica, paziente e medico assumono, rispettivamente, la qualità di consumatore e professionista (v. Cass., ord. 27 febbraio 2009, n. 4914, in *Foro it.*, 2009, I, p. 2684). Il paziente veste i panni del consumatore anche nei confronti di una struttura sanitaria del ssn (ovvero convenzionata), quante volte tra le parti sia intercorso un vero e proprio contratto avente ad oggetto una prestazione esulante dalle procedure del ssn, con addebito all'utente dei costi della prestazione, salvo per una parte minore equivalente al costo aziendale normalmente a carico del ssn (cfr. Cass, ord. 24 dicembre 2014, n. 27391, in *Dir. famiglia*, 2015, p. 1229).

8. Si vedano le critiche mosse, sul piano della tecnica legislativa, da C. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 747.

del medico operatore e ad attuare le disposizioni di quest'ultimo<sup>9</sup>. Sarebbe, invero, bizzarro scrutinare gli addebiti mossi al sanitario, rinunciando a porsi nell'ottica della responsabilità contrattuale. E a tale stregua non si fa fatica ad accorgersi che la posizione del sanitario in questione rischia di essere particolarmente scomoda, correndo il rischio di rispondere anche dei danni derivanti dal difetto delle apparecchiature o da altre carenze della struttura<sup>10</sup>, dovendo personalmente accertarsi della loro efficienza.

Torniamo dall'eccezione alla regola generale. Si tratta di una decisa sterzata verso la responsabilità aquiliana. Dal punto di vista lessicale, siamo su ben altro piano rispetto all'incerta formulazione del 2012. L'incedere del linguaggio legislativo si fa alquanto deciso; la sconfessione dell'orientamento giurisprudenziale pro-contrattuale è altrettanto netta. Il legislatore – che, parafrasando un celeberrimo motto, con una sola parola può rendere carta straccia una corposa elaborazione teorica – non tollera che vi siano equivoci di sorta. E, quasi a voler blindare il sistema, aggiunge (all'ultimo comma) un perentorio richiamo all'intangibilità della sua costruzione che, nella sua ridondanza (si parla di «norme imperative ai sensi del codice civile»), appare più un monito rivolto all'interprete che una limitazione per i destinatari dei precetti. In effetti, il più delle volte nessun regolamento negoziale da derogare è ravvisabile a monte della relazione; e se questo c'è, il paziente non ha verosimilmente il *bargaining power* occorrente per ipotetiche modifiche a suo favore, mentre quelle peggiorative sarebbero colpite dalla scure della vessatorietà.

L'idea che aleggia sullo sfondo è quella, cui si accennava in precedenza, che sia giunto il tempo di riequilibrare un meccanismo asseritamente sbilanciato a scapito del singolo operatore della sanità. Il transito sul versante aquiliano appare funzionale a questo disegno, dal momento che il relativo regime è, come da ricostruzioni manualistiche, più favorevole al potenziale danneggiante rispetto all'altro corno dell'alternativa. Ancor più dovrebbe giovare al singolo la parallela consacrazione, nel 1° comma dello stesso art. 7, dell'inquadramento nell'alveo della responsabilità contrattuale delle strutture cui la prestazione dei sanitari è riconducibile. Anche qui la tecnica di re-

dazione della norma passa per il richiamo del codice civile. Lo sguardo del legislatore si posa su una coppia di disposizioni: l'art. 1218, caposaldo del sistema di reazione all'inadempimento delle obbligazioni, e l'art. 1228, concernente la responsabilità del debitore per fatto degli ausiliari, da cui viene palesemente mutuo il riferimento alle condotte «dolose o colpose» degli esercenti la professione sanitaria.

La menzione all'art. 1218, oltre a dotare l'altra disposizione codicistica del suo imprescindibile complemento rispetto all'operato dei singoli professionisti, si presta a fondare una responsabilità della struttura sanitaria per proprie autonome carenze<sup>11</sup>. In virtù della siffatta qualificazione legislativa, antitetica a quella operata per i sanitari e in sintonia con la giurisprudenza, non è più necessario andare alla ricerca di una fonte formale degli obblighi risarcitori inerenti alle manchevolezze nella somministrazione delle cure o dell'assistenza di cui necessitava il paziente. Non vi è, in ogni caso, alcun motivo per ritenere superata la regola secondo cui l'accettazione presso una struttura comporta l'assunzione dell'obbligo di eseguire una prestazione strumentale e accessoria, avente ad oggetto la salvaguardia dell'incolumità fisica e patrimoniale dell'assistito, sebbene alcune volte sia stato puntualizzato che la protezione è tendenzialmente circoscritta alle forme più gravi di aggressione<sup>12</sup>.

### 3. Il medico che opera n el quadro di una struttura sanitaria: uno schermo non imperforabile

Se l'intento del legislatore era quello di frapporre uno schermo tra il paziente danneggiato e il sanitario che agisce nell'orbita della struttura al cui operato si imputa il verificarsi del pregiudizio alla salute, l'analisi testuale denuncia un raggiungimento soltanto parziale di tale obiettivo. Non si può ravvisare, infatti, una chiara situazione di distacco tra gli anzidetti soggetti, sì da asserire con certezza che il medico se la vedrà solo (ed eventualmente) con la struttura. Né si può escludere, sul piano strettamente processuale, che il singolo operatore, pur non direttamente evocato in giudizio da chi lamenta un danno, finisca

9. Un caso caratterizzato da tali circostanze fattuali è stato deciso da Cass. 14 giugno 2007, n. 13953, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Contratto in genere*, n. 359.

10. Il rischio si è materializzato nella vicenda vagliata da Cass. 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 839, con nota di L. Caputi, *Medical malpractice: nodi inestricabili e nuove prospettive*.

11. Per la configurabilità di una responsabilità contrattuale facente capo alla struttura sanitaria complessivamente considerata, v. Trib. Monza 7 giugno 1995, in *Resp. civ.*, 1996, p. 389, con nota di M. Toscano, *Il difetto di organizzazione: una nuova ipotesi di responsabilità?*

12. Cfr. Cass. 18 settembre 2014, n. 19658, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 478, con riferimento all'uccisione di una paziente, verificatasi all'interno di una struttura ospedaliera ad opera di un infermiere che non era stato tempestivamente sospeso dal servizio, nonostante le evidenti manifestazioni di squilibrio mentale.

comunque con l'essere coinvolto nella medesima controversia su iniziativa della struttura.

Certo, data la duplicità dei regimi di responsabilità, si potrebbe arguire che, in via di fatto, il danneggiato sia incentivato a imboccare la strada ipoteticamente più semplice, ossia quella che prende nel mirino la struttura sanitaria alla quale fa capo il medico che ha individuato come artefice dell'insuccesso del programma terapeutico o del peggioramento del suo stato di salute (ovvero del decesso del proprio congiunto o, per gli eredi, del *de cuius*). Senonché questo pare piuttosto un auspicio, che potrebbe benissimo non concretizzarsi. Diversamente da altre ipotesi, e segnatamente da quanto previsto per gli insegnanti delle scuole pubbliche per i quali è radicalmente esclusa la possibilità che siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento dei danni da *culpa in vigilando*<sup>13</sup>, nulla impedisce al danneggiato di chiedere in via immediata la condanna (anche del solo) sanitario. Il fatto che quest'ultimo risponda a titolo di responsabilità aquiliana evidentemente, anziché privarlo della legittimazione passiva nei confronti dell'azione di danni intentata dal destinatario della prestazione di cui si lamenta la cattiva esecuzione, lo include senza possibilità di equivoci tra i possibili bersagli delle pretese. Si aggiunga che, trattandosi dell'illecito ex art. 2043 cc, la colpa assume rilievo in tutta la sua pienezza, ivi incluso quando si manifesta in forma lieve. Né vale a togliere dal giro l'obbligo risarcitorio nei confronti del paziente, neppure in casi di imperizia, il rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida o delle buone pratiche assistenziali, dal momento che l'attenersi ai menzionati precetti è foriero, per esplicita indicazione legislativa, di conseguenze destinate a impattare esclusivamente sul *quantum*.

Dunque, si delinea a carico del sanitario l'assunzione di un'obbligazione risarcitoria direttamente nei confronti del danneggiato, da riguardare alla stregua di un'ordinaria obbligazione *ex delicto*: il che rischia di depotenziare i sopra cennati accorgimenti a salvaguardia del medico, i quali scattano soltanto in sede di rivalsa. Lo stesso meccanismo della rivalsa rischia di essere in parte snaturato. Infatti, nell'eventualità in cui il paziente danneggiato trascini in giudizio la struttura e il sanitario, addivenendo alla condanna in solido di

entrambi i convenuti<sup>14</sup>, si profila l'interesse del sanitario, esposto per l'intero all'azione esecutiva, a ottenere non soltanto una statuizione relativa alla ripartizione del fardello risarcitorio nei rapporti interni, ma anche, se del caso, una pronuncia che negli stessi rapporti sancisca l'operatività di criteri sovrapponibili a quelli che avrebbero operato nella rivalsa. Invero, non tenerne conto in situazioni come queste significherebbe lasciare siffatti presidi in balia delle scelte processuali del danneggiato. Ancor più pressante diventerebbe l'esigenza del sanitario di assumere le predette iniziative qualora egli fosse l'unico convenuto.

Se, invece, le domande attoree si dirigessero esclusivamente nei confronti della struttura sanitaria, il medico eviterebbe di trovarsi nell'impasse testé ricordato, ma non è affatto detto che rimanga estraneo al procedimento così instaurato. Anzi, vi sono alcuni indici atti a far propendere per il suo coinvolgimento nel processo, su istanza della struttura convenuta, il che darebbe vita a una sorta di anticipazione del giudizio di rivalsa<sup>15</sup>. Nel dettare la disciplina della rivalsa, il legislatore ha infatti previsto che: *i*) la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura [...] o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio (art. 9, comma 3); *ii*) nel giudizio di rivalsa [...] il giudice può desumere argomenti di prova dalle prove assunte nel giudizio instaurato dal danneggiato nei confronti della struttura sanitaria o sociosanitaria o dell'impresa di assicurazione se l'esercente la professione sanitaria ne è stato parte (art. 9, comma 7). Per evitare di ricominciare tutto da zero, logica vorrebbe che la struttura chiamasse in causa pressoché in automatico il sanitario.

Insomma, per riprendere un'espressione già utilizzata da alcuni commentatori<sup>16</sup>, il disegno di "canalizzare" le istanze risarcitorie verso le strutture sanitarie sembra davvero poco efficace.

#### 4. Svolta epocale o rimaneggiamento con molte incognite?

L'impressione è che la riforma, lungi dal poter essere descritta come un miglioramento paretiano,

13. Ciò vale quale che sia il titolo, contrattuale o extracontrattuale, dell'azione (così Cass. 3 marzo 2010, n. 5067, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2931, con nota di M. Cocuccio, *Responsabilità dell'insegnante per mancata protezione del minore*; Trib. Bari 30 maggio 2013, in *Foro it.*, 2014, I, p. 321).

14. Il fatto che siano configurabili diversi titoli di responsabilità non è di ostacolo al sorgere della solidarietà passiva (cfr. Cass. 16 dicembre 2005, n. 27713, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Responsabilità civile*, n. 534).

15. Per A. D'Adda, *op. cit.*, 775, se l'azione è proposta solo verso la struttura, la domanda di regresso non può essere comunque formulata mediante chiamata di terzo.

16. Si allude a R. Pardolesi e R. Simone, *op. cit.*, 168, che parlano di «disegno complessivo di razionalizzazione e canalizzazione del contenzioso verso l'ente».

rischia di rendere deteriore la posizione complessiva dei pazienti, senza peraltro apportare consistenti benefici aggiuntivi ai medici operanti nelle strutture sanitarie. Per questi ultimi, si potrebbe parlare di un'operazione simil-gattopardesca: se è chiaro l'intento di lasciare grosso modo invariata sul piano sostanziale la posizione delle strutture sanitarie e dei medici totalmente sganciati da esse, sulla carta ciò che si vorrebbe ribaltare è proprio il destino dei sanitari che fanno capo a entità organizzate dedite all'assistenza e alla cura. Strumento tecnico attraverso cui si compie tale stravolgimento è la metamorfosi della responsabilità da contrattuale ad aquiliana. Fatto sta che si sbandiera il cambiamento epocale, ma il sospetto è che, all'atto pratico, cambi molto poco.

Si può soltanto evocare in questa sede il discorso, ormai pluridecennale, sul progressivo avvicinamento dei due mondi (sovente solo artificialmente divisi) della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>17</sup>. Ma anche rimanendo sul piano delle principali peculiarità operative associate alle due forme di illecito, le ricadute di una traslazione da un piano all'altro non paiono così sconvolgenti. In virtù di uno dei paradigmi della responsabilità aquiliana, oggi il paziente danneggiato non può esimersi dal provare la colpa del sanitario. Sennonché dimostrare il mancato raggiungimento, da parte del sanitario, dello *standard* comportamentale richiestogli – e ricordato che l'osservanza delle linee guida o buone pratiche non ha valore decisivo in questo ambito – non costituisce un ostacolo insormontabile in tutti quei casi (e sono la maggioranza) in cui l'intervento può considerarsi routinario o, comunque, non carat-

terizzato da speciale difficoltà<sup>18</sup>. In un buon numero di situazioni il fulcro problematico del giudizio, che coincide con il frangente nel quale il giudice non può che dare ampio spazio al proprio consulente, si va a radicare nell'indagine sulla sussistenza del nesso causale tra la condotta attiva od omissiva dei sanitari e il danno sofferto, oltre che nella relativa prova, incombente sull'attore. Né più né meno di quello che è accaduto sinora in regime di responsabilità contrattuale e che, va da sé, continuerà ad avvenire per le strutture sanitarie<sup>19</sup>. Se poi si passa a considerare il termine di prescrizione, il suo dimezzamento rischia di essere scarsamente apprezzabile, se il *dies a quo* decorre dal momento in cui l'insuccesso terapeutico o il peggioramento dello stato di salute viene inteso quale danno ingiusto conseguente al comportamento del sanitario o, quanto meno, può essere percepito come tale usando l'ordinaria diligenza e tenendo conto della diffusione delle conoscenze scientifiche<sup>20</sup>.

Né può dirsi che sia l'art. 7 in quanto tale a cambiare le carte in tavola in punto di commisurazione del danno non patrimoniale: la scelta – funzionale a contenere l'esposizione debitoria dei responsabili – operata dal 4° comma di importare il sistema tabellare previsto in materia di assicurazione r.c.a, con gli adattamenti del caso, non fa che replicare il disposto del decreto Balduzzi, rispetto al quale viene semplicemente cassato il termine "biologico". Se mai, posto che, per la parte relativa alle lesioni non lievi, il sistema non è mai decollato, a dargli nuovo impulso potrebbe essere la legge annuale sulla concorrenza del 2017<sup>21</sup>.

17. Si può risalire almeno a G. Visintini, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (Una distinzione in crisi?)*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, pp. 1077 ss.; più di recente, v. M. Giorgianni, *La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012.

18. Osserva R. Calvo, *op. cit.*, 479, che «grazie al criterio ancorato alla vicinanza della prova e alla verosimiglianza del rapporto eziologico tra intervento maldestro del medico e pregiudizio patito dall'infermo, la linea di confine in *subiecta materia* fra *neminem laedere* e obbligazione contrattuale tende, in termini realistici, a diradarsi».

19. La giurisprudenza di legittimità ha messo in luce come l'onere di provare l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa imprevedibile sorga, a carico del convenuto, soltanto dopo che il danneggiato abbia provato la sussistenza del legame eziologico tra condotta e pregiudizio (Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, in *Foro it.*, 2017, I, p. 3358, con nota di J. Di Rosa).

20. Cfr. Cass. 23 settembre 2013, n. 21715, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2014, p. 289.

21. Art. 1, commi 17 e 18, l. 124/17.

# La riforma della responsabilità medica. L'assicurazione

di *Marco Rossetti*

La legge 8.3.2017 n. 24 è ancora in larga parte inapplicabile, per quanto concerne le norme di diritto assicurativo: mancano, ancora, infatti i regolamenti attuativi che dovranno stabilire i contenuti minimi essenziali delle polizze, i massimali, le classi di rischio, l'istituzione del fondo di garanzia. Nondimeno, la legge presenta già ora una serie di criticità che non potranno essere superate per via regolamentare: essa infatti non ha introdotto alcun (nuovo) obbligo assicurativo; ha previsto casi assai limitati di intervento del fondo di garanzia; ha pesantemente limitato l'azione di surrogazione dell'assicuratore. È dunque, impossibile che un siffatto testo possa davvero conseguire il risultato proclamato (nella relazione al decreto legge), ovvero «*far tornare gli assicuratori nel mercato della r.c. medica*».

## Premessa

Che la materia della responsabilità medica abbisognasse d'un intervento legislativo, non era dubitabile. Che la legge 24/17 sia il peggio che ci si sarebbe potuti aspettare, è altrettanto indubitabile. È infatti una legge sgrammaticata nella lingua; ambigua nei precetti; farraginoso nella sistematica; incoerente con le restanti parti dell'ordinamento. È una legge che contiene autentiche aporie zenoniane, come quella secondo cui il medico imperito non risponde penalmente se è stato... perito! (art. 6).

È una legge che sembra scritta da un sindacato e non da un Parlamento, a tal punto appare pervasa da un unico intento: evitare, per quanto possibile, che il medico possa essere chiamato a rispondere delle proprie condotte: sia dai pazienti a titolo di responsabilità civile; sia dal datore di lavoro a titolo di regresso; sia dall'assicuratore a titolo di surrogazione.

Nella parte, poi, in cui disciplina la materia assicurativa la legge, per dirla con Shakespeare, sembra «*una favola raccontata da un idiota*»: proclama l'obbligo di assicurazione, ma non lo impone; non prevede alcun obbligo di contrattare in capo all'assicuratore; contiene una delega praticamente in bianco al Governo; introduce un "Fondo di garanzia" che garantisce poco o nulla; riduce in ma-

teria drastica il diritto di surrogazione dell'assicuratore.

Ad onta di tutto ciò, nella relazione accompagnatoria del disegno di legge, e nelle innumerevoli occasioni in cui l'on. relatore ed i suoi caudatari hanno illustrato pubblicamente lo scopo di questo autentico gioiello di nomopoietica, si proclama solennemente che il loro scopo era quello di «*far tornare gli assicuratori nel mercato della r.c. medica, dal quale erano fuggiti*». È proprio vero che la strada dell'inferno è lastricata di buone intenzioni.

## 1. Obbligo di assicurazione?

L'articolo 10 della l. 24.3.2017 n. 24 è pomposamente rubricato "obbligo di assicurazione".

In realtà esso non introduce affatto alcun obbligo generalizzato di assicurazione della propria responsabilità civile per i medici ed ospedali, e nei pochi casi in cui lo introduce, non fa che duplicare previsioni già esistenti.

Per accorgersene, basterà analizzare con ordine e volgere in buon italiano la balbuziente sintassi legislativa.

L'articolo 10 prende in esame quattro categorie di soggetti: le aziende sanitarie e gli ospedali pubblici e

privati; i medici pubblici dipendenti; i medici liberi professionisti.

*1.1. Le aziende sanitarie, gli ospedali pubblici e quelli privati*

Le aziende sanitarie, gli ospedali pubblici e quelli privati non hanno alcun obbligo di assicurare la propria responsabilità civile: ne hanno la facoltà. Essi infatti possono scegliere se assicurarsi contro i rischi della responsabilità civile, ovvero adottare «altre analoghe misure» (sulle quali tornerò nel § successivo).

Se dunque esiste una facoltà (assicurarsi od adottare «altre misure analoghe») non può sussistere obbligo, con buona pace per l'altisonante rubrica dell'art. 10.

Ma anche a voler qualificare come «obbligo» una facoltà di scelta, resterebbe pur sempre il fatto che la figura giuridica soggettiva passiva dell'obbligo presuppone una *reazione* dell'ordinamento alla sua violazione. L'automobilista che violi l'obbligo di stipulare un'assicurazione della r.c.a. è soggetto alla sanzione amministrativa, ed il professionista che violi l'obbligo di assicurare la propria r.c. non può esercitare la professione.

Ma cosa può accadere all'ospedale che né si assicura, né adotta «altre analoghe misure»? È molto semplice: nulla.

La legge non prevede alcuna sanzione a carico di chi non si assicura; alcuna sanzione a carico di chi non adotta «altre analoghe misure»; ed alcuna sanzione a carico di chi non faccia né l'una, né l'altra cosa. L'art. 10, comma 1, della legge è dunque quella che gli antichi avrebbero chiamato una *lex imperfecta*, ovvero un precetto senza sanzione.

Qualcuno potrebbe sostenere che per gli ospedali pubblici che non si assicurino, né adottino «altre adeguate misure», potrebbe forse ipotizzarsi il reato di omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 cp, ma sarebbe ipotesi più teorica che reale. Quel reato sarebbe infatti contestabile solo nel caso di dolo, e comunque l'omissione d'atti d'ufficio sussiste solo quando l'atto rifiutato doveva essere emesso «*per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità*»: e la difesa di qualunque imputato avrebbe buon gioco nel sostenere che la stipula d'una polizza assicurativa non rientra in alcuna delle quattro categorie suddette.

Inoltre, a fronte della facoltà di scelta, per Asl ed ospedali, tra assicurazione e «misure analoghe», non sussiste alcun corrispondente obbligo per l'assicuratore di accettare le proposte contrattuali provenienti dalle strutture sanitarie. Potrebbero dunque esservi casi in cui l'ospedale, pur volendo adempiere il suo «obbligo», non lo potrebbe, e senza propria colpa: ad esempio allorché non abbia mezzi per adottare le «al-

tre adeguate misure», e non trovi alcun assicuratore disposto ad accettare la sua offerta di contratto.

*1.2. Le «altre analoghe misure»*

Un «oggetto misterioso» sono le «altre analoghe misure» che è facoltà delle strutture sanitarie adottare, ove non vogliano assicurarsi.

La legge ne delega infatti «in bianco» ad un regolamento ministeriale l'integrale disciplina, senza fissare alcun principio o criterio direttivo.

Gli unici principi stabiliti dalla legge sono due:

- a) il regolamento dovrà imporre alle Asl, alle Ao ed alle cliniche private di prevedere nel proprio bilancio due «fondi» (*sic!*): un «*fondo rischi*» ed un «*fondo costituito dalla messa a riserva per competenza dei risarcimenti relativi ai sinistri denunciati*»;
- b) i fondi suddetti saranno impignorabili anche presso terzi, «*anche in caso di notifica di pignoramento o di pendenza di procedura esecutiva nei confronti dell'ente, senza necessità di previa pronuncia giurisdizionale*», in applicazione dell'art. 1, commi 5 e 5 bis, del dl. 18.1.1993 n. 9, espressamente richiamati dall'art. 10, comma 6, della l. 24/17.

Qualche commentatore ha osservato che la norma in esame legittima ed eleva a rango di dignità normativa la prassi cd. della «autoassicurazione».

Da molti anni infatti, allorché gli assicuratori cominciarono, per assicurare la r.c. di ospedali ed aziende, ad esigere premi che anche il sultano del Bahrein avrebbe avuto difficoltà a pagare, molte strutture smisero di assicurarsi.

Qualcuno parlò (e parla) in tal caso di «autoassicurazione», e la cosa l'ho sempre trovata umoristica: come dire che se io abito in una casa di mia proprietà ho fatto una «autolocazione», oppure che se attingo ai miei risparmi anziché chiedere un prestito in banca ho stipulato un «automutuo».

Cominciamo dunque col dire che non esiste, per un intelletto giuridicamente, sano «l'autoassicurazione»: o si è assicurati, o non lo si è.

Se le Asl o gli ospedali scelgono di non assicurarsi, come accennato la legge impone loro di «adottare altre analoghe misure».

In cosa debbano consistere queste analoghe misure, come debbano esser gestite, quale ne debba essere l'importo, la legge non lo dice: ha delegato la fissazione di tali requisiti ad un regolamento, che ancora attendiamo nonostante i dieci mesi trascorsi dall'entrata in vigore della legge.

Tuttavia, per amor di dogmatica, sarebbe opportuno ricordare che non esiste nessuna misura «analogica» all'assicurazione. Una fideiussione, una riserva,

l'accantonamento di fondi da parte del possibile futuro responsabile d'un fatto illecito, non hanno nulla a che vedere con l'assicurazione: le prime infatti non eliminano il rischio, ma lo trasferiscono da un patrimonio ad un altro (fideiussione), oppure provvedono i mezzi per farvi fronte (accantonamento di fondi). Ma va da sé che se il garante divenisse insolvente, o se i fondi accantonati venissero sperperati o mal governati, il rischio di impoverimento resterebbe immutato. Solo con l'assicurazione si ha una vera *dissipazione* del rischio, il quale per effetto del principio della mutualità viene ripartito tra tutti gli assicurati, ciascuno dei quali, pagando il premio, ne sostiene un frammento minuscolo.

Ma lasciamo stare la dogmatica, dalla quale il legislatore pare tanto alieno quanto un pesce dall'arte ellenistica, e consentiamo pure che con l'espressione «misure analoghe all'assicurazione» il legislatore abbia voluto intendere «garanzie diverse dall'assicurazione». Anche in questo caso, la norma sarebbe di una genericità disarmante. Uno scopo di garanzia può infatti essere raggiunto teoricamente:

- istituendo delle riserve;
- stipulando una fideiussione;
- depositando una cauzione;
- stipulando un contratto autonomo di garanzia;
- stipulando un contratto di apertura di credito o mutuo sottoposto alla condizione sospensiva della commissione di fatti illeciti da parte del mutuatario o dell'anticipatario.

Nel silenzio *totale* della legge, la individuazione delle «altre analoghe misure» è stata dunque appaltata al Governo, con buona pace dei principi che informano le deleghe regolamentari, stabiliti dagli artt. 17 e ss. della l. 23.8.1988 n. 400.

### 1.3. I medici dipendenti

Il medico dipendente di ospedali pubblici o privati non ha l'obbligo di assicurare il rischio della propria responsabilità civile.

Ha, invece, un obbligo ben diverso: quello di stipulare una polizza di assicurazione «*al fine di garantire efficacia alle azioni di cui agli artt. 9 e 12*»: vale a dire alle azioni di rivalsa (di cui si dirà più oltre), limitata all'ipotesi di colpa grave (comma 3): una polizza, dunque, della quale di fatto beneficerebbero gli assicuratori degli ospedali (se vorranno proporre l'azione di surrogazione); i coobbligati solidali come i membri dell'équipe (se vorranno proporre l'azione di regresso ex art. 1299 cc), e la Procura regionale presso la Corte dei conti, se vorrà proporre l'azione contabile: non certo i pazienti. Ma si tratterà d'un beneficio indiretto, perché a tutti i soggetti suddetti (Procura contabile, coobbligati solidali, assicuratore del responsabile

che si surroghi) la legge non accorda affatto alcuna azione diretta nei confronti dell'assicuratore della responsabilità «di rivalsa» del medico: sicché dire, come fa l'art. 10, che la responsabilità «di rivalsa» deve essere assicurata «*al fine di garantire efficacia alle azioni di cui agli artt. 9 e 12*» ha il sapore d'una *boutade* di raffinato umorismo.

Qualcuno potrebbe tuttavia obiettare: è normale che i medici dipendenti non abbiano l'obbligo di assicurare la loro r.c. professionale, perché questo rischio deve essere per legge coperto da una polizza che, ai sensi dell'art. 1891 cc, le Asl e le cliniche datrici di lavoro dovranno obbligatoriamente stipulare a beneficio dei loro medici.

L'obiezione avrebbe senso se le Asl e le cliniche avessero davvero un obbligo di stipulare tali polizze: ma come s'è visto poc'anzi, quest'obbligo non c'è, e comunque non è sanzionato. Dunque ben potrebbe accadere che la Asl o la clinica non assicuri la r.c. dei propri medici, né adotti per essa le «altre adeguate misure». E poiché il medico dipendente ha il solo obbligo di assicurare la propria responsabilità «di rivalsa», in un caso come questo il paziente danneggiato dal medico non avrebbe alcun *securus solvens* cui rivolgersi.

### 1.4. I medici liberi professionisti

I medici liberi professionisti, e quelli dipendenti, ma limitatamente alle attività volte in regime cd. di *extra moenia*, «resta fermo» – così si esprime la legge – l'obbligo di cui a ben *tre diverse fonti normative*, ovvero:

- 1) di cui all'articolo 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148;
- 2) di cui all'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 agosto 2012, n. 137;
- 3) di cui all'articolo 3, comma 2, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189.

Con questa previsione il legislatore è riuscito davvero a superarsi.

Anche a prescindere da qualsiasi giudizio estetico su questa nomopoietica dei rinvii, basterà segnalare che, delle tre norme di cui sopra:

- 1) l'articolo 3 dl. 138/11 non contiene alcun obbligo in senso tecnico, ma solo la delega al Governo per l'emanazione del decreto legislativo di riforma delle professioni liberali;
- 2) l'articolo 5 dPR 137/12 è l'unica norma, di quelle citate, che prevede l'obbligo del professionista di stipulare un'assicurazione della r.c. professionale, ma tuttora inattuabile, non essendo mai stato

emanato il regolamento esecutivo previsto dalle norme sopra ricordate, cui la legge demandava il compito di stabilire i contenuti minimi essenziali del contratto;

- 3) l'articolo 3 dl. 158/12 non conteneva alcun obbligo in senso tecnico, ma solo una delega al Governo per l'emanazione del regolamento di istituzione d'un fondo per agevolare l'accesso dei medici alle coperture assicurative, e comunque tale norma è stata ora abrogata dall'articolo 11, comma 2, della l. 11 gennaio 2018, n. 3.

## 2. Il rischio assicurato

Per le Asl e gli ospedali, come s'è detto, assicurare la propria responsabilità civile e quella dei propri dipendenti è una facoltà e non un obbligo.

Nondimeno, se l'ospedale o la Asl decidono di stipulare un'assicurazione della r.c., essa deve coprire obbligatoriamente *tre rischi*: sia la responsabilità dell'ospedale per fatto proprio; sia quella per fatto altrui; sia la responsabilità del medico.

I primi due rischi formeranno l'oggetto ovviamente d'una assicurazione per conto proprio, il terzo d'una assicurazione per conto altrui, ai sensi dell'art. 1891 cc, in cui "contraente" sarà l'Asl o l'ospedale, e "assicurato" (ex art. 1904 cc) il medico.

Di più non è possibile dire, dal momento che (ancora una volta) la legge delega in bianco il Governo a stabilire, con regolamento non ancora emanato, il quale dovrà:

- stabilire i requisiti minimi delle polizze;
- prevedere l'individuazione di classi di rischio a cui far corrispondere massimali differenziati.

## 3. L'azione diretta e il Fondo di garanzia

Il sistema della legge è completato dall'attribuzione al danneggiato d'una azione diretta nei confronti dell'assicuratore, e dall'istituzione di un fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilità sanitaria. Tuttavia ambedue tali novità hanno un campo d'applicazione limitato.

L'azione diretta è prevista solo nei confronti dell'assicuratore della struttura sanitaria e dei liberi professionisti, non nei confronti dell'assicuratore del medico pubblico dipendente (il quale, come s'è detto, ha l'obbligo solo di assicurare la propria responsabilità rispetto alle azioni di rivalsa).

Quanto al Fondo di garanzia, di esso è previsto l'intervento in soli tre casi:

- nel caso di incapienza del massimale previsto dalla polizza stipulata dal responsabile;

- nel caso il responsabile sia assicurato con un'impresa posta in l.c.a.;
- nel caso il responsabile sia privo di assicurazione, ma solo a causa del recesso dell'assicuratore dal contratto precedentemente stipulato, ovvero per la cancellazione dell'impresa dall'albo delle società assicuratrici.

Si tratta, dunque, di un fondo di garanzia che garantirà ben poco, dal momento che se il responsabile del danno è privo di assicurazione per non averla mai stipulata, l'intervento del Fondo non è previsto.

Anche le norme sul fondo di garanzia sono comunque allo stato inapplicabili, non essendo stato ancora emanato il regolamento che doveva disciplinare «*le modalità di intervento, il funzionamento e il regresso del Fondo di garanzia nei confronti del responsabile del sinistro*».

## 4. Le azioni recuperatorie

4.1. Come noto, il danno causato dal medico può dover essere risarcito da un soggetto tenuto a rispondere *con* lui (ad esempio, un membro dell'équipe che abbia concorso nella causazione del danno, ex art. 1299 cc); o *per* lui (ad esempio, l'ospedale ex art. 1228 cc, o l'assicuratore dell'ospedale ex art. 1916 cc). Inoltre, quando l'errore sia stato commesso da un medico pubblico dipendente, e sia stato risarcito dall'ospedale o dalla Asl, la condotta del medico causa per tal via un danno erariale, che spetta alla Procura regionale presso la Corte dei conti recuperare, attraverso l'azione erariale di danno di cui all'art. 13 Rd. 12 luglio 1934, n. 1214.

La legge 24/17, volendo disciplinare queste ipotesi, le ha tutte affastellate nell'art. 9 della legge 24/17. Si tratta di una disposizione contenente evidenti imprecisioni terminologiche: per un verso, infatti, parla impropriamente di "responsabilità amministrativa" invece che di "responsabilità erariale" (noto essendo che la responsabilità amministrativa è quella in cui incorre chi commette un illecito amministrativo, punito con una sanzione amministrativa); per altro verso accomuna le azioni recuperatorie previste dal codice civile (regresso e surrogazione) e l'azione di danno erariale prevista dalla legislazione speciale sotto il lemma generico di "rivalsa", sicché il primo problema che questa norma pone all'interprete è comprendere esattamente a quali azioni essa debba applicarsi.

Ovviamente non vi è dubbio che la legge, pur impropriamente parlando di "responsabilità amministrativa", abbia inteso disciplinare l'azione di responsabilità contabile, promossa dalla Procura presso la Corte dei conti e decisa dal giudice con-

tabile. Debbono pertanto ritenersi ormai risolti i dubbi che in passato avevano diviso la giurisprudenza, circa la possibilità per la struttura sanitaria pubblica di recuperare le somme pagate al paziente danneggiato in conseguenza di un errore del medico, proprio dipendente, promuovendo l'ordinaria azione di regresso ex art. 1299 cc. Il quinto comma dell'art. 9 della nuova legge lascia chiaramente intendere che il denaro speso dalle strutture sanitarie pubbliche per risarcire i pazienti potrà essere recuperato nei confronti del medico solo attraverso un giudizio di responsabilità contabile dinanzi alla Corte dei conti.

Del pari riterrei non dubitabile che l'art. 9 in esame disciplini anche l'ordinaria azione di regresso fra condebitori. Tanto si desume dal comma 6, ove si prevede l'ipotesi in cui sia accolta la domanda proposta dal danneggiato nei confronti della clinica privata, e questa intenda proporre una "rivalsa". Infatti la clinica privata, in quanto coobbligato solidale ex art. 2055 cc nei confronti del paziente, verso il medico autore del danno non può che esperire l'azione di regresso fra condebitori, ex art. 1299 cc.

Altrettanto indubitabile è l'applicabilità dell'art. 9 in questione all'azione di surrogazione spettante, ai sensi dell'art. 1916 cc, all'assicuratore dell'ospedale, che fosse stato chiamato a rispondere per il fatto del medico suo dipendente od incaricato. L'assicuratore dell'ospedale, infatti, per effetto del pagamento dell'indennizzo, si surroga nella posizione che l'ospedale aveva verso il responsabile del danno, ed acquista perciò il diritto a recuperare nei confronti del medico l'importo pagato. Tanto si desume chiaramente dal comma 6 già ricordato, nel quale si fa espresso riferimento alla «*surrogazione richiesta dall'impresa di assicurazione ai sensi dell'art. 1916 cc*».

E di questa azione dobbiamo ora occuparci.

La l. 24/2017 ha poso quattro rilevanti limiti all'esercizio dell'azione di surrogazione (come a quella contabile e a quella di regresso), ovvero:

- 1) ha escluso la surrogazione nel caso di colpa non grave;
- 2) ha previsto un primo termine di decadenza di un anno;
- 3) ha previsto un secondo termine di decadenza di 45 giorni (così elevato dall'art. 11, comma 1, lettera d), della legge 11 gennaio 2018, n. 3; nella prima versione della legge il termine era addirittura di soli dieci giorni);
- 4) ha introdotto un "massimale" alla responsabilità del sanitario.

Analizziamo ora un po' più da vicino questi quattro limiti: sarà agevole avvedersi come essi costituiscano altrettanti bastoni fra le ruote dell'assicuratore che intenda surrogarsi.

4.2. La limitazione della rivalsa ai casi di dolo o colpa grave non è una novità per le azioni contabili devolute alla Corte dei conti (art. 1, comma 1, l. 14.1.1994 n. 20). Ma ora la legge 24/2017 estende tale limite anche ad azioni di puro diritto civile: il regresso spettante all'ospedale provato nei confronti del dipendente (art. 1299 cc) e, soprattutto, la surrogazione dell'assicuratore (art. 1916 cc).

Ora, se escludere il regresso della Pa nei confronti dell'impiegato che abbia agito senza colpa grave potrebbe avere delle giustificazioni teoriche (ad es.: la Pa si avvale comunque dell'opera del suo impiegato; *cuius commoda ejus et incommoda*, ecc.), è davvero arduo intuire quale sia la giustificazione teorica dell'esclusione della surrogazione assicurativa nel caso di colpa non grave del sanitario.

Così, per fare un esempio: un paziente viene danneggiato dal dipendente di una clinica privata; la clinica ha un'assicurazione della *propria* responsabilità civile; l'assicuratore paga la vittima. In un caso come questo, l'assicuratore dell'ospedale non avrà surrogazione nei confronti del medico se questi abbia agito con colpa non grave, per espressa previsione di legge.

Il che genera due assurdità.

*Primo*: la surrogazione, come a tutti noto tranne che al legislatore, è una successione a titolo particolare nel diritto di credito. Il diritto che l'assicuratore acquista per effetto del pagamento dell'indennizzo al terzo danneggiato è *lo stesso diritto* che quest'ultimo vantava nei confronti del terzo responsabile.

Ma il credito risarcitorio della vittima nei confronti del medico responsabile non è ovviamente soggetto a limiti qualitativi (la colpa grave dell'offensore), né temporali (dieci giorni di decadenza), né quantitativi. Sicché ecco il bel risultato ottenuto dalla legge: se il medico responsabile è escusso dal danneggiato, non ha scuse e deve risarcire il danno integralmente; se invece è escusso dall'assicuratore dell'ospedale (privato), che abbia già risarcito il danneggiato, pagherà solo nel caso di colpa e solo nel limite del triplo del proprio reddito annuo (su questo punto tornerò fra breve).

Peccato che nell'uno e nell'altro caso il credito è sempre lo stesso, che ha solo mutato titolare: come a dire che, per la legge 24/17, la misura dell'obbligazione dipende dalla qualità del creditore.

Io non saprei dire quanto sia coerente coi principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza una simile previsione; rilevo tuttavia che essa non è nemmeno insuperabile, perché in teoria l'assicuratore dell'ospedale (privato), anziché pagare l'indennizzo alla vittima, potrebbe limitarsi a darle a mutuo il relativo importo, sotto condizione che sarà restituito per la parte che il danneggiato dovesse riuscire a recuperare dal responsabile (secondo lo schema della clausola *loan receipt arrangement*, utilizzata nelle assicurazioni marittime nordamericane).

In questo modo la vittima otterrebbe lo stesso l'indennizzo, e il medico responsabile sarebbe escusato formalmente dalla vittima stessa (magari con un avvocato remunerato dall'assicuratore), al fine di evitare l'eccezione di insussistenza della colpa grave.

*Seconda assurdit :* la *ratio* dell'istituto della surrogazione   il contenimento dei premi puri. Questi ultimi, infatti, come noto a tutti (tranne, evidentemente, che al legislatore) debbono essere pari al rapporto tra il valore complessivo degli indennizzi pagati, ed il coacervo dei premi raccolti per classi di rischio omogenee (cd. *loss ratio*). La surrogazione, consentendo il recupero dell'indennizzo, abbassa la *loss ratio* e garantisce il contenimento dei premi.

Le legge 24/17, pertanto, limitando il diritto di surrogazione dell'assicuratore della r.c. dell'ente chiamato a rispondere dell'operato del medico, avr  l'effetto di *innalzare i premi*, di gi  certamente non modesti. E l'innalzamento dei premi non solo non faciliter  il rientro nel mercato dei rischi sanitari delle imprese assicuratrici che ne sono letteralmente fuggite, ma metter  in condizioni di inoperativit  assoluta il «Fondo di garanzia per i danni derivanti da responsabilit  sanitaria», il cui nome altisonante non corrisponder  certo alla sua concreta efficacia: quel fondo, infatti, non solo «concorre al risarcimento del danno nei limiti delle effettive disponibilit  finanziarie» (il che per un Fondo che   detto "di garanzia"   un autentico controsenso), ma soprattutto   alimentato da un "contributo" (*rectius*, una tassa) imposto alle imprese autorizzate all'esercizio delle assicurazioni per la responsabilit  civile sanitaria. Non occorre essere Cartesio per individuare dunque la catena delle conseguenze: meno surrogazione, premi pi  altri; premi pi  alti, meno assicurati; meno assicurati, meno premi; meno premi, meno contributi; meno contributi, meno soldi a disposizione del Fondo di garanzia.

4.3. La legge 24/17 ha posto all'esercizio delle azioni di surrogazione e regresso non solo un limite qualitativo (solo per dolo o colpa grave), ma anche due limiti temporali.

4.3.1. Il primo limite   previsto dall'art. 9, comma 2, l. 24/17, ed   di un anno dal pagamento dell'indennizzo, se il medico non ha partecipato al relativo giudizio o alla transazione tra paziente ed ospedale (od assicuratore).

L'inciso «*nell'ipotesi in cui il medico non sia stato parte del giudizio di risarcimento*», in verit , appare incomprensibile: se, infatti, il medico   stato parte del giudizio di risarcimento, delle due l'una:

- se nei suoi confronti   stata proposta una domanda di regresso o surrogazione, e questa   stata rigettata, nessun problema si pu  porre di azioni

recuperatorie, perch  manca la responsabilit  del medico;

- se in quel giudizio la domanda nei confronti del medico   stata formulata ed accolta, la conseguenza sar  che anche in questo caso non   pensabile una nuova e ulteriore azione recuperatoria.

Il suddetto inciso, pertanto, appare avere un limitatissimo campo di applicazione: e cio  nell'ipotesi in cui il medico abbia partecipato al giudizio di risarcimento del danno proposto dal danneggiato, ma nei suoi confronti sia stata chiesta unicamente una sentenza di accertamento e non di condanna. In tal caso, non essendosi formato nei suoi confronti un titolo esecutivo,   ben immaginabile un'azione recuperatoria, la quale per  per quanto detto non sar  soggetta al termine di decadenza annuale.

4.3.2. Il secondo limite temporale   previsto dall'art. 13 della legge, ed   di 45 giorni. Tale norma prevede infatti "l'inammissibilit " dell'azione di "rivalse" (e dunque sia il regresso, sia la surrogazione, sia l'azione di danno erariale), se la Asl, la Ao o l'assicuratore di questi non comunicano al medico che   stato loro notificato un atto di citazione, ovvero che sono state «*avviate delle trattative*».

Lascio immaginare ai miei venticinque lettori il vespaio di dubbi che sar  destinata a suscitare la previsione d'una decadenza per mancata comunicazione entro «dieci giorni dall'avvio delle trattative». Cosa sar  mai, *in iure*, l'"avvio delle trattative stragiudiziali"? Forse la costituzione in mora? Oppure un generico invito ad offrire? Od ancora la notifica ufficiale di un invito alla negoziazione assistita, od alla mediazione *ex lege* 28/2010?

Poich  su questo punto ognuno ha detto la sua, e sinora tre commentatori hanno manifestato quattro opinioni diverse, prover  anch'io a dire la mia.

Se una norma   irragionevole, che almeno ragionevole sia il senso che le d  l'interprete.

L'art. 13, prima che irragionevole,   una norma folle. Perch  mai, infatti, il medico deve essere avvisato della citazione o dell'avvio di trattative, per di pi  entro 45 giorni ed a pena di decadenza dalla surrogazione per l'assicuratore del corresponsabile? Non si sa.

Delle quattro, infatti, l'una:

- a) se l'atto di citazione del paziente   notificato, oltre alla Asl, anche al medico, ed allora non v'  certo bisogno che qualcuno gli dica che   stato convenuto in giudizio;
- b) se l'atto di citazione non   stato notificato al medico, ed allora la sentenza pronunciata fra paziente ed Asl non fa stato nei confronti del medico, e se non fa stato non si vede perch  il medico debba essere informato del procedimento;

- c) se le trattative tra paziente ed Asl non vanno a buon fine, la Asl non paga nulla e non ha diritto di regresso;
- d) se le trattative tra paziente ed Asl vanno a buon fine, quella transazione sarà inopponibile al medico per espressa previsione di legge (art. 9, comma 4, l. 24/17).

O dunque? Perché mai imporre alle Asl, agli assicuratori ed alla Procura contabile un termine così giugulatorio a pena di decadenza? Ragioni giuridiche non ve ne sono, a meno di non volere immaginare, ma farei peccato, che questa norma sia stata pensata al solo fine di garantire l'immunità dei medici.

Se si condivide questo giudizio di irragionevolezza dell'art. 13 in esame, allora che almeno la si riconduca a ragione per via interpretativa, e là dove fa riferimento all'«avvio di trattative stragiudiziali», sia interpreta in modo rigoroso e restrittivo. «Avvio delle trattative stragiudiziali», non può essere la sola costituzione in mora della Asl, che non avvia un bel nulla; ma dovrà essere un atto formale che abbia il fine di concludere un accordo transattivo, e dunque:

- a) un invito a mediare;
- b) un invito alla negoziazione assistita;
- c) una proposta «secca» di concludere un contratto di transazione ex art. 1965 cc, cui abbia fatto seguito una controproposta del debitore.

4.4. Ed eccoci dunque giunti al quarto ed ultimo limite posto dal legislatore alle azioni da lui genericamente definite di «rivalsa»: il limite quantitativo.

Qui le scelte legislative sfiorano il surreale, passando da un estremo all'altro.

L'articolo 9, commi 5 e 6, della l. 24/17, infatti, nel testo originario prevedeva che la condanna del medico in sede di regresso, surrogazione o azione di danno erariale, non possa superare il reddito maggiore del triennio, «*moltiplicato per il triplo*»

Si tratta di un limite così elevato, che è come non ci fosse. Se un sanitario ha uno stipendio – poniamo – di 50.000 euro l'anno, il limite sarebbe di 50.000 per 150.000, ovvero sette miliardi e mezzo di euro. E non credo che mai nessun giudice del nostro Paese abbia liquidato somme simili per danni da colpa medica.

Qualcuno si è affrettato a giustificare il legislatore, sostenendo che era sua intenzione fissare il limite al triplo del reddito, non al reddito moltiplicato per il triplo. Non saprei dire se sia vero, ma se lo fosse sarebbe un'aggravante: vorrebbe dire che all'insipienza giuridica, il legislatore (e con lui gli assistenti di studio, i *concierges* ministeriali, i consulenti delle commissioni parlamentari, e sinanche i correttori di bozze) aggiunge quella sintattica.

L'articolo 11, comma 1, lettera (a) e (b), della Legge 11 gennaio 2018, n. 3, ha modificato la previsione prevedendo il diverso (ed inferiore) limite quantitativo così definito: «*il triplo del valore maggiore della retribuzione lorda o del corrispettivo convenzionale conseguito nell'anno di inizio della condotta causa dell'evento o nell'anno immediatamente precedente o successivo*».

Allora, facciamo un po' di conti.

Prendiamo una figura apicale di una Ao, con un reddito lordo annuo di 80.000 euro. Ciò vuol dire che questo medico, se per colpa provoca la morte di una persona e l'amministrazione (cioè noi tutti) paga per il suo errore, la rivalsa non potrà eccedere 240.000 euro. Lo stesso dicasi se a pagare sia l'assicuratore della Ao, che non potrà surrogarsi oltre i 240.000 euro.

Ora chiediamoci: per la morte d'una persona, quali sono i valori *standard* liquidati dai nostri Tribunali? Lo sappiamo: quelli diffusi dal Tribunale di Milano: fino a 300.000 euro circa per la morte del coniuge, d'un figlio o d'un genitore. La morte d'una persona valida e lavoratrice, con genitori, due figli e una moglie «costa» solo di danno morale oltre un milione di euro, più il lucro cessante per i familiari a carico.

Ciò vuol dire che – non potendo supporre che il legislatore non conosca il diritto vivente – è stato scelto un limite quantitativo alla rivalsa del tutto avulso, per difetto, dagli importi possibilmente e concretamente liquidabili a titolo di risarcimento del danno in caso di morte d'un paziente, o di gravi invalidità.

In pratica, l'assicuratore che volesse agire in surrogazione (ivi compreso l'assicuratore sociale) potrà recuperare dal terzo responsabile solo i denari pagati per risarcire micropermanenti.

## La riforma della responsabilità medica. I profili processuali

di *Ilaria Pagni*

La riscrittura delle regole della responsabilità sanitaria ad opera della legge 7 marzo 2017, n. 24, impone una riflessione sui profili processuali di una disciplina che, qualificando extracontrattuale la responsabilità del sanitario e contrattuale quella della struttura, e prevedendo l'azione diretta nei confronti dell'impresa di assicurazione, rende necessario analizzare il modo di atteggiarsi del processo litisconsortile e la struttura del procedimento di consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite, che il legislatore ha voluto individuare come condizione di procedibilità del giudizio. Il fatto, poi, che la scelta del legislatore sia stata nel senso di consentire alle parti, per giungere alla composizione negoziale della controversia, l'opzione tra i due sistemi diversi dell'art. 696-*bis* e della mediazione "pura", quella del d.lgs 28/2010, porta l'interprete a riflettere sulle ragioni che possono indirizzare in una direzione o nell'altra.

### 1. Dall'«obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto» alla riscrittura della responsabilità del sanitario nell'art. 7 della l. 8 marzo 2017, n. 24

La legge 8 marzo 2017, n. 24, vuol essere il punto di arrivo di una evoluzione della responsabilità sanitaria che già con l'istituzione del Servizio sanitario nazionale era passata da capitolo di una trattazione generale dedicata alla responsabilità del professionista ad aspetto centrale della tutela della salute. In linea con questa impostazione, nell'art. 1 della legge si enuncia il principio per cui «*la sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell'interesse dell'individuo e della collettività*».

Sono gli stessi anni, quelli trascorsi dal 1978 ad oggi, in cui l'aumento delle aspettative di guarigione, e il progresso della medicina, hanno mutato profondamente il rapporto medico-paziente: sempre più spesso l'alleanza terapeutica ha lasciato il posto alla contestazione dell'errore e il rapporto tra le parti si è spostato dall'ambulatorio e la corsia dell'ospedale alle aule del tribunale. Le parti del rapporto di cura sono diventate parti di un contenzioso dilagante.

La crescita del fenomeno della cd. medicina difensiva, con le ripercussioni che ha avuto sulle cure, ha spinto così a riflettere su soluzioni che arginassero l'aumento delle controversie e restituissero serenità ad un medico chiamato alla cura del paziente e non a pensare a mettersi al riparo da possibili contestazioni successive.

Un primo passo in questa direzione è stato fatto col d.lgs 4 marzo 2010, n. 28, e l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione davanti ad un organismo di mediazione. Nel contempo, è continuata la riflessione sull'onere della prova e sulla disciplina della prescrizione, che il legislatore ha cercato di rimodulare per alleggerire la posizione del sanitario ed incanalare le pretese risarcitorie nei confronti della struttura. Questo, anche in considerazione del dato empirico che nella medicina moderna l'organizzazione ha una forte incidenza sul risultato della prestazione.

Dopo che il dl. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni nella l. 8 novembre 2012, n. 189 (cd. legge Balduzzi), aveva previsto che «*l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi re-*

sta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile»<sup>1</sup>, si è riaperto l'interrogativo della natura contrattuale o extracontrattuale della responsabilità del medico dipendente della struttura<sup>2</sup>, assestasi nella prima direzione dopo che la notissima pronuncia della Corte di cassazione resa nel 1999 aveva inquadrato la responsabilità del professionista nello schema della responsabilità contrattuale «da contatto sociale»<sup>3</sup>.

Con la conseguenza che l'attore era chiamato a provare l'esistenza del contratto o il contatto sociale e ad allegare l'insorgere o l'aggravamento della patologia e l'inadempimento qualificato del debitore astrattamente idoneo a provocare, quale causa o concausa efficiente, il danno lamentato, rimanendo a carico del medico convenuto e della struttura sanitaria dimostrare che tale inadempimento non vi fosse, oppure che, pur essendovi stato, non avesse avuto alcuna incidenza causale sulla produzione del danno.

Nel prendere posizione su tutti questi temi, la l. 8 marzo 2017, n. 24 è intervenuta sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale.

Sotto il primo profilo, all'art. 7 si è espressamente stabilito che, mentre la struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti

la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, continua a rispondere delle condotte dolose o colpose dei sanitari ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, l'esercente la professione sanitaria risponda del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente; all'art. 8, invece, si è declinata in modo diverso da quanto fino a quel momento previsto la condizione di procedibilità della lite, prevedendo che l'introduzione della causa sia preceduta da un ricorso alla consulenza tecnica preventiva contemplata dall'art. 696-bis cpc<sup>4</sup>.

È stata introdotta l'azione diretta del danneggiato verso l'impresa assicurativa, nei limiti del massimale, ad accompagnare l'obbligo di assicurazione del medico e della struttura (che può sostituire tuttavia sostituire la copertura assicurativa con "analoghe misure", come l'autoassicurazione prevista in molte regioni d'Italia), con un litisconsorzio necessario con l'assicurato e la riproduzione delle tematiche che connotano la responsabilità civile da circolazione di veicoli e natanti (art. 10 e 12). Sono stati previsti obblighi di comunicazione all'esercente la professione sanitaria dell'avvio di trattative stragiudiziali col danneggiato<sup>5</sup> o dell'instaurazione del giudizio da questi promosso (art. 13). Si è

1. Sulla natura, finalità e cogenza delle linee guida e sui rapporti tra la legge n. 24/2017 e l'abrogato art. 3 della legge Balduzzi si sono pronunciate le Sezioni unite penali con la sentenza 22 febbraio 2018, n. 8770, in *Il Quotidiano Giuridico*.

2. Nel senso che con la legge Balduzzi la responsabilità del medico ospedaliero sarebbe tornata ad essere extracontrattuale, Trib. Milano, sez. I, 17 luglio 2014, in *Assicurazioni*, 2014, p. 682 e Trib. Milano, sez. I, 2 dicembre 2014, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 167 con nota di M. Gorgoni. Analogamente, Trib. Milano, sez. I, 23 agosto 2016, in *Ridare.it*, 2016, 27 settembre; Trib. Torino, 26 febbraio 2013, in *Danno e Resp.*, 2013, p. 373, con nota di V. Carbone; Trib. Varese, 26 novembre 2012, *ivi*, 2013, p. 375. Secondo Trib. Brindisi, 18 luglio 2014, in *Dir. famiglia*, 2015, p. 526, in base al principio della cumulabilità dei rimedi, il danneggiato potrebbe agire nei confronti del medico con l'azione extracontrattuale da sola o, in alternativa, a quella contrattuale da contatto sociale. L'orientamento prevalente, tuttavia, ha continuato a qualificare in termini di responsabilità contrattuale, o da contatto sociale, la responsabilità del medico, ritenendo che la previsione dell'art. 3 comma 1 della legge Balduzzi non avesse modificato le regole di quella responsabilità (nella seconda proposizione dell'articolo in questione – si osserva – il richiamo all'art. 2043 cod. civ. è preceduto dall'espressione "in tali casi", ed è pertanto limitato espressamente ai casi in cui il medico non risponde penalmente di colpa lieve per essersi attenuto a linee guida accreditate, così come si legge nella prima proposizione della norma): così per Trib. Milano, sez. V, 18 novembre 2014, n. 13574, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 2, p. 706 con nota di A. Garibotti; negli stessi termini, anche Trib. Milano, sez. V, 20 febbraio 2015, n. 2336, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 163 con nota di M. Gorgoni. All'indomani dell'introduzione della legge Balduzzi, fin dalle prime pronunce la Cassazione ha affermato, dapprima in un obiter dictum, che «l'articolo 3 comma 1 dl. 158/12, conv. l. 189/12, ha depenalizzato la responsabilità medica in caso di colpa lieve, dove l'esercente l'attività sanitaria si sia attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica. L'esimente penale non elide, però l'illecito civile e resta fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 cc che è clausola generale del neminem laedere, sia nel diritto positivo, sia con riguardo ai diritti umani inviolabili quale è la salute. La materia della responsabilità civile segue, tuttavia, le sue regole consolidate e non solo per la responsabilità aquiliana del medico ma anche per quella contrattuale del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale» (Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2013, n. 4030, in *Guida al diritto*, 2013, 17, p. 25); e poi ha ribadito la propria posizione in Cass. civ., sez. VI, 17 aprile 2014, ord. n. 8940, in *Resp. civ. e prev.*, 2014, 3, p. 803.

3. Cfr. Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332, dove, riprendendo la tesi di C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 1997, pp. 177 ss., si affermò il principio per cui «la responsabilità del medico dipendente ospedaliero deve qualificarsi contrattuale, al pari di quella dell'ente gestore del servizio sanitario, non già per l'esistenza di un pregresso rapporto obbligatorio insorto tra le parti, bensì in virtù di un rapporto contrattuale di fatto originato dal «contatto» sociale».

4. V., in proposito, C. Consolo, Paolo Bertollini e Alice Buonafede, *Il "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696-bis cpc e il successivo favor per il rito semplificato*, in *Corr. Giur.* 2017, pp. 762 ss.

5. Perché non sia imposto un onere eccessivo in capo alla struttura o all'impresa, riteniamo che l'avvio di trattative debba avere una sua formalizzazione e non equivalga all'invio di una richiesta risarcitoria nelle forme della costituzione in mora, ma coincida con il momento in cui perviene la richiesta di mediazione prevista dal d.lgs 28/2010 (il ricorso ex art. 696-bis può essere ricompreso infatti nella previsione

limitata, infine, l'azione di rivalsa e di responsabilità amministrativa che la struttura privata e il pubblico ministero presso la Corte dei conti possono esercitare a valle del procedimento che si concluda con l'accertamento della responsabilità sanitaria (art. 9).

Ma, come si è detto, l'intervento del legislatore è andato oltre: nell'affermare il diritto alla sicurezza delle cure in sanità come parte costitutiva del diritto alla salute, la legge guarda agli strumenti preventivi, prima che repressivi, a tutela della salute. Nel tentativo di recuperare la centralità del rapporto medico-paziente e garantire a questi la migliore assistenza possibile durante il percorso terapeutico si riconosce che la sicurezza delle cure si realizza «anche mediante l'insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all'erogazione di prestazioni sanitarie e l'utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative».

L'obiettivo è espressivo della volontà di un significativo cambio di prospettiva.

## **2. La mediazione tra procedura ex art. 696 bis cpc e applicazione dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs 4.03.2010 n. 28**

Molto attesa, anche per le sue implicazioni sistematiche e non solo per le ricadute deflattive sul contenzioso, era la scelta che la l. 8 marzo 2017 n. 24 avrebbe fatto nel condizionare l'azione in materia di responsabilità sanitaria. L'alternativa era tra il ricorso in via esclusiva alla consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite, ex art. 696-bis cpc, postulato fin dall'inizio dei lavori preparatori, e il mantenimento della possibilità della via della mediazione, già condizione di procedibilità per la responsabilità sanitaria ai sensi dell'art. 5, comma 1-bis, del d.lgs 4 marzo 2010, n. 28.

Nessuno spazio, invece, era previsto fin dall'inizio per la negoziazione assistita, di cui la legge nega l'applicabilità nonostante che nelle materie in cui il tentativo di mediazione è obbligatorio non operi la condizione di procedibilità prevista dall'art. 3 del dl. 12 settembre 2014, n. 132<sup>6</sup>.

La scelta del legislatore è stata nel senso di consentire alle parti, per giungere alla composizione negoziale della controversia, l'opzione tra due sistemi diversi, aventi una finalità solo in parte coincidente. Il primo, quello dell'art. 696-bis, che punta sulla doppia anima della consulenza in funzione conciliativa, per consentire alle parti di ottenere al tempo stesso una prova spendibile nell'eventuale successivo giudizio e di poter contare sull'opera di conciliazione del perito; il secondo, quello della mediazione "pura", dinanzi all'organismo di conciliazione, secondo le regole introdotte nel 2010 e riviste col dl. 21 giugno 2013, n. 69.

Dell'alternativa della mediazione, inserita "in corsa" nella l. 24/2017 in sede di approvazione in aula da parte del Senato della nuova disciplina, il legislatore non si occupa, rimettendosi evidentemente alle norme esistenti e all'elaborazione in materia. Tutto l'art. 8 è dedicato infatti esclusivamente a tratteggiare le caratteristiche del tentativo di conciliazione nelle forme dell'art. 696-bis e a raccordarlo col procedimento sommario di cognizione, regolato dall'art. 702-bis cpc, che si presta ad accogliere le controversie che o in se stesse, o in quanto precedute, come in questo caso, da una consulenza tecnica, presentano un grado di minore complessità istruttoria.

Per consentire una scelta consapevole tra i due sistemi messi a disposizione dalla nuova legge, è opportuno fare un passo indietro, e individuare i tratti principali che caratterizzano questo tipo di controversie, distinguendole dalle altre per le quali pure nel d.lgs 28/2010 è prevista l'obbligatorietà del tentativo.

Com'è noto, sono tre i fattori che influiscono principalmente sulla praticabilità della mediazione nella materia che ci occupa.

Il primo riguarda il nodo della responsabilità erariale, nelle ipotesi – che saranno la regola, nel meccanismo della nuova legge – in cui la domanda coinvolga, oltre o indipendentemente dal medico, l'azienda sanitaria pubblica o ospedaliera di appartenenza.

Nelle controversie risarcitorie da responsabilità sanitaria manca, infatti, una previsione analoga a quella dell'art. 66, d.lgs 165/2001, abrogato dalla l. 4 novembre 2010, n. 183, ma riprodotto nel novellato art. 410 cpc, che prevede un esonero da responsabilità amministrativa, salvi i casi di dolo e colpa grave, per

---

dell'obbligo di comunicare la introduzione del giudizio) o si avvia, nelle strutture che lo hanno attivato, il procedimento di gestione diretta del sinistro.

6. Secondo M. Zumpano, *Profili processuali del disegno di legge sulla responsabilità professionale sanitaria*, in M. Bove (a cura di), *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, p. 435, che si è espressa a commento del ddl 2224, prima della modifica che ha introdotto l'alternativa con la mediazione, il comma 2 dell'art. 8 dichiarerebbe espressamente inapplicabile l'art. 3 a motivo della "disattivazione" dell'art. 5, comma 1-bis, in mancanza del quale, trattandosi di una richiesta di somme, per le domande entro il limite di valore di 50.000,00 euro, indicato dall'art. 3, sarebbe scattata l'obbligatorietà della procedura negoziale preventiva. Per la verità, visto che l'esclusione della obbligatorietà della negoziazione assistita è stata conservata anche dopo la soppressione della "disattivazione" dell'art. 5, comma 1-bis, sembra più semplice ritenere che quella del legislatore fosse fin dall'inizio, e sia rimasta tale, una previsione superflua.

la conciliazione della lite da parte di chi rappresenti la pubblica amministrazione. Una norma di questo tipo è immaginata nella proposta di riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, presentata dalla Commissione ministeriale presieduta da Guido Alpa, ove si prevede espressamente che, nella mediazione di cui al d.lgs 28/2010, «*la conciliazione della lite da parte di chi è incaricato di rappresentare la pubblica amministrazione, amministrata da uno degli organismi di mediazione previsti dal presente decreto, non dà luogo a responsabilità amministrativa e contabile quando il suo contenuto rientri nei limiti del potere decisionale dell'incaricato, salvo i casi di casi di dolo o colpa grave*».

L'assenza, allo stato, di una previsione di questo tipo non impedisce la conciliazione, ma di certo la rende più complicata (da un punto di vista "psicologico") per l'Amministrazione che spesso è indotta a preferire la più rassicurante risposta giudiziale<sup>7</sup>.

Per la verità i principi espressi dal giudice contabile non portano necessariamente verso il giudizio, anzi: nelle pronunce della Corte dei conti si legge che la scelta discrezionale dell'amministrazione di addvenire ad una composizione stragiudiziale della controversia è sindacabile solo se assolutamente irragionevole ed irrazionale, ovvero conseguenza di scelte illogiche, *contra legem* o *abnormi*, che abbiano comportato liquidazione di poste di danno non dovute, nel qual caso soltanto la transazione acquista un'autonoma valenza causativa del danno che deriva dal risarcimento ottenuto dal terzo<sup>8</sup>. Il raggiungimento dell'accordo è pertanto possibile, a patto che i motivi che lo sorreggono vengano compiutamente esposti nelle premesse del verbale di conciliazione, anche quando il servizio di medicina legale consultato dalla

struttura abbia ritenuto di non ravvisare alcuna colpa nella condotta censurata dal danneggiato, o alcun collegamento causale tra il comportamento del sanitario e il pregiudizio, e tuttavia l'Amministrazione scelga di optare per la chiusura in via bonaria della lite: sia perché, naturalmente, anche in questi casi non si potrà escludere *a priori* il rischio di un esito sfavorevole del giudizio<sup>9</sup>, sia perché la scelta può dipendere non solo dai costi connessi al contenzioso giudiziario, ma anche dal desiderio di contenere danni di immagine<sup>10</sup>.

Tuttavia, e nonostante la giurisprudenza abbia a più riprese sottolineato come «*non vi sono ostacoli a che il funzionario delegato possa gestire la procedura [di mediazione] e, nell'ambito dei poteri attribuitigli, concludere un accordo*» e ricordato che è semmai la «*scelta di una condotta agnostica, immotivatamente anodina e deresponsabilizzata dell'amministrazione pubblica [a poterla] esporre a danno erariale*»<sup>11</sup>, è frequente, nella pratica, il rifiuto della struttura di partecipare al tentativo di mediazione con la motivazione che, da una verifica interna, non è stata ravvisata ragione di responsabilità del sanitario. Che è quanto ha indotto il legislatore, nell'art. 8, quarto comma, a prevedere che la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva sia viceversa obbligatoria per tutte le parti, senza consentire che vengano addotti "giustificati motivi", come invece è possibile nell'art. 8 d.lgs n. 28/2010.

Il secondo fattore che influenza il successo della mediazione in materia di responsabilità sanitaria è il coinvolgimento nelle liti a vario titolo delle imprese di assicurazione, oggi più che mai ricorrente in potenza, vista la previsione dell'azione diretta<sup>12</sup>.

Nelle ipotesi in cui sia l'assicurato a dover chiamare in giudizio l'impresa assicurativa in manleva,

7. G. Greco, Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio), in *Dir. amm.*, 2005, pp. 223 ss., rileva come la Pa nutra da sempre, nei confronti dello strumento della transazione, «preoccupazioni e sospetti, che hanno persino portato talvolta a dissimulare l'esistenza di vere e proprie transazioni, attraverso l'architettura di una serie di atti, più o meno spontaneamente coordinati», quando invece – osservava E. Guicciardi, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, pp. 64 ss. e pp. 205 ss. – la transazione costituisce «strumento efficacissimo della pace sociale» anche per la Pubblica amministrazione.

8. V., da ultimo, C. Conti, sez. III app., 2 febbraio 2017, n. 53 in *Leggitalia*; C. Conti, sez. Sicilia, 23 luglio 2013, n. 2719, *ivi*.

9. Rimane infatti ampio il margine di valutazione da parte del giudice, il quale, del resto, non può trasformare il processo civile (e la verifica processuale in ordine all'esistenza del nesso di causa) in una questione di verifica (solo) scientifica demandabile *tout court* al consulente tecnico (Cass. civ., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corr. giur.*, 2008, p. 35, con nota di M. Bona, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*).

10. C. Conti Liguria sez. giurisd., 18 febbraio 2016, n. 12, in *Leggitalia*.

11. Trib. Roma ord. 22 giugno 2015 inedita; Trib. Roma 17 dicembre 2015, inedita.

12. Il coinvolgimento potrà essere frutto, oltre che dell'azione diretta, anche di clausole contrattuali che conferiscono all'assicurazione il compito di gestire direttamente la lite, in luogo dell'assicurato, oppure del fatto che sia quest'ultimo, citato in giudizio dal danneggiato, a chiamare in causa, in manleva, la propria impresa di assicurazione, per essere tenuto indenne dalle conseguenze pregiudizievoli della soccombenza.

Sulla responsabilità dell'assicurazione verso il danneggiato quando la condotta nella gestione della lite sia «*dilatoria o indolente o, comunque, non caratterizzata dalla cura diligente dei comuni interessi*», v. Cass., sez. III, 25 maggio 2004, n. 10036, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 139; Cass. civ., sez. III, 04 febbraio 2005, n. 2276, *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 217.

l'obiettivo della condivisione dell'eventuale accordo raggiunto non si raggiunge col semplice coinvolgimento dell'impresa di assicurazione nel procedimento di mediazione, dato che, diversamente da quel che accade con la sentenza del giudice, il principio che opera non è quello dell'art. 2909 cod. civ., ma quello dell'art. 1304 cod. civ. («*la transazione fatta dal creditore con uno dei debitori in solido non produce effetto nei confronti degli altri, se questi non dichiarano di volerne profittare*»). Non è sufficiente, quindi, la previsione della partecipazione obbligatoria dell'impresa di assicurazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva, ma è necessario prevedere degli incentivi alla partecipazione all'accordo: anche su questo punto il legislatore ha pensato di intervenire, stabilendo che l'impresa sia obbligata a formulare una offerta di risarcimento del danno ovvero comunicare i motivi per cui ritenga di non formularla. Ove questo non avvenga, e sia successivamente resa una sentenza a favore del danneggiato, il giudice trasmetterà copia della sentenza all'Ivass per gli adempimenti di propria competenza<sup>13</sup>.

Un terzo fattore, che nella disciplina del d.lgs 28/2010 crea le difficoltà imposte dalle regole sulla prova, è il tema del peso che ha l'accertamento medico legale nell'opera del conciliatore nelle controversie in tema di responsabilità sanitaria.

Sebbene la mediazione abbia una funzione diversa da quella dei meccanismi di composizione della lite di tipo "aggiudicativo", è necessario che tanto le parti quanto il mediatore conoscano le regole del rapporto che in caso di accordo si andrà a disciplinare: oltre alle regole giuridiche, le regole *tecniche*, perché la comprensione degli aspetti medico-legali in gioco assicura una piena consapevolezza, in tutti gli attori del procedimento, degli spazi e del significato del proprio operare<sup>14</sup>.

Del resto, che la preparazione tecnica sia necessaria, lo dimostra la stessa previsione, nell'art. 8, 1° co., del d.lgs n. 28/2010, che «*nelle controversie che richiedono specifiche conoscenze tecniche, l'organismo*

*[possa] nominare uno o più mediatori ausiliari*». Il co-mediatore è figura ben diversa da quella del perito, pure prevista dal medesimo art. 8, al quarto comma, perché conduce il tentativo di conciliazione *insieme* al mediatore, e non ne è un ausiliare, ed utilizza il linguaggio scientifico, come il mediatore "giurisperito" fa ricorso alle proprie conoscenze giuridiche, per aiutare le parti ad individuare i propri interessi e a delinearne lo strumento che consente loro di soddisfarli.

Quando il mediatore nel d.lgs. n. 28/2010 opti per la nomina dell'esperto, anziché avvalersi del co-mediatore, si ha non solo il problema del rispetto delle regole di riservatezza e inutilizzabilità poste dagli artt. 9 e 10, peraltro superabili se la riservatezza è riferita alle dichiarazioni delle parti e alle informazioni provenienti dalle stesse, ex art. 194 cpc, più che non al contenuto della relazione tecnica, o se le parti danno il consenso all'impiego delle risultanze peritali<sup>15</sup>. Ma si ha anche, e soprattutto, la conseguenza che la perizia espletata in mediazione potrà avere, tutt'al più, il valore di una prova atipica<sup>16</sup>, per chi ammetta questa nozione

Anche su questo punto il legislatore ha ritenuto di intervenire, pensando che il richiamo all'art. 696-bis risolve meglio i problemi evidenziati, assicurando che il mediatore abbia conoscenza dei profili tecnici del rapporto e al tempo stesso che l'eventuale consulenza tecnica espletata nel tentativo di mediazione sia utilizzabile nel successivo processo. Rimarrà da vedere se il perito-mediatore saprà interpretare correttamente il proprio ruolo e se l'atteggiamento delle parti nei suoi confronti non sia quello che si assume rispetto al giudice.

### 3. Il tentativo di conciliazione condotto dal consulente tecnico

Nelle controversie in materia di responsabilità sanitaria, la scelta di sottoporre la lite ad una condizione di procedibilità anteriore all'introduzione della

13. Previsione che echeggia, fatte le debite differenze, il meccanismo grazie al quale, nei settori delle operazioni e servizi bancari e finanziari da un lato e, dall'altro, dei servizi e attività di investimento e delle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del Tub ai sensi dell'art. 23, comma quarto, d.lgs 24 febbraio 1998, n. 58, la presenza delle autorità di vigilanza, rispettivamente Banca d'Italia e Consob, ha consentito il successo degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

14. Su questo tema, che richiede una messa a fuoco del ruolo della mediazione nella composizione delle controversie e del modo in cui il mediatore opera, si v., *amplius*, I. Pagni, *Dal tentativo obbligatorio di conciliazione al ricorso ex art. 702-bis cpc*, in F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 445 ss.

15. Sulla ammissibilità della produzione in giudizio dell'elaborato del Ctu, nonostante le regole di riservatezza e inutilizzabilità poste dagli artt. 9 e 10, v. Trib. Roma, 17 marzo 2014, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

16. Sul fatto che, comunque, la perizia espletata in mediazione potrà avere, tutt'al più, il valore di una prova atipica, e servire come fondamento conoscitivo e supporto motivazionale alla proposta eventualmente formulata ex art. 185-bis cpc, v. ancora Trib. Roma, 17 marzo 2014, cit. Nello stesso senso, Trib. Roma, 9 aprile 2015, in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it>; Trib. Parma, 13 marzo 2015, in [www.quotidianodiritto.ilssole24ore.com](http://www.quotidianodiritto.ilssole24ore.com).

lite<sup>17</sup> ha il merito indiscutibile di costringere le parti ad una “sosta” tecnica prima di affrontarsi in giudizio.

Il rischio, però, è che le parti sottovalutino l'utilità del tentativo, o che – almeno nella logica del d.lgs 28/2010 - l'apertura del confronto avvenga in un momento troppo anticipato rispetto al momento in cui sulla questione verrà fatta l'istruttoria, perché la mediazione abbia effettive possibilità di successo (e questo secondo aspetto, soprattutto, spiega la scelta dell'art. 8 della l. n. 24/2017 di affidare la conciliazione al consulente tecnico).

Delle caratteristiche che il tentativo dovrà avere il legislatore non parla, così come non ne parlava nell'art. 696-*bis* cpc. Tanto che vi sono stati casi, nella pratica, in cui il tentativo di conciliazione previsto dalla norma del codice di rito non è stato neppure svolto.

Ci si chiede, allora, se possano mutuarsene le regole dal diritto vivente che si è formato sulla mediazione.

La giurisprudenza sulla mediazione presso gli organismi, infatti, oltre a richiedere, per l'assolvimento della condizione di procedibilità, che l'incontro di mediazione sia effettivo<sup>18</sup>, impone la presenza personale delle parti e non solo quella dei loro rappresentanti<sup>19</sup>.

Per la verità, visto che le parti hanno comunque il diritto di conferire una procura, l'obbligo della presenza *personale*, e non solo di quella di un procuratore a conoscenza dei fatti di causa come nell'art. 185 cpc, può essere ricavato solo da un'interpretazione delle norme molto spinta, che faccia leva sulla *ratio* dell'istituto e sulle ragioni dell'utilità della presenza<sup>20</sup>. La logica dell'autonomia negoziale, che nel tentativo di conciliazione vuole che le parti, oltre a decidere se chiudere la lite con un accordo, prima ancora contri-

buiscono in prima persona, con l'aiuto del mediatore, alla formulazione delle alternative, può servire a spiegare perché non ci si accontenti della presenza del procuratore seppure «a conoscenza dei fatti di causa». È una prospettiva diversa da quella dell'eteronomia giudiziale, in cui le parti non sono chiamate ad assumere su di sé le sorti del rapporto che il contratto, e non la sentenza, andrà a regolare.

Nella già menzionata proposta di riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, presentata dalla Commissione ministeriale presieduta da Guido Alpa, è stata individuata una soluzione di compromesso, con la previsione che la procura possa essere conferita, ma debba essere diversa da quella data al difensore.

Veniamo al momento in cui deve essere effettuato il tentativo di conciliazione, di cui la legge non parla. L'art. 696-*bis*, infatti, si limita a prevedere che il consulente tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti, «*prima di provvedere al deposito della relazione*». Nella prospettiva dell'art. 8 l. 24/2017 la conciliazione dev'essere comunque tentata, visto che è questo che integra l'assolvimento della condizione di procedibilità, ma non si dice quando.

Nelle liti ad alto tasso di complessità tecnica, come quelle di specie, una più approfondita conoscenza dei termini della causa, quale si ha ad istruttoria avviata, ha degli indubbi vantaggi.

Non sempre, nel caso del tentativo svolto ai sensi dell'art. 5 d.lgs 28/2010, l'istanza è articolata in una maniera tale da consentire la piena comprensione della vicenda, bastando quel tanto che serve a consentire la produzione degli effetti previsti dall'art. 5, 6° co., in punto di prescrizione e decadenza<sup>21</sup>. L'approfondimen-

17. Peraltro, nell'art. 8 non è prevista la disapplicazione del secondo comma dell'art. 5 d.lgs n. 28/2010, che contempla la mediazione su ordine del giudice, sicché niente impedisce che una volta introdotto il giudizio il giudice ritenga di mandare nuovamente le parti in mediazione.

18. Secondo un'ampia parte della giurisprudenza, ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro, in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, vorrebbe dire «*in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere*». In questo senso, «*la dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti*» (*ex multis*, Trib. Firenze, 19 marzo 2014, in *Guida al diritto* 2014, p. 17, ins. 5, con nota di Marinaro). Nel senso che se «*la procedura di mediazione, prevista quale condizione di procedibilità della domanda, è stata esperita dagli attori e dagli interventori ma non si è conclusa non essendo iniziata dopo il primo incontro*» dev'essere disposta la prosecuzione del procedimento di mediazione con il suo inizio ovvero la rinnovazione del procedimento entro il termine di 15 giorni, Trib. Civitavecchia, ord. 15 gennaio 2016, inedita, resa in una causa di risarcimento danni da responsabilità medica. Sulla stessa linea del Tribunale di Firenze, Trib. Bologna, 5 giugno 2014, in <http://osservatoriomediazionecivile.blogspot.it.com>; Trib. Rimini, 16 luglio 2014, in [www.diritto24.ilsole24ore.com](http://www.diritto24.ilsole24ore.com).

19. Così Trib. Firenze, 19 marzo 2014, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Firenze, 26 novembre 2014, *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 558 ss., con nota di G. Raiti; Trib. Vasto, 9 marzo 2015, *Corriere giur.*, 2016, p. 1083, con nota di M. Ruvolo; Trib. Vasto 23 giugno 2015, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

20. Per l'impossibilità di imporre la presenza personale, visto che le parti hanno comunque il diritto di conferire una procura, Trib. Palermo, 16 luglio 2014, in *Giustiziacivile.com*, 2015, 12 febbraio, con nota di N. Meluccio.

21. A termini di legge «*l'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa*» (art. 4, 2° co. d.lgs n. 28/2010), ma, poiché la mediazione non è un processo, non è necessario che lo sviluppo, nella domanda di mediazione, del *petitum* e della *causa petendi* sia così ampio come quello di una domanda giudiziale.

to istruttorio permette invece alle parti una visione più chiara delle alternative<sup>22</sup> che esse hanno al raggiungimento dell'accordo e consente una conduzione più consapevole del tentativo di conciliazione.

Come si legge nel passo della Relazione che accompagnava la proposta Vaccarella di introduzione dell'art. 696-bis, «l'esperienza mostra che, spesso, il contrasto tra le parti riguarda la *quaestio facti*, di tal che, una volta effettuata l'istruttoria – e beninteso se non vi sono ragioni di contestazione sul modo in cui l'istruttoria si è svolta – la controversia viene conciliata. Se dunque si riesce ad anticipare la formazione della prova rispetto all'inizio del processo, le controversie caratterizzate da un contrasto in punto di fatto presumibilmente non verranno portate davanti al giudice».

Questo sembra implicare che un tentativo di conciliazione troppo anticipato rispetto allo svolgimento dei lavori peritali abbia scarsa utilità, e che lo si debba fare poco prima che sia “esaurita l'istruzione,” come nell'art. 185-bis cpc, e perciò subito prima del deposito della relazione.

Nella varietà dei casi concreti potrà però accadere anche l'esatto contrario, e la composizione della lite essere facilitata proprio dal fatto che il quadro dei fatti non sia ancora del tutto chiarito (anche se è difficile che non vi sia stato, nel caso del medico operante presso una struttura, un esame della vicenda interno o in sede di *audit*<sup>23</sup>, o perché sono previste forme di gestione diretta del sinistro, o per l'intervento del Difensore civico). Così come potrà accadere che la causa non verta su profili che richiedono l'accertamento di questioni di apprezzabile difficoltà tecnica, oppure si discuta della violazione dell'obbligo di informazione, e perciò dell'autodeterminazione delle scelte terapeutiche anziché del pregiudizio all'integrità psico-fisica arrecato dall'errata esecuzione dell'intervento.

In questi casi, probabilmente, sarà più utile il ricorso alla mediazione presso l'organismo, vista la maggiore esperienza al momento maturata nel settore e nonostante l'istituto non abbia avuto dappertutto, nelle liti mediche, il successo che nel 2010 si auspicava potesse avere<sup>24</sup>.

L'utilità della consulenza tecnica preventiva non deve far dimenticare, per altro verso, che le spese della consulenza sono necessariamente anticipate da chi la richiede (anche recenti pronunce di Cassazione lo confermano). Il che potrebbe costituire un onere non indifferente per l'attore, a fronte dei minori costi della mediazione quando non si pretenda di ricorrere all'“esperto” anche in mediazione.

#### 4. Il rilievo dell'improcedibilità

L'articolo 8 stabilisce che la presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 696-bis cpc dinanzi al giudice competente costituisca condizione di procedibilità della domanda di risarcimento.

Una previsione analoga è contemplata nell'art. 445-bis cpc, che l'art. 8 in parte ricalca.

Le due disposizioni, all'avvio, sono pressoché identiche.

Al di là di qualche minima variazione lessicale, nell'art. 445-bis cpc è l'espletamento dell'accertamento tecnico a costituire condizione di procedibilità, e non la semplice presentazione del ricorso, come nell'art. 8: peraltro, in entrambi i casi se il procedimento peritale è iniziato ma non si è concluso il processo non prosegue, ma viene assegnato un termine per il completamento dei lavori peritali (completamento che, nella previsione dell'art. 8, deve intervenire in ogni caso entro sei mesi dal deposito del ricorso).

Inoltre, nell'art. 445-bis è prevista la sola competenza del tribunale, mentre nell'art. 8 il giudice

Nel senso che il tasso di tecnicismo dell'istanza debba essere tanto più elevato quanto più la parte intenda conseguire effetti in caso di insuccesso e di ulteriore proposizione della domanda giudiziale, senza che, in proposito, sussista niente più che un onere per la parte (e non già un obbligo), qualora invece la parte che attiva il procedimento di mediazione ritenga di non scoprire tutte le carte del successivo processo, nella consapevolezza che se poi il giudizio sarà avviato «non è detto che il procedimento di mediazione possa restituirgli tutte le potenzialità di cui è dotato», v. M. Fabiani, *Profili critici del rapporto tra mediazione e processo*, Società, 2010, p. 1146. Sul fatto che vi sia un obbligo di individuazione della domanda v. invece E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, p. 664.

22. Com'è noto, l'acronimo Maan o Paan esprime, nel linguaggio della mediazione, la “migliore” o “peggiore alternativa all'accordo negoziato”, da sottoporre alle parti affinché possano valutare l'opportunità della composizione negoziale della lite, in luogo della decisione giudiziale.

23. *Audit* che ha, in realtà, una funzione preventiva rispetto agli eventi indesiderati, ma poiché mira a trarre insegnamento dagli errori e ad individuare, in base ad essi, sistemi adeguati per il miglioramento della qualità delle prestazioni sanitarie, e per la garanzia della sicurezza del paziente, influisce necessariamente anche nella gestione del contenzioso.

24. Alcuni numeri: nell'esperienza dell'organismo di conciliazione presso il Tribunale di Firenze, uno dei migliori sul territorio, nell'anno 2016 si è registrato un 43% di mancate partecipazioni al primo incontro e un 57% di primi incontri, dei quali solo 24 con prosecuzione (e successivi 7 abbandoni per vari motivi): delle mediazioni effettivamente svolte, ne sono state chiuse con accordo un po' meno del 10% sul numero iniziale.

competente potrebbe essere, astrattamente, anche il giudice di pace<sup>25</sup>, se non fosse che per il procedimento *ex art. 702-bis* la competenza è sempre del tribunale e il giudice dinanzi al quale il ricorso per la consulenza tecnica preventiva dev'essere presentato, ai sensi del terzo comma dell'art. 8, è «*il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1*».

In entrambe le norme si prevede che l'improcedibilità possa essere rilevata, anche d'ufficio, entro la prima udienza e non oltre. Rilevato il difetto, verrà fissata una nuova udienza e assegnato alle parti, dal giudice, il termine di quindici giorni<sup>26</sup> per la presentazione («dinanzi a sé», aggiunge l'art. 8) dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento. Non è chiara la ragione per cui si chiede il deposito dell'istanza di completamento del procedimento, quando è già previsto un termine di legge, perentorio, di sei mesi dal deposito del ricorso.

Il difetto della condizione di procedibilità è dunque sanabile, sia per il mancato rilievo del difetto ad opera del convenuto o del giudice, sia, qualora il vizio venga rilevato, per effetto della concessione del termine: l'onere in tal modo imposto alla parte che voglia

agire in giudizio non è particolarmente pesante e si pone al riparo dalle declaratorie di incostituzionalità.

Peraltro, il Giudice delle leggi ha già avuto modo di pronunciarsi sulla condizione di procedibilità cui l'art. 8 ha subordinato la domanda di risarcimento in materia di responsabilità sanitaria, nel momento in cui ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 445-bis cpc, confermando anche in quella occasione «*la legittimità di forme di accesso alla giurisdizione subordinate al previo adempimento di oneri finalizzati al perseguimento di interessi generali*», e ritenendo soddisfatto, nella specie, il «*triplice requisito che il legislatore non renda la tutela giurisdizionale eccessivamente difficoltosa ..., contenga l'onere nella misura meno gravosa possibile e operi un congruo bilanciamento tra l'esigenza di assicurare la tutela dei diritti e le altre esigenze che il differimento dell'accesso alla stessa intende perseguire*»<sup>27</sup>. Secondo la Corte, gli adempimenti imposti alle parti, di presentare entro quindici giorni l'istanza di accertamento tecnico ovvero di completamento dello stesso, sono «*adempimenti ordinari, che non comportano alcuna compressione dei diritti della parte privata*»<sup>28</sup>.

25. Sulla competenza del giudice di pace per le controversie risarcitorie in tema di danno alla persona, v. Cass. civ., sez. VI, 16 ottobre 2013, n. 23430, *Foro it.*, Rep. 2013, *Competenza civile*, n. 35, che precisa come la competenza del giudice di pace per le cause «relative a beni mobili» di valore non superiore a cinquemila euro sia comprensiva delle domande di risarcimento del danno ricomprese in tale valore, a nulla rilevando che il credito risarcitorio scaturisca dalla violazione di un diritto fondamentale della persona (in applicazione di questo principio, la Corte suprema ha ritenuto erronea la sentenza con la quale il giudice di pace, sul presupposto che la salute non fosse un «bene mobile», aveva declinato la propria competenza a conoscere di una domanda di risarcimento del danno biologico compresa nella sua competenza per valore).

26. Sulla non perentorietà del termine nell'art. 445-bis cpc, v. E. Vullo, sub art. 445-bis, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. Consolo, Milano, 2013, p. 1679.

Una ricognizione della giurisprudenza sulla natura del termine di quindici giorni previsto dall'art. 5, comma 1-bis e 2, del d.lgs n. 28/2010, è contenuta in Trib. Vasto, 27 settembre 2017 e 15 maggio 2017 (in *Corr. giur.*, 2018, pp. 92 ss., con nota di M., *La natura del termine per dare inizio alla mediazione e le conseguenze del suo mancato rispetto*), che opta per la tesi della non perentorietà del termine sia per la mancanza di una espressa previsione legale di perentorietà sia per lo scopo che il termine persegue (quello cioè di garantire certezza dei tempi di definizione della procedura di mediazione).

Nel senso della perentorietà del termine previsto dal comma 2 dell'art. 5 per l'attivazione della mediazione su ordine del giudice e della impossibilità di sanatoria (stante l'inapplicabilità, in via analogica, della sanatoria prevista per il medesimo termine di quindici giorni dal comma 1-bis), v. Trib. Firenze, 9 giugno 2015, in *Giur. it.*, 2015, p. 2374, con nota di E. Benigni, *L'avvio «tardivo» della mediazione determina l'improcedibilità della domanda?* In senso opposto, Trib. Milano, ord. 27 settembre 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

Sul termine previsto nella l. 24/2017, v. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1202.

27. Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 243, *Foro it.*, 2015, I, p. 358.

Ad avviso della Corte, la normativa in questione non può affatto ritenersi irragionevole: ciò perché i) l'espletamento del previo accertamento tecnico preventivo è previsto come condizione di procedibilità e non di proponibilità della domanda di merito volta al riconoscimento del diritto alla prestazione assistenziale o previdenziale; ii) la tutela garantita dall'art. 24 Cost. non comporta l'assoluta immediatezza dell'esperibilità del diritto di azione; iii) la tutela giurisdizionale non deve necessariamente porsi in relazione di immediatezza con il sorgere del diritto, ma la determinazione concreta di modalità e di oneri non deve rendere difficile o impossibile l'esercizio di esso. Il che, nella specie – prosegue la Corte – certamente non si verifica proprio per il tipo di adempimento imposto alle parti («*Il giudice, ove rilevi che l'accertamento tecnico preventivo non è stato espletato ovvero che si è iniziato ma non si è concluso, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione dell'istanza di accertamento tecnico ovvero di completamento dello stesso*»)

28. Com'è noto, la giurisdizione condizionata è considerata tradizionalmente legittima quando gli oneri e le modalità che condizionano l'esercizio dell'azione non compromettano l'esperimento dell'azione giudiziaria imponendo oneri troppo gravosi alle parti. In questo senso, si considera ragionevole la mera improcedibilità per un tempo limitato, che possa risultare utile alla stessa soddisfazione della situazione sostanziale che si assume violata (oltre che alla deflazione del carico giudiziario). Per una ricognizione delle diverse ipotesi in cui, nel tempo, la Corte costituzionale si è pronunciata sul tema, v. G. Costantino, in nota a Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, *Foro it.*, 1992, I, p. 1023; nel senso dell'infondatezza, o dell'inammissibilità, della questione di legittimità costituzionale delle previsioni che con-

È immaginabile, perciò, che almeno sotto questo profilo<sup>29</sup> la nuova disciplina non incontrerà risposte diverse da parte della Corte costituzionale qualora ne venisse denunciata una ritenuta illegittimità per contrasto col diritto di azione in giudizio.

## 5. La salvezza degli effetti della domanda

Il comma 3 dell'art. 8 stabilisce la salvezza degli effetti della domanda se «entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio, è depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1, il ricorso di cui all'art. 702-bis del codice di procedura civile».

La norma parla in generale di salvezza degli effetti della domanda, diversamente da quanto fa l'art. 5, sesto comma, d.lgs n. 28/2010 che, correttamente (trattandosi di una domanda di mediazione e non di una domanda giudiziale), circoscrive gli effetti a quelli sulla prescrizione e sulla decadenza.

Nell'art. 8 gli effetti della domanda sono collegati non ad una domanda di mediazione, ma ad un ricorso giudiziale, il che spiega il richiamo più generale che il legislatore fa ad effetti quali la prevenzione ex art. 39, co. 3, cpc, la *perpetuatio iurisdictionis* dell'art. 5 cpc, la successione nel processo ex art. 110 cpc e la *perpetuatio legitimationis* contenuta nell'art. 111 cpc<sup>30</sup>.

L'aver voluto, il legislatore, agganciare il ricorso ex art. 696-bis cpc al procedimento sommario di co-

gnizione come sbocco “normale”<sup>31</sup> delle controversie in materia di responsabilità sanitaria precedute, anziché da una domanda di mediazione dinanzi ad un organismo, da una consulenza tecnica in funzione conciliativa, è la ragione della formula, un po' curiosa, per la quale la salvezza degli effetti della domanda è legata non all'introduzione del giudizio in qualsiasi forma, ma al fatto che «entro novanta giorni dal deposito della relazione o dalla scadenza del termine perentorio [sia] depositato, presso il giudice che ha trattato il procedimento di cui al comma 1 il ricorso di cui all'art. 702-bis del codice di procedura civile».

La norma così si spiega, ma non si giustifica, né si chiarisce quali siano le conseguenze del mancato rispetto della previsione.

La formula utilizzata dall'art. 8 sembra infatti impedire la salvezza degli effetti della domanda quando il processo non venga introdotto nelle forme dell'art. 702-bis (cosa possibile, quando il legislatore non lo escluda espressamente, né escluda la possibilità di una conversione del rito<sup>32</sup>). Ciò nonostante all'art. 696-bis, quale atto introduttivo di un giudizio, al di là di quale ne sia il contenuto, vengano comunque ricollegati dalla maggior parte degli interpreti gran parte degli effetti che non presuppongono l'introduzione del giudizio di merito<sup>33</sup>. Né vi è ragione di non consentire la salvezza degli effetti quando nel termine venga introdotto un processo a cognizione piena.

In ogni caso, per quanto attiene all'effetto più rilevante in materia, ovvero quello sulla prescrizione, se pure si dovesse perdere l'effetto sospensivo<sup>34</sup> (che

templano tentativi obbligatori di conciliazione, cfr., in particolare, Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, *ivi*, 2000, I, p. 2752; Corte cost., 18 febbraio 2009, n. 51, *Giur. cost.*, 2009, p. 273; Corte cost., 24 marzo 2006, n. 125, *ivi*, 2006, p. 1186; v. inoltre, con riferimento specifico alla mediazione contemplata dal d.lgs n. 28/2010, Corte Cost., 6 dicembre 2012, n. 272, *Corr. giur.*, 2013, p. 257 ss., con commento di chi scrive, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2012*, n. 272.

Le previsioni in punto di giurisdizione condizionata sono ritenute compatibili anche col diritto dell'Unione europea, quale si ricava dalla sentenza del 18 marzo 2010 della Corte di giustizia a proposito del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di telecomunicazioni (Corte di giustizia 18 marzo 2010, procedimenti riuniti C317/08, C-318/08, C 319/08 e C-320/08, Alassini, in *Foro it.*, 2010, IV, p. 361). La Corte ha affermato, in proposito, che «i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti».

29. Da più parti si sta ipotizzando invece una illegittimità costituzionale della previsione che impone l'obbligatorietà della partecipazione al tentativo: cfr. R. Donzelli, *Profili processuali della nuova responsabilità sanitaria*, cit., pp. 1215-1216. Sul punto v. *infra*, nel testo.

30. Anche se si osserva che il ricorso ex art. 696-bis non conterrebbe una vera e propria domanda giudiziale: sul punto, v. U. Corea, *I profili processuali della nuova legge sulla responsabilità medica: note a prima lettura*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 6.

31. La previsione ricalca il modello francese nel quale al *référé probatorie* mediante *expertise préventif* segue di norma il *référé provision*, sia pure senza efficacia di giudicato.

32. Nell'art. 3 d.lgs 1° settembre 2011 n. 150, “cd. decreto semplificazione riti”, per esempio, si esclude esplicitamente che, nelle controversie disciplinate dal capo III del decreto, si applichino il 2° e 3° comma dell'art. 702-ter cpc, e perciò anche che sia possibile la conversione del rito ad opera del giudice.

33. Sulla questione degli effetti della domanda avanzata ex art. 696-bis v. ampiamente T.M. Pezzani, *Gli effetti processuali e sostanziali della domanda di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 44 ss. Nel senso che al deposito del ricorso potrà ricondursi non solo l'effetto interruttivo della prescrizione, ma anche l'effetto sospensivo, A. Tedoldi, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 811.

34. Che è attribuito invece al ricorso per accertamento tecnico preventivo: nel senso che, rientrando tale procedimento nella categoria

il codice civile ricollega alla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio, anche conservativo<sup>35</sup>, e non anche alla semplice richiesta stragiudiziale, contenuta nell'atto di costituzione in mora), rimarrebbe pur sempre ferma l'interruzione del decorso della prescrizione<sup>36</sup>.

## 6. Dal procedimento dell'art. 696-bis alla proposizione del ricorso ex art. 702-bis cpc

Se la conciliazione ha successo, il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo

verbale (che è esente dall'imposta di registro), ai fini dell'espropriazione e dell'esecuzione in forma specifica. Come del resto nell'art. 12 del d.lgs n. 28/2010, l'accordo è anche titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale<sup>37</sup>.

È, quello rivolto a munire il verbale di *exequatur*, l'unico intervento di un giudice che altrimenti, nel procedimento di istruzione preventiva affidato al consulente tecnico, è normalmente assente, e interviene solo quando occorra risolvere le questioni che si possono porre nel corso delle operazioni peritali (ad esempio, quelle concernenti l'acquisizione di documentazione rilevante<sup>38</sup>, oppure le eventuali proroghe che possano essere richieste dal consulente,<sup>39</sup> e più in generale quelle sui poteri del consulente e i limiti

---

dei giudizi conservativi, «la notificazione del relativo ricorso con il pedissequo decreto giudiziale determina, ai sensi dell'art. 2943 cc, l'interruzione della prescrizione che si protrae fino alla conclusione del procedimento, che coincide ritualmente con il deposito della relazione del consulente nominato», Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2007, n. 17385, *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 68. La Corte aggiunge, poco comprensibilmente, che «qualora tale procedimento si prolunghi oltre tale termine con l'autorizzazione al successivo deposito di una relazione integrativa, esso si trasforma in un procedimento atipico, con la conseguenza che, in tal caso, la permanenza dell'effetto interruttivo della prescrizione non è più applicabile».

35. Come si è visto alla nota precedente, è per effetto della natura cautelare che la Cassazione riconosce al ricorso per accertamento tecnico preventivo l'effetto sospensivo, oltre a quello interruttivo, mentre il procedimento ex art. 696-bis non ha natura cautelare, come si ricava dal fatto che si prescinde dalle ragioni d'urgenza.

Sulla natura cautelare della consulenza tecnica preventiva v. però Cass. 20 giugno 2007 n. 14301, *Giur. it.*, 2007, p. 2525, con nota di R. Masoni, nella quale si legge che, dal momento che la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite è stata aggiunta tra i procedimenti di istruzione preventiva già previsti dal codice di rito, «non vi è ragione per non ritenere che ne condivida la natura». La Cassazione, nell'escludere la natura decisoria e definitiva del provvedimento di ammissione della consulenza tecnica preventiva, ha affermato che «anche esso, come tutti gli altri relativi ad atti di istruzione preventiva, ha carattere provvisorio e strumentale».

Per la natura cautelare del procedimento di consulenza tecnica preventiva, giustificata appunto alla luce della provvisorietà e strumentalità del provvedimento, v. C. Besso, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, II, Bologna, 2007, pp. 1328 e ss. Nel senso della prevalente natura non cautelare dell'istituto v. invece G. Balena, in G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Cacucci, Bari, 2006, p. 370; G.N. Nardo, *La consulenza tecnica preventiva ex art. 696 bis cpc tra conciliazione della lite ed anticipazione della prova*, *Studi in onore di C. Punzi*, III, Torino, 2008, 339; A. Panzarola, *L'istruzione preventiva riformata*, *Giusto proc. civ.*, 2006, p. 112; M. Montanari, *Brevi note sulla natura giuridica della consulenza tecnica preventiva in funzione di composizione della lite (art. 696 bis cpc) e sulle relative conseguenze d'ordine applicativo*, ivi, 2012, p. 701.

36. Nel senso che il mancato rispetto del termine di novanta giorni non produca se non la perdita della possibilità di ancorare la salvezza degli effetti al ricorso ex art. 696-bis, non essendovi ragione di immaginare una estinzione del processo (a meno di non voler sanzionare l'interessato al punto da ritenere che una simile estinzione si abbia al fine di imporre per la stessa causa un nuovo tentativo di accordo come condizione di procedibilità), M. Bove, *Le condizioni di procedibilità come funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, p. 20 del dattiloscritto consultato grazie alla cortesia dell'A.

37. La conciliazione raggiunta in seno al tentativo stragiudiziale o in seno al processo ha la medesima utilità, dato che tanto l'art. 12 d.lgs n. 28/2010, quanto l'art. 696-bis cpc, riconoscono espressamente che il verbale in parola sia titolo esecutivo ai fini dell'espropriazione forzata e dell'esecuzione in forma specifica (che servirebbe, nella materia che ci occupa, ad assicurare l'adempimento di eventuali obblighi di fare assunti dal medico, o dalla struttura: si pensi all'obbligo di eseguire nuovamente, senza costi aggiuntivi, l'intervento di chirurgia estetica che non abbia dato i risultati sperati), nonché titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, superando perciò il tenore letterale dell'art. 612 cpc, che ricollega l'esecuzione forzata in forma specifica soltanto al titolo esecutivo rappresentato dalla sentenza di condanna (sul punto, la Corte costituzionale ha chiarito, sia pure con una sentenza interpretativa di rigetto, che l'esecuzione per obblighi di fare e non fare può seguire anche ad un titolo esecutivo costituito dal verbale di conciliazione giudiziale, «in quanto le eventuali ragioni ostative - di ineseguibilità in forma specifica dell'obbligo - devono essere valutate non ex post, e cioè nel procedimento di esecuzione, bensì, se esse preesistono, in sede di formazione dell'accordo conciliativo da parte del giudice che lo promuove e sotto la cui vigilanza può concludersi soltanto se la natura della causa lo consente»: Corte cost., 12 luglio 2002, n. 336, *Foro it.*, 2004, I, pp. 41 ss.).

38. Anche se nel caso in cui i procedimenti degli artt. 696 e 696-bis cpc vengano svolti *ante causam*, come normalmente avviene (sebbene l'applicabilità dell'art. 699 cpc consentirebbe anche una richiesta in corso di causa), non vi sono i limiti alla produzione documentale che invece operano quando la consulenza sia disposta durante il giudizio, e sui quali si discute da sempre, anche nell'ipotesi della consulenza contabile, dove pure l'art. 198 cpc apre almeno alla produzione tardiva di documenti accessori, cioè utili a consentire una risposta più esauriente ed approfondita al quesito posto dal giudice, escludendo invece, anche col consenso della parte, le prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a fondamento della domanda e delle eccezioni di merito (in argomento v., da ultimo, Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2016, n. 8403, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Consulente tecnico*, n. 7).

39. In questo caso, e diversamente da quanto avviene per la consulenza tecnica preventiva per così dire "normale", il procedimento si

dell'incarico, come prevede l'art. 92 disp. att. cpc), oppure quando occorra sollecitare il deposito della perizia, ed eventualmente sostituire il consulente in caso di reiterata inerzia, o provvedere alla liquidazione del compenso. Non vi è, in ogni caso, quando la consulenza venga disposta *ante causam*, un provvedimento che intervenga a conclusione dei lavori peritali: il consulente è sovrano del procedimento, dello svolgimento del quale deve dare conto nel processo verbale in occasione di ogni singola seduta; verbale che assume così valore di piena prova fino a querela di falso di quanto il perito attesti avvenuto in sua presenza<sup>40</sup>.

Quando la conciliazione non riesce, il consulente deposita la relazione peritale: si potrebbe immaginare, in questi casi, che, nel tempo intercorrente tra la conclusione dei lavori e il termine previsto per la proposizione della domanda di merito, il giudice fissi una udienza dedicata alla verifica dell'esito della consulenza e al tentativo di conciliazione dinanzi a sé, eventualmente da ripetere alla prima udienza del giudizio successivo.

Sul presupposto che l'istruttoria non si presenti complicata dopo che è stata già svolta una consulenza tecnica, l'art. 8 ha collegato il procedimento ex art. 696-bis al procedimento sommario di cognizione<sup>41</sup>, prescrivendo che dal deposito della relazione, o in ogni caso dalla scadenza del termine perentorio di sei mesi previsto come limite massimo per la durata del procedimento, decorrano i novanta giorni per l'introduzione del giudizio ex art. 702-bis.

Di questo vi è poco da dire, se non riprendere quanto dottrina e giurisprudenza hanno affermato in proposito: al di là della collocazione del procedimento in prosecuzione della disciplina dei procedimenti cautelari (nel capo III bis del titolo I del libro IV del codice), dovuta alla generica finalità di accelerazione propria del giudizio in questione, si tratta di un

procedimento tendenzialmente a cognizione piena, seppure senza una completa predeterminazione delle forme e dei termini che giudice e parti debbono seguire, rivolto alla formazione del giudicato; l'elemento decisivo per valutare la percorribilità o meno del rito sommario è l'attività istruttoria da svolgere e non anche l'oggetto della domanda o la tipologia della controversia; il procedimento riguarda solo cause di cognizione appartenenti alla competenza del tribunale (restando così escluse quelle di competenza del giudice di pace), e limitatamente a quelle nelle quali il tribunale giudichi in composizione monocratica; è prevista la possibilità di una conversione del rito, ove il giudice ne ravvisi la necessità<sup>42</sup>; l'appello, nel silenzio dell'art. 702 quater cpc, va proposto con citazione e non con ricorso<sup>43</sup> e la sua mancata proposizione comporta il passaggio in giudicato dell'ordinanza emessa ex art. 702-bis cpc; anche l'ordinanza di rigetto della domanda è ritenuta suscettibile di impugnazione ex art. 702-quater cpc<sup>44</sup>; l'impugnazione è maggiormente aperta ai *nova* in punto di prova, rispetto a quanto dispone l'art. 345 cpc, per il fatto che in primo grado l'istruttoria è sincopata.

Una volta depositato il ricorso il giudice fissa l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre dieci giorni prima dell'udienza; il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione. I termini sono dunque abbreviati, rispetto al rito ordinario, vista la finalità di maggiore rapidità nella definizione della lite che il legislatore ha immaginato di raggiungere con l'introduzione di questo tipo di procedimento.

Per la costituzione in giudizio del convenuto, valgono per il procedimento sommario regole analoghe a quelle fissate per il rito ordinario: «*Il convenuto*

---

deve concludere entro un termine che ha natura perentoria e disciplina mutuata dall'art. 153 cpc, cosicché non è prorogabile se non in presenza di giustificati motivi, che devono essere allegati dal richiedente e verificati dal giudice.

40. Sul punto v. A. Tedoldi, *La consulenza tecnica preventiva*, cit., p. 814.

41. Sulla razionalità della scelta v. anche G. Olivieri, *Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

42. Nell'inserire nel titolo I del libro IV del codice di rito civile il capo III-bis, contenente la disciplina del procedimento sommario di cognizione, l'art. 51 l. 18 giugno 2009 n. 69 ne ha configurato l'instaurazione come rimessa a una scelta discrezionale dell'attore (art. 702-bis, primo comma, cpc), sindacabile tuttavia dal giudice, il quale dispone che si proceda nelle forme ordinarie, se ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruzione non sommaria (art. 702-ter, terzo comma, cpc). La possibilità di conversione qui non è stata espressamente esclusa com'è avvenuto, invece, come ricordato in precedenza (*supra*, nota 32), in virtù dell'art. 3 d.lgs 1° settembre 2011 n. 150 per una serie di controversie che quel decreto ha assoggettato al procedimento sommario di cognizione.

43. Cass. civ., sez. VI, 20 novembre 2014, n. 24689, *Riv. neldiritto*, 2015, p. 46.

44. In questo senso, ritenendo che il richiamo dell'art. 702-quater al sesto comma dell'art. 702-ter vada letto in continuità col quinto comma, quest'ultimo riferito sia all'accoglimento che al rigetto (nonché sul rilievo che sarebbe contraria ai principi di eguaglianza, ragionevolezza e difesa un'appellabilità *secundum eventum litis*), Cass. civ., sez. VI, 2 novembre 2015, n. 22387, *Foro it.*, 2015, voce *Procedimento civile*, n. 309.

*deve costituirsi mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nella quale deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda, indicare i mezzi di prova di cui intende avvalersi e i documenti che offre in comunicazione, nonché formulare le conclusioni».*

Opera dunque il principio di non contestazione, introdotto espressamente nel codice di rito dall'art. 115 cpc.

Inoltre – prosegue il quarto comma dell'art. 702-bis, in conformità con quanto previsto dall'art. 167, secondo comma –, «a pena di decadenza [il convenuto] deve proporre le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito che non sono rilevabili d'ufficio».

Quanto alla chiamata in causa di un terzo, il quinto comma dell'art. 702-bis menziona esclusivamente la chiamata in garanzia<sup>45</sup>, prevedendo espressamente che il convenuto in questo caso debba «a pena di decadenza, farne dichiarazione nella comparsa di costituzione e chiedere al giudice designato lo spostamento dell'udienza. Il giudice, con decreto comunicato dal cancelliere alle parti costituite, provvede a fissare la data della nuova udienza assegnando un termine perentorio per la citazione del terzo. La costituzione del terzo in giudizio avviene a norma del quarto comma». Non è previsto un termine, che potrà essere fissato col decreto con il quale il giudice disporrà lo spostamento dell'udienza.

Dopodiché si procederà con la trattazione della causa, tenuto conto della già avvenuta consulenza tecnica.

## 7. L'ammissione della consulenza tecnica e il valore dell'accertamento tecnico nel successivo giudizio

Sia che il tentativo di conciliazione si sia svolto, senza successo, nelle forme dell'art. 696-bis sia che la parte abbia prescelto quelle del d.lgs n. 28/2010, nel successivo giudizio si porrà l'esigenza di acquisire la consulenza tecnica svolta in seno al tentativo.

Sotto questo profilo, l'opzione per il modello dell'art. 696-bis cpc pone minori problemi rispetto all'altro caso.

Innanzitutto, visto che il passaggio davanti al consulente è imposto dal legislatore a pena di improcedibilità della lite, l'eventualità di un rigetto dell'istanza ex art. 696-bis cpc dovrà essere riservata a casi eccezionali<sup>46</sup>, senza che si dia peso eccessivo, se non quando proprio non vi sia alcuna necessità di un accertamento tecnico, a questioni relative all'ammissibilità, la rilevanza e l'utilità della CtU in relazione alla materia del contendere (che il legislatore sembra avere valutato in qualche modo *ex ante*) o, peggio, alla utilità della conciliazione della lite<sup>47</sup>. Anche nei casi in cui la controversia potrebbe essere definita

45. Nel senso che, in forza del principio di ragionevolezza, la limitazione possa ritenersi superabile, F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, *Giur. it.*, 2009, p. 1568; A. Carratta, in C. Mandrioli-A. Carratta, *Come cambia il processo civile*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 146; M. Bove, *Il procedimento sommario di cognizione*, *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 432; G. Basilico, *Il procedimento sommario di cognizione*, *ibidem*, 2010, pp. 739 ss.

Secondo C. Consolo, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze. Dopo la l. n. 69 del 2009*, Padova, 2009, 118, il silenzio dell'art. 702-bis cpc «sulla chiamata in causa ex art. 106 cpc parte prima [...] non implica esclusione ma certo un tendenziale sfavore» verso l'istituto. Nel senso che la soluzione legislativa sarebbe conforme alla scelta di un procedimento di rapida definizione, Trib. Genova 16 gennaio 2010, *Foro it.*, 2010, I, p. 1648.

Per l'applicazione al procedimento sommario ex art. 702 bis ss. cpc dell'art. 107, trattandosi di un processo speciale a cognizione tendenzialmente piena rispondente ad un modello di trattazione semplificato, al quale sono applicabili tutte le disposizioni dettate per il processo ordinario a cognizione piena compatibili con le disposizioni contenute negli articoli citati, Trib. Verona, 5 febbraio 2010, *Giur. merito*, 2010, p. 2166, con nota di P. Biavati.

46. Nella previsione dell'art. 696-bis si reputa che la valutazione giudiziale del *fumus boni iuris* debba riguardare anche la fondatezza *in iure* della futura domanda di merito proposta dal ricorrente: così G. Balena, *L'istruzione preventiva*, in G. Balena-M. Bove, *Le riforme più recenti del processo civile*, Cacucci, Bari, 2006, p. 374; per una valutazione del *fumus boni iuris* quantomeno in termini di «non manifesta infondatezza» della domanda di merito, A. Panzarola, in *Commentario alle riforme del processo civile* a cura di A. Briguglio e B. Capponi, Padova, 2007, I, *sub art.* 696 bis, pp. 294 ss. Nel senso della necessaria considerazione della non manifesta infondatezza della domanda, più di recente, v. C. Costabile, *L'irreclamabilità dei provvedimenti in tema di consulenza tecnica preventiva ex art. 696-bis cpc*, in *Giur. merito*, 2013, p. 1011. Si v. anche A. Mastantuono, *L'ambito di applicazione della consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 105, ove si rileva che il *fumus boni iuris* è «inteso come delibazione circa la futura utilità della prova assunta». In giurisprudenza, per la necessità di un preliminare «vaglio di fondatezza», v. Trib. Milano, 6 aprile 2017, in *Dejure*. Nel senso che il giudice non può disporre la consulenza ove appaia «verosimile che, in sede di merito, l'accertamento si rivelerà inutile, in quanto funzionale ad una domanda probabilmente infondata» v. Trib. Macerata, sez. lavoro, 12 novembre 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

47. Secondo Trib. Varese, 14 maggio 2010, *Foro it.*, 2010, voce *Merito extra*, n. 2010.373.3, la CtU preventiva non presuppone una «probabilità di conciliazione» atteso che l'elemento probabilistico è estraneo all'istituto. Nel senso che «mortificherebbe la *ratio* dell'istituto un'interpretazione [...] che ne limitasse l'ammissibilità ai soli casi in cui la volontà conciliativa delle parti emerga dalle, preventivamente, dichiarate intenzioni delle stesse», v. Trib. Foggia, 9 maggio 2016, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Allo stesso modo, si è escluso che possa rilevare ai

per effetto di una “ragione liquida”, è preferibile infatti – non foss’altro perché le parti potrebbero non acquietarsi e procedere con successive impugnazioni – permettere comunque la possibilità della composizione bonaria della lite tramite accertamento tecnico. Peraltro, siccome quel che impone la legge è l’assolvimento della condizione di procedibilità, e non della consulenza tecnica in funzione conciliativa, nei casi in cui davvero non vi siano ragioni per l’ammissione della consulenza, opererà la previsione della salvezza dell’alternativa del procedimento di mediazione del d.lgs 28/2010.

Quanto alla previsione del quinto comma dell’art. 696-bis («se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito»), a me pare che nell’art. 8 la consulenza tecnica debba essere praticamente sempre acquisita nel giudizio *ex art. 702-bis*, a meno che non ci siano profili di nullità che ne impongano la rinnovazione, e che là debba rivestire la medesima efficacia probatoria che avrebbe avuto se fosse stata disposta nel corso del processo ordinario. Questo perché, nonostante l’art. 698 cpc, cui il quinto comma dell’art. 696-bis pure si collega, stabilisca che l’assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro inammissibilità e rilevanza né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito, nella specie il fatto che il legislatore abbia voluto riaccordare la consulenza tecnica preventiva al procedimento sommario di cognizione perché una porzione di istruttoria è già stata anticipata, suggerisce di ritenere che l’acquisizione della CtU, richiesta dalle parti, debba essere pressoché automatica, a meno che non ricorrano ipotesi di nullità<sup>48</sup>.

## 8. Le parti del procedimento di consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite e del successivo giudizio

Si è già detto che, per superare i problemi di mancata partecipazione al tentativo di conciliazione, non risolti dalla previsione dell’art. 8 d.lgs n. 28/2010, il legislatore del 2017 ha previsto, nell’art. 8, che la partecipazione al procedimento di consulenza tecnica preventiva sia obbligatoria per tutte le parti, comprese le imprese di assicurazione di cui all’art. 10.

La previsione è una risposta agli atteggiamenti di pregiudiziale chiusura alla partecipazione al tentativo che si sono avuti in questi anni rispetto alla obbligatorietà prevista dal d.lgs. n. 28/2010: permangono dubbi di costituzionalità, che si possono peraltro superare mantenendo alla discrezionalità del giudice la valutazione in via residualissima della possibilità di una assenza alla mediazione, riservata ad ipotesi di *extrema ratio* che possano essere, allora, prese in considerazione nell’applicazione della condanna prevista all’ultimo comma, quantomeno per quanto attiene alla pena pecuniaria<sup>49</sup>.

Nella individuazione delle parti (da intendersi, del rapporto processuale) che debbono intervenire al procedimento di consulenza tecnica preventiva è necessario fare un passo indietro, a quando, in apertura, si sono ricordate le norme della l. 24/2017 che individuano le azioni proponibili.

Le legittimazioni all’azione che qui interessano si ricavano dagli artt. 7, 10 e 12, mentre non rileva l’art. 9 che prevede l’azione di rivalsa e di responsabilità amministrativa cui l’art. 8 non si applica.

fini dell’ammissibilità del procedimento *ex art. 696-bis* cpc «il fatto che il convenuto [...] dichiari espressamente che non intende addivenire ad una conciliazione della controversia»: v. Trib. Milano, 17 febbraio 2015, *ivi*. Nel senso che nell’art. 696-bis sia demandato al giudice il controllo dell’ammissibilità, rilevanza ed utilità della consulenza in relazione alla materia del contendere, per evitare di dare corso all’assunzione di prove che nel giudizio ordinario non vi sarebbe motivo di disporre ovvero che potrebbero essere disposte solo all’esito di un più completo e chiaro quadro istruttorio (mentre si esclude quello dell’utilità dell’anticipazione della consulenza agli esclusivi fini della conciliazione), Trib. Milano, 27 aprile 2009, *Giur. it.*, 2010, pp. 159 ss. È inoltre stato ritenuto inammissibile il ricorso *ex art. 696-bis* in presenza di questioni «non suscettibili di conciliazione» in ragione della loro complessità da Trib. Spoleto, 27 aprile 2015, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

48. Il che non impedisce l’eventualità di una integrazione della consulenza, quando ciò sia determinato dagli eventuali aggiustamenti (che non dovranno essere tali da svuotare di contenuto la condizione di procedibilità) apportati nel giudizio di merito alle domande e alle eccezioni.

49. Nella determinazione della pena pecuniaria a favore della parte che è comparsa, se è vero che l’uso dell’indicativo (“il giudice condanna”) è di solito inteso come sinonimo di “deve”, è anche vero però che nella stessa previsione di una determinazione equitativa si può recuperare la discrezionalità del giudice. La formulazione della norma, del resto, è diversa da quella che ha indotto la giurisprudenza a parlare di “atto dovuto” a proposito dell’art. 1 comma XVII l. 24 dicembre 2012 n. 228 (cd. legge di stabilità), il quale, come noto, ha introdotto, all’interno dell’art. 13 del DPR 30 maggio 2002 n. 115, il comma I-quater, stabilendo che «quando l’impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l’ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1-bis». Atto dovuto perché «l’obbligo del pagamento aggiuntivo non è collegato alla condanna alle spese, ma al fatto oggettivo - ed altrettanto oggettivamente insuscettibile di diversa valutazione - del rigetto integrale o della definizione in rito, negativa per l’impugnante, dell’impugnazione, muovendosi, nella sostanza, la previsione normativa nell’ottica di un parziale ristoro dei costi del vano funzionamento dell’apparato giudiziario o della vana erogazione delle, pur sempre limitate, risorse a sua disposizione» (Cass., 9 giugno 2014, n. 12936).

In base all'art. 7 potranno essere evocati in causa dal danneggiato tanto il sanitario quanto la struttura, unitamente o separatamente tra loro<sup>50</sup>, anche se l'ipotesi più ricorrente sarà la chiamata in giudizio della seconda, per il diverso regime della responsabilità. Le strutture coinvolte potranno essere più di una, per il coinvolgimento in fasi successive del decorso della malattia, così come più di uno potranno essere i sanitari, dato che il lavoro dei medici si svolge soprattutto in *équipe*.

La legittimazione all'azione diretta verso l'impresa di assicurazione, prevista dall'art. 12 e collegata all'obbligo di assicurazione contemplato all'art. 10, è al momento subordinata all'entrata in vigore del decreto ministeriale che determinerà i requisiti minimi delle polizze assicurative, ma in futuro anche l'assicuratore potrà essere tra i destinatari dell'azione del danneggiato. Mutuando la posizione assunta da dottrina e giurisprudenza con riferimento all'assicurazione obbligatoria in materia di circolazione dei veicoli, questi ha un diritto proprio nei confronti dell'impresa di assicurazione, autonomo rispetto al rapporto tra assicuratore e danneggiante, ma dipendente dal rapporto tra danneggiante e danneggiato<sup>51</sup>. Potrà aversi dunque, oltre all'azione diretta, anche

il cumulo dell'azione diretta verso l'assicuratore e quella ordinaria verso l'assicurato.

Entro i limiti del massimale, la responsabilità tra assicurato e assicuratore è solidale, e la solidarietà ad interesse unisoggettivo. Al danneggiato l'assicuratore non potrà opporre le eccezioni contrattuali nascenti dalla polizza<sup>52</sup>, ma soltanto l'assenza di responsabilità del preteso debitore. L'assicuratore avrà diritto di rivalsa verso l'assicurato nel rispetto dei requisiti minimi stabiliti con apposito decreto.

Se il danneggiato propone la domanda solo verso la struttura, sarà quest'ultima a poter chiamare in causa l'assicuratore, per evitare che questi, convenuto in un secondo processo, neghi la sussistenza del proprio obbligo indennitario, complici i limiti soggettivi del giudicato.

La presenza in causa della struttura sarà una costante, sia quando il danneggiato eserciti l'azione diretta nei confronti dell'assicurazione, perché ciò comporterà il determinarsi di un litisconsorzio necessario con l'assicurato (un litisconsorzio necessario del tutto peculiare, determinato da ragioni di opportunità<sup>53</sup>), sia in caso di cumulo dell'azione diretta verso l'assicuratore e quella ordinaria verso l'assicurato.

50. Si ha, tra struttura e sanitario, un litisconsorzio unitario, facoltativo quanto all'instaurazione, ma necessario quanto alla trattazione e alla decisione se le cause vengono proposte cumulativamente.

Nei processi litisconsortili aventi ad oggetto obbligazioni solidali, quale è quella in esame, opera, com'è noto, la regola dell'art. 1306 cod. civ.: si possono avere, al tempo stesso, accertamenti divergenti, rispetto ai vari contitolari del rapporto, in esito a processi separatamente proposti, oppure l'eventualità del processo simultaneo, con l'unione delle cause in un unico procedimento, che allora ha trattazione e istruttoria comuni, allo scopo di mettere capo a sentenze omogenee. In questa seconda ipotesi può aversi, a certe condizioni e con riferimento ai fatti comuni, la comunicazione delle allegazioni e delle prove, con effetti sull'intero processo cumulativo (sul tema è d'obbligo il riferimento a S. Menchini, *Il processo litisconsortile. Struttura e poteri delle parti*, Giuffrè, Milano, 1993, spec. pp. 286 ss., pp. 587 ss.). Nel rapporto tra struttura e sanitario, però, la comunicazione delle prove deve in ogni caso fare i conti con la diversa ripartizione dell'onere probatorio, che opera in un caso secondo la regola dell'art. 1218 e, nell'altro, dell'art. 2043 cod. civ. Ed occorre anche tener conto del fatto che non sempre l'accertamento della responsabilità della struttura presuppone quello della responsabilità del sanitario, dato che il fascio di obblighi nascenti dal contratto di ospedalità è più ampio rispetto all'obbligo di cura (si ha perciò una responsabilità diretta contrattuale della struttura per fatto proprio), sicché solo in certi casi si può parlare di un responsabile «di riflesso» e di un responsabile principale (nel qual caso alla connessione per solidarietà si accompagna un rapporto di subordinazione logica o di pregiudizialità tra cause).

In ogni caso la differenza di posizioni non influenzerà la consulenza tecnica, i cui quesiti saranno formulati sempre nello stesso modo, non incidendo sulle indagini del consulente la circostanza che la responsabilità abbia natura contrattuale o extracontrattuale. Spetterà infatti al giudice ricavare dagli esiti peritali la conclusione della sussistenza o meno dell'obbligo risarcitorio in base alle regole di ripartizione dell'onere della prova (peraltro la prova del nesso di causa grava sempre sul danneggiato).

51. Nella giurisprudenza di legittimità, sin dagli anni ottanta (Cass. sez. un. nn. 5218 e 5219 del 1983), è infatti costante l'affermazione che la l. n. 990 del 1969, prevedendo l'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore, e limitando, all'art. 18, le eccezioni che questi gli può opporre, ha creato, accanto al rapporto col danneggiato, sorto dal fatto illecito, e quello, di origine contrattuale, con l'assicuratore, un terzo rapporto che, «*sul presupposto del primo e in attuazione del secondo*», obbliga *ex lege* l'assicuratore verso il soggetto lesa: sicché questi, quando agisce in giudizio, non chiede che l'assicuratore sia condannato ad adempiere in suo favore l'obbligo contrattualmente assunto nei confronti dell'assicurato, ma fa valere un diritto suo proprio. In argomento v., *amplius*, M. Rossetti, *L'assicurazione obbligatoria della Rca*, Utet, Torino, 2010, pp. 182 ss.

52. Diverse da quelle stabilite dal decreto di cui all'art. 10, commi 2 e 6.

53. E più precisamente dall'opportunità, valutata dal legislatore, che parte necessaria del giudizio avente ad oggetto il rapporto tra i due soggetti, danneggiato e assicuratore, sia anche il responsabile del danno, in quanto titolare di un rapporto giuridico diverso da quello dedotto, ma ad esso strettamente connesso. Come afferma la giurisprudenza, la *ratio* del litisconsorzio necessario tra il danneggiato, l'assicuratore e il responsabile del danno è quella di assicurare che sulla responsabilità del danneggiante si statuisca in un unico contesto e in modo uniforme. Sulle conseguenze di questo principio, v. Cass. civ., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10311, in Foro it., 2007, I, 1259, con nota di A. Reali e F. Cipriani.

Se questo è l'assetto delle azioni, con lo sguardo al possibile atteggiarsi del giudizio di merito l'attore dovrà costruire nello stesso modo il procedimento *ex art. 696-bis cpc*. La struttura soggettiva del procedimento, inoltre, deve potersi comporre anche in base all'eventualità di interventi e chiamate.

Immaginiamo che, convenuta in giudizio la struttura, questa, che nel giudizio di merito avrebbe chiamato in manleva la compagnia, reputi necessario farla entrare anche nel procedimento di istruzione preventiva per poterle opporre l'esito della Ctu. Oppure che sia la compagnia a voler intervenire per prendere parte, coi propri consulenti, all'*iter* peritale. O, ancora, che la struttura voglia chiamare nel giudizio di merito l'esercente la professione sanitaria perché la pronuncia faccia stato nei suoi confronti<sup>54</sup>. E non dimentichiamo che l'art. 13 prevede l'obbligo delle strutture e delle imprese assicurative di comunicare al sanitario l'instaurazione del giudizio promosso nei loro confronti e l'avvio di trattative stragiudiziali, con l'invito a prendervi parte, a pena di inammissibilità delle azioni di rivalsa o di responsabilità amministrativa.

Insomma, potrà accadere per più di una ragione che il procedimento dell'art. 696-*bis* debba arricchirsi, dal punto di vista soggettivo, e divenire un processo multiparti.

L'arricchimento soggettivo (e oggettivo) può sorgere anche come conseguenza dell'attribuzione, alla consulenza tecnica preventiva, della funzione di condizione di procedibilità, perché l'allargamento dell'oggetto del giudizio di merito che le chiamate e gli interventi determinano pone il problema dell'assolvimento dell'onere di espletamento del tentativo di conciliazione rispetto all'ampliamento del *thema decidendum* realizzato in corso di causa. Come si ricorderà, la questione si era posta con riferimento al tentativo di conciliazione nella materia agraria e del lavoro, sia avuto riguardo al caso della domanda riconvenzionale del convenuto, sia avuto riguardo agli

interventi coatti o volontari di natura innovativa, e aveva ricevuto, in dottrina e giurisprudenza, risposte divergenti<sup>55</sup>.

Al cumulo nel procedimento *ex art. 696-bis cpc* osta una disciplina scarna che non prevede esplicitamente né chiamate né interventi.

Chiamate e interventi che tuttavia la giurisprudenza e la dottrina ammettono<sup>56</sup>, sul presupposto che le norme del codice che quegli istituti regolano sono contenuti nelle disposizioni generali del codice di rito e possono essere applicate, con gli opportuni adattamenti (uno per tutti, quello conseguente al fatto che si tratta di istituti chiamati a regolare fenomeni di connessione e di conseguente efficacia della pronuncia resa in esito al processo), anche ad un procedimento particolare, quale è quello della consulenza tecnica preventiva in funzione di conciliazione della lite<sup>57</sup>.

Nelle controversie che vedono, in potenza, il coinvolgimento dell'assicurazione, la giurisprudenza ne ipotizza anche la chiamata *iussu iudicis*, per la connessione tra il rapporto risarcitorio e il rapporto assicurativo che comporta una comunanza di cause nel giudizio di risarcimento danni promosso dal danneggiato nei confronti del danneggiante-assicurato. La chiamata per ordine del giudice dell'assicuratore ha l'effetto di consentire un'eventuale estensione nei suoi confronti della domanda attrice, nonché di permettere al convenuto di trasferire a carico di questi le conseguenze della soccombenza verso il danneggiato<sup>58</sup>.

L'ammissibilità dell'intervento coatto per ordine del giudice in un caso come questo non è tuttavia pacifica. Se è vero che non si ha propriamente un allargamento dell'oggetto del giudizio, data la stretta connessione per l'oggetto e (talora almeno) per il titolo propria delle obbligazioni solidali, ci si può chiedere tuttavia per quale motivo, se l'attore cita solo un condebitore mostrando così di voler "selezionare" tra i coobbligati quello contro il quale fare cau-

54. Ai sensi dell'art. 9, comma 3 e 4, la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro la struttura sanitaria o sociosanitaria o contro l'impresa di assicurazione non fa stato nel giudizio di rivalsa se l'esercente la professione sanitaria non è stato parte del giudizio. In nessun caso la transazione è opponibile all'esercente la professione sanitaria nel giudizio di rivalsa.

55. In argomento v. F. P. Luiso, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, Riv. dir. lav., 1999, p. 387; G. Trisorio Liuzzi, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, Riv. dir. proc., 2001, p. 991. Nel senso che «l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione prescritto dall'art. 410 cpc non deve precedere la domanda che, pur inerente a uno dei rapporti indicati nell'art. 409 cpc, sia proposta non in via principale bensì come riconvenzionale o mediante chiamata di terzo in causa», Trib. Taranto, 18 aprile 2002, *Giur. it.*, 2003, p. 78, con nota di N. Rascio; per la tesi opposta, secondo cui il tentativo obbligatorio di conciliazione deve essere esperito anche nei confronti del terzo chiamato in causa ai sensi dell'art. 410 seg. cpc, Trib. Velletri, 7 marzo 2000, *Mass. giur. lav.*, 2000, p. 785.

56. C. Besso, *Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite*, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2007, p. 1331. In giurisprudenza, Trib. Busto Arsizio, 25 maggio 2010, *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2322.

57. Trib. Marsala, ord. 7 dicembre 2017, est. Ruvolo, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

58. Così Cass. civ., sez. III, 22 febbraio 2008, n. 4593, in *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Assicurazione (contratto)*, n. 170.

sa, debba essere il giudice ad intervenire onerando le parti del giudizio della chiamata in causa dell'altro condebitore. Se così è, il giudice non dovrebbe cambiare la composizione soggettiva del processo esercitando il potere di cui all'art. 107 cpc.

L'interrogativo relativo alla causa di merito si ripropone anche quanto alla chiamata *ex art. 107 cpc* nel procedimento *ex art. 8 l. 24/2017*: il legislatore prevede espressamente la presenza dell'assicuratore per consentire che il procedimento abbia un esito "utile", sia quanto alla possibilità stessa dell'accordo (visto che l'assicurazione garantisce e rafforza la tutela della vittima dell'evento avverso), sia quanto

alla opponibilità delle risultanze peritali, ma rimette al danneggiato la scelta del soggetto da convenire. Se si ritiene che nel giudizio di merito sia possibile la chiamata per ordine del giudice, l'intervento coatto della compagnia potrà essere ordinato anche nel procedimento che precede quel giudizio: anche se a mio avviso – per quanto, guardando al giudizio di merito, la compressione del principio della domanda sia minima dal momento che la chiamata incide solo sulla qualità degli effetti della pronuncia nei confronti del terzo - è preferibile ritenere che non si abbia un allargamento soggettivo del giudizio oltre quanto voluto dall'attore<sup>59</sup>.

---

59. Diversamente, per esigenze di economia processuale, ma sul presupposto che, non essendo ancora consentita l'azione diretta fino all'emanazione del decreto ministeriale, l'attore non abbia questa facoltà di scelta e per permettere «*la presenza della tasca solvibile della Compagnia*», Trib. Marsala, ord. 7 dicembre 2017, cit.

## Cronache di un anno in Consiglio di sicurezza: tra tutela dei diritti difesa della pace

di Luigi Marini \*

L'esperienza maturata dall'Italia in Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite nel corso del 2017 ha confermato tanto l'importanza e la complessità del ruolo che tale organo ricopre nel contesto internazionale quanto i limiti di una impostazione nata nel primo dopoguerra e non più in linea con l'evoluzione che quel medesimo contesto ha conosciuto.

L'Italia ha contribuito ai lavori del Consiglio presiedendo Comitati molto delicati e portando all'attenzione dei quindici temi di grande rilievo. La tutela dei diritti umani e l'applicazione dei principi della *Rule of Law* hanno rappresentato un orizzonte costante di riferimento. Allo stesso modo, grande importanza è stata attribuita alle conseguenze operative delle scelte che il Consiglio era chiamato a compiere.

Con il 31 dicembre 2017 si è conclusa la presenza italiana in Consiglio di sicurezza.

La presenza in CdS rappresenta per ogni Paese un obiettivo di grande importanza e viene preceduta da un'intensa attività diplomatica che impegna molti anni in vista delle elezioni con le quali l'Assemblea generale sceglie i membri non permanenti secondo una rotazione per aree geografiche.

Sintetizzare in poche pagine un intero anno di attività in Consiglio di sicurezza è impresa impossibile. Comincerò dunque col richiamare il contesto e le premesse di quell'attività, che ho cercato di delineare negli interventi precedenti su questa *Rivista*. Proseguirò con alcune considerazioni di ordine generale direttamente legate alle vicende del 2017 e ai fattori che hanno condizionato l'opera del Consiglio. Passerò, infine, a un esame dei contenuti essenziali del lavoro che l'Italia ha fatto e chiuderò con brevi commenti che diano il senso di una proiezione futura.

**1.** Come ricorderete, in occasione delle elezioni del giugno 2016 il termine di permanenza di due anni

fu, con decisione innovativa, diviso in due parti fra Italia e Olanda: il 2017 all'Italia e il 2018 all'Olanda, che oggi siede in Consiglio. Tale decisione incluse un patto di cooperazione fra i due Paesi, con la definizione di alcune linee guida comuni, riunioni periodiche di coordinamento, scambio di informazioni e documentazione. Una realtà dettata da situazione contingente che entrambi i Paesi hanno, ciò nonostante, saputo capitalizzare e che ha mandato all'esterno un segno di effettività delle istituzioni europee.

La concentrazione in un solo anno di un programma di lavoro normalmente biennale ha imposto all'Italia e alla sua Rappresentanza a New York di moltiplicare i propri sforzi e di selezionare attentamente le priorità.

**2.** Con riferimento alla struttura e al funzionamento del Consiglio di sicurezza mi limiterò a poche considerazioni generali. Una situazione di squilibrio interno, con rilevanti ricadute su più livelli, è causata in seno al Consiglio dalla presenza di 5 membri permanenti, dotati di diritto di veto, e di 10 membri non

\*. Magistrato, esperto legale alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni unite, New York. Le opinioni contenute nel presente intervento sono espresse a titolo personale e non impegnano l'Amministrazione di appartenenza.

permanenti che, sulla base di termini biennali non coincidenti, si succedono con modificazioni annuali. Tale squilibrio tocca molteplici aspetti del lavoro del Consiglio. In primo luogo i membri permanenti possiedono una forza politica maggiore nei confronti delle altre istituzioni Onu; ad esempio, il Segretario generale e le sue strutture hanno con i cinque una interlocuzione privilegiata riguardo a tutte le scelte “sensibili”, dalle nomine per le posizioni importanti all’adozione di documenti strategici. Inoltre, a cascata, ciascuno dei cinque costituisce punto di riferimento per una serie di Paesi che compongono le rispettive sfere di influenza e che tendono ad allinearsi alle politiche adottate dai primi. A questo si accompagna una prassi di consultazioni ristrette fra i cinque; qualora tali consultazioni conducano a un accordo su singole decisioni, tale accordo diviene di fatto il punto di riferimento per gli altri dieci membri che, avendo in genere posizioni tra loro non coincidenti, sono divisi e dotati di una forza contrattuale decisamente minore. Di non secondario rilievo, poi, è la circostanza che i cinque possiedono una maggiore conoscenza dei processi e dei precedenti e un complessivo *know how* che rafforza la posizione di primazia politica.

Lo squilibrio di cui ho parlato rappresenta un limite all’azione “democratica” di un Consiglio, che per sua natura ha caratteristiche elitarie e risponde alla logica di rapidità ed efficacia di decisione. Le Nazioni unite stanno discutendo da anni di una “riforma” del Consiglio che possa, salvaguardando le esigenze di operatività, accrescerne la rappresentatività e rendere le sue decisioni più partecipate e più “legittimate” rispetto ai Paesi esterni ad esso. In tale contesto la Francia ha avanzato, senza grandi speranze di successo, una proposta di eliminazione del diritto di veto almeno per tutti i casi in cui il Consiglio si trovi davanti a situazioni che includono crimini di guerra e crimini contro l’umanità.

Non è questa la sede per affrontare il tema, complessissimo, della riforma del CdS, anche perché quel tema si collega inevitabilmente alla revisione dei metodi di lavoro dell’Assemblea generale e richiede una concertazione difficile da raggiungere (a partire dalla frammentazione esistente fra i 54 Paesi africani).

**3.** Prima di passare oltre è bene ricordare che il 2017 è stato segnato da tre novità diverse fra loro ma ugualmente importanti. Sul piano interno delle Nazioni unite, registriamo l’avvio del lavoro del nuovo Segretario generale e la costituzione e l’inizio di attività dell’Ufficio anti-terrorismo guidato dall’*under secretary general* Voronkov; sul piano politico esterno, assume un rilievo particolare il cambio di Amministrazione statunitense, con il conseguente arrivo di una nuova Ambasciatrice e il cambiamento di parte

consistente dello *staff* della Rappresentanza. In realtà, il cambio di Amministrazione ha comportato assai più della semplice sostituzione dei vertici e del personale che operano a New York: la partecipazione statunitense ai lavori Onu ha sofferto un lungo periodo di stasi e di incertezze, non ancora del tutto superato.

**4.** Se questa è la situazione, va detto che l’Italia e l’Olanda hanno concordato di muoversi secondo linee che mirano a ridurre le difficoltà dei membri non permanenti. In primo luogo favorendo occasioni di dibattito informale sia a livello ambasciatori sia a livello esperti; in secondo luogo cercando un dialogo strategico con gli altri tre membri europei. Merita segnalare che la ristrettezza del numero dei Paesi operanti in Consiglio e la continuità del lavoro su un numero tutto sommato contenuto di temi danno origine a una situazione in cui l’azione degli esperti assume, nei fatti, un rilievo particolare. Se restano alle capitali i compiti di definizione delle grandi linee di lavoro e delle direttive rispetto alle risoluzioni da adottare, sono poi le singole rappresentanze nazionali a creare la rete di relazioni, sviluppare il dialogo e cogliere le opportunità concrete di azione. Ciò diventa ancora più significativo col crescere della natura tecnica dei settori di intervento del Consiglio e dei temi di volta in volta affrontati. Ad esempio, nei casi di risoluzioni che riguardano il conflitto siriano o le vicende israelo-palestinesi sono le capitali a prendere le decisioni, ivi compreso l’eventuale ricorso al diritto di veto, mentre alle rappresentanze spetta il compito di adottare le soluzioni più opportune per dare esecuzione alle relative istruzioni. Assai diversa è la situazione quando si affrontano temi come il traffico di persone, la risposta ai *foreign terrorist fighters* o la disciplina dei beni culturali. In questi e altri settori, infatti, le rappresentanze rivestono un ruolo centrale nella individuazione dei temi su cui investire, nella preparazione del dibattito e nella gestione dei tempi e dei contenuti effettivi delle negoziazioni.

**5.** È giunto il momento di passare all’esame degli aspetti di contenuto dell’azione che l’Italia ha sviluppato in Consiglio di sicurezza.

Di particolare rilievo sono state le presidenze del Comitato sanzioni sulla Corea del Nord e del meccanismo di facilitazione per l’accordo sul nucleare iraniano. Come è facile intuire, in entrambi i settori l’impegno è stato massimo. I ripetuti lanci balistici effettuati dalla Corea del Nord nel corso dei dodici mesi e il crescendo di conflittualità politica che li hanno accompagnati hanno richiesto una continua azione diplomatica per tenere aperti i canali di comunicazione fra i membri del Consiglio che, come è noto, presenta-

no politiche profondamente diverse, e per mantenere l'unità di azione del Consiglio a fronte di una minaccia per la pace e la sicurezza particolarmente elevata. Altrettanto complessa, continua e delicata l'azione messa in campo sul versante iraniano a tutela del regime internazionale di non proliferazione. In entrambi i casi, si sono rivelate di importanza decisiva la cooperazione tra gli uffici romani del Ministero e la sede di New York, nonché le iniziative che la nostra capitale ha intrapreso con i Paesi più direttamente interessati, inclusi quelli che non sono parte del Consiglio.

Parlando di cooperazione fra New York e Roma e di azione diplomatica ad ampio raggio, viene naturale ricordare quanto si è fatto in due aree particolarmente delicate in se` ed enormemente sensibili per il nostro Paese: il Medio Oriente e le aree africane più direttamente in contatto con l'Italia.

Il primo teatro che viene in mente è senz'altro la Libia, un Paese con cui abbiamo legami risalenti e di particolare solidità. La Libia è considerata a livello internazionale una realtà "italiana", nella quale abbiamo una presenza significativa e sulla quale vantiamo una conoscenza maggiore rispetto agli altri. Il fatto che le strutture Onu e gli altri Paesi facciano riferimento a noi quando si tratta di iniziative che riguardano la Libia è, dunque naturale, e costituisce un elemento di grande responsabilità. Nel lavoro in Consiglio e attorno al Consiglio abbiamo fatto fronte a tale responsabilità con un forte investimento sulla presenza dell'Onu nelle realtà libiche ove questo fosse possibile, incoraggiando e sostenendo la presenza di Unsmil e della agenzie Onu, soprattutto Unhcr e Oim. Tale presenza ha rivestito progressivamente rilievo per le condizioni dei migranti e il complessivo fenomeno dei flussi di persone che giungono in Libia da aree diverse e che in Libia si trovano ad affrontare di nuovo situazioni drammatiche a tutti ormai note. A tale azione si è affiancato lo sforzo per favorire ogni spazio di mediazione dell'Onu tra i protagonisti dei conflitti locali e ogni iniziativa dell'Inviato speciale, Salamè. Il risultato principale di questa nostra azione è consistito nell'affermarsi tra i quindici membri consiliari del principio di "*reductio ad unum*" delle iniziative intraprese dall'Onu in forme diverse.

Non è inutile ricordare, infine il contributo fornito al gruppo di lavoro appositamente costituito per raccogliere informazioni e analisi sulle vicende libiche e la circostanza che un militare italiano fu designato al vertice della forza incaricata di sostenere l'opera dell'inviato speciale e di gestire il primo anno dei preparativi di una possibile missione Onu.

Partendo da questa base l'Italia ha potuto dedicare alla Libia e al Mediterraneo due importanti dibattiti nel corso del mese di presidenza italiana (novembre); in entrambi i casi l'attenzione principale è

stata dedicata al traffico di persone e alla situazione dei migranti. I due dibattiti hanno seguito di poco quello dedicato al tema dei rifugiati organizzato da noi il 2 novembre con la partecipazione del Usg Grandi, che dirige l'apposita agenzia Onu e che ha potuto così rappresentare al Consiglio un quadro aggiornato delle principali aree di crisi, delle azioni intraprese e delle prioritarie necessità di supporto.

Altrettanto complessa e forse più drammatica, la vicenda siriana, in cui l'esercizio del potere di veto (o la minaccia del suo esercizio), da un lato, e le palesi interferenze esterne, dall'altro, aggravano una situazione che somma crisi politica, crisi militare e crisi umanitaria. L'Italia ha supportato in ogni forma gli sforzi dell'Inviato De Mistura e operato per rafforzare il coordinamento fra i Paesi europei e costruire alleanze in grado di consentire una qualche risposta almeno alle situazioni di maggiore impatto sulle popolazioni civili. Per altro verso, l'Italia ha sostenuto l'istituzione di un meccanismo di raccolta delle prove che dia concretezza al principio di *accountability* da tutti invocato verso gli autori dei reati più gravi.

Di lunga data l'impegno italiano in Iraq (sono del 2004 le prime missioni a tutela del patrimonio culturale iracheno), che si è sviluppato in tutti questi anni con sostegni economici e strutturali, con la partecipazione alla coalizione internazionale anti-Isis, con attività di formazione e di *capacity building*, con progetti specifici diretti e indiretti (leggasi Unesco) ancora dedicati alla difesa dei beni culturali. Tale impegno è rimasto una priorità anche nel contesto del Consiglio di sicurezza, in ciò includendo il sostegno al meccanismo internazionale che mira a raccogliere e conservare le prove dei crimini commessi dai gruppi terroristici, Isis in testa.

Permanendo la nostra partecipazione alla missione in Libano e avviata una presenza attiva in Niger, va rilevato che l'Italia ha molto investito sulle politiche di supporto alle realtà africane maggiormente critiche. L'intero bacino del Sahel ha formato oggetto di notevoli sforzi, a partire dal sostegno all'istituzione della forza regionale nota come "G5 Sahel", che ha la finalità di operare in una prospettiva regionale e non di singolo Paese. È, quella dell'approccio a livello regionale, un'esigenza che oramai sta affermandosi nella consapevolezza e nelle scelte degli organismi Onu, Consiglio di sicurezza incluso. Si va, infatti, rivelando come dato inoppugnabile il fatto che nella maggioranza dei casi la crisi può avere l'epicentro in un singolo Paese, ma coinvolge in forme diverse l'intera area geografica e, a volte, interessa perfino aree più lontane. Ad esempio, il tradizionale impegno italiano in Somalia non può non tenere conto dei contrasti con l'Eritrea e dei collegamenti (politici, criminali, terroristici ...) che si sono instaurati tra il Corno d'Africa e la disastrosa situazione in Yemen.

Peculiare l'impegno dell'Italia nella crisi della Repubblica Centro Africana, rispetto alla quale abbiamo saputo portare l'evolversi della situazione di pericolo all'attenzione collettiva e, nello stesso tempo, abbiamo sostenuto in modo incisivo gli sforzi che la Comunità di Sant'Egidio sta effettuando per la pacificazione del Paese. L'audizione in Consiglio di sicurezza del rappresentante di Sant'Egidio che segue la crisi ha fornito al Consiglio un quadro importante di informazioni e di valutazioni, confermando il rilievo e l'efficacia di forme di diplomazia alternative che potrebbero essere meglio coordinate con quelle tradizionali.

**6.** Fatti questi esempi delle principali linee di azione che l'Italia si è data con riferimento alle aree di crisi affrontate dal Consiglio di sicurezza (e avrei potuto aggiungere commenti, tra l'altro, sul Sud Sudan o l'area palestinese), possiamo passare alle azioni intraprese su temi "trasversali". L'elenco sarebbe lungo e va dal traffico di esseri umani alle implicazioni di sicurezza del cambiamento climatico, dalla lotta all'impunità per le violazioni gravi dei diritti umani al contrasto ai traffici illeciti che assumono rilevanza per la pace e la sicurezza. Può essere interessante ricordare subito che una larga parte di questi temi è stata affrontata avendo presente la collocazione geografica e politica del nostro Paese, nel senso che l'Italia ha avuto sempre una particolare attenzione alle implicazioni che i singoli temi hanno sulle politiche e sulle realtà che riguardano il bacino mediterraneo.

La Rappresentanza italiana ha collocato la propria azione nel contesto di una ormai consolidata politica di sostegno agli interventi in aree territoriali a noi vicine o, comunque, direttamente incidenti sulle nostre politiche.

**7.** Va detto che questa nostra azione si muove lungo l'asse che collega la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali al contrasto ai fenomeni di illegalità che li mettono in pericolo. Il sostegno dato al rappresentante speciale Onu per la "Responsabilità di proteggere" le persone e le comunità dalle aggressioni più gravi (Simonovic) e quello dato alla *Special Rapporteur* sul traffico di persone, specialmente donne e minori (Giammarinaro) sono solo due dei numerosi esempi che potremmo fare a tale proposito.

Detto questo, le diverse istituzioni italiane hanno investito da molto tempo sul supporto agli organismi di polizia e giudiziari degli Stati del Nord Africa e di quelli immediatamente vicini. Il rafforzamento delle capacità di risposta in loco ai fenomeni criminali organizzati e transnazionali rappresenta una priorità per l'intera comunità internazionale. Le notorie competenze e la professionalità degli appositi organismi

italiani sono particolarmente apprezzate a livello internazionale; in particolare, il nostro apporto è particolarmente apprezzato nei settori del controllo dei confini e in quello doganale, delle attività di polizia giudiziaria e di *intelligence*, di investigazione, indagini penale e azione processuale.

**8.** L'azione della Rappresentanza italiana in Consiglio di sicurezza ha valorizzato questi elementi che caratterizzano la politica estera del nostro Paese e lo collocano al centro delle principali iniziative internazionali. Questo è avvenuto in tre forme:

la prima, all'interno degli organi ausiliari del Consiglio, in particolare il Cted, contribuendo ai dibattiti e alle analisi che vengono effettuati con continuità, nonché all'elaborazione di nuove iniziative. Particolarmente qualificante il contributo dato ai temi della risposta giurisdizionale ai fatti di terrorismo: il dibattito pubblico organizzato sul ruolo svolto in tema di assistenza internazionale ed estradizione dalle "autorità centrali" previste dalla risoluzione del Consiglio 2322/2016; il supporto al progetto Cted-iap sulla raccolta e utilizzazione delle "prove digitali"; il contributo al dibattito sulla raccolta e utilizzazione delle prove di cui vengono in possesso le autorità militari nei teatri di conflitto e, sotto un diverso ma connesso profilo, delle informazioni raccolte dai servizi di sicurezza.

La seconda, all'interno dei lavori del Consiglio. Come ho ricordato in precedenti interventi su questa *Rivista*, ai quali per necessità rinvio, la Rappresentanza italiana si è fatta promotrice di due importanti risoluzioni. La prima dedicata alla protezione del patrimonio culturale (2347/2017 del mese di marzo), la seconda dedicata al contrasto al traffico di esseri umani (2388/2017 del mese di novembre). In entrambi i casi il nostro intervento ha affiancato alla finalità di tutela dei diritti dei singoli e delle comunità (non dimentichiamo che il Comitato ginevrino per i diritti umani qualifica come vero e proprio diritto del singolo la libertà di godimento del patrimonio culturale), ha affiancato, dicevo, a tale finalità la necessità di interventi tempestivi che scongiurino o riducano l'impatto negativo che le condotte criminose organizzate hanno sulla pace e la sicurezza internazionali. Se le due risoluzioni rappresentano le iniziative più evidenti e più dirette del nostro impegno in questo settore, merita di essere ricordata la partecipazione ai lavori che hanno condotto ad altre importanti risoluzioni del Consiglio, come quella sul contrasto all'abuso dei mezzi di comunicazione da parte dei terroristi (lotta alla propaganda e ricerca di forme efficaci di "contro-narrativa") o quella dedicata ai fenomeni più recenti legati alle condotte dei *foreign terrorist fighters* (in particolare al loro ritorno ai Paesi di origine oppure alla loro dislocazione in altri Paesi). An-

che di questo ho già dato conto e mi preme adesso evidenziare come il nostro sforzo sia stato quello di bilanciare la tutela dei diritti umani con la necessità di dare una risposta efficace ai pericoli che derivano dall'azione dei gruppi terroristici. In questo sempre richiamando e valorizzando le potenzialità degli strumenti che si collocano all'interno della *Rule of Law* e che soli garantiscono risposte proporzionate e, insieme, efficaci nel medio-lungo periodo.

La terza forma riguarda l'impegno per mantenere livelli di garanzia adeguati all'interno del sistema di sanzioni che riguardano i gruppi terroristici. Anche in questo settore, infatti, si confrontano due culture profondamente diverse. La prima è portata dai Paesi secondo cui «i terroristi non meritano di avere diritti», la seconda dai Paesi che ritengono la tutela dei diritti fondamentali e l'applicazione dei principi della *Rule of Law* come cardini irrinunciabili del sistema politico, che debbono valere per tutti, comprese le persone e le entità ritenute «terroriste». Le due impostazioni si confrontano in ogni settore di attività del Consiglio di sicurezza e tale confronto è inevitabilmente molto netto quando si parla di sanzioni e si parla dell'organo di garanzia, l'Ombudsperson, chiamato a valutare le richieste di cancellazione dalle liste avanzate da singole persone o singole entità. Di questo ho parlato in precedenti interventi, ma merita oggi ricordare l'impegno che l'Italia ha profuso per sostenere le posizioni proprie della nostra civiltà giuridica e la loro applicazione in tutti i frangenti.

**9.** Un discorso a parte meriterebbe lo sforzo che la Rappresentanza ha compiuto e compie sistematicamente assieme a un gruppo consistente di Paesi per valorizzare gli strumenti di prevenzione dell'estremismo violento e del terrorismo. A fronte di spinte securitarie che provengono da ampi settori della comunità internazionale, sempre più concentrati sulle risposte militari e repressive, continuiamo a sostenere una politica che cerca di affrontare sia le cause di radicalizzazione, e collegate azioni violente, di molti giovani e di settori delle comunità locali, sia le difficili risposte verso coloro che hanno aderito ai gruppi violenti e terroristici. In questo il Segretario generale ha assunto un ruolo attivo e positivo, ma le difficoltà e i contrasti fra gli Stati membri sono rilevanti e si scaricano su tutte le iniziative che a diverso titolo coinvolgono questi temi.

**10.** Resterebbe ancora molto da dire di quanto è stato fatto nel corso del 2017, ma vorrei dedicare una specifica attenzione al tema delle missioni di pace e delle missioni speciali.

Ho ricordato poco sopra l'impegno diretto e importante che l'Italia dedica al Medio Oriente e all'A-

frica, in particolare ai Paesi che si affacciano sul Mediterraneo e al Sahel. Tale impegno si collega strettamente alle iniziative internazionali, in particolare quelle sotto l'egida Onu, e si coordina in modo efficace con l'azione che l'Unione europea adotta o sostiene a sua volta nelle medesime aree.

Forte dell'esperienza maturata nel corso della missione di pace in Libano, che è stata per anni diretta da rappresentanti del nostro Paese, e in altre missioni come quella irachena, l'Italia ha dedicato grande attenzione all'evoluzione che le missioni Onu stanno conoscendo in direzione del consolidamento delle strutture nazionali e della ricerca di una pace «sostenibile», collegata alle condizioni di sviluppo del singolo Paese all'interno del contesto regionale.

In questa prospettiva si è operato per predisporre gli strumenti che possono rendere le missioni più efficaci in contesti oramai «ibridi», dove le tradizionali forme di conflitto sono rese più complesse da fenomeni criminali organizzati e/o dall'azione di gruppi terroristici. L'obiettivo è quello di investire in migliore equipaggiamento, compreso quello tecnologicamente avanzato, e *training* dei *peacekeepers*, nella dotazione di adeguati servizi di *intelligence*, nella definizione di più stretta collaborazione con le autorità locali e con le organizzazioni regionali e sub-regionali, chiamate a maggiori responsabilità. È questo l'ambito in cui si colloca la risoluzione 2382/2017, che l'Italia ha facilitato con l'obiettivo di migliorare il contributo alle missioni che può venire dalle forze di polizia: maggiore chiarezza sui mandati; previsione di strategie di adattamento al mutare dei contesti; preparazione del personale delle missioni ad affrontare la dimensione transnazionale delle crisi e degli attori che vi operano; collegamento con gli attori che operano all'interno dei processi negoziali e di pacificazione (il pensiero va all'azione della Comunità di Sant'Egidio nella Repubblica Centro Africana e in Sud Sudan, così come alle iniziative della rete di «donne mediatrici» nell'area mediterranea, che abbiamo fortemente sostenuto assieme all'Unione europea).

Di grande rilievo, infine, i finanziamenti e le altre forme di contributo forniti al settore delle missioni Onu, che vedono l'Italia fra i primi contributori in assoluto.

**11.** Un discorso a parte merita la soluzione innovativa che la Rappresentanza ha fortemente voluto con riferimento all'Impatto ambientale che le missioni Onu possono avere. Su nostra iniziativa è stato, infatti, adottato un protocollo che impegna le missioni a includere la tutela ambientale fra i criteri di programmazione e operatività. Tale impegno si lega sia all'esigenza di migliorare in maniera decisa le relazioni fra le missioni Onu e le comunità locali sia all'esigenza

di agevolare i processi di normalizzazione e di pacificazione in un'ottica di medio e lungo periodo. Non è senza significato ricordare che il concetto di "tutela" dell'ambiente ricomprende anche l'attenzione verso i siti archeologici e culturali.

**12.** È il momento di qualche considerazione finale.

La possibilità di operare in Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite per quindici mesi (che includono i tre mesi iniziali di preparazione in qualità di "osservatore") ha rappresentato un'occasione unica per esplorare dall'interno le logiche e i metodi di lavoro di un organismo che riveste un ruolo cruciale nel determinare le politiche internazionali.

La circostanza che su un numero ristretto di temi l'esercizio del diritto di veto non permetta al Consiglio di sicurezza di assumere posizione (ricordo per tutti alcuni passaggi a vuoto del costante dibattito sulla Siria oppure sulla realtà israelo-palestinese) costituisce certo un fattore di criticità, o meglio di sostanziale impotenza. Tuttavia, questo non toglie che le numerose risoluzioni adottate, e tutto il lavoro che attorno ad esse si svolge, rappresentino un punto di riferimento essenziale per la gestione delle crisi locali e regionali, per il contrasto al terrorismo, per lo sviluppo di politiche di medio periodo. In questo assume indubbio rilievo la natura vincolante delle risoluzioni adottate nell'ambito del Capitolo VII della Carta delle Nazioni unite, così come vanno ricordate le ricadute che anche le restanti risoluzioni conoscono di fatto negli ordinamenti nazionali, nelle politiche regionali e nell'azione di tutte le istituzioni Onu.

Credo che quanto ho sintetizzato nelle pagine precedenti permetta di comprendere gli spazi che pure in un contesto tanto complesso e "sbilanciato" possono essere sfruttati dai singoli Stati per far valere le proprie priorità politiche e i valori che ad esse si collegano. In alcuni casi ciò avviene muovendosi sul terreno tipicamente politico del confronto diretto tra idee e obiettivi in cerca di una sintesi "alta". In altri, e forse sono i più numerosi, il confronto politico passa attraverso la mediazione tecnica.

Su quest'ultimo punto molto si potrebbe dire, ma una cosa è risultata evidente: la mediazione tecnica consente spesso di fare progressi che non sarebbero possibili mantenendo il confronto sul piano delle enunciazioni di principio. Limitandomi ad un esempio vicino alla nostra sensibilità di giuristi, va accettato il fatto che il concentrarsi sulle diverse concezioni di *Rule of Law* proprie degli Stati membri e, dunque, muovendosi sul piano delle implicazioni politiche che ne discendono, dà vita a un confronto che conduce quasi inevitabilmente a una situazione di stallo e lascia tutto come prima. Diverso l'esito nei casi in cui la

discussione si attesta sugli strumenti giuridici e sulle modalità di loro applicazione alle singole materie: nonostante temi come la cooperazione internazionale, la tutela delle vittime, la riabilitazione e il reinserimento di chi ha commesso delitti siano altamente sensibili e caratterizzati da visioni diverse, un confronto tecnico destinato a rispondere a bisogni avvertiti come comuni lascia spazi di mediazione e di progresso inizialmente non sperati.

Questo introduce un altro aspetto che deve essere tenuto presente: il fattore tempo. L'iniziale sconcerto che si prova rispetto ai tempi lunghi di risposta delle Nazioni unite si tramuta poco a poco nella accettazione di due elementi: a) le grandi distanze culturali e politiche esistenti fra gli Stati richiedono spesso un lasso di tempo importante che consenta dialogo informale, consultazioni ristrette e spazi di avvicinamento che si rivelano decisivi per giungere a un accordo; b) la trasformazione degli obiettivi politici in soluzioni tecniche suscettibili di concreta applicazione rappresenta un passaggio molte volte decisivo e richiede visione lunga, costanza e coordinamento. I risultati vanno costruiti per singoli passi, sfruttando ogni possibile occasione e creandone di apposite, facendo crescere negli altri la consapevolezza del problema che si intende affrontare e l'accettazione delle soluzioni proposte. Le diplomazie forti sono quelle che hanno obiettivi chiari, coordinamento interno, capacità di costruire alleanze e, insieme, di evitare che vengano innalzati muri non sormontabili. Posizioni declamatorie possono tacitare le coscienze e apparire ben spendibili presso l'opinione pubblica, ma spesso finiscono per ostacolare il raggiungimento degli obiettivi possibili: comprendere quando si può forzare la mano, quando è il momento di tenere fermo un principio fondamentale e quando è opportuno muoversi su un terreno più contenuto fa parte dell'arte di costruire politiche efficaci nel contesto internazionale.

In questa prospettiva diventano essenziali gli strumenti di lavoro destinati a durare nel tempo: progetti nazionali oppure condivisi tra più Paesi, programmi adeguatamente finanziati, "gruppi" di lavoro che coinvolgono gli Stati con medesime sensibilità rispetto al singolo tema. L'esperienza fatta in Consiglio ha rafforzato la consapevolezza di quanto sia decisivo preparare il terreno in favore degli strumenti giuridici che si vogliono adottare e quanto sia, poi, decisivo dare corso alle soluzioni adottate.

È, quest'ultimo, un aspetto critico del lavoro svolto in una sede complessa come quella newyorkese, in cui si confrontano 193 Paesi: sfruttare le capacità esistenti e individuare le azioni migliori per rendere operativi gli strumenti su cui si è raggiunto un accordo. In questo, la cultura e la preparazione degli esperti possono offrire un contributo deciso al lavoro diplomatico.

## Gli autori

- Marco Bignami**, assistente di studio presso la Corte costituzionale
- Edmondo Bruti Liberati**, già procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano
- Massimo Franzoni**, ordinario di diritto civile, Università di Bologna
- Mariarosaria Guglielmi**, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma, segretaria generale di Magistratura democratica
- Antonio Iannarelli**, ordinario di diritto agrario, Università di Bari
- Eduardo Maia Costa**, giudice della Corte suprema di Portogallo
- Luigi Marini**, magistrato, esperto legale alla Rappresentanza permanente d'Italia presso le Nazioni unite, New York
- Giuseppe Marseglia**, giudice del Tribunale di Bari
- Giancarlo Montedoro**, consigliere di Stato, consigliere del Presidente della Repubblica per gli Affari giuridici e relazioni costituzionali
- Ilenia Pagni**, ordinario di diritto processuale civile, Università di Firenze
- Alessandro Palmieri**, associato di diritto privato comparato, Università di Siena
- Stefano Pesci**, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Roma
- Francesco Petrelli**, avvocato, segretario generale Unione camere penali italiane
- Giulio Ponzanelli**, ordinario di istituzioni di diritto privato, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
- Fabio Regolo**, sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania
- Vincenzo Roppo**, ordinario di diritto civile, Università di Genova
- Renato Rordorf**, già presidente aggiunto della Corte di cassazione, direttore di *Questione Giustizia*
- Marco Rossetti**, consigliere della Corte di cassazione
- Raffaele Sabato**, consigliere della Corte di cassazione
- Enrico Scoditti**, consigliere della Corte di cassazione
- Claudio Scognamiglio**, ordinario di istituzioni di diritto privato, Università di Roma, Tor Vergata
- Carmelo Sgroi**, sostituto procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione
- Roberto Simone**, presidente di sezione del Tribunale di Venezia
- Giacomo Travaglino**, consigliere della Corte di cassazione
- Chiara Valori**, giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Milano