

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente



03 2024

Direttore

Giovanni MAMMONE, *Presidente emerito della Corte di cassazione*

Comitato di direzione

Alberto BARBAZZA, *Magistrato addetto all'ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Cecilia BERNARDO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Manuel BIANCHI, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Paolo BRUNO, *esperto nazionale distaccato presso la Direzione giustizia della Commissione europea*

Alessandro CENTONZE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Marina CIRESE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Vittorio CORASANITI, *Magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*

Luca D'ADDARIO, *Magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*

Antonio D'AMATO, *Procuratore della Repubblica di Messina*

Alessandro D'ANDREA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Cosimo D'ARRIGO, *componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici*

Lorenzo DELLI PRISCOLI, *assistente di studio presso la Corte costituzionale*

Paola D'OVIDIO, *componente del Consiglio superiore della magistratura*

Gianluca GRASSO, *Consigliere della Corte di cassazione*

Stefano GUIZZI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ferdinando LIGNOLA, *sostituto Procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Nicola MAZZAMUTO, *Presidente del Tribunale di sorveglianza di Palermo*

Enrico MENGONI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Loredana MICCICHÉ, *Consigliere della Corte di cassazione*

Corrado MISTRI, *Procuratore generale presso la Corte di appello di Trento*

Antonio MONDINI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Cesare PARODI, *Procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Giuseppe PAVICH, *già Consigliere della Corte di cassazione*

Francesca PICARDI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Paolo PORRECA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Guido ROMANO, *Magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*

Alessio SCARCELLA, *Consigliere della Corte di cassazione*

Ugo SCAVUZZO, *Presidente di sezione del Tribunale di Patti*

Paolo SPAZIANI, *Consigliere della Corte di cassazione*

Giselda STELLA, *Magistrata addetta all'Ufficio legislativo del Ministero della giustizia*

Luca VARRONE, *Consigliere della Corte di cassazione*

Andrea VENEGONI, *componente della Procura europea - EPPO*

Il diritto vivente

Rivista quadrimestrale di Magistratura Indipendente

Pubblicazione online editata dalla Associazione Magistratura Indipendente

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *Paesaggio con ciminiera di una fabbrica*

Sommario

Gli autori.....	4
● Il primo presidente della corte di cassazione unificata: Mariano D'Amelio e i lunghi anni della sua presidenza di Alessandro CENTONZE e Gianluigi PRATOLA.....	5
● Lo statuto della dirigenza e le nuove ipotesi di responsabilità disciplinare alla luce dell'art. 107 terzo comma della Costituzione di Paolo CORDER.....	16
● L'ordine giuridico nel pensiero conservatore di Francesco PERRONE.....	32
● Note sparse sul contenuto dell'onere di allegazione nella domanda di risarcimento del danno per responsabilità contrattuale ed extracontrattuale* di Paolo SPAZIANI.....	36

Legenda

- Civile ● Ordinamento Giudiziario

Gli autori

Alessandro CENTONZE, *Consigliere della Corte di Cassazione*

Paolo CORDER, *Presidente del Tribunale di Udine*

Francesco PERRONE, *Giudice del Tribunale di Padova*

Gianluigi PRATOLA, *Sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*

Paolo SPAZIANI, *Consigliere della Corte di cassazione*

IL PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE UNIFICATA: MARIANO D'AMELIO E I LUNGI ANNI DELLA SUA PRESIDENZA

di Alessandro CENTONZE, Consigliere della Corte di cassazione
e di Gianluigi PRATOLA, sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione

Sommario

1. Premessa: la figura di Mariano D'Amelio come espressione epigonale della cultura giuridica tardo-liberale italiana
2. Il percorso professionale svolto da Mariano D'Amelio prima della sua nomina a Primo Presidente della Corte di cassazione
3. La nomina di Mariano D'Amelio a Primo Presidente della Corte di cassazione e il contributo fornito all'omogeneizzazione della cultura giurisdizionale italiana nel solco della tradizione giuridica tardo-liberale
4. Il lascito della Prima Presidenza di Mariano D'Amelio a cento anni dall'unificazione della Corte di cassazione: la funzione nomofilattica e la dialettica processuale tra giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità

1. PREMESSA: LA FIGURA DI MARIANO D'AMELIO COME ESPRESSIONE EPIGONALE DELLA CULTURA GIURIDICA TARDO-LIBERALE ITALIANA

Ci siamo chiesti diverse volte, dopo la celebrazione del convegno sul centenario della Corte di cassazione unificata, svoltosi a Roma il 28 novembre 2023¹, alla presenza delle più alte cariche dello Stato, se fosse opportuno scrivere un intervento sul ruolo di Primo Presidente svolto da Mariano D'Amelio negli anni immediatamente successivi all'unificazione, avvenuta, com'è noto, nel 1923, in conseguenza dell'emanazione del r.d. 24 marzo 1923, n. 601.

Ce lo siamo chiesti, innanzitutto, perché questa figura così importante per il panorama giudiziario della prima metà del ventesimo secolo è sempre rimasta sullo sfondo del dibattito scientifico; e tale è rimasta anche nel corso del convegno sul centenario della Corte di cassazione unificata che si è richiamato, quasi che una sorta

[1] Ci si riferisce, in particolare, all'incontro di studi "I cento anni della Corte di cassazione unica", organizzato dalla Struttura della Formazione decentrata della Corte di cassazione, della quale gli scriventi, all'epoca del seminario, facevano parte, a Roma, il 28 novembre 2023.

di *damnatio memoriae* la avvolgesse, più o meno, misteriosamente.

Ce lo siamo chiesti, inoltre, perché un'operazione di questo genere si presentava oggettivamente impegnativa, atteso che Mariano D'Amelio negli anni in cui fu Primo Presidente della Corte di cassazione, nel lungo arco temporale compreso tra il 1923 e il 1941, rappresentò tanti aspetti della magistratura italiana, spesso difficilmente decifrabili e non facilmente riscontrabili in altre figure del panorama giuridico italiano dell'epoca, che si innestano nella tradizione culturale tardo-liberale del nostro Paese, pur ricca di grandi Maestri del diritto². La sovrapposizione cronologica della sua Prima Presidenza con il ventennio fascista, tra l'altro, rende ancora più problematica ogni analisi dell'apporto fornito da Mariano D'Amelio all'omogeneizzazione della cultura giurisdizionale del nostro Paese, facendoci, quantomeno in parte, comprendere le ragioni del lungo silenzio scientifico su questa imponente figura, che è sostanzialmente sconosciuta alle giovani leve della magistratura italiana.

Una tale disamina, in ogni caso, in assenza di opportune quanto doverose cautele metodologiche, corre il rischio di sconfinare nel territorio della ricostruzione storica più che dell'analisi giurisdizionale – inserendosi in un ambito estraneo ai nostri obiettivi – e la riprova di quanto si sta affermando ci proviene dal numero di interventi, relativamente limitato, su D'Amelio, che testimonia la difficoltà di confrontarsi, soprattutto dall'interno della giurisdizione italiana, con questa figura³. Abbiamo, però, deciso di confrontarci con questa impegnativa sfida, scegliendo, per quanto possibile, di utilizzare toni neutrali e asettici, evitando ogni valutazione sui profili non strettamente giurisdizionali o comunque istituzionali della lunga Prima Presidenza di

[2] Sulla tradizione giuridica tardo-liberale italiana, che si innesta sulla crisi dello Stato liberale post-unitario, che, a sua volta, apre le porte all'avvento del ventennio fascismo, ci si permette di rinviare, senza alcuna di esautività, ai seguenti studi: AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale*, a cura di P.L. Ballini, IVSLA, Venezia, 2005; AA.VV., *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia tra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Liguori, Napoli, 1990; G. ALBANESE, *La crisi dello Stato liberale e le origini del fascismo*, in *Studi storici*, 2004, 2, pp. 601 ss.; M. D'ADDIO, *La crisi dello Stato liberale e l'avvento dello Stato fascista*, in *Il Politico*, 1999, 4, pp. 501 ss.; L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*, in *Studi storici*, 1982, 1, pp. 75 ss.

Sulle figure che, invece, meglio rappresentarono questo particolare fase della storia del diritto italiano, collocabile nella prima metà del secolo scorso, si rinvia al paragrafo 3 e ai riferimenti biografici contenuti nelle note 15-23 di tale paragrafo.

[3] Per ricostruire la figura di Mariano D'Amelio siamo partiti da AA.VV., *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1933, che è un'opera imponente, articolata in tre volumi, pubblicata al culmine della fortuna professionale dell'alto magistrato napoletano, che vede la partecipazione dei più importanti giuristi dell'epoca pre-repubblicana.

Partendo da quest'opera scientifica imponente, abbiamo sviluppato il nostro contributo traendo spunto da alcuni interventi, come detto non numerosi e di tenore prevalentemente biografico, sulla figura di Mariano D'Amelio, tra i quali si ritiene opportuno richiamare quelli di F. AULETTA, *Mariano D'Amelio*, in *Il giusto processo*, 2009, 4, pp. 1131 ss.; C. GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Cacucci, Bari 1985; A.C. JEMOLO, *Commemorazione del socio Mariano D'Amelio*, in *Rendiconto dell'Accademia dei Lincei, classe di scienze morali, storiche e filosofiche*, s. 8, III (1948), 5-6, pp. 255-68; L. FERRERI, *Dai ricordi di un vecchio avvocato romano*, Editoriale Arte e Storia, Roma, 1942; T. LABIA, *Mariano D'Amelio. Magistrato, giureconsulto, umanista*, Tipografia Vecchi, Trani, 1983.

Mariano D'Amelio, che altri osservatori, soprattutto di formazione storica⁴, hanno fatto prima e meglio di noi, riguardando aspetti della sua figura estranei all'oggetto di questo lavoro.

E l'occasione per confrontarci con la figura – imponente e ingombrante – di Mariano D'Amelio ce l'ha finalmente fornita *Il diritto vivente*, che ringraziamo sin d'ora.

2. IL PERCORSO PROFESSIONALE SVOLTO DA MARIANO D'AMELIO PRIMA DELLA SUA NOMINA A PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Mariano D'Amelio nacque a Napoli il 4 novembre 1871 da Camillo D'Amelio e da Luisa Manganelli in una famiglia dell'alta borghesia napoletana di estrazione cattolica, variamente presente nel mondo giurisdizionale italiano⁵. Dopo la laurea in giurisprudenza, conseguita nella sua città natale, Mariano D'Amelio entrò giovanissimo in magistratura, come uditore giudiziario, nel 1893.

Negli anni immediatamente successivi al suo ingresso in magistratura, tra il 1895 e il 1898, Mariano D'Amelio fu nominato assessore nel Regio Commissariato dei demani comunali in Sicilia; mentre, tra il 1899 e il 1905, fu magistrato in Eritrea, all'epoca colonia italiana.

Durante la sua permanenza in Eritrea, D'Amelio fu giudice e presidente del tribunale di Massaua, occupandosi, in tale veste, dell'istituzione del Tribunale di appello di Asmara, del quale, dopo la sua costituzione, fu anche il primo presidente. L'alto magistrato napoletano fu anche Presidente della Commissione per i codici eritrei, nel cui contesto ebbe rapporti di collaborazione diretta con l'allora governatore della colonia italiana Ferdinando Martini.

Dopo essere rientrato in Italia, nel 1905, D'Amelio prese servizio presso la Corte di appello di Milano, entrando, fin da subito, in contatto con i più grandi giuristi milanesi dell'epoca, come Cesare Vivante, Francesco Carnelutti, Alfredo Rocco e Angelo Sraffa, che dirigeva la "Rivista di diritto commerciale", con cui Mariano D'Amelio cominciò a collaborare. Risale a questo periodo anche il suo matrimonio con Maria Gold-

[4] Su questi profili storici, ancora una volta senza alcuna pretesa di esaustività, ci si limita a richiamare gli studi di O. ABBAMONTE, *La politica invisibile. Corte di cassazione e magistratura durante il fascismo*, Giuffrè, Milano, 2003; A. ACQUARONE, *Fra tradizione ed autorità: la formazione giurisprudenziale del diritto durante il ventennio fascista*, Einaudi, Torino, 1966-1968; E. GENTILE, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, La Nuova Italia Scientifica, 1995; F. MAROI, *Storia d'Italia nel periodo fascista*, Einaudi, Torino, 1964; S. PANUNZIO, *Il fondamento giuridico del fascismo*, Bonacci, Roma, 1987; P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Morcelliana, Brescia, 1974.

[5] Occorre, in proposito, precisare che la presenza della famiglia D'Amelio nell'ambiente della giurisdizione italiana è testimoniata dal fatto che, oltre a Mariano D'Amelio, anche altri suoi due fratelli raggiunsero altri gradi nella magistratura; uno di questi, in particolare, Salvatore D'Amelio, raggiunse il grado di Presidente della Corte di appello dell'Aquila e fu, per diversi anni, il direttore della "Rivista di diritto pubblico", che venne diretta da Mariano D'Amelio dopo la morte dello stesso fratello, avvenuta nel 1928.

man, che era imparentata con Irma Tivoli, la moglie di Angelo Sraffa⁶, con il quale rimase sempre legato, sia sul piano umano sia sul piano scientifico sia sul piano intellettuale.

Immediatamente dopo il suo ritorno in Italia, a partire dal 1906, Mariano D'Amelio assunse importanti ruoli nel Ministero della Giustizia, ricoprendo, tra l'altro, l'incarico di Capo di gabinetto del Ministro, ricoperto tra il 1906 e il 1911; l'incarico di Direttore generale del Ministero delle Colonie, ricoperto tra il 1911 e il 1912; l'incarico di Direttore dell'Ufficio legislativo presso la Presidenza del Consiglio, ricoperto tra il 1916 e il 1918; l'incarico di rappresentante italiano alla Conferenza di Berna, ricoperto tra il 1917 e il 1918; l'incarico di Segretario generale della Commissione per il dopoguerra, ricoperto nel 1919; l'incarico di Delegato alla Conferenza di pace di Parigi, ricoperto tra il 1919 e il 1920.

Trascorso questo lungo periodo di importanti incarichi ministeriali, Mariano D'Amelio iniziò la sua scalata ai vertici della giurisdizione italiana, ricoprendo, nell'arco di appena un triennio, l'incarico di Procuratore generale presso la Corte di appello di Parma, tra il 6 maggio e il 29 luglio 1920; l'incarico di Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano, tra il 16 gennaio e il 6 febbraio 1921; l'incarico di Procuratore generale presso la Corte di appello dell'Aquila, tra il 12 agosto e il 24 agosto 1921; l'incarico di Procuratore generale presso la Corte di appello di Catanzaro, tra il 12 marzo e il 26 marzo 1922; l'incarico di Procuratore generale presso la Corte di appello di Parma, tra il 26 marzo e il 17 aprile 1922; l'incarico di Procuratore generale presso la Corte di appello di Cagliari, tra il 17 aprile e l'11 maggio 1922; l'incarico di Primo Presidente della Corte di appello di Casale Monferrato, tra l'11 maggio 1922 e il 4 febbraio 1923.

Meritano, infine, di essere segnalati, a completamento di questa ricognizione del percorso professionale svolto da Mariano D'Amelio precedente la sua nomina a Primo Presidente della Corte di cassazione unificata alcuni scritti scientifici, che ci forniscono dei chiarimenti utili sul pensiero giuridico dell'alto magistrato napoletano, prevalentemente orientato verso tematiche di diritto commerciale e di diritto coloniale, alcune delle quali verranno riprese nel corso degli anni.

Tra questi scritti giuridici si ritiene opportuno citare: *I piccoli commercianti nella legislazione commerciale eritrea*, pubblicato nel 1910⁷; *L'ordinamento giuridico della colonia Eritrea*, pubblicato nel 1911⁸; *Il Disegno di legge sulla circolazione degli automobili e la responsabilità civile e penale*, pubblicato nel 1911⁹; *L'azienda commerciale nella successione ereditaria*, pubblicato nel 1913¹⁰.

[6] Angelo Sraffa (1865-1937) fu un docente universitario di commerciale, che insegnò nelle Università di Parma, Torino, Macerata e Milano Bocconi; fondò con Cesare Vivante la "Rivista di diritto commerciale" e fu direttore della sezione "[Diritto privato](#)" dell'[Enciclopedia italiana](#) "Treccani".

[7] Si veda M. D'AMELIO, *I piccoli commercianti nella legislazione commerciale eritrea*, Cooperativa tipografica Manunzio, Roma, 1910.

[8] Si veda M. D'AMELIO, *L'ordinamento giuridico della colonia Eritrea*, Società editrice libraria, Milano, 1911.

[9] Si veda M. D'AMELIO, *Il Disegno di legge sulla circolazione degli automobili e la responsabilità civile e penale*, in *Riv. dir. comm.*, 1911, 1, pp. 663 ss.

[10] Si veda M. D'AMELIO, *L'azienda commerciale nella successione ereditaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1913, 2, pp. 1 ss.

3. LA NOMINA DI MARIANO D'AMELIO A PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE E IL CONTRIBUTO FORNITO ALL'OMOGENEIZZAZIONE DELLA CULTURA GIURISDIZIONALE ITALIANA NEL SOLCO DELLA TRADIZIONE GIURIDICA TARDO-LIBERALE

La svolta definitiva per la carriera giurisdizionale di Mariano D'Amelio si ebbe con il r.d. 24 marzo 1923, n. 601, con cui veniva disposta la soppressione delle Corti di cassazione regionali, costituite a Palermo, Napoli, Roma, Firenze e Torino, alla quale faceva contestualmente seguito l'istituzione della Corte suprema di cassazione unica del Regno, ubicata a Roma, composta da una sezione civile e una sezione penale, a capo della quale venne posto l'alto magistrato napoletano, all'epoca cinquantaduenne, contro il quale concorrevano numerosi, autorevoli, esponenti della magistratura italiana.

Sulle ragioni che portarono all'unificazione della Corte di cassazione non ci soffermeremo ulteriormente, essendosi, su di esse, diffusamente soffermati tutti gli illustri partecipanti all'incontro di studi svoltosi lo scorso 28 novembre 2023¹¹.

Non può, tuttavia, non rilevarsi che l'unificazione rispondeva all'esigenza – istituzionale prima ancora che giuridica – di eliminare i problematici residui del regionalismo giudiziario legati alle legislazioni italiane preunitarie, che la pluralità delle corti tendeva a perpetuare nei distinti orientamenti interpretativi; esigenza, questa, alla cui meritoria soddisfazione la Prima Presidenza di Mariano D'Amelio fornì un contributo decisivo¹².

Deve precisarsi ulteriormente che questo al raggiungimento di questo obiettivo istituzionale, che ci consegna la figura che stiamo esaminando, sia pure problematicamente, come un esponente di spicco del pensiero giuridico della prima metà del Novecento italiano¹³, Mariano D'Amelio contribuì *partecipando* al processo di elaborazione legislativa compiutosi, nella prima metà del secolo scorso, con l'emanazione di alcuni dei più importanti codici post-unitari¹⁴.

A ben vedere, in questa complessa veste, istituzionale e scientifica, Mariano D'Amelio fu un continuatore della tradizione giuridica tardo-liberale nostrana, che rappresentò, nel passaggio storico dall'Italia liberale

[11] Su queste complesse tematiche ci si permette soltanto di rinviare a N. PICARDI, *Lodovico Mortara, magistrato*, in *Giust. civ.*, 1988, 4, p. 161, in cui, tra l'altro, si osserva: «Fra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo la stagione dei “Grandi Tribunali” si avviava ormai al declino. Alla metà del secolo gli ordinamenti preunitari offrivano un quadro quanto mai composito delle magistrature supreme: vi erano Corti di cassazione di derivazione francese a Napoli, a Palermo, a Firenze ed in Piemonte; un Tribunale Supremo di terza istanza con sede a Vienna per il Lombardo Veneto; Tribunali Supremi di tipo misto nello Stato pontificio, a Parma e a Modena [...]».

[12] Vedi *infra*, paragrafo 3.

[13] Vedi *supra*, paragrafo 1.

[14] Ci piace, allo scopo di chiarire quale fosse l'importanza di Mariano D'Amelio, nella cultura giuridica dell'epoca, richiamare l'episodio – citato da A. LACCHÈ, *Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi, intersezioni*, in *Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura*, 2022, 6, p. 35 –, secondo cui Dino Grandi definì la figura dell'alto magistrato partenopeo, in un appunto indirizzato a Benito Mussolini il 10 gennaio 1940, una “specie di dittatore del nostro diritto”.

post-unitaria a quella fascista, concretizzatosi nella prima metà del secolo scorso, unitamente ad altre grandi figure del mondo giudiziario e accademico italiano, come, ad esempio, Vittorio Scialoja¹⁵, Santi Romano¹⁶, Arturo Rocco¹⁷, Antonio Azara¹⁸ e Gaetano Azzariti¹⁹, che frequentemente – a torto o a ragione – vengono accomunati tra loro²⁰. In questo peculiare contesto, Antonio Azara e Gaetano Azzariti sono una rappresentazione veramente assolutamente di quanto si sta affermando, essendo transitati, quali magistrati, dalla crisi cultura tardo-giuridica liberale all'avvento dell'epoca fascista, per giungere, infine, nell'Italia repubblicana, a ricoprire i vertici della giurisdizione italiana, arrivando, Azara, ad assumere la carica di Primo Presidente della Corte di cassazione, Azzariti, la carica di Presidente della Corte costituzionale.

Meriterebbe, invero, di essere inserito in tale contesto tardo-liberale italiano anche Lodovico Mortara, che è stato l'ultimo Presidente della Corte di cassazione di Roma, prima dell'unificazione del 1923, la cui figura, estremamente complessa, non può essere sintetizzata in poche parole, come il bellissimo saggio di Carmelo Sgroi di qualche anno addietro ci ha rappresentato vividamente²¹. Lodovico Mortara, del resto, fu la principale vittima del processo di unificazione della Corte di cassazione; il che rende difficile accomunare i giuristi sopra richiamati – che comunque non subirono alcun ostracismo né furono epurati dal regime fascista – allo

[15] Santi Romano (1875-1947) fu un docente universitario di diritto costituzionale e ricoprì varie cariche istituzionali, tra cui quelle di Senatore del Regno d'Italia e Presidente del Consiglio di Stato, che ricoprì, ininterrottamente dal 1928 al 1944.

[16] Vittorio Scialoja (1856-1933) fu un docente universitario di diritto romano e ricoprì varie cariche istituzionali, tra cui quelle di Ministro della Giustizia, nel 1909; di Ministro degli Esteri, nel 1919; di Presidente del Consiglio Nazionale Forense dal 1926 al 1933.

[17] Arturo Rocco (1876-1942) fu un docente universitario di diritto penale ed è considerato il padre dell'indirizzo giuridico, fondamentale per l'evoluzione delle scienze criminali contemporanee, affermatosi nella prima metà del secolo scorso, definito dal suo stesso Autore "tecnico-giuridico".

[18] Antonio Azara (1883-1967) fu stato un magistrato italiano ed è arrivato a ricoprire la carica di Primo Presidente della Corte di cassazione dal 1952 al 1953. Antonio Azara fu anche un uomo politico, partecipando, dopo il suo pensionamento, alla vita politica del secondo dopoguerra italiano, venendo eletto parlamentare nelle fila della Democrazia Cristiana nella II, III e IV Legislatura, e ricoprendo l'incarico di Ministro della Giustizia tra il 1953 e il 1954.

[19] Gaetano Azzariti (1881-1961) fu stato un magistrato e un esponente politico italiano, ricoprendo, tra l'altro la carica di Presidente della Commissione della razza e di Ministro della Giustizia. Dopo il passaggio al regime repubblicano fu giudice e Presidente della Corte costituzionale; carica, quest'ultima, che ricoprì dal 1957 e al 1961.

[20] La linea di continuità tra la crisi della cultura giuridica tardo-liberale italiana e l'avvento del fascismo ci sembra essere colta con particolare efficacia da S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 15, secondo cui tale omogeneità istituzionale «fu possibile perché il regime precedente era tutt'altro che liberale: aveva struttura autoritaria temperata da istituti liberali».

[21] Lodovico Mortara (1855-1937) fu un docente universitario di diritto processuale civile e un magistrato; fu, tra l'altro, l'ultimo Presidente della Corte di cassazione di Roma, prima della sua soppressione, avvenuta nel 1923; Lodovico Mortara fu anche Ministro della Giustizia, tra il 1919 e il 1920.

Quanto al saggio richiamato nel testo, ci si riferisce a C. SGROI, *La "missione" del magistrato nella concezione di Lodovico Mortara*, in www.giustiziainsieme.it, 27 febbraio 2020; su questi temi, si veda anche F. CIPRIANI, *Le "poche cose" e la lunga vita di Lodovico Mortara. Per la storia del pensiero giuridico moderno*, in Quad. Fior., 1990, 19, pp. 85 ss.

stesso Mortara, pur facendo parte dello stesso contesto tardo-liberale al quale ci si sta riferendo²².

In questa cornice culturale, riteniamo opportuno segnalare anche il contributo di omogeneizzazione della cultura giurisdizionale italiana fornito da Mariano D'Amelio, nella sua duplice veste di parlamentare²³ e di vertice della magistratura italiana, alla conclusione dei Patti lateranensi del 1929, alla cui attuazione fornì un apporto importante, garantendo, quale Primo Presidente della Corte di cassazione, che a tali accordi, sul piano giurisprudenziale, fosse data integrale attuazione.

Il contributo fornito da Mariano D'Amelio all'omogeneizzazione della cultura giurisdizionale italiana, che trae origine dall'unificazione post-unitaria della legislazione italiana, è ulteriormente testimoniato dai suoi numerosi interventi, quale vertice della magistratura italiana e quale studioso di diritto commerciale, nelle materie, oggetto dei suoi risalenti interessi, dell'applicazione uniforme dei principi di diritto commerciale internazionale; del diritto dei trasporti; del diritto delle assicurazioni private; del diritto internazionale marittimo. Il ruolo di Mariano D'Amelio nell'opera di omogeneizzazione della cultura giurisdizionale italiana della prima metà del secolo scorso, ancora, emerge dal suo contributo all'opera di riforma dei codici post-unitari avviata con le leggi-delega del 1923 e del 1925, portata a definitivo compimento nel 1942.

In questo contesto riformatore, Mariano D'Amelio ebbe un ruolo determinante nella sua qualità di presidente della Commissione reale per la riforma dei codici, insediatasi nel 1924 e articolata in quattro sottocommissioni. La prima di tali sottocommissioni inizialmente venne presieduta da Vittorio Scialoja, al quale subentrò Mariano D'Amelio, occupandosi della riforma del Codice civile, la cui emanazione costituisce uno dei principali meriti riformatori dell'alto magistrato partenopeo.

Il suo fondamentale contributo a questa radicale opera riformatrice, del resto, è documentato dai verbali della Commissione reale per la riforma dei codici, che consente di apprezzare lo sforzo con cui D'Amelio si impegnò nel portare a compimento tale profonda rivisitazione del panorama normativo italiano post-unitario.

Nella stessa direzione, occorre richiamare le leggi alla cui approvazione Mariano D'Amelio, a vario titolo, contribuì durante la sua lunga Prima Presidenza, come quella sulla formazione dei contratti per corrispondenza; quella sulla responsabilità degli albergatori per la perdita o il danneggiamento dei bagagli dei clienti; quella sulle assicurazioni obbligatorie degli automobilisti; quella sull'arbitrato nei rapporti internazionali di diritto privato. Non possiamo, infine, non richiamare l'apporto prestato da Mariano D'Amelio all'omogeneizzazione della cultura giuridica del nostro Paese quale direttore del *Nuovo Digesto italiano*²⁴, che è un'opera fondamentale per l'Italia post-unitaria, che muove da radici lontane, richiamate nello stesso nome

[22] Si veda C. SGROI, *La "missione" del magistrato nella concezione di Lodovico Mortara*, in www.giustiziainsieme.it, cit.

[23] Mariano D'Amelio fu nominato Senatore del Regno d'Italia l'1 gennaio 1924 e svolse le funzioni di Vicepresidente di tale organismo parlamentare nel corso della XXVIII Legislatura.

[24] Si veda AA.VV., *Nuovo Digesto Italiano*, diretto da Mariano D'Amelio (con la collaborazione di Antonio Azara), Utet, Torino, 1937-1940.

*attribuito a questa compilazione collettanea, che si ispira latu sensu alle Pandette giustinianee*²⁵.

Questa iniziativa scientifica venne avviata nel 1932 e si sviluppò grazie alla collaborazione di decine di giuristi, coordinati da Mariano D'Amelio con la collaborazione di Antonio Azara²⁶, che, in pochi anni, elaborarono oltre 10.000 voci, dando vita a una moderna enciclopedia delle scienze giuridiche, arricchita da una corposa bibliografia. La rilevanza di quest'impresa scientifica appare ancora più evidente se si considera che il *Nuovo Digesto Italiano* venne completato in appena pochi anni dal varo dell'iniziativa; il che colloca D'Amelio tra i principali elaboratori del diritto positivo dell'epoca pre-repubblicana, alla cui realizzazione contribuì sia come Primo Presidente della Corte di cassazione sia come studioso di fama.

Deve, infine, precisarsi che, a distanza di due anni dal suo pensionamento, il 19 novembre 1943, Mariano D'Amelio morì a Roma.

4. IL LASCITO DELLA PRIMA PRESIDENZA DI MARIANO D'AMELIO A CENTO ANNI DALL'UNIFICAZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE: LA FUNZIONE NOMOFILATTICA E LA DIALETTICA PROCESSUALE TRA GIURISDIZIONE DI MERITO E GIURISDIZIONE DI LEGITTIMITÀ

Dopo avere inquadrato la figura di Mariano D'Amelio e averla inserita nel contesto della cultura giuridica tardo-liberale del secolo scorso, della quale anche anagraficamente fu espressione epigonale, ci resta da affrontare un'ultima questione, relativa al lascito della sua Prima Presidenza a cento anni dall'unificazione della Corte di cassazione.

Tale operazione, per le ragioni esposte nel paragrafo di apertura²⁷, non è agevole, ma abbiamo deciso di affrontarla, concentrandoci su quella che riteniamo l'innovazione più significativa della lunga Prima Presidenza di Mariano D'Amelio, rappresentata dall'implementazione della funzione nomofilattica della Corte di cassazione quale organo di vertice della giurisdizione italiana²⁸.

[25] Com'è noto, i *Digesta* o *Pandectae* sono una compilazione di frammenti di opere di [giuristi romani](#) realizzata su incarico dell'imperatore [Giustiniano I](#), promulgata il 16 dicembre [529](#) ed entrata in vigore il 30 dicembre dello stesso anno, costituita da una raccolta di materiale normativo e giurisprudenziale. Tale compilazione, a sua volta, componeva il *Corpus iuris civilis*, unitamente alle *Institutiones*, al *Codex* e a una quarta parte, le *Novellae Constitutiones*, aggiunta successivamente.

[26] Vedi *supra*, nota n. 18.

[27] Vedi *supra*, paragrafo 1.

[28] Per una prima ricognizione sui poteri nomofilattici della Corte di cassazione, innanzitutto, si rinvia a M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2018, 1, pp. 126 e 127, che, tra l'altro, osserva: «Si può [...] osservare che nomofilachia non significa affatto identità di decisione di tutti i casi simili, e può invece essere definita come garanzia della legalità della decisione nei singoli casi concreti, dovendosi ammettere, se si adotta una prospettiva «particolaristica, che la stessa norma venga validamente interpretata in modi diversi se viene applicata a fattispecie diverse [...]». In una prospettiva interpretativa analoga, sia pure maggiormente ancorata alle norme costituzionali, si vedano A. PIZZORUSSO, *Corte di cassazione* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Treccani, Roma, 1988, IX, pp. 9 ss.; A. PROTO PISANI, *Principio d'uguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 65.

Per compiere questa operazione occorre muovere dalla previsione dell'art. 65 dell'Ordinamento giudiziario, approvato con il r.d. 12 gennaio 1941, n. 12, varato nella parte finale della Prima Presidenza di Mariano D'Amelio, che andò in pensione il 3 novembre 1941, che disciplina le attribuzioni della Corte suprema di cassazione, la più importante delle quali era – e tuttora è – quella di assicurare la corretta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, garantendo l'unità del diritto nazionale su un piano oggettivo.

L'importanza della funzione nomofilattica, nella prospettiva ermeneutica sostenuta da Mariano D'Amelio, è rappresentata dal fatto che dall'interpretazione uniforme delle norme da parte della Corte di cassazione – che corrisponde all'interpretazione convenzionalmente esatta delle stesse – non si può prescindere tutte le volte in cui il contenuto di una disposizione, nel suo significato oggettivo, costituisce il presupposto per il corretto esercizio dell'attività giurisdizionale.

In questa cornice, l'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione finisce per costituire una sorta di oggettivazione del significato convenzionale della norma, che, sul piano ermeneutico, è una conseguenza diretta dell'art. 65 Ord. giud., che attribuisce alla giurisdizione di legittimità il compito di valutare l'esatto significato delle disposizioni applicate dai giudici di merito, cassandole laddove oggetto di applicazioni inesatte.

La funzione nomofilattica, quindi, rappresenta l'esigenza di stabilizzare il contesto sociale ed economico del Paese, alla quale D'Amelio mirò sempre come obiettivo prioritario della sua Prima Presidenza, soddisfacendo, al contempo, l'obiettivo di garantire l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge attraverso l'interpretazione – che deve essere connotata da “esattezza” – fornita dalla Corte di cassazione. L'esigenza di stabilizzazione del contesto socio-economico appare di grande attualità, come efficacemente osservato da Camilla Di Iasi in tempi recenti, soprattutto «nelle democrazie complesse che si muovono in circuiti globalizzati nel cui ambito la “crisi della legge” investe non solo il disordine nella produzione delle regole ma anche l'eventuale estemporaneità delle relative interpretazioni, compromettendo la fiducia nella giustizia e le stesse fondamenta delle istituzioni democratiche»²⁹.

Tutto questo rende evidente che l'art. 65 Ord. giud., della cui adozione Mariano D'Amelio si mostrò sempre convinto sostenitore, pur essendo introdotto in un preciso contesto politico, di matrice autoritaria, esprime una visione del giudizio di legittimità come un'occasione di confronto interpretativo e, in linea con il pensiero espresso anche da Piero Calamandrei nei suoi scritti giuridici³⁰, come il luogo individuato dall'ordinamento giuridico per la risoluzione delle questioni di diritto affrontate dai giudici di merito nelle singole vicende processuali, che la Corte di cassazione deve però definire in termini generali, assicurando la tendenziale

[29] Si veda C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del massimario e funzione di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 2017, 3, pp. 84 ss.

[30] Tra i tanti interventi sull'argomento, si rinvia a P. CALAMANDREI, *Per il funzionamento della Cassazione unica*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1934, pp. 317 ss.; Id., *Cassazione civile* (voce), in *Nuovo Dig. It.*, UTET, Torino, 1937, II, pp. 981 ss.; Id., *Studi sul processo civile*, CEDAM, Padova, 1930.

uniformità dell'applicazione giurisprudenziale.

La funzione nomofilattica svolta dalla Corte di cassazione, pertanto, non rappresenta l'espressione di una visione unilaterale e autoritaria di conformazione del diritto, ma esprime l'esigenza di garantire la coerenza del sistema, come evidenziato dallo stesso Mariano D'Amelio, quando affermò: «Mantenere l'uniformità dell'interpretazione della legge non è compito facile alla Corte di cassazione, specie quando essa, a causa del gran numero di ricorsi, sia costituita in più sezioni civili e penali e sia obbligata a un lavoro eccessivo e sollecito. Ecco perché tutte le corti di cassazioni devono registrare oscillazioni di giurisprudenza, che contraddicono al precipuo loro scopo. Non già che la giurisprudenza di legittimità debba irrigidirsi in una serie di massime da riprodursi quasi meccanicamente ogni volta che si presenti alla Corte la stessa legge da interpretare.

Anzi il pericolo della cristallizzazione della giurisprudenza fu opposto per gran tempo ai progetti per l'unificazione delle cassazioni. La giurisprudenza, come ogni organismo vivente, è soggetta a evolversi, e ogni progresso della giurisprudenza, che si trasformi sotto l'influsso della critica giuridica, della dottrina scientifica o delle esigenze sociali è da accogliere con vivo compiacimento [...]»³¹.

Secondo Mariano D'Amelio, l'effettività del vincolo costituito dalla giurisprudenza di legittimità resta affidata alle regole processuali che sovrintendono al funzionamento della Corte di cassazione, prevedendo l'ordinamento giuridico diverse possibili reazioni all'inosservanza di orientamenti giurisprudenziali consolidati da parte dei giudici di merito, la principale delle quali è rappresentata dalla possibilità che la decisione impugnata, laddove ritenuta non rispettosa di una determinata opzione ermeneutica, sia annullata per violazione o per erronea applicazione della legge³².

Il corretto esercizio della funzione nomofilattica, dunque, secondo Mariano D'Amelio, consente di realizzare un equilibrio adeguato, seppur di difficile attuazione, tra le esigenze di uniformità della legge e quelle di evoluzione del sistema, assicurando una dialettica processuale regolamentata normativamente tra la giurisdizione di legittimità e quella di merito; dialettica che passa attraverso la motivazione dei provvedimenti, che assicura il controllo sull'esatta applicazione della norma al caso di specie, impedendo che l'operato del giudice

[31] Si veda M. D'AMELIO, *La Corte di cassazione (voce)*, in *Enciclopedia Italiana, Treccani, Roma, 1933, XI, p. 538*.

[32] Riteniamo opportuno sottolineare che l'impegno di Mariano D'Amelio nel senso di potenziare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione si evince perfino dal suo necrologio, pronunciato dall'allora Primo Presidente Antonio Azara – riportato in G. DE NOVA, *L'astrattezza delle massime e le origini dell'Ufficio del Massimario*, in *Contr. e impr.*, 1988, p. 518, in cui, tra l'altro, si affermava: «Non deve, tuttavia, ritenersi che il D'Amelio fosse un feticista della uniformità della giurisprudenza ad ogni costo [...]. Ciò sarebbe stato un errore, perché la giurisprudenza deve essere dinamica, non statica, o meglio, deve essere evolutiva [...]; i mutamenti di essa devono essere frutto di ben maturate deliberazioni, determinate da nuove norme giuridiche o da gravi motivi [...]. Il D'Amelio voleva che fosse evitato il mutamento, a dir così, d'impeto, determinato cioè da motivi meramente propri di un caso specifico» e senza confrontarsi con quelli che oggi definiremmo i precedenti in termini, suscettibili di costituire «sicuri dati di orientamento» per l'operatore».

possa essere – o anche solo sembrare – imprevedibile o non calcolabile³³.

Ancora una volta, appare utile richiamare le parole di Mariano D'Amelio, che, in proposito, quasi profeticamente, affermò: «Quelle che [...] debbono ad ogni costo evitarsi sono le difformità prodottesi incoscientemente, cioè senza che il collegio sappia che vi sia stata altra decisione di altra sezione o della stessa in senso contrario e senza che abbia lungamente meditato su di essa prima di ripudiarla [...]»³⁴.

La visione dialettica della funzione nomofilattica, pertanto, si dispiega attraverso un confronto rigoroso sulla motivazione dei provvedimenti di merito, sui quali la Corte di cassazione esercita i suoi poteri, indispensabili per assicurare l'omogenea interpretazione della legge, che deve essere garantita sia sul piano della ricostruzione fattuale della vicenda processuale sia sul piano delle norme applicate al caso di specie.

Il controllo nomofilattico esercitato dalla Corte di cassazione, allora, diventa indispensabile per assicurare che l'applicazione delle norme si fondi su un confronto dialettico tra giudici di merito e giudici di legittimità, incentrato sulla motivazione dei provvedimenti giurisdizionali sottoposti a impugnazione³⁵.

L'idea di una funzione nomofilattica come espressione del rapporto dialettico tra giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità, dunque, è uno dei lasciti culturali di maggiore rilievo di Mariano D'Amelio, che muove dalla consapevolezza della natura, necessariamente bilaterale, del rapporto processuale che si instaura tra la sentenza di merito – oggetto d'impugnazione – e la decisione della Corte di cassazione.

Tali considerazioni, di stringente attualità, ci fanno comprendere che la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, secondo Mariano D'Amelio, non è espressione di un dominio verticistico della giurisdizione di legittimità, che, al contrario, possiede una centralità interpretativa, eminentemente funzionalistica, finalizzata ad assicurare l'omogenea applicazione della legge, garantendo l'uniformità delle decisioni di merito e l'omogeneo trattamento dei cittadini sottoposti a processo.

Né potrebbe essere diversamente, atteso che è attraverso il giudizio di merito che la vicenda processuale viene esaminata dalla Corte di cassazione, che deve verificare la rispondenza delle argomentazioni giuridiche del giudice di merito alla giurisprudenza di legittimità consolidata, confermando la natura dialettica del rapporto esistente tra la giurisdizione di legittimità e quella di merito³⁶.

[33] Su queste tematiche, che già si rinvenivano nelle posizioni espresse da Mariano D'Amelio, si rinvia a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 11 ss.; Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 36 ss.; si muove in una direzione analoga anche G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 1, pp. 21 ss.; Id., *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, V, 305.

[34] Si veda M. D'AMELIO, *La Corte di cassazione*, cit., p. 538.

[35] Il tema della natura dialettica del rapporto tra giurisdizione di merito e giurisdizione di legittimità, tra gli altri, è stato affrontato da M. TARUFFO, *La Corte di cassazione tra legittimità e merito*, in *Foro It.*, 1988, V, pp. 237 ss.; Id., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, il Mulino, Bologna, 1991.

[36] Si veda M. D'AMELIO, *La Corte di cassazione*, cit., pp. 538-539.

LO STATUTO DELLA DIRIGENZA E LE NUOVE IPOTESI DI RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE ALLA LUCE DELL'ART. 107 TERZO COMMA DELLA COSTITUZIONE¹.

di Paolo CORDER, Presidente del Tribunale di Udine

VENEZIA 11 NOVEMBRE 2023

ELOGIO DELL'ART. 107 DELLA COSTITUZIONE.

Nobile. Chiedo di parlare.

Presidente Terracini. Ne ha facoltà.

Nobile. Desidero un chiarimento. L'ultimo comma del nuovo testo Conti stabilisce che i magistrati si distinguono per diversità di funzioni e non di grado.

Ora, ad un profano come me, sembrerebbe che questo significhi che per i magistrati non debbano esservi i gradi come per gli altri funzionari dello Stato. È esatta questa mia interpretazione?

Presidente Terracini. L'onorevole Leone Giovanni ha facoltà di rispondere per la Commissione.

Leone Giovanni. Questa formula esprime questa nostra opinione: che, essendosi creato l'ordine giudiziario, nel seno di questo ordine occorre una gerarchia di funzioni. Così la Corte di cassazione è la competenza più alta rispetto agli organi inferiori di merito; ma in questa gerarchia non devono giocare i gradi come per gli impiegati dello Stato. Non occorre per la Magistratura mantenere quella diversità di gradi che, se non erro, è dovuta al fascismo, cioè la equiparazione ai gradi militari. Occorre cominciare a sgretolare questo sistema di equiparazione di gradi. Occorre soprattutto esprimere questo desiderio e questa aspirazione: che in seno alla Magistratura non si discuta di gerarchia di gradi (non ci sia un grado IX, inferiore all'VIII, rispetto al quale deve mantenere un particolare contegno di obbedienza e di subordinazione), ma che ci siano diversità di funzioni, cioè di attribuzioni di organi, che possono essere maggiori o minori, ma esprimono maggiore o minore ampiezza di giurisdizione, non di grado.

Era il pomeriggio del 26 novembre 1947, l'Assemblea Costituente proseguiva l'esame degli emendamenti agli articoli del Titolo IV della Parte seconda del progetto di Costituzione: «La Magistratura» e approvava, fra gli altri, l'art. 107, terzo comma, che recita «i magistrati si distinguono soltanto per diversità delle funzioni»). L'art. 107 Cost. è uno scrigno prezioso che va gelosamente preservato in quanto contiene in sé alcuni dei

[1] Relazione tenuta in occasione del Convegno Nazionale “Le sfide della giurisdizione: i magistrati, la legge e la politica”, seconda sessione dedicata a “L'indipendenza della magistratura, tra riforme in vigore e riforme in fieri, organizzato da M.I. – Venezia, 10 e 11 novembre 2023.

principi decisivi per distinguere una dittatura da una democrazia e forse anche per tenere distinte una democrazia compiuta e una democrazia recitativa come l'ha definita Emilio Gentile nel suo saggio *"Il capo e la folla"*. Accanto al basilare principio della soggezione del giudice solamente alla legge, l'indipendenza del giudice è assicurata anche attraverso il paradigma del terzo comma che prevede la possibilità di distinguere i giudici solamente per funzioni. E, indubbiamente, la completa attuazione del principio in questione è stata realizzata, a conclusione della lunga e controversa stagione dei concorsi interni, con le leggi Breganze e Breganzone. Occorre però chiedersi oggi se è in corso un'erosione progressiva, carsica, surrettizia dell'art. 107, 3° comma, Cost.

In particolare, occorre chiedersi se la legge delega n. 71 del 2022, con norme programmatiche (stiamo attendendo i decreti delegati) e norme immediatamente precettive (es. vigenza quadriennale tabelle o legge elettorale CSM), contribuisca o meno a tale destrutturazione ed erosione del principio di indipendenza.

Sotto osservazione sono le seguenti norme:

Art. 8 sulla distribuzione degli affari e dei ruoli;

Art. 14 sulle modifiche all'art. 37 d.l. n. 98 del 2011, conv. in l. n. 111/2011;

Art. 3 sulle valutazioni di professionalità;

Art. 11 sui nuovi illeciti disciplinari.

Il titolo dell'intervento che mi è stato affidato fa riferimento allo *"statuto del dirigente"*.

Ma, più che di un nuovo statuto del dirigente, perché culturalmente rifiuto l'idea che il dirigente abbia uno *status* diverso da quello del magistrato, tenterò di intercettare e mettere insieme in uno stesso contenitore le nozioni di dirigenza, organizzazione, valutazione di professionalità e disciplinare.

In questa ricerca occorre però avere molto chiaro il fatto che da sempre non è operazione semplice quella che tenta di conciliare i due principi di responsabilità da un lato e di indipendenza dall'altro.

Come è stato autorevolmente osservato, certamente si tratta di principi tra loro non inconciliabili, ma che pongono la necessità nella loro pratica attuazione di definire il tipo di responsabilità disciplinare, cioè quali sono gli illeciti disciplinari, qual è il giudice che giudica sugli stessi, qual è il procedimento che si segue e ancora quali sono i valori che si vogliono perseguire con la responsabilità disciplinare.

Così, ad esempio, sembra certamente da escludere che la finalità possa essere quella di spingere i giudici, pur nell'ambito delle nuove esigenze di prevedibilità e possibile omogeneità delle risposte di giustizia, verso un tipo particolare di interpretazione, conformando ad ogni costo le loro decisioni, anziché quella di applicare una sanzione per aver compiuto o tenuto dei comportamenti sufficientemente descritti e vietati dalla legge e da questa considerati appunto quali illeciti disciplinari.

Parimenti, sembra di doversi escludere che tra le finalità del disciplinare via sia anche quella di spingere i giudici verso una sorta di dittatura dei numeri ovvero verso una deriva aziendalistica dell'organizzazione in funzione ancillare del dato numerico, inevitabilmente a discapito della qualità della risposta giudiziaria.

Lo diamo ormai per scontato e non è a mio avviso un bene.

Perché occorre sempre ribadire che per ricercare il fondamento della legittimazione dell'attività giurisdizio-

nale non debbono essere seguite le regole della responsabilità politica, in quanto l'attività del giudice trova la sua legittimazione nel principio di legalità e non nel principio del consenso popolare. Una legge si rispetta perché è approvata dai rappresentanti del corpo elettorale, i quali pertanto sono responsabili nei confronti dei propri elettori, per le scelte politiche che fanno attraverso l'approvazione delle leggi.

Al contrario una sentenza del giudice non viene rispettata perché è una verità assoluta, né perché è una scelta politica, ma perché esprime il rispetto della legalità, in quanto è pronunciata da un soggetto realmente e apparentemente imparziale, tecnicamente preparato e professionalmente capace. E la legalità è fatta di qualità e quantità assieme, senza che la seconda debba prevalere sulla prima.

Fatta questa premessa, veniamo ai potenziali casi di erosione del principio di indipendenza sotteso al terzo comma dell'art. 107 Cost. insiti nella legge n. 71 del 2020.

DISTRIBUZIONE RUOLI Art. 8

All'ordinamento giudiziario, di cui al [regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12](#), sono apportate le seguenti modificazioni:

b) all'articolo 7-ter, dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:

“2-bis. Il dirigente dell'ufficio deve verificare che la distribuzione dei ruoli e dei carichi di lavoro garantisca obiettivi di funzionalità e di efficienza dell'ufficio e assicuri costantemente l'equità tra tutti i magistrati dell'ufficio, delle sezioni e dei collegi”.

Principio indubbiamente condivisibile.

E, del resto, si tratta di una norma forse superflua, in quanto già le norme secondarie del CSM prevedono che il dirigente debba prestare attenzione all'equiparazione dei ruoli, non solo in funzione di una equa distribuzione del lavoro tra i magistrati, ma anche al fine di non esporre l'ufficio a squilibri contrari ad un generale principio di efficienza amministrativa. Nelle Circolari in materia tabellare è addirittura previsto un apposito procedimento per il cd. riequilibrio dei ruoli.

Ma credo sia significativo, nel quadro che andrò a delineare, che il legislatore abbia inteso ribadire il dovere dirigenziale in un'apposita norma che però ha in sé altrettanto significative criticità e incongruenze.

Vorrei attirare l'attenzione sulle nozioni generiche di funzionalità ed efficienza. Vorrei attirare l'attenzione sull'avverbio “*costantemente*”, del tutto impraticabile, pena un inefficiente modello di continuo mutamento del giudice assegnatario.

Se a ciò si aggiunge che l'incremento dei ruoli può avere molteplici, talvolta imprevedibili e difficilmente accertabili cause, si deve concludere che non vi era alcuna necessità di introdurre questa norma-monito, la quale – come primo esempio di una pericolosa deriva aziendalistica – punta tutto sui numeri, sulla quantificazione dei ruoli, a prescindere dalla loro consistenza qualitativa.

E, a mio avviso, la schiavitù, la dittatura dei numeri porta inevitabilmente con sé comparazioni e classifiche tra magistrati. E le comparazioni e le classifiche finiscono per condizionare l'operato del magistrato, per distinguerlo non solamente in base all'ampiezza delle sue funzioni. In fondo, se si vuole classificare, si ricorre

ai numeri perché è largamente più semplice; se si fanno prevalere i numeri, si finisce per dover classificare.

PROGRAMMI DI GESTIONE Art. 14

All'[articolo 37 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 15 luglio 2011, n. 111](#), sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al comma 1, lettera b), le parole: «tenuto conto dei carichi esigibili di lavoro dei magistrati individuati dai competenti organi di autogoverno,» *sono sostituite dalle seguenti*: «con l'indicazione, per ciascuna sezione o, in mancanza, per ciascun magistrato, dei risultati attesi sulla base dell'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente e di quanto indicato nel programma di cui all'[articolo 4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240](#), e, comunque, nei limiti dei carichi esigibili di lavoro individuati dai competenti organi di autogoverno, nonché»; b) al comma 2, dopo le parole: «degli obiettivi fissati per l'anno precedente» sono inserite le seguenti: « anche in considerazione del programma di cui all'[articolo 4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n. 240](#)»;

Orbene, la modifica introdotta, nel prevedere, quale criterio di riferimento per l'individuazione degli obiettivi di rendimento, quello della “*indicazione per ciascun magistrato o per ciascuna sezione dei risultati attesi anche sulla base dell'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente e di quanto indicato nel piano di cui all'art.4 del decreto legislativo 25 luglio 2006, n.240*”, non solo rischia di snaturare le caratteristiche del programma di gestione, correlandone l'ambito ad un aspetto, quello dei “risultati attesi” dall'attività del singolo magistrato, individuale e non più complessivo, ma, soprattutto, sposta l'asse valutativo degli obiettivi di rendimento incentrandolo sul singolo magistrato e non sull'andamento complessivo dell'Ufficio.

In tal modo, il programma di gestione si trasforma, in via surrettizia, da strumento di gestione dell'ufficio, in un'ottica di miglioramento complessivo del suo funzionamento e dunque della sua risposta ai mutevoli cambiamenti della domanda di giustizia, a pericoloso strumento di valutazione del rendimento del singolo magistrato e dei risultati attesi della sua attività, così aprendo a pericolose dinamiche di valutazione per risultati del lavoro del magistrato.

Ciò appare ancor più problematico laddove si tenga conto del fatto che tale spettro valutativo viene legato a un dato oggettivo rappresentato “*dall'accertamento dei dati relativi al quadriennio precedente*”. Ci si affida così a un criterio di valutazione pressoché automatico e senza via d'uscita, senza alcuna possibilità di far valere la situazione particolare dell'ufficio, del magistrato ovvero, ad esempio, la particolare qualità o complessità dei provvedimenti.

La descritta pericolosa dinamica valutativa esce ulteriormente rafforzata dalla previsione secondo la quale il già menzionato programma di gestione deve essere redatto anche alla luce del programma delle attività annuali redatto, a norma dell'art. 4 del D.lgs. n.240 del 25 luglio 2006, da parte del dirigente dell'ufficio giudiziario e del dirigente amministrativo preposto al medesimo ufficio. Si tratta di un programma che per prassi consolidata viene redatto senza alcuna interlocuzione o intervento del singolo magistrato, il quale, però, si

trova a essere valutato anche sulla scorta di tale documento.

Anche in questo caso, dunque, si apre la strada a valutazioni del magistrato, su input del dirigente, impostate su automatismi quantitativi (risultati attesi sulla base dati quadriennio precedente), che rischiano, nel tempo, se non mitigate, a creare comparazioni parziali, graduatorie, classifiche in grado di condizionare l'attività giurisdizionale del singolo e dell'ufficio uscendo così dall'alveo del terzo comma dell'art. 107 Cost.

VALUTAZIONI DI PROFESSIONALITA'

In sintesi, le novità, per quel che qui interessa:

- a) in riferimento all'espressione dei pareri da parte dei Consigli Giudiziari in seno al procedimento di valutazione della professionalità, è stata prevista l'attribuzione alla componente degli avvocati, quali componenti laici, della facoltà di partecipazione alle sedute con diritto di voto unitario, sulla base del contenuto (positivo o negativo) della eventuale segnalazione espressa dal consiglio dell'ordine (mentre è stata conservata l'attribuzione della facoltà di partecipazione alla discussione, senza diritto di voto, ai professori universitari componenti il consiglio);
- b) avuto riguardo al parametro valutativo della capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro, in caso di valutazione positiva, quest'ultima dovrà essere espressa secondo criteri predeterminati, in una scala che va da discreto a buono, fino a ottimo;
- c) nell'ambito del parametro della laboriosità, è stato aggiunto un ulteriore criterio rappresentato dal rispetto di quanto indicato nei programmi annuali di gestione;
- e) la valutazione del parametro della capacità è stata ampliata sulla base del dato rappresentato dalle «gravi anomalie in relazione all'esito degli affari nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento», con estensione, in ogni caso, ossia anche in assenza di gravi anomalie, del campionamento ai provvedimenti emessi nella fase successiva del procedimento o del giudizio;
- d) istituzione del fascicolo per la valutazione del magistrato o delle performance, contenente i dati statistici annuali e la documentazione necessaria per valutare il complesso dell'attività svolta, ivi compresa la «sussistenza di caratteri di grave anomalia in relazione all'esito degli atti e dei provvedimenti nelle fasi o nei gradi successivi del procedimento e del giudizio».

Le criticità insite in tali scelte sono evidenti, anche se non vanno dimenticati gli aspetti positivi in tema di semplificazione delle procedure.

Dobbiamo dire no:

a un richiamo non pertinente alla verifica della professionalità rappresentato dal criterio del rispetto dei programmi annuali di gestione ex art. 37 D.L. 98/2011, che attiene agli obiettivi di rendimento dell'intero ufficio e non del singolo magistrato.

all'introduzione di parametri di "discreto", "buono" o "ottimo", con riferimento alle capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro».

Come osservato dal CSM nei pareri alla legge delega, la disposizione appare, disallineata rispetto allo sche

ma disegnato dal legislatore del 2006-2007, imperniato sulla tricotomia del giudizio («positivo», «non positivo», «negativo»), deliberatamente e univocamente ricollegata alla sua natura non comparativa e, appuntandosi sulla verifica delle sole capacità auto-organizzative del magistrato, investe profili in certa misura trasversali ai parametri tipizzati (capacità, laboriosità, diligenza, impegno), destinati ad assumere rilevanza in altra sede, primariamente all'atto della selezione finalizzata al conferimento di incarichi direttivi e semidirettivi.

Viene poi introdotto un ulteriore aspetto di comparazione estraneo alla procedura di valutazione incentrata sulla verifica della permanenza dei requisiti di capacità, laboriosità, diligenza e impegno e rischia di creare una classifica tra magistrati che potrebbe creare tensione negli uffici. E un nuovo vulnus al terzo comma dell'art. 107 Cost.

Dobbiamo dire no al “fascicolo della performance”. Si tratta, come detto, di un fascicolo per la valutazione del magistrato, rilevante sia in sede di verifica di professionalità che ai fini delle valutazioni delle attitudini per il conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi, diverso da quello personale.

Anzitutto, va sottolineato l'inutile appesantimento burocratico connesso alla presenza di diversi fascicoli personali. Inoltre, la presenza di più fascicoli imporrà una disciplina di raccordo chiara e senza dubbi interpretativi.

In conclusione, si può affermare che gli obiettivi veri del legislatore sembrano essere:

- a) valorizzazione dei criteri aziendalistici tesi al raggiungimento degli obiettivi (anche stabiliti dai capi degli uffici) e al (pur condivisibile) contenimento dei tempi della complessiva risposta alla domanda di giustizia;
- b) apertura alla verifica effettiva di possibili anomalie di tipo qualitativo del lavoro svolto dal singolo magistrato, realizzata però attraverso l'attribuzione del diritto di voto unitario alla componente forense e attraverso il reperimento massivo di informazioni circa la “tenuta” dei provvedimenti emessi dal magistrato nelle fasi successive o in sede di impugnazione;
- c) incremento di poteri e responsabilità dei capi degli uffici, laddove i rapporti positivi consentono il procedimento semplificato.

Ancora una volta siamo di fronte a una scelta legislativa in bilico tra la condivisa necessità che i magistrati mantengano costantemente *standard* adeguati rispetto al servizio che sono chiamati a svolgere e il pericolo che l'attività di valutazione si traduca, magari surrettiziamente, in uno strumento di distorsione della costruzione orizzontale della magistratura voluta dal Costituente.

Ampliamento dei poteri dei capi degli uffici, ancor più pericoloso se si pensa al modello gerarchico delle procure;

primazia dei numeri;

valutazioni fondate su parametri comparativi e classificatori;

ricerche (difficili e scarsamente oggettive) di gravi anomalie rispetto ai gradi di giudizio;

apertura ai giudizi degli avvocati;

rappresentano altrettante potenziali forme di condizionamento e di perdita dell'indipendenza egualitaria delineata dall'art. 107 Cost.

NUOVI ILLECITI DISCIPLINARI

E veniamo ai nuovi illeciti disciplinari.

Essi in larga parte trovano presupposto nelle modifiche all'art. 37 citato.

In particolare, i nuovi compiti del capo dell'ufficio introdotti dalle modifiche dell'art. 37 citato sono i seguenti:

a) in caso di gravi e reiterati ritardi, il capo dell'ufficio deve:

accertarne le cause;

adottare ogni iniziativa per eliminarli;

predisporre piani mirati di smaltimento per i magistrati interessati, con eventuale sospensione delle assegnazioni e/o redistribuzione degli affari;

effettuare verifiche ogni tre mesi;

comunicare tutto al Consiglio Giudiziario;

b) in caso di un aumento delle pendenze dell'ufficio o di una sezione in misura superiore al 10 per cento rispetto all'anno precedente e comunque a fronte di andamenti anomali, il capo dell'ufficio:

ne accerta le cause;

adotta provvedimenti per eliminare le carenze organizzative che hanno determinato l'aumento delle pendenze o il loro andamento anomalo;

effettua una verifica ogni sei mesi;

comunica tutto al Consiglio Giudiziario;

L'inosservanza di tali compiti conduce ai nuovi illeciti disciplinari del capo dell'ufficio:

omessa adozione delle misure per risolvere ritardi e/o aumenti superiori al 10% o anomali delle pendenze;

omessa comunicazione al Consiglio Giudiziario delle condotte del magistrato che non collabora alla eliminazione dei ritardi.

Anche il presidente di sezione esce con nuovi compiti dalle modifiche dell'art. 37.

In caso di ritardi e/o aumenti di pendenze come sopra, il presidente di sezione:

segnala immediatamente al capo dell'ufficio;

indica le cause;

trasmette la segnalazione al magistrato o alla sezione interessati.

Qualora egli non ottemperi a tali obblighi, si materializzano i seguenti nuovi illeciti disciplinari:

omessa segnalazione al capo dell'ufficio delle situazioni di ritardo e/o di aumento superiore al 10% o anomalo delle pendenze;

omessa segnalazione al capo dell'ufficio delle condotte non collaborative del magistrato per l'eliminazione dei ritardi.

Il singolo magistrato, alla luce della novella, viene attinto dai seguenti nuovi illeciti disciplinari.

Al decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 2, comma 1: *reiterata o grave inosservanza*.....2) alla lettera n), dopo le parole: «delle norme regolamentari».... sono inserite le seguenti: «..delle direttive».

L'illecito disciplinare si perfeziona, dunque, non solo allorquando il magistrato non osserva in modo reiterato o grave norme regolamentari, ma anche se tale inosservanza riguarda direttive.

La norma non chiarisce il significato da attribuire all'espressione «direttive», potendosi così intendere riferita sia a quelle consiliari, sia a quelle del potere esecutivo nell'ambito dei servizi organizzativi e informatici, con conseguenti criticità in punto di tassatività e di effettiva indipendenza dal potere esecutivo.

Resta, soprattutto, da interrogarsi se, nel concetto in esame, siano sussumibili anche le direttive in materia di organizzazione del servizio eventualmente emanate dal capo dell'ufficio e inserite nel DOG, nel programma di gestione ecc.

Se la latitudine della nuova nozione fosse così ampia, non vi è chi non veda come essa possa rappresentare una delle forme di erosione del principio di cui al terzo comma dell'art. 107 Cost. Sono facilmente immaginabili i possibili condizionamenti tra dirigenti e magistrati dell'ufficio in grado di mettere in crisi il prezioso modello orizzontale della giurisdizione ordinaria.

Ma il magistrato può incorrere in illecito disciplinare anche nei seguenti due casi, collegati alle precedenti fattispecie legate ai compiti del capo dell'ufficio e dei presidenti di sezione:

omessa collaborazione del magistrato nell'attuazione delle misure volte a eliminare i ritardi;
reiterazione delle condotte che hanno causato i ritardi.

In questo quadro già abbastanza complesso, va ricordato che la legge delega ha previsto che la segnalazione dei ritardi nel deposito dei provvedimenti può essere effettuata anche dagli avvocati difensori delle parti, con la conseguente possibilità di strumentalizzazioni e con l'assenza di qualsiasi contraddittorio preventivo con il giudice colpito da tali segnalazioni.

Si tratta, a bene vedere, in tutte le ipotesi, di illeciti disciplinari del magistrato collegati alla mancata collaborazione alle iniziative predisposte dal capo dell'ufficio per l'eliminazione di gravi e reiterati ritardi, con specifico riferimento ai piani mirati di smaltimento a tal fine predisposti.

Si tratta, quindi, al pari di quelli ascrivibili al capo dell'ufficio e del presidente di sezione, di illeciti omissivi di pura condotta, che comportano la sanzione, dell'incapacità ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo.

A una prima lettura, potrebbe profilarsi un problema di tassatività della norma, non essendo descritte le condotte di mancata collaborazione del magistrato al piano mirato di smaltimento. La speranza è che i decreti delegati e le norme secondarie colmino tale vuoto.

Ma la speranza finisce qui. Perché sarà inevitabile che le norme di dettaglio saranno funzionali alla descrizione del piano mirato di smaltimento, con indicazione di un cronoprogramma, delle soglie e delle relative verifiche periodiche del rispetto degli obiettivi. Sicché, al verificarsi del mancato raggiungimento di uno di questi obiettivi, potrà dirsi integrato l'elemento materiale dell'illecito disciplinare in esame. Anche in questo caso siamo di fronte a una visione tendenzialmente aziendalistica, produttivistica. Confidiamo che la giurisprudenza disciplinare estenda alcune esimenti dell'elemento soggettivo che ultimamente sta applicando in tema di ritardo nel deposito dei provvedimenti.

Infatti, come è stato osservato anche dal CSM, il legislatore, di fronte all'aumento delle pendenze opta per un

innalzamento della risposta sanzionatoria e rischia di creare eccessive rigidità nella gestione dell'ufficio. Il procedimento disciplinare si converte in uno strumento di governo dell'organizzazione degli uffici, strumento che lo stesso CSM ritiene disfunzionale, anche tenuto conto delle notevoli differenze di ogni tipo tra i vari uffici del territorio italiano.

Significativa sotto tale profilo è la vicenda dell'asimmetria segnalata dal Consiglio nel parere reso con delibera del 21 aprile 2021: era stato messo in evidenza che la disciplina introdotta dal d.l., mentre sanzionava già la prima violazione del dovere, incombente sul capo dell'ufficio, di adottare le misure di cui all'art. 37, co. 5-bis e 5-ter, puniva, invece, la violazione del corrispondente dovere di segnalazione da parte del presidente di sezione solamente se reiterata ai sensi dell'art. 9, co. 1, lett. b), n. 2 del d.l.

Rispondendo ai rilievi del Consiglio, il legislatore, piuttosto che escludere anche per il capo dell'ufficio il rilievo disciplinare della prima violazione, ha ritenuto di estenderlo al presidente di sezione, ampliando così la portata sanzionatoria della novità.

Dai descritti fenomeni di erosione dell'art. 107 terzo comma della Costituzione esce un quadro non rassicurante dei rapporti tra magistrati e dirigenti e, di conseguenza, delle garanzie di indipendenza del singolo magistrato.

Non può essere messo in dubbio che la capacità di rendere giustizia ha poco a che vedere con una performance individuale del magistrato, con parametri di rendimento e di risultato, che assumono significato soprattutto nell'ottica della selezione individuale e di progressioni di "carriera".

Se la giustizia non è solamente una performance, l'impianto di fondo dell'intervento riformatore va contestato. Non vorrei essere frainteso, oggi è principio assodato e condiviso quello secondo il quale il servizio giustizia deve rispondere a criteri di efficienza organizzativa e di tempestività, nozioni quindi necessariamente connesse al dato numerico, quantitativo e di tempo misurabile, ma la valorizzazione di tali elementi non deve oltrepassare certe soglie in nome della considerazione che l'attività giurisdizionale non è paragonabile ad alcun'altra attività umana, tanto meno a una realtà aziendale.

E credo di poter affermare, invece, salve smentite in sede di decreti delegati, che le modifiche, nel complesso, ancorano la professionalità del magistrato e la sua verifica agli aspetti quantitativi del lavoro giudiziario, con accentuazione della possibilità per i dirigenti di pretenderli, con il disciplinare sullo sfondo. È difficile pensare a una maggiore compromissione del modello orizzontale, come a un maggiore condizionamento tra dirigenti e magistrati rispetto a quanto previsto dalle nuove norme in esame.

Rispetto dei programmi di gestione nell'apprezzamento della laboriosità;
determinazione, nell'ambito dei programmi, degli obiettivi di rendimento dell'ufficio con l'indicazione dei risultati attesi;

illecito disciplinare connesso al mancato rispetto delle direttive;

sono esempi concreti della deriva intrapresa, caratterizzata anche da una sorta di nuovo statuto dei dirigenti oscillante tra maggiori compiti di monitoraggio, quasi ispettivi, sull'attività dei singoli magistrati e da più penetranti poteri di potenziale condizionamento in sede di redazione dei rapporti, della distribuzione dei ruoli,

del confezionamento dei programmi di gestione e di DOG ecc..

Ma si tratta di un presunto nuovo statuto decisamente da contestare e da rifiutare.

La collaborazione del magistrato all'organizzazione dell'ufficio è un grande valore, sancito in vari passi della normazione secondaria del CSM, ma le nuove norme sono andate oltre e introducono il rischio dell'adozione di strumenti di condizionamento.

Se poi si pone mente al fatto che sino al 2026 la magistratura tutta è impegnata nel doveroso sforzo di raggiungere i targets del PNRR (peraltro, con le scarse risorse umane e materiali oggi disponibili, con l'introduzione nel settore civile e penale della cd. riforma Cartabia, ennesimo esempio di iperattività normativa, alla quale, invece, dovrebbe contrapporsi una sorta di fermo biologico e con una implementazione faticosa del PPT e ora con il nuovo sistema Minerva, per non voler menzionare la cd. digitalizzazione dei fascicoli che impegna le cancellerie di tutti gli uffici), è fuori di dubbio che la deriva aziendalistica ci allontana sempre di più dal modello costituzionale voluto quel 26 novembre del 1947.

A ben vedere, in buona sostanza, sembra che venga reintrodotta più o meno implicitamente un principio di selezione, di comparazione, contrario allo spirito costituzionale, fondandosi ogni valutazione sulla sola maggiore o minore capacità di definizione dei procedimenti, senza alcuna considerazione qualitativa del lavoro giudiziario.

Anche per il CSM è parso evidente, poi, che in questo modo i magistrati in occasione della valutazione di professionalità tenderanno a precostituirsi un giudizio specifico ad es. sulla capacità organizzativa da spendere successivamente, in occasione del conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi, quando invece il giudizio attitudinale per il conferimento di detti incarichi è ben più ampio, è fondato sulla globale valutazione di professionalità del magistrato (art. 8 T.U. sulla dirigenza).

E ciò senza contare che il parametro della capacità organizzativa è già previsto all'interno del giudizio sulla diligenza. L'introduzione di un nuovo e separato aspetto valutativo, per di più collegato ai solo dati quantitativi, appare superfluo. Ma forse è proprio l'inutilità di una tale previsione che rivela la vera intenzione del legislatore ossia quella di spingere verso verifiche di stampo aziendalistico e produttivistico. La capacità di organizzare non può essere letta unicamente in base ai dati definitori, ma è rappresentata da un insieme composito e variegato di attitudini, competenze e relazioni che possono produrre benefici al servizio giustizia, anche a prescindere dal nudo dato numerico. Si pensi, per fare un banale esempio, alla capacità di organizzare il proprio ruolo e le udienze in modo tale da evitare lunghe attese alle parti e ai difensori e da permettere un ordinato fluire delle attività.

Ancora, va aggiunto che la capacità del magistrato di organizzare il proprio lavoro vale come indicatore solamente laddove sia realmente il singolo magistrato a stabilire carichi e priorità (cosa che non accade in organismi collegiali ove le fissazioni siano operate da altri) e dove si tenga conto della qualità e complessità dei procedimenti.

Come è stato giustamente sostenuto, la collettività deve essere consapevole dell'introduzione di meccanismi di controllo interni alla giurisdizione che rendono chi l'amministra sensibile ai condizionamenti di chi formu

la le valutazioni, perché di fatto ne è incisa la condizione professionale e al fine la serenità di giudizio. Sono perfettamente consapevole che all'esterno, tra i cittadini, le descritte posizioni possono apparire di retroguardia, superate, eccessivamente conservatrici, laddove tutti i settori del mondo del lavoro rincorrono i numeri e corrono verso classifiche e graduatorie, ma occorre ancora una volta, come accaduto quel pomeriggio del 26 novembre 1947, occorre rivendicare con forza la peculiarità della giurisdizione.

Come ricordato, proprio il rifiuto di questo tipo di condizionamenti, incompatibili con il disegno costituzionale di un giudice soggetto soltanto alla legge e distinto solo per funzioni, ha portato alla battaglia per l'abbattimento della carriera e all'adozione di meccanismi di valutazione della professionalità non selettivi a cavallo tra gli anni Sessanta e settanta (con le leggi cd. "Breganze e Breganzone"). Si era infatti ritenuto che i meccanismi selettivi non fossero idonei a misurare la professionalità "concreta" dei magistrati, mentre erano certamente uno strumento per conformare il comportamento del magistrato, che diventa soggetto alla valutazione prima che alla legge.

È stato giustamente notato che la tendenza legislativa alla graduazione dei livelli di "apprezzamento" della laboriosità oggettivamente spinge a una competizione interna sui tempi di definizione e potrebbe – se non ben governata da capi degli uffici culturalmente attrezzati – avere effetti indesiderati.

La conseguenza della scelta del legislatore è quella di affidare le valutazioni ad una sorta di modello astratto di magistrato impegnato a raggiungere sempre migliori performance, con una implicita pressante richiesta di risultati e non quella di costruire un sistema di valutazione che ci restituisca un quadro per ogni magistrato.

È chiaro, l'impegno deve essere sempre massimo, ma i risultati, le performance non possono essere valutati con parametri privatistici di pura efficienza, senza uno sguardo approfondito su tutto ciò che non dipende dal magistrato.

Come si fa a misurare la mera produttività in settori peculiari come ad esempio la volontaria giurisdizione?

Come si misura la professionalità di un magistrato chiamato a trattare affari in relazione ai quali si applicano processi di tipo profondamento diverso? E il PNRR ha aggravato tali criticità con le sue griglie di materie diverse da quelle utilizzate nella valutazione dei flussi ordinari.

È vero che oggi, finalmente, il CSM è giunta alla determinazione dei carichi esigibili e degli obiettivi di rendimento. E tale intervento probabilmente porterà un riequilibrio, una sorta di compensazione rispetto all'andamento sopra descritto. Nella delibera concernente i carichi esigibili il Consiglio ha significativamente messo in luce la necessità che si tenga conto anche della qualità del lavoro giudiziario. Ma resta l'amara considerazione che sia dovuto intervenire il CSM per condurre a una sorta di riequilibrio la situazione, agendo in difesa dell'ordine uscito dall'Assemblea Costituente.

Tuttavia, nella contrapposizione tra l'opzione favorita dal legislatore focalizzata su aspetti essenzialmente quantitativi e la risposta più equilibrata del CSM sembra avere la meglio, purtroppo, la prima, se si pensa ad alcuni indizi nelle nuove norme dell'intenzione del legislatore di sottoporre i magistrati a valutazioni di stampo aziendalistico che finiscono, alla lunga, per creare modelli di giurisdizione lontani dal modello orizzontale previsto in Costituzione.

Il primo indizio riguarda la norma che introduce l'apprezzamento del parametro della capacità, dall'acquisizione a campione, da parte dei consigli giudiziari, dei provvedimenti relativi all'esito degli affari trattati dal magistrato nelle fasi o nei gradi successivi.

Come osservato dal CSM, la previsione spiana la strada a un vaglio sulla conformità del lavoro del magistrato, nel suo sviluppo tra le diverse fasi e i diversi gradi, che è fuori dal nostro sistema poiché questo garantisce, attraverso i rimedi processuali, fisiologici margini di variabilità, di evoluzione e anche di verifica del contenuto dei provvedimenti. Questo è il modo in cui funziona e si forma la giurisprudenza.

È vero che il parametro dell'esito delle impugnazioni assume rilievo solamente a fronte di "gravi anomalie", ma è altrettanto vero che trattasi di nozione generica e indefinita che potrebbe convincere a seguire scelte conformistiche non effettivamente volute, senza contare che il risultato delle impugnazioni può dipendere da molteplici fattori talvolta imponderabili e/o difficilmente accertabili.

Con ciò non si vuole certo sminuire la rilevanza delle fasi successive del giudizio di primo grado, né si vuole ridurre l'importanza attuale della prevedibilità delle decisioni e della consapevolezza di decisioni differenti, ma si intende solamente focalizzare l'attenzione sui rischi di una tale scelta, soprattutto laddove lasciata in mano a nozioni generiche e ad accertamenti necessariamente incompleti, non avendo il nostro sistema meccanismi di verifica automatici e predefiniti.

È ancora vero che la circolare del Consiglio Superiore n. 20691 del 2007 aveva incluso, tra i parametri per valutare la capacità, l'esito – nelle successive fasi e nei gradi del procedimento – dei provvedimenti giudiziari emessi o richiesti, da valutarsi ove presentino caratteri di «significativa anomalia». Quindi, la dizione impiegata dalla delega, di «gravi anomalie», è in realtà più restrittiva rispetto al quadro già in vigore. Ma è altrettanto vero che negli ultimi tempi tale parametro è stato abbandonato nei modelli di rapporto di valutazione di professionalità, appunto, perché appunto non compiutamente definibile e accertabile. Se la nozione di grave anomalia si fonda unicamente sulle percentuali di riforma (o per i PM di assoluzione), senza andare a studiare le ragioni delle riforme, si potrebbero verificare effetti distorcenti e ingiusti in ordine alle valutazioni di professionali dei magistrati, in danno della preziosa visione egualitaria voluta dai costituenti. E va ricordato che l'attuale sistema non consente in alcun modo di verificare in concreto i motivi delle varie riforme e la qualità dei provvedimenti di primo e di secondo grado. Si pensi, ad esempio, a casi di riforma per ragioni di mero rito estranee rispetto all'operato del primo giudice, a casi di riforma di sentenze seriali, a casi di riforma dovute a un revirement della Corte di Cassazione o a una novità legislativa.

Il secondo indizio della volontà del legislatore di proseguire nella direzione di una valutazione penalizzante per i magistrati è rappresentato dalla nuova disposizione in tema di voto della componente laica del Consiglio Giudiziario. La riforma prevede l'attribuzione di un voto in materia di valutazioni di professionalità alla componente degli avvocati nei Consigli Giudiziari. Si tratta di un voto, espressamente indicato come «unitario». La legge, pur frutto di un evidente compromesso tra due opposte esigenze culturali espresse all'interno della magistratura (una refrattaria alle valutazioni *extramoenia*, se non a determinate condizioni, e l'altra invece pienamente favorevole all'assegnazione agli avvocati del potere di deliberare sulle valutazioni di pro

fessionalità dei magistrati), ha scelto comunque di aggiungere al parterre dei valutatori del magistrato anche i rappresentanti del Foro.

Numerose sono le criticità insite in questa scelta.

1) Il cervellotico meccanismo previsto, in sintesi, è il seguente: i Consigli dell'Ordine degli Avvocati segnalano fatti specifici, positivi o negativi, nei confronti di magistrati in servizio negli uffici del circondario; gli avvocati membri del Consiglio Giudiziario esprimono a quel punto un voto unico in occasione della progressione di carriera o di valutazione di quel determinato magistrato: ma cosa accade se la componente del Foro decide in tutto o in parte di discostarsi dalla valutazione contenuta nella segnalazione del Consiglio dell'Ordine? È necessario provocare una nuova deliberazione del consiglio dell'ordine? La nuova eventuale delibera sarebbe vincolante? La legge delega nulla dice e nulla prepara rispetto ai decreti delegati.

2) Si è detto che tale soluzione di compromesso conserva il potere di valutazione complessiva in mano al governo autonomo, ma si dimentica che tale risultato dovrebbe essere per così dire scontato e indiscutibile, laddove, invece, il voto degli avvocati, seppure unitario e seppure mosso da fatti specifici, finirà inevitabilmente per condizionare l'operato dei consigli giudiziari e al termine della corsa anche dei singoli magistrati.

3) E ciò, senza contare che manca comunque la cd. reciprocità che almeno garantirebbe una sorta di equilibrio tra le rispettive prerogative e funzioni.

4) Si è detto che i COA in caso di fatti specifici sono obbligati a motivare i loro rilievi. Ma anche questo elemento è irrilevante, nel senso che è ovvio che i rilievi non potranno essere immotivati. Il nodo non risiede nella eventuale mancanza di motivazione, ma sta nella possibile strumentalizzazione di tali rilievi.

5) E, soprattutto, il procedimento di emersione delle lamentele nell'ambito del Foro è privo di regole, è difficilmente decifrabile, manca di trasparenza.

6) Anche la tesi secondo la quale l'introduzione del voto degli avvocati favorirebbe la conoscenza dei meccanismi interni delle procedure di valutazione dei magistrati e condurrebbe ad una maggiore responsabilizzazione degli avvocati rispetto al funzionamento della giustizia non convince. La conoscenza è già consentita attraverso il cd. diritto di tribuna. La responsabilizzazione è già garantita da vari passaggi normativi in tema di tabelle, programmi di gestione, conferme di direttivi e semidirettivi (art. 71 TU) e così via, ed è giustamente incentrata sull'ufficio e non sul singolo magistrato.

Fino a oggi, opportunamente l'intero sistema di normativa primaria e secondaria prevede che i contributi dell'avvocatura siano espressi sotto forma di segnalazione di fatti specifici, e non nella forma di "pareri" contenenti valutazioni, spettanti, queste ultime, unicamente agli organi di governo autonomo, decentrato e centrale. La legge delega non si limita ad ampliare le fonti di conoscenza, bensì aggiunge aggiungere nuovi soggetti con potere valutativo (fra l'altro, escludendo da tale aggiunta i professori universitari componenti dei Consigli Giudiziari).

Insomma, viene introdotta un'ulteriore forma di condizionamento che si affianca a quelle in precedenza messe in evidenza, in un quadro di insieme che a questo punto si fa allarmante rispetto al modello costituzionale dal quale siamo partiti.

Non si tratta qui di non essere aperti alla trasparenza e al giudizio degli altri, ma si tratta di non creare occasioni di pressione indebite nei confronti dei magistrati.

Invero, il membro laico del CG continua a svolgere, nel corso del mandato consiliare, l'attività forense nello stesso distretto del magistrato in valutazione e tale elemento può tradursi in un fattore incidente sul sereno svolgimento delle funzioni giudiziarie da parte di quest'ultimo e non è escluso che possa dar luogo all'ingresso di valutazioni soggettive ed influenzate dal ruolo di parte.

D'altro canto, che tali preoccupazioni non siano infondate trova conferma nel fatto che i componenti laici del C.S.M. non possono esercitare la professione legale durante il mandato. La *ratio* di tale preclusione è, infatti, da individuarsi nella finalità di assicurare che la partecipazione alle funzioni del governo autonomo della magistratura avvenga, da parte degli avvocati, in condizione di assoluta imparzialità e neutralità rispetto ai magistrati.

Come se non bastassero i descritti indici sintomatici della erosione del principio dell'art. 107 Cost., va segnalato come la valutazione di stampo aziendalistico sia sottoposta ad una ulteriore e rischiosa prova in caso di selezione dei dirigenti e dei semidirettivi: la legge delega reitera, infatti, l'interlocuzione, sebbene in forma "semplificata e riservata", con i magistrati e i dirigenti amministrativi "assegnati all'ufficio giudiziario di provenienza dei candidati", e stabilisce nel prosieguo che il Consiglio debba "specificamente" valutare "gli esiti di tali audizioni e interlocuzioni ai fini della comparazione dei profili dei candidati".

In linea di puro principio, l'ampliamento delle fonti di conoscenza è da salutare con favore, ma a patto che le fonti siano trasparenti, disinteressate e frutto di una sorta di contraddittorio.

Anche il CSM ha sollecitato il legislatore a un ripensamento. Invero, la lettura complessiva della disposizione, invece, parrebbe richiedere, addirittura, l'acquisizione di un "parere", seppure in forma "semplificata e riservata", dei magistrati e dei dirigenti amministrativi, laddove il testo originario del DDL prevedeva solo una interlocuzione con i predetti soggetti. Ma, intanto, l'espressione di un "parere", quale atto della procedura, è incompatibile con la sua acquisizione con modalità riservate, al di là dell'abbandono del principio della trasparenza, a meno di non voler introdurre in modo del tutto sproporzionato il modello *whistleblowing*. La norma è poi generica nell'individuazione dei soggetti chiamati a fornire il parere, senza contare che negli uffici di grandi dimensioni la procedura di selezione potrebbe subire decisivi rallentamenti e appesantimenti. A ciò si aggiunga il fatto che la Commissione risulterebbe obbligata non solo a svolgere l'interlocuzione con colleghi e dirigenti, ma, addirittura, a valutare "specificamente" anche gli esiti di "tali audizioni e interlocuzioni ai fini della comparazione dei profili dei candidati", così imponendo alla medesima di prendere specifica posizione sulle dichiarazioni dei singoli e obbligandola ad una defatigante verifica di 'attendibilità' che esorbita dai connotati ordinari dell'attività amministrativa anche quando, come nel caso che interessa, abbia carattere discrezionale.

Anche qui abbiamo di fronte una norma che introduce potenziali condizionamenti e classifiche incompatibili con il modello orizzontale costituzionale, al quale neppure il capo dell'ufficio deve sfuggire, e che potrebbe essere foriera di turbamento nei rapporti tra i magistrati all'interno degli uffici.

Dopo la *pars destruens*, ecco il tentativo umile della *pars costruens*.

Occorre muovere da dati consolidati e ben conosciuti, ma spesso volutamente dimenticati.

Se proprio si vuole impostare la riforma sull'aspetto quantitativo, allora va ribadito che l'elevatissima labiosità e la capacità di definizione dei procedimenti da parte dei magistrati italiani (che è cosa diversa dall'arretrato) sono costantemente attestate da fonti internazionali, considerando che in Italia il numero dei magistrati in relazione agli abitanti è inferiore alla media dei Paesi del Consiglio d'Europa (in Italia ci sono 11 giudici ogni 100.000 abitanti, a fronte di una media di 22 giudici ogni 100.000 abitanti). La copertura degli organici dei magistrati e del personale amministrativo: questa è l'unica e risolutiva riforma della giustizia. E allora, anzitutto, per le ragioni esposte, occorre eliminare dall'elenco degli illeciti disciplinare le fattispecie direttamente o indirettamente collegate all'organizzazione dell'ufficio complessivamente considerato, ai programmi di gestione o ai piani di smaltimento e alle direttive del capo dell'ufficio.

Il ricorso al disciplinare, da tempo suggestivamente qualificato come "gigantismo disciplinare", non sembra del tutto conforme ai principi costituzionali: è stato giustamente osservato che se costitutiva della funzione giurisdizionale è la posizione di autonomia e indipendenza della magistratura nel suo insieme e del singolo magistrato in quanto tale, e se ingrediente determinante dell'indipendenza è la serenità dell'agente, un sistema disciplinare costruito e percepito come eccessivamente pervasivo non rappresenta il contesto ideale per l'attuazione di tali principi. E a nulla rilevano i modesti dati di condanna dei magistrati, in quanto, al di là del fatto che le percentuali non sono molto diverse da quelle di altre professioni intellettuali, la mera possibilità del disciplinare può essere fonte di condizionamento.

Occorre quindi una valutazione della professionalità non burocratica, in grado di descrivere la storia professionale del magistrato e le sue esperienze, non finalizzata a creare pagelle e graduatorie tra i magistrati con l'uso di aggettivi, ma con lo scopo di attestare, sulla base di elementi valutativi calati nella realtà, nella intrinseca diversità dei percorsi professionali, che i magistrati mantengono un livello di professionalità adeguato alla prosecuzione delle funzioni.

Ecco, se questa dovrebbe essere la valutazione di professionalità, allora il dirigente deve essere a fianco del magistrato e non sovraordinato, non potenzialmente condizionante, deve parlare lo stesso linguaggio anche organizzativo perché il magistrato è chiamato a collaborare quotidianamente all'organizzazione dell'ufficio. Gestione condivisa che non vuol dire solo informazione preventiva e successiva alle fasi decisionale, ma partecipazione attiva a tali fasi per una responsabilizzazione collettiva che non si limita a dare "medagliette". Ma, come detto, l'opzione del disciplinare va considerata come ultima *Thule*.

Sarebbe utile pensare a strumenti rivolti non tanto alla repressione, quanto, come avviene in altri Paesi europei, alla massimizzazione della funzione proattiva dei codici di etica giudiziaria e dei codici disciplinari. Corollario potrebbe essere una nuova centralità del tema del comportamento deontologicamente e disciplinarmente immune nell'ambito dei programmi di formazione, con corsi impostati su casi concreti. Ancora si potrebbe pensare all'attivazione di una funzione consultiva che assista i giudici nelle decisioni relative ai loro comportamenti funzionali o extra funzionali.

Infine, occorrerebbe ripensare al rapporto tra dirigenza e disciplinare.

È chiaro che esiste una stretta correlazione tra responsabilità disciplinare e ruolo della dirigenza giudiziaria nell'attuale assetto ordinamentale.

È altrettanto vero che talvolta gli illeciti disciplinari contestati al singolo possono essere la spia di forme di organizzazione del lavoro non efficaci o di carenze di attenzione della dirigenza giudiziaria nell'individuare tempestivamente situazioni problematiche, prodromiche alla loro consumazione. E quindi, il dirigente non deve esimersi da attività di controllo continuo e minuzioso.

Tuttavia, le nuove disposizioni in tema di disciplinare paiono confliggere con tale realtà, nel senso che esse finiscono per imporre nuovi e ulteriori obblighi di tempestiva segnalazione di situazioni idonee ad integrare illeciti disciplinari e, configurando anche a carico dei capi ufficio ipotesi di responsabilità derivanti da un'omessa sollecita informativa, rischiano di privilegiare una dimensione burocratica e difensiva del ruolo a detrimento, invece, dell'adozione di efficaci misure organizzative tese a risolvere i problemi, a supportare il magistrato che versi in situazioni di momentanea difficoltà lavorativa e a prevenire comportamenti di possibile rilievo disciplinare.

I possibili antidoti rispetto a una tale deriva sono a mio avviso:

la semplificazione delle regole che presiedono all'organizzazione;

la logica partecipativa;

il principio di responsabilizzazione diffusa.

Con la prima nozione ci si vuole riferire alla pressante esigenza, soprattutto oggi in vista del PNRR, oltre alla già iniziata semplificazione della procedura tabellare, di accorpamento e razionalizzazione della miriade dei testi che incidono in vario modo sulla materia organizzativa, e che hanno prodotto un accumulo difficilmente governabile e nel quale diventa sempre più impervio districarsi (DOG, programma di gestione, progetto organizzativo dell'UPP ecc.), per giungere a fine corsa alla redazione di un TU dell'organizzazione giudiziaria. Quanto al profilo della partecipazione e della responsabilità diffusa, lungi da integrare una riduzione dell'impegno e/o della *accountability* dei capi degli uffici, esso va letto come occasione per introdurre, sull'onda di una tradizione decennale della normazione secondaria del CSM in tema di procedura tabellare, forme di condivisione delle decisioni, ad esempio attraverso il lavoro in staff per determinati settori, per determinate materie o per determinati progetti, forme cioè di effettiva e concreta partecipazione ai vari passaggi decisionali. Non solo quindi mera informazione e/o partecipazione alle consuete e già sperimentate riunioni, ma un *quid pluris*.

Semplificazione e condivisione dei processi decisionali, da un lato, formazione e attività preventiva dall'altro, accompagnate da un modello di valutazione che rifugga da logiche aziendalistiche e da un disciplinare equilibrato paiono, allo stato, le uniche vie che possono condurre alla conservazione del nostro scrigno prezioso, a tutto vantaggio di tutti i fruitori del servizio giustizia.

L'ORDINE GIURIDICO NEL PENSIERO CONSERVATORE.

di Francesco PERRONE, Giudice del Tribunale di Padova

1. Il corso del Novecento ha visto sempre più degradare l'idea che la conoscenza umana possa fondarsi su un'autentica base ontologica, a nutrimento di una visione che concepisce la realtà conoscibile (o la realtà *tout court*, secondo certi approcci) come pura rappresentazione soggettiva.

Lo stridente attrito tra queste due prospettive segna il claudicante cammino identitario percorso dall'Occidente contemporaneo.

Sin dalla prima metà del XIX secolo, con l'irradiazione del pensiero filosofico di Schopenhauer e, poi, di Nietzsche (la fortuna del secondo, come noto, è postuma), si è progressivamente radicata una visione del *mondo come volontà e rappresentazione* (l'opera fondamentale di Schopenhauer è del 1819). La realtà degrada a prodotto della sua rappresentazione soggettiva, verso cui la volontà individuale protende il proprio potere d'azione (*Wille zur Macht*), libera da vincoli autoritativi che non sia l'individuo stesso a rappresentare fuori di sé (in prospettiva sociale e politica), e autorappresentare in sé (in prospettiva antropologica e morale).

Il soggettivismo gnoseologico, la negazione dell'esistenza di sistemi d'ordine naturali, la sfiducia nell'accessibilità del "senso" della realtà (l'inaccessibilità intellettuale del noumeno, secondo Kant), si riversano nel rifiuto postmoderno delle grandi narrazioni di principio (il cristianesimo, il razionalismo, il marxismo...), nell'abbandono del concetto di Essere e nella fascinazione per le forme di *pensiero debole* e, ancor più radicalmente, nell'avversione all'idea che la natura esista come sistema provvisto di un ordine proprio, che non sia lo stesso soggetto a costruire o ordinare a posteriori tramite l'impiego delle proprie facoltà cognitive. In questa prospettiva, gli stessi "fatti" - prodotto dell'organizzazione relazionale tra "dati" - non sono pensabili se non in quanto ordinati dalle strutture cognitive formali applicate dal soggetto esperiente.

La contesa tra *essere e rappresentazione* riguarda ogni ambito della conoscenza, non esclusi i modelli cognitivi propri della giurisdizione: il ruolo della giurisdizione è l'attuazione di rappresentazioni che la volontà (o un insieme di volontà) pretende trasformare in fatto, o quello di assicurare, sul piano storico delle relazioni politiche, sociali, antropologiche, l'effettività dell'ordine sistemico inscritto nell'ontologia anche dell'essere umano e delle cose?

Sono radicalmente diverse le implicazioni che tali opposte prospettive comportano sul piano della teoria dell'interpretazione, del rapporto con i sistemi valoriali, della contesa tra giustizia formale e giustizia sostanziale.

L'autorità politica è a sua volta interpellata dal medesimo dilemma: chi detiene il potere di dettare le regole è

libero di rappresentarsi *qualunque* progetto di riforma dell'esistente, cui indirizzare la potenza attuativa della propria volontà, o è chiamato a rispettare un ordine sistemico che dall'esterno ne vincola i margini (o indirizza i fini) di legittimo dispiegamento?

Forse è utile fare cenno, una volta per tutte, all'evidente: la giustapposizione progressismo-conservatorismo ha ben poco a che vedere con l'opposizione tra sinistra e destra politiche. Sono innumerevoli gli esempi che dimostrano la rottura di tale simmetria, a cominciare dal rivoluzionato atteggiamento assunto oggi dal partito repubblicano nel sistema politico statunitense, finiti i tempi del *Grand Old Party* e della parentesi *neo-cons*.

2. – Paul Kahn argomenta che “progetto” e “sistema” sono le due forme narrative in competizione che organizzano il modo in cui immaginiamo la natura dell'ordine legale. Un *progetto* trae il suo principio ordinatore dall'atto intenzionale di un soggetto libero. Un *sistema* trae il suo principio ordinatore in modo immanente e spontaneo. Nella prospettiva di Kahn, scrivere una riforma costituzionale è un progetto. Il mercato invece è un sistema, in quanto la legge della domanda e dell'offerta non può essere fondata intenzionalmente da alcuno (al più, si può tentare di interferirvi, tramite l'attuazione di un progetto). Analogamente, la *common law* è un sistema, in quanto i principi legali emergono da un incessante processo di decisioni particolari, alla cui origine vi è la stessa comunità (con i suoi *customs*), che il diritto mira a ordinare. Anche il mondo naturale è un luogo di ordine senza un'intenzione (emblematico, pur con le dovute precisazioni, il concetto di *teleonomia* in Jacques Monod). La società stessa è un luogo di ordine senza un'intenzione, e su tale assunto trova fondamento lo sviluppo delle moderne scienze sociali.

Le categorie di *progetto* e di *sistema* aiutano a focalizzare l'essenziale linea distintiva che intercorre tra pensiero progressista e pensiero conservatore. I progressisti concepiscono la politica, ma anche l'esercizio della giurisdizione, come il dominio dei progetti (ad esempio di riforma sociale, di lotta alle discriminazioni, di promozione di taluni diritti civili), anche rompendo l'ordine esistente per sostituirlo con un ordine migliore (il destino progressivo dell'umanità è, del resto, un caposaldo di ogni progressismo). Per contro, i conservatori concepiscono la legge e le costituzioni come il prodotto di una lenta crescita, un sistema organico che emerge spontaneamente dall'ordine immanente delle cose (ad esempio della natura, della famiglia, della comunità, del mercato).

Il difficile dibattito sulla definizione di “dignità umana”, nella sua centralità giuridica, politica e morale,¹ raffigura in modo emblematico il conflitto, concettuale e identitario, che contrappone l'idea (progressista) di *progetto* e l'idea (conservatrice) di *sistema*. Da un lato, la concezione della dignità in senso soggettivo: essa identifica ed esaurisce il concetto di dignità nell'imperativo che impone di proteggere l'autodeterminazione della volontà di ciascuno. In sostanza, è il riconoscimento della pretesa che l'oggetto della volontà individua-

[1] Artt. 2, 3, 13 comma 4, 27 comma 3, 29, 32, 36 e 41 della Costituzione italiana; art. 1 della Costituzione tedesca; art. 1 CdfUe e art. 2 Tue; artt. 1, 22 e 23 della Dichiarazione universale dei diritti umani; Preambolo dello Statuto delle Nazioni Unite del 1945.

le diventi fatto e, in questo senso, una variazione semantica della libertà di autodeterminazione del soggetto. Tale impostazione ha trovato particolare diffusione nell'ambito dei *progetti* di riforma giuridica su temi di peculiare sensibilità etica: inizio e fine-vita, pratiche procreative medicalmente assistite, alimentazione e idratazione forzata, suicidio assistito (sono note le vicende Welby, Englaro, DJ Fabo e i loro risvolti giudiziari, anche di livello costituzionale), accesso all'adozione in relazione alla questione della parità di genere. Dall'altro lato, la dignità intesa in senso oggettivo: essa riconosce alla dignità un'autonoma struttura sostanziale, svincolata dal fondamento autodeterminativo della volontà. La dignità in senso oggettivo può ben porsi in concorrenza o in contrapposizione con le finalità progettuali che la volontà individuale si prefigga di perseguire. La concezione oggettiva non pretende che alla volontà individuale possa o debba essere negato ogni rilievo, prevede semmai che sia lo stesso contenuto oggettivo della dignità a porre le condizioni e i limiti del campo di esistenza entro cui la libertà di autodeterminazione individuale può o deve assumere valore.

3. - Mi sembra che, nell'Occidente contemporaneo, l'approccio rappresentativo-volontaristico (o progressista, nell'accezione sopra tratteggiata) sia sostanzialmente preponderante: sia a livello dell'immaginario collettivo, che Freddie Mercury, in *Innuendo*, cantava in versione *pop* (“...you can be anything you want to be, be free...”), riassumendo in una frase, col suo genio, tutti gli elementi costitutivi di tale narrativa (potere, volontà, libertà); sia a livello della più avanzata elaborazione dottrinale, come dimostrato dal fatto che, tra le principali contemporanee dottrine giuridico-filosofiche di giustificazione fondativa dei diritti umani (teoria positivista, teoria strumentale, teoria normativa, tra le più in voga), nessuna di esse è di impronta giusnaturalista. Del resto, è sufficiente partecipare a un qualunque dibattito giuridico sull'argomento per constatare, già a livello epidermico, quanto sia diffusamente invisibile l'originario approccio giusnaturalistico che fu proprio, tra l'altro, della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948.

Eppure, in un contesto culturale, politico, morale, giuridico che disconosca ogni principio d'ordine immanente all'ordine naturale dell'essere, è molto problematico (e io credo disperato) il tentativo di ritrovare un fondamento autentico e stabile a giustificazione del senso stesso dei diritti umani, se intesi quali diritti inerenti alla persona per *ciò che è*, e perciò resistenti a qualunque volontà che, in un determinato (e fatalmente transeunte) contesto socio-politico, pretenda di imporre una rappresentazione svincolata dalla struttura costitutiva del suo essere.

È quindi *ideologica* ogni rappresentazione dedotta da un'idea che resti indifferente al piano storico della realtà (si pensi all'*homo politicus* nel pensiero marxista, alla razza ariana nel nazismo, a *Émile* di Rousseau, ma anche ad Eva che nell'Eden mangia del frutto della conoscenza del bene e del male). Non è un caso che *Il trionfo della volontà*, terribile capolavoro cinematografico di Leni Riefensthal, è il titolo assegnato al più noto filmato di propaganda nazista.

Ecco che i diritti fondamentali sono suscettibili di trovare riconoscimento secondo le modalità, i contenuti e le condizioni dettate dalla rappresentazione che, in un dato momento, abbia il potere di imporre la cogenza. Questa visione reca effetti irrimediabilmente decostruttivi: essa intacca il carattere “universale” dei diritti

umani (o lo nega alla radice, con effetto paradosso), il fondamento della loro selezione, la possibilità d'essere della stessa relazione intersoggettiva.

4. – Il neo-costituzionalismo contemporaneo tenta generalmente di superare il problema del fondamento dei diritti umani riaffermando un neo-positivismo che ne radichi la giustificazione sui testi costituzionali nazionali e sovranazionali, ritenendo in tal modo di sottrarre il tema al pericoloso dibattito sui valori. Eppure, la storia ha più volte mostrato come le costituzioni si possono fare e disfare, per vie più o meno legali o fattuali. Tanto più che il sistema giuridico ben si presta ad essere ricostruito non come scienza dell'ordine della realtà, ma come tecnica del linguaggio.

Un ordine giuridico che voglia riconoscere l'essere umano quale titolare *universale* di dignità e libertà, è ai *sistemi* che deve volgere il proprio sguardo. Deve essere paziente, perché lenta è la ricerca nelle cose delle radici dei progetti. Deve essere dialogico, perché è il *dia-logos* tra i distinti l'unico fondamento possibile di una pace che non sia fatua tolleranza.

Nella contemporanea contesa tra potenze planetarie, e tra i diversi modelli socio-antropologici di cui ciascuna è portatrice, è questo il campo in cui l'Occidente gioca la partita della propria identità, del proprio senso, della propria esistenza.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE.

Edmund Burke, *Riflessioni sulla Rivoluzione in Francia*, 1790.

Joe Atkinson, *Human Rights as Foundations for Labour Law*, in *Philosophical Foundations of Labour Law*, 2018.

Augustin Cochin, *L'esprit du jacobinisme*, 1979.

Genesi, II, 1-6.

Natalino Irti, *Il destino di Nomos*, in *Elogio del diritto*, 2019.

Victor Klemperer, *La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, 1998.

Paul W. Kahn, *Origins of Order: Project and System in the American Legal Imagination*, 2019.

Jean-François Lyotard, *La conditione postmoderne. Rapport sur le savoir*, 1979.

Virginia Mantouvalou, *Are labour rights human rights?*, in *European Labour Law Journal*, vol. 3, no. 2, 2012.

Friedrich Nietzsche, *Così parlò Zarathustra*, 1885.

Jean-Jacques Rousseau, *Émile ou De l'éducation*, 1762.

Arthur Schopenhauer, *Il mondo come volontà e rappresentazione*, 1819.

Gianni Vattimo, *La fine della modernità*, 1985.

NOTE SPARSE SUL CONTENUTO DELL'ONERE DI ALLEGAZIONE NELLA DOMANDA DI RISARCIMENTO DEL DANNO PER RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE ED EXTRACONTRATTUALE*.

di Paolo SPAZIANI, consigliere della Corte di cassazione

* Lo scritto nasce dalla rielaborazione, con aggiunta delle note, della relazione tenuta il 27 maggio 2024 al Corso della Scuola Superiore della Magistratura dal titolo “*Questioni in tema di responsabilità civile*”.

1. L'onere assertivo quale situazione giuridica processuale
2. Onere di allegazione e fattispecie di responsabilità extracontrattuale
 - 2.a. La necessità dell'elemento della causalità giuridica e del danno-conseguenza
 - 2.b. Onere di allegazione del danno-conseguenza e sentenza di condanna generica al risarcimento
 - 2.c. Onere di allegazione e qualificazione della domanda
3. Onere di allegazione e fattispecie di responsabilità contrattuale
 - 3.a. La necessità dell'elemento della causalità materiale e del danno-evento
 - 3.b. L'onere di allegazione dell'inadempimento
 - 3.c. Onere di allegazione e violazione dell'obbligo informativo

1. L'ONERE ASSERTIVO QUALE SITUAZIONE GIURIDICA PROCESSUALE.

L'onere assertivo può essere definito come la situazione giuridica soggettiva processuale consistente nel *dovere* gravante sull'*attore* e sul *convenuto* di allegare ritualmente (in modo chiaro, completo e nelle forme previste) e tempestivamente (prima della maturazione delle preclusioni *assertive*, generalmente cadenti, nella tempistica processuale, prima di quelle *istruttorie*), rispettivamente, i fatti *costitutivi* del diritto azionato e i fatti *impeditivi*, *modificativi* od *estintivi* di tale diritto, in funzione dell'interesse ad ottenere una pronuncia sul merito della domanda proposta e delle eccezioni in senso proprio eventualmente sollevate.

Il fondamento dell'onere (e della successiva decadenza dall'allegazione ove non assolto, con conseguente inammissibilità della domanda per violazione del divieto di *nova*) va individuato nei principi che governano tradizionalmente il processo di cognizione, ovverosia, oltre ai principi del *giudicato* e del *contraddittorio* (il secondo dei quali avente rilevanza costituzionale), il principio dell'*impulso di parte* (art.99 cod. proc. civ.), il principio *dispositivo in senso materiale* (art. 112 cod. proc. civ.), il *principio dispositivo* in senso formale

(art. 115 cod. proc. civ.).

Con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 149/2022 la barriera preclusiva assertiva è stata spostata a prima della udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa di cui all'art. 183 cod. proc. civ. e precisamente a livello della *prima memoria integrativa ex art. 171-ter cod. proc. civ.*.

Precisamente: L'art. 171-ter prevede tre memorie integrative, stabilendo che le parti, a pena di decadenza, possono:

- 1) con una prima memoria integrativa da depositare almeno quaranta giorni prima dell'udienza, proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte; con la stessa memoria l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparsa di risposta; l'oggetto del giudizio, quindi, in sede di prima memoria, può essere allargato a tal punto da comprendere nuove domande e nuove eccezioni dell'attore e l'ingresso di una nuova parte: ciò è ammesso a condizione che queste allegazioni risultino necessarie alla luce delle difese prospettate dal convenuto, che la parte attrice ha potuto conoscere solo con l'esame della comparsa di risposta. In questo senso, se il convenuto ha spiegato domanda riconvenzionale, l'attore sarà legittimato a proporre un'ulteriore controdomanda (c.d. *reconventio reconventionis*). Da questo momento in avanti non è più ammesso chiarire i contorni delle pretese fatte valere o allegare ulteriori fatti, anche se secondari, connessi alle deduzioni principali;
- 2) con una seconda memoria integrativa da depositare almeno venti giorni prima dell'udienza, replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al numero 1), nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali. È qui fissata un'invalicabile preclusione in ordine alle istanze istruttorie: la memoria n. 2 è infatti l'ultima occasione processuale utile per indicare i mezzi di prova che si richiede vengano assunti in giudizio e per produrre i documenti posti a supporto delle domande;
- 3) con una terza memoria integrativa da depositare almeno dieci giorni prima dell'udienza, replicare alle eccezioni nuove e indicare la prova contraria: il terzo termine è quindi fissato esclusivamente per presentare istanze istruttorie la cui esigenza è scaturita dalle richieste di natura probatoria dell'altra parte.

La *ratio* di tale anticipazione è quella di assicurare una puntuale e tempestiva *discovery*, con cristallizzazione del *thema decidendum* e del *thema probandum* già prima dell'udienza, la quale diviene concludente e produttiva, potenzialmente in grado di preludere direttamente alla definizione della lite.

2. ONERE DI ALLEGAZIONE E FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ EXTRA CONTRATTUALE.

Chi agisce per il risarcimento del danno ha l'onere di allegare tutti gli elementi (*fatto; nesso causale materiale; danno-evento; nesso causale giuridico; danno conseguenza; elemento subiettivo*) costitutivi della fattispecie di responsabilità.

Questa regola non pone problemi per la fattispecie di responsabilità extracontrattuale, atteso che: a) non si

dubita del carattere *pluralistico* di tale fattispecie; b) l'onere di allegazione coincide, sul piano del suo *oggetto*, con l'onere della prova.

2.A. LA NECESSITÀ DELL'ELEMENTO DELLA CAUSALITÀ GIURIDICA E DEL DANNO-CONSEGUENZA.

Con riguardo al carattere *pluralistico* della fattispecie di responsabilità extracontrattuale, autorevoli posizioni dottrinali hanno messo in dubbio la necessità dell'elemento della *causalità giuridica* e del *danno-conseguenza*, sull'assunto che il danno ingiusto di cui parla l'art.2043 cod. civ. vi sarebbe senz'altro in caso di lesione di una situazione giuridica soggettiva avente i caratteri di diritto soggettivo assoluto.

Si è detto: “se addirittura si ammette la tutelabilità aquiliana delle lesioni delle situazioni soggettive minori (possesso, interesse legittimo, diritti relativi), quando si verifica la lesione di un diritto assoluto (diritto di proprietà o diritto della personalità) essa deve reputarsi sufficiente fondare il diritto al risarcimento (tesi del danno *in re ipsa*)”¹.

Inoltre, muovendo dall'individuazione dei *rimedi extracontrattuali*², si è avanzato anche il dubbio sulla necessità della sussistenza del danno *purchessia* (quindi anche del danno-evento, e della stessa causalità materiale); ciò, in quanto tra i rimedi extracontrattuali si è individuato, come rimedio di carattere generale, oltre al risarcimento (per equivalente o in forma specifica) anche l'*inibitoria*, rimedio che trova fondamento nell'esigenza di *prevenire* il danno e che quindi può essere esercitato quando il danno non si è ancora prodotto: dunque – si è argomentato – può sussistere un illecito extracontrattuale indipendentemente dal danno.

Queste suggestioni dottrinali non sono state raccolte dalla giurisprudenza di legittimità che ha riaffermato il carattere pienamente pluralistico della fattispecie di responsabilità extracontrattuale quale fattispecie che non solo esige il danno, ma esige, oltre al danno-evento (e, quindi, alla causalità materiale) anche il danno-conseguenza (e, quindi, la causalità giuridica). L'occasione è stata fornita dalla tematica della *occupazione immobiliare sine titolo*. Le Sezioni Unite hanno statuito che, in caso di occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo, il fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del *danno emergente* è la concreta possibilità, andata perduta, di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto, mediante concessione a terzi dietro corrispettivo (restando, invece, non risarcibile il venir meno della mera facoltà di non uso, quale manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, suscettibile di reintegrazione attraverso la sola tutela reale).

Le stesse Sezioni Unite hanno poi ulteriormente sancito che il fatto costitutivo del diritto al risarcimento del

[1] Sul tema generale del danno *in re ipsa*, v. il perspicuo saggio di M. Costanza, *Danno in re ipsa sempre o mai*, in questa *Rivista*, 5 luglio 2023 e, *ivi*, per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

[2] La definitiva sistematizzazione di un *genus* di rimedi extracontrattuali, in cui è inclusa, oltre la *species* del risarcimento del danno, anche quella dell'*inibitoria*, che dal danno prescinde, si deve a C.M. Bianca, *Rimedi extracontrattuali*, in *Diritto civile*, vol.5, *La responsabilità*, Milano, 1994 (Cap. XVII).

lucro cessante è lo specifico pregiudizio subito, rappresentato dall'impossibilità di concedere il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o di venderlo ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

Entrambe le voci di danno – hanno specificato le Sezioni Unite – devono formare oggetto di allegazione, dovendosi dedurre, quanto al *danno emergente*, la concreta possibilità di godimento perduta e, quanto al *lucro cessante*, lo specifico pregiudizio subito (sotto il profilo della perdita di occasioni di vendere o locare il bene a un prezzo o a un canone superiore a quello di mercato), di cui, a fronte della specifica contestazione del convenuto, l'attore è chiamato a fornire la prova anche mediante presunzioni o il richiamo alle nozioni di fatto rientranti nella comune esperienza³.

La mancanza di allegazione delle dette voci di danno non pone in discussione l'*illiceità* della detenzione (che giustifica la condanna al rilascio) ma la sussistenza di una conseguenza dannosa risarcibile, in assenza della quale la fattispecie dell'art. 2043 cod. civ., quale fattispecie legittimante lo specifico rimedio risarcitorio, non è configurabile, in ragione della mancata integrazione (non già di un elemento costitutivo essenziale della condotta illecita, che sussiste anche indipendentemente dal danno-conseguenza e giustifica l'esperimento di altri rimedi, quali, secondo i casi, l'inibitoria o, appunto, il rilascio) bensì dell'*illecito che legittima al detto rimedio risarcitorio*, quale rimedio non esperibile in mancanza di una conseguenza dannosa risarcibile⁴.

Nell'occupazione *sine titulo* la condanna dell'occupante al rilascio dell'immobile (ma lo stesso può dirsi, in altre fattispecie, con riferimento all'*inibitoria*, a prescindere dalla questione della sua ammissibilità quale rimedio extracontrattuale generale), eventualmente invocata dal proprietario, presuppone l'avvenuta *violazione dell'ordine formale*, ovvero sia una condotta illecita che giustifica il rimedio reale volto ad ottenere o riottenere (*reintegrazione*) lo stesso bene che costituiva il punto di riferimento oggettivo dell'interesse giuridicamente tutelato, *ma non anche la sussistenza di un fatto illecito aquiliano ex art.2043 cod. civ., sanzionabile con la tutela risarcitoria volta ad ottenere una prestazione succedanea a quella che costituiva il punto di riferimento dell'interesse originario*⁵, il quale si integra soltanto in presenza di una conseguenza dannosa risarcibile, che il proprietario-danneggiato ha l'onere di allegare e, in caso di contestazione dell'occupante-danneggiante, di provare, anche mediante presunzioni.

2.B. ONERE DI ALLEGAZIONE DEL DANNO-CONSEGUENZA E SENTENZA DI CONDANNA GENERICA AL RISARCIMENTO.

L'onere di allegazione del danno conseguenza viene meno quando si chiede la condanna generica al risarcimento.

[3] Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645.

[4] Cass., Sez. Un., 15 novembre 2022, n. 33645, *cit.*, part. Punto 4.6. delle *Ragioni della decisione*.

[5] Così, con riguardo alla natura della prestazione risarcitoria, sia per equivalente che in forma specifica, C.M. Bianca, *Diritto civile, vol.5, La responsabilità*, Milano 2021, 213.

La giurisprudenza di legittimità è ferma nel ritenere che la condanna generica (sia quella emessa in sede penale ex art. 539 cod. proc. pen., in favore della parte civile costituita, sia quella emessa in sede civile ex art. 278 cod. proc. pen. nell'ambito della dicotomia *an debeatur già accertato/quantum debeatur ancora controverso*) attiene esclusivamente alla *causalità materiale* di cui agli artt. 40 e 41 cod. pen., ovverosia al nesso eziologico che lega la condotta all'*evento di danno*, in quanto tale dotato di potenzialità lesiva. Essa non contiene, pertanto, l'accertamento dell'ulteriore elemento costitutivo dell'illecito civile, costituito dalla *causalità giuridica* di cui agli artt. 1223 e 2056 cod. civ., ovverosia dal nesso eziologico che lega l'evento di danno al *danno-conseguenza*. Tale ulteriore elemento, indispensabile in funzione dell'integrazione dell'illecito civile, in mancanza del quale non è configurabile il diritto al risarcimento, viene accertato, nel primo caso, dal giudice civile in sede di rinvio, nel secondo caso dallo stesso giudice della sentenza non definitiva sull'*an* in seguito all'istruzione impartita con la successiva ordinanza⁶.

Le Sezioni Unite hanno affermato i seguenti principi: *a)* ai fini del risarcimento del danno, la vittima di un fatto illecito può proporre una domanda limitata *ab origine* all'accertamento del solo *an debeatur*, con riserva di accertamento del *quantum* in un separato giudizio; *b)* nel giudizio introdotto da una siffatta domanda, peraltro, il giudice, su istanza di parte, può pronunciare anche condanna provvisoria ai sensi dell'art. 278 cod. proc. civ., nei limiti in cui ritiene raggiunta la prova, anche se non è stata fatta domanda di quantificazione del danno; *c)* la condanna alla provvisoria, possibile anche nel giudizio ex art. 622 cod. proc. pen., postula l'accertamento del danno, inteso quale conseguenza dannosa risarcibile, almeno in parte, mentre per l'accoglimento della domanda generica è sufficiente che l'esistenza di un danno sia solo probabile, e quindi è sufficiente l'accertamento del danno-evento; *d)* poiché, ai fini dell'accoglimento della domanda generica sull'*an debeatur*, è necessario (ma anche sufficiente) che il danno sia soltanto *probabile*, il danneggiato che abbia circoscritto l'azione a tale domanda non è onerato di indicare analiticamente i mezzi di prova di cui intende avvalersi nel futuro e separato giudizio sul *quantum debeatur*, i quali, anzi, ove indicati, non dovrebbero essere ammessi, in quanto irrilevanti⁷.

I principi affermati dalle Sezioni Unite hanno fatto giustizia del contrastato orientamento secondo cui, anche ai fini dell'ottenimento di una sentenza di condanna generica con provvisoria, ex art. 278 cod. proc. civ., il creditore-attore sarebbe stato onerato di formulare espressa domanda di quantificazione del danno (ovverosia, una domanda specifica, allegando i danni-conseguenza patrimoniali e non patrimoniali), nonché di dedurre i relativi mezzi di prova.

Da essi principi può trarsi l'implicazione per cui, se il danneggiato esercita la facoltà processuale di limitare la domanda all'*an debeatur* (eventualmente chiedendo la condanna del danneggiante ad una provvisoria),

[6] Tra le molte pronunce in tal senso, v. Cass. 5 maggio 2020, n. 8477; Cass. 2 agosto 2022, n. 23960; Cass. 6 novembre 2023, n. 30759; Cass. 31 gennaio 2024, n. 2897.

[7] Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2022, n.29862.

il giudice non può pronunciare la condanna specifica: una siffatta pronuncia, infatti, violerebbe sia il principio dispositivo in senso materiale (art.112 cod. proc. civ.) che riserva alle parti la disponibilità dell'oggetto del processo, sia il principio dispositivo in senso formale (art.115 cod. proc. civ.), che riserva alle parti la disponibilità delle prove.

Tale pronuncia potrebbe essere impugnata dal danneggiato non solo nel caso in cui la domanda specifica sia rigettata ma anche nel caso in cui sia accolta, in quanto al danneggiato è stato inibito l'esercizio del diritto alla prova sulla quantificazione del danno, esercizio che – *in thesi* – avrebbe potuto consentirgli di ottenere una liquidazione del danno in misura superiore.

I principi affermati dalle Sezioni Unite, però, valgono per la fattispecie in cui il danneggiato abbia limitato la domanda all' *an debeatur*. *Quid iuris* se invece il danneggiato, in sede penale con la costituzione di parte civile, o in sede civile nel giudizio ex art.622 cod. proc. civ., oppure nella fattispecie tradizionale ex art.278 cod. proc. civ., ha proposto, in via alternativa, entrambe le domande, per un verso chiedendo la condanna dei responsabili “*alla complessiva somma di € od alla diversa maggiore o minore somma dovesse essere ritenuta di giustizia*”, per altro verso chiedendo la liquidazione del danno in separata sede?

Si deve ritenere che tra la domanda relativa all' *an debeatur* e quella relativa al *quantum debeatur* non si pone un rapporto di piena alternatività, ma un rapporto di pregiudizialità che la giurisprudenza di legittimità, con orientamento risalente, autorevolmente espresso e mai smentito⁸, inquadra nella categoria della *pregiudizialità logica*, non soggetta all'applicazione dell'art. 34 cod. prov. civ., applicazione circoscritta alla diversa fattispecie della pregiudizialità tecnica.

Pertanto, mentre, nell'ipotesi in cui le due domande siano proposte contemporaneamente a davanti a due giudici diversi, non deve procedersi alla sospensione necessaria del giudizio sul *quantum* in attesa della definizione di quello sull'*an*⁹, nella diversa ipotesi di proposizione delle domande contemporaneamente dinanzi al medesimo giudice, la domanda pregiudiziale non deve essere decisa autonomamente, poiché l'accertamento sul diritto pregiudicato (oggetto della domanda specifica) implica quello sul rapporto pregiudicante (oggetto della domanda generica), cui si estende l'effetto di giudicato.

2.C. ONERE DI ALLEGAZIONE E QUALIFICAZIONE DELLA DOMANDA.

Il problema si pone con peculiare evidenza nei rapporti tra la fattispecie generale disciplinata dall'art. 2043 cod. civ. e le responsabilità speciali disciplinate dagli artt. 2047 ss. cod. civ. e dalle leggi speciali

Se, nell'originaria allegazione, la domanda viene formulata ai sensi dell'art. 2043 cod. civ. o ai sensi di una tra le disposizioni di cui agli artt. 2047 ss. oppure ai sensi di una figura speciale di responsabilità prevista in una legge particolare, il giudice può applicare la disciplina di un'altra responsabilità speciale se ritiene di sussumere la vicenda nella relativa fattispecie?

[8] Cass., Sez. Un., 26 luglio 2004, n. 14060.

[9] In tema, v. Cass., Sez. Un., 19/06/2012, n. 10027.

Le possibilità sono tre.

Prima possibilità. Il giudice applica la disciplina della responsabilità speciale in cui ritiene di sussumere la fattispecie: es. l'art. 2051 o l'art. 2052 cod. civ. in luogo dell'art. 2043. *La sentenza è valida o è viziata da ultrapetizione?*

Seconda possibilità. Il giudice applica la disciplina invocata dalla parte (non quella diversa in cui la fattispecie sarebbe sussumibile) e *rigetta la domanda*. L'attore, impugnando la sentenza di rigetto, può dedurre per la prima volta in appello la sussumibilità della fattispecie nella diversa regola di responsabilità speciale oppure, qualora lo faccia, *si determina una mutatio libelli, con conseguente domanda nuova – dunque inammissibile – in appello?*

Terza possibilità. Il giudice applica la disciplina invocata dalla parte (non quella diversa in cui la fattispecie sarebbe sussumibile) e *accoglie la domanda*. Impugna quindi il convenuto che contesta la sussistenza dei requisiti costitutivi della sua responsabilità alla stregua della norma generale (art. 2043 cod. civ.) o della disposizione di responsabilità speciale applicata. Il giudice d'appello può, in difetto di impugnazione dell'attore, officiosamente, applicare la diversa disposizione di responsabilità speciale in base alla quale il convenuto sarebbe responsabile oppure *è ormai sceso il giudicato sulla configurazione della domanda nei termini originariamente indicati dall'attore perché non impugnata?*

Ora, tradizionalmente, per risolvere queste questioni si è fatto ricorso – anche nella giurisprudenza di legittimità – al principio secondo il quale il potere di interpretazione della domanda spetta al giudice del merito, traendone l'implicazione per cui, dato tale potere, il giudice può procedere alla *qualificazione* della domanda medesima anche in modo diverso dalle parti.

Nella fenomenologia delle pronunce giurisprudenziali si è quindi talora manifestata una linea di pensiero non sempre coerente nella quale, mentre si tendeva ad escludere il vizio di violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., paventato nell'ipotesi *sub a)*, si tendeva invece a reputare sussistente il vizio di violazione dell'art. 2909 cod. civ., paventato nell'ipotesi *sub c)*.

Di recente, in una serie di pronunce tutte deliberate alla camera di consiglio del 5 giugno 2023, la Terza Sezione Civile della Corte di cassazione ha cercato di fare chiarezza sul punto.

L'occasione è stata offerta dal contenzioso sulla responsabilità della P.A. per i danni cagionati dalla fauna selvatica¹⁰.

In una serie di casi, la domanda, formulata dal danneggiato nei confronti della regione, ex art. 2043 cod. civ., era stata accolta dal primo giudice e rigettata in appello per assenza di colpa in accoglimento dell'impugnazione della P.A. convenuta, senza che la riconduzione della fattispecie all'art. 2043 cod. civ. fosse stata – anche mediante impugnazione incidentale condizionata – censurata dall'attore, vittorioso in primo grado e

[10] *Ex aliis*, Cass., Sez. 3, nn. 31330/2023, 31335/2023, 31342/2023, 31350/2023, 34654/2023, 34675/2023. Nella giurisprudenza successiva, v. Cass. 21 giugno 2024, n. 17253.

soccombente in appello. Solo con il ricorso per cassazione l'attore aveva invocato l'applicabilità del criterio di imputazione oggettivo (o aggravato, secondo i punti di vista) di cui all'art.2052 cod. civ.

La Corte di cassazione ha affermato, tra gli altri, il principio di diritto secondo cui *“lo stabilire se un fatto illecito sia disciplinato dall'art. 2043 cod. civ. o dall'art. 2052 cod. civ., quando non vi sia mutamento dei fatti costitutivi della domanda, è questione di individuazione della norma applicabile e non di qualificazione giuridica della domanda, e può essere prospettata per la prima volta anche nel grado di appello e persino in sede di legittimità”*.

Il principio è stato affermato sulla base dei seguenti testuali rilievi:

“non si deve parlare di qualificazione giuridica della domanda nell'ipotesi in cui, fermi i fatti accertati, il giudice deve decidere quale norma debba applicarsi ad una determinata fattispecie. In questa ipotesi, il concetto stesso di giudicato non può trovare applicazione poiché, in virtù del principio iura novit curia, è sempre consentito al giudice – anche in sede di legittimità – «valutare d'ufficio, sulla scorta degli elementi ritualmente acquisiti, la corretta individuazione» della norma applicabile”.

“Lo stabilire se la domanda debba decidersi applicando l'art. 2043 cod. civ. o l'art. 2052 cod. civ. costituisce, non già una questione di qualificazione giuridica della domanda (la quale resta invariata nell'uno come nell'altro caso: il risarcimento del danno da fatto illecito), bensì una questione di individuazione della norma applicabile, da risolvere in base al principio iura novit curia”.

“l'individuazione della disciplina applicabile (ius) non comporta una immutazione della fattispecie (factum), la quale rimane cristallizzata in quella originariamente dedotta (danno cagionato da animale selvatico appartenente ad una specie protetta rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato); pertanto, se, da un lato, nella scelta della regola applicabile, il giudice non pone in essere una qualificazione della domanda, ma esercita il proprio potere di rendere alla fattispecie la sua disciplina, dall'altro lato, nell'esercizio di questo potere, anche se svolto su sollecitazione della parte (che invoca l'applicazione di una disciplina più favorevole), il giudice non trova limite nel giudicato eventualmente formatosi sulla fattispecie poiché l'applicazione della regola speciale di cui all'art.2052 cod. civ., in luogo di quella generale di cui all'art.2043 cod. civ., non implica, nel caso concreto, una immutazione degli elementi di fatto costitutivi della fattispecie medesima, come dedotti ed accertati, ma soltanto un diverso giudizio sul riparto dell'onere della prova e, quindi, la correzione di un error in procedendo, come tale immune alla formazione del giudicato sostanziale”.

Generalizzando, può dunque affermarsi quanto segue:

Il giudice del merito, nell'applicare le norme che regolano i diversi criteri di imputazione della responsabilità, attribuisce alla fattispecie, come allegata dall'attore e accertata in giudizio, la sua disciplina.

Non si tratta quindi di mera *qualificazione della domanda*, ma di accertamento dei fatti posti a suo fondamento e della *individuazione della disciplina giuridica* cui quei fatti sono soggetti.

Se dunque, sulla base dei fatti allegati dall'attore e delle prove da lui fornite, accerta la sussistenza dei vari elementi costitutivi di una fattispecie, nel momento in cui individua la norma applicabile (di volta in volta, ad es., l'art. 2043, oppure l'art. 2051 oppure l'art. 2052 e via dicendo) il giudice del merito, non sta qualificando

la domanda, ma sta *rendendo alla fattispecie la sua disciplina*.

Da un lato vi è l'accertamento della *fattispecie* sulla base dei fatti allegati e provati dalla parte; dall'altro, l'individuazione della *disciplina*.

Il *giudicato* si forma sulla *fattispecie*, non sulla *disciplina*, perché l'accertamento di cui parla l'art. 2909 cod. civ. attiene agli elementi costitutivi della *fattispecie*, cui consegue l'applicazione della relativa *disciplina*; Dunque, solo per cambiare l'accertamento della *fattispecie* è necessaria l'impugnazione, non per invocare una diversa *disciplina* a *fattispecie* invariata;

Pertanto, è possibile nel grado successivo, *senza che vi sia stata tempestiva impugnazione*, invocare un'altra regola di imputazione della responsabilità rispetto a quella precedentemente applicata, *se non cambiano gli elementi di fatto costitutivi della fattispecie*.

Occorre dunque considerare la *fattispecie*, caso per caso: tendenzialmente sarà più facile evitare i vizi sopra paventati (ultrapetizione, violazione del divieto di *nova* e violazione del *giudicato*) ove si passi dall'invocazione della applicazione regola generale (art. 2043) all'invocazione dell'applicazione di una regola di *responsabilità aggravata o per colpa presunta* (ad es. art. 2054) perché in tale ipotesi i fatti non mutano, attenendo la differenza solo al regime probatorio, dunque ad una norma *in procedendo*, immune al *giudicato* sostanziale. Invece, nell'ipotesi in cui si passi dall'invocazione dell'applicazione della regola generale all'invocazione dell'applicazione di una regola di *responsabilità oggettiva*, i fatti allegati, mutando in astratto, potrebbero modificarsi anche in concreto: da un lato, viene meno la (necessità della) colpa; dall'altro, non si invoca solo nuovo *ius* ma si allega diverso e nuovo *factum* e cioè viene allegata quella circostanza di fatto (la preposizione nell'art. 2049; il rapporto custodiale con la *res* nel 2051; il rapporto di custodia o la vicenda dello smarrimento o della fuga dell'animale nel 2052) che costituisce la *ratio* della previsione, da parte del legislatore, del criterio obiettivo di responsabilità.

Se il fatto ("in più" rispetto alla *fattispecie* generale del 2043) che contraddistingue l'ipotesi di responsabilità oggettiva non viene allegato inizialmente e l'accertamento si forma su una *fattispecie* sprovvista di quel fatto, non è possibile invocare la regola di responsabilità oggettiva nei gradi successivi in assenza di tempestiva impugnazione, poiché quei fatti si sono cristallizzati e, attraverso la *disciplina* resa dal giudice nella sentenza, si è formato il *giudicato* sulla *fattispecie*. Così, ad es., se il rapporto di custodia non è stato inizialmente allegato e l'accertamento si è formato su una *fattispecie* che con è connotata da quel fatto, l'applicazione dell'art. 2051 non può essere invocata.

Se però il "fatto in più" è già inizialmente allegato e l'accertamento si è formato su una *fattispecie* che già comprende quel fatto, l'attore, senza essere onerato di impugnare la sentenza (non avendo interesse a mutare un accertamento a lui favorevole ma avendo il contrario interesse a lasciarlo cristallizzare nella *res iudicata*), può invocare l'applicazione di una *disciplina* più favorevole se riferibile alla *fattispecie* così come già cristallizzata. Così, ad es., se io ho allegato e provato il rapporto di custodia tra il danneggiante e la cosa, ma il primo giudice mi ha dato la *disciplina* dell'art. 2043, ben posso invocare senza preclusioni quella dell'art. 2051 poiché sto invocando solo nuovo *jus* senza necessità di cambiare il *factum*.

Allo stesso modo, se ho allegato e provato che il danno è stato cagionato da un animale in custodia o smarrito o fuggito, o da un animale selvatico appartenente ad una specie protetta rientrante nel patrimonio indisponibile dello Stato, posso invocare il risarcimento ex art.2052, anche se il primo giudice ha fatto applicazione dell'art. 2043 e non ho appellato tale sentenza.

3. ONERE DI ALLEGAZIONE E FATTISPECIE DI RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE.

Più difficile è effettuare la ricognizione del contenuto dell'onere di allegazione nella fattispecie di *responsabilità contrattuale*, perché meno chiara, in tale fattispecie, è l'individuazione dei relativi elementi costitutivi e più forti sono state (e sono) le suggestioni perché venga ridotta da fattispecie pluralistica a fattispecie *monistica*.

3.A. LA NECESSITÀ DELL'ELEMENTO DELLA CAUSALITÀ MATERIALE E DEL DANNO-EVENTO.

A prescindere dalla vecchia questione sulla sussistenza o meno, quale requisito costitutivo della fattispecie, dell'elemento subiettivo della *colpa*, che ha visto contrapporsi storicamente le teorie oggettivistiche a quelle soggettivistiche, dapprima in seguito al dibattito instauratosi sull'interpretazione degli artt. 1225 e 1226 del cod. civ. 1865 sulla scia del primo classico saggio di Giuseppe Osti sull'impossibilità della prestazione¹¹, successivamente intorno all'interpretazione dell'art. 1218 cod. civ. sulla scia del secondo, altrettanto classico, saggio dell'Osti¹², l'elemento sulla cui presenza o meno (tra i requisiti costitutivi della fattispecie) oggi si discute è quello del *danno-evento* e della *causalità materiale*.

In alcune recenti dibattute pronunce, la giurisprudenza di legittimità sembrava essersi mostrata incline a raccogliere le suggestioni provenienti dalle opinioni dottrinali che avevano manifestato la tendenza a ribadire la struttura *oggettiva* e *monistica* della fattispecie di responsabilità contrattuale, *quale fattispecie che, a differenza dell'illecito aquiliano, non è connotata dalla colpa e – tendenzialmente, anche se non sempre – si*

[11] G. Osti, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 209 ss.; 313 ss.; 417 ss.

Per il dibattito che ne seguì cfr., tra gli altri, G. Segré, *Sulla teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1919, I, 760 e, successivamente, i classici saggi di E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953 e L. Mengoni, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185.

[12] G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1954, 593 ss.

Il dibattito che ne seguì (su cui v., tra gli altri, M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975 e, successivamente, C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 1 ss.) è stato recentemente rievocato da C.M. Bianca, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1277 ss. e G. D'Amico, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1 ss.).

esaurisce nel fatto obiettivo dell'inadempimento, quale fatto contenente in sé la lesione dell'interesse creditorio.

Questa inclinazione si era riscontrata nella riproposizione, sotto il profilo del diverso criterio di imputazione della responsabilità, della distinzione tra obbligazioni di *dare* o *facere non professionale* e obbligazioni di *facere professionale*¹³.

Nell'interpretazione di queste pronunce si è scorta l'intenzione di mantenere concettualmente e funzionalmente integra la struttura pluralistica tradizionale della fattispecie di responsabilità contrattuale soltanto nelle obbligazioni di *facere professionale* mentre essa sarebbe venuta parzialmente meno nelle obbligazioni di *dare* e in quelle di *facere non professionale*.

In queste ultime, infatti, non sarebbe funzionalmente identificabile il *danno-evento*, quale elemento costitutivo autonomo derivante causalmente dall'inadempimento (*causalità materiale*), poiché l'evento lesivo, traducendosi nella lesione dell'interesse creditorio cui la prestazione deve corrispondere (art. 1174 cod. civ.) finirebbe per coincidere con l'inadempimento. Di conseguenza, allegare l'inadempimento significherebbe già allegare il *danno-evento* che ne è derivato poiché entrambi si risolverebbero, in sostanza, nella mancata corrispondenza della prestazione all'interesse creditorio. Ma poiché l'inadempimento non deve essere provato dal creditore, spettando al debitore la prova dell'adempimento, il *danno-evento* (la *causalità materiale*) rimarrebbe fuori dal tema di prova (e di allegazione) del creditore, il quale sarebbe chiamato ad allegare e dimostrare soltanto la *causalità giuridica*, e cioè la sussistenza delle conseguenze pregiudizievoli (*danni-conseguenze*) cagionate dall'evento lesivo.

La *causalità materiale* tornerebbe invece ad assumere un'autonomia funzionale (e, dunque, a richiedere una specifica allegazione e una specifica prova) nelle fattispecie di inadempimento delle *obbligazioni professionali*, poiché in queste la lesione dell'interesse creditorio al diligente esercizio della professione nell'osservanza delle relative *leges artis* (lesione nella quale si traduce l'inadempimento) non concreta di per sé il *danno-evento*, che si integra soltanto con la lesione del (diverso) interesse primario del cliente (interesse alla guarigione, nell'obbligazione del medico; alla vittoria della causa, in quella dell'avvocato) cui l'interesse corrispondente alla prestazione rimasta inesattamente adempiuta era strumentale.

Solo nell'ambito di tali fattispecie di responsabilità, pertanto, il *danno-evento*, quale lesione dell'interesse finale, costituirebbe un *quid pluris* rispetto all'inadempimento (lesione dell'interesse strumentale di cui all'art. 1174 c.c.) e sarebbe possibile, dunque, individuare tra i due requisiti costitutivi della fattispecie uno scollamento logico (ed eventualmente anche cronologico) che deve essere saldato dal nesso di *causalità materiale*. Si delineerebbero, in tal modo, con riguardo alle due tipologie di obbligazioni, due fattispecie di responsabi-

[13] Cass. 11 gennaio 2019, nn. 28991 e 28992.

La distinzione si rinviene, successivamente, anche in Cass. 31 agosto 2020, n. 18102 e in Cass. 26 novembre 2020, n. 26907.

lità strutturalmente diverse in relazione alla diversa morfologia del rapporto di causalità: *a)* nella fattispecie di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di *facere professionale*, esso rapporto continuerebbe a scindersi nei due segmenti della *causalità materiale* e della *causalità giuridica* e di entrambi dovrebbe fornire la allegazione e la prova il creditore; *b)* invece, nella fattispecie di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni di *dare* o di *facere non professionale*, il rapporto medesimo si esaurirebbe nel *solo nesso di causalità giuridica*, poiché non sarebbe ravvisabile un *danno-evento* autonomamente configurabile rispetto al fatto di inadempimento, riducendosi conseguenzialmente l'area del tema di allegazione e prova del creditore. Il problema del nesso causale cesserebbe, dunque, di costituire oggetto di una questione attinente soltanto alla ripartizione dell'onere della prova tra le due parti del rapporto obbligatorio e diventerebbe una discriminante strutturale della fattispecie di responsabilità contrattuale, la cui morfologia muterebbe al mutare della tipologia dell'obbligazione assunta.

Questa tesi – occorre evidenziarlo con forza onde evitare disorientamenti nella giurisprudenza di merito proprio in ordine alla ricognizione dei limiti dell'onere di allegazione del creditore che agisce in via risarcitoria – non corrisponde all'orientamento della giurisprudenza di legittimità.

La circostanza che sia stato evidenziato come, nelle fattispecie di inadempimento delle obbligazioni professionali, vi sia una più marcata distinzione tra l'interesse strumentale cui corrisponde la prestazione che forma oggetto del rapporto obbligatorio (la cui lesione è data dal fatto dell'inadempimento) e l'interesse finale avuto di mira dal creditore medesimo (la cui lesione integra il danno-evento ed è legata al fatto di inadempimento dal nesso di causalità materiale) non vuol dire che tale lesione non sussista, quale *elemento concettuale necessario della struttura della fattispecie*, anche in relazione alle fattispecie di inadempimento delle altre obbligazioni.

La Corte di cassazione, anzi, ha più volte ribadito che la circostanza che nelle obbligazioni non professionali l'evento lesivo coincida astrattamente con la lesione dell'interesse creditorio, non esclude la rilevanza del nesso di causalità materiale «*quale elemento costitutivo proprio di tutte le fattispecie di responsabilità contrattuale; ciò che trova una esplicita conferma positiva nella portata generale della disposizione (art. 1227, comma primo, c.c.) che stabilisce una riduzione del risarcimento nell'ipotesi in cui il fatto colposo del creditore abbia concorso a “cagionare” il danno, ritenendosi tradizionalmente che tale disposizione, a differenza di quella contenuta nel secondo comma del medesimo articolo, si riferisca al “danno-evento” e non al “danno-conseguenza”; non sembra esatto, pertanto, al di fuori delle obbligazioni professionali, parlare di “assorbimento” del danno-evento nella lesione dell'interesse creditorio, secondo un lessico sovente adottato in dottrina, mentre concettualmente più corretta appare la diversa ricostruzione, pur suggerita in dottrina, in termini di prova prima facie*»¹⁴.

In questa direzione è recente l'incisiva affermazione secondo cui «*l'“assorbimento” [del danno-evento nella*

[14] Cass. 29 marzo 2022, n. 10050.

lesione dell'interesse creditorio] *deve intendersi (non diversamente da quanto accade in altri ordinamenti a noi vicini, come quello tedesco, in seno al quale la giurisprudenza discorre di Anscheinsbeweis ossia di prova auto-evidente) come prova evidenziale dell'esistenza del nesso di causa, giustificata dal fatto che quel nesso, di norma, non è funzionalmente scindibile dall'inadempimento, in quanto quest'ultimo si sostanzia nella lesione dell'interesse del creditore che a sua volta identifica l'evento di danno. Questo però non vuol dire né che il nesso di causa si dissolva in una imprevedibile dimensione di inesistenza, prima ancora che di irrilevanza (come non condivisibilmente sostenuto da quella parte di dottrina che, palesemente dimentica dell'esistenza, prima ancora che del significato, dell'art. 1227 cod. civ., ne liquida la portata precettiva con qualche arguto illusionismo semantico), né che il creditore sia esonerato dall'onere di provarlo, ma solo che il fatto (socialmente tipico) di un evento dannoso verificatosi vale a giustificare l'assunzione in chiave presuntiva di tale nesso, con la conseguenza che grava sulla parte che si assume inadempiente (o non esattamente adempiente) l'onere di fornire la prova positiva dell'avvenuto adempimento (o della relativa impossibilità per causa alla stessa non imputabile)»¹⁵.*

A conferma della generale rilevanza della causalità materiale quale elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità contrattuale che deve essere allegato dal creditore, può trarsi argomento, oltre che dal rilievo esegetico fondato sull'art.1227, primo comma, cod. civ.:

da un rilievo sistematico: la configurazione della struttura della fattispecie di responsabilità come fattispecie *monistica* (costituita dal solo inadempimento quale vicenda oggettiva di mancata attuazione della regola obbligatoria e di lesione dell'interesse creditorio) non appare compatibile con la previsione di un rimedio giudiziale (l'azione di risarcimento del danno) diverso dall'azione di adempimento e – limitatamente alle obbligazioni derivanti da contratti sinallagmatici – dall'azione di risoluzione del contratto; la circostanza che, invece, il rimedio risarcitorio possa sempre essere utilizzato unitamente agli altri due rimedi contro l'inadempimento (tra i quali invece sussiste un rapporto di alternatività: art. 1453 c.c.) dimostra che i presupposti dell'uno e degli altri rimedi sono diversi, richiedendosi, per quello risarcitorio, oltre l'inadempimento imputabile, anche il danno, che deve necessariamente essere legato all'inadempimento dal rapporto di causalità materiale;

da un rilievo logico: la tesi che vorrebbe escludere la causalità materiale dalla fattispecie di responsabilità contrattuale ritiene che, nella relativa disciplina, diversamente che in quella della responsabilità aquiliana, ove il debitore non riesca a fornire la prova liberatoria prevista dall'art. 1218 cod. civ. (e solo allora), si porrebbe unicamente un problema di *causalità giuridica*, ovvero della quantificazione dell'entità del danno risarcibile ai sensi dell'art. 1223 cod. civ.; questa ricostruzione si infrange, peraltro, sul rilievo logico che la prova del rapporto di causalità giuridica presuppone necessariamente l'individuazione, quale suo primo elemento, dell'evento lesivo, il quale, intanto assume importanza quale *causa* delle conseguenze negative, in

[15] Cass. 9 maggio 2024, n. 12760.

quanto costituisca a sua volta la *conseguenza* dell'inadempimento;

da un rilievo dogmatico: nel 2018, nel concludere una Sua relazione al convegno in ricordo del centenario del saggio di Giuseppe Osti sulla *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, Cesare Massimo Bianca affermò che l'attualità dell'insegnamento dell'Osti era nell'averci consegnato l'«*idea fondamentale ... che la responsabilità contrattuale è il correlato del contenuto dell'obbligo cui è tenuto il debitore*»¹⁶; la struttura della fattispecie di responsabilità nei suoi elementi costitutivi si ricostruisce se si ricostruisce la struttura dell'obbligazione, con riguardo, oltre che ai suoi estremi (debito e credito), al suo contenuto, la prestazione e l'interesse (art. 1174 cod. civ.); il contenuto (o l'oggetto) dell'obbligazione è la *prestazione*, la quale varia a seconda delle diverse tipologie di obbligazioni, ma può generalmente definirsi come il *programma materiale o giuridico che il debitore è tenuto a svolgere per realizzare l'interesse del creditore, al quale deve corrispondere*. Criterio legale generale di determinazione della prestazione è la *diligenza* (art. 1176 c.c.), la quale indica *l'impiego normalmente adeguato, in conformità ad oggettivi canoni sociali e professionali di comportamento, dei mezzi utili al soddisfacimento dell'interesse del creditore*; l'*interesse creditorio*, oltre che come condizione di esistenza dell'obbligazione (art. 1174 cod. civ.) e come parametro di accertamento della gravità dell'inadempimento (art. 1455 cod. civ.), rileva quale criterio di determinazione della prestazione da eseguire e quale criterio di valutazione della prestazione eseguita: per un verso, la prestazione si determina secondo la sforzo diligente normalmente adeguato a soddisfare l'interesse del creditore; per altro verso, la prestazione deve considerarsi liberatoria quando essa abbia comunque conseguito il soddisfacimento dell'interesse del creditore, pur non essendo esattamente conforme al previsto per la presenza di irrilevanti inesattezze qualitative o quantitative; dunque, la prestazione non ha contenuto del tutto predeterminato e specificamente individuato, dovendosi piuttosto conformare, di volta in volta, al concreto interesse perseguito dal creditore; quest'ultimo, poi, va valutato *in concreto* e, nel caso di obbligazione contrattuale, varia secondo l'interesse perseguito con la singola operazione, ponendosi in relazione biunivoca con la *causa* del contratto da cui è determinato e che concorre ad integrare; *ergo*, la lesione dell'interesse creditorio è atipica e non coincide concettualmente con la lesione che dà luogo al danno-evento che mantiene una sua tipicità quale lesione di una situazione soggettiva rilevante.

3.B. L'ONERE DI ALLEGAZIONE DELL'INADEMPIMENTO.

Tra gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità contrattuale, come tali rientranti nel perimetro dell'*onere di allegazione del creditore* che agisce in via risarcitoria, c'è l'*inadempimento*, il quale rispetto agli altri ha una peculiarità: è una *circostanza negativa*; sicché: *a)* non rientra tra i fatti costitutivi del diritto-madre (il diritto di credito rimasto inadempito); *b)* pur entrando nell'onere di allegazione, non entra nell'onere della prova del creditore mentre il suo correlato (l'esatto adempimento) quale fatto estintivo del

[16] C.M. Bianca, *Alla ricerca del fondamento della responsabilità contrattuale*, cit., 1294.

diritto, rientra nell'onere della prova del debitore¹⁷; c) ha come correlato l'attuazione del programma costituente l'oggetto della prestazione, che è indeterminato sia come fatto (si è detto che la prestazione non ha contenuto predeterminato) sia come giudizio (dipendendo il giudizio di esatto adempimento dalla conformità all'interesse creditorio).

Pertanto, la varietà delle inesattezze esecutive riscontrabili nella condotta inadempiente del debitore, specie nell'ambito di prestazioni composite, non corrisponde a diversi titoli di responsabilità, ai fini della corretta assoluzione dell'onere di allegazione.

Il creditore, pur avvertendo la lesione del suo interesse creditorio, può anche non sapere qual è il profilo specifico di inadempimento che viene in considerazione, specie quando l'esatto adempimento richiede l'osservanza di norme tecniche o giuridiche di cui il creditore ignora l'esistenza.

Ne discende che l'inesattezza dell'allegazione dell'inadempimento non assume rilevanza e non incide né sul potere della parte di correggere il tiro, in sede di conclusioni, per adeguare l'originaria allegazione al diverso fatto accertato (eventualmente a mezzo CTU), senza incorrere nel divieto di *nova*, né sul potere del giudice di provvedere comunque sul merito della domanda senza commettere ultrapetizione, salvo che tra il fatto allegato e quello accertato sussista una differenza talmente rilevante da incidere sulla *struttura dell'azione*, rendendola diversa da quella esercitata (con specifico riguardo all'elemento della *causa petendi*: art.163 n. 4 cod. proc. civ.) o sull'*oggetto del contraddittorio*, determinando un radicale mutamento del *thema probandum* o del *thema decidendum*.

Sulla base di questi rilievi, con riferimento a fattispecie di responsabilità medica ove erano stati allegati errori medici diversi da quelli accertati dal CTU, è stato di recente ribadito il principio¹⁸, secondo cui *“la deduzione di profili di colpa diversi e ulteriori rispetto a quelli originariamente allegati, fondati su circostanze emerse all'esito della consulenza tecnica d'ufficio, non integra domanda nuova, poiché non determina alcun mutamento della causa petendi e dell'ambito dell'indagine processuale, non potendo attribuirsi portata preclusiva, in tal senso, alle specificazioni della condotta inizialmente operate dall'attore, il cui onere di allegazione dev'essere rapportato alle informazioni accessibili e alle cognizioni tecnico-scientifiche da lui esigibili, senza imporgli di enucleare specifici e peculiari aspetti tecnici di responsabilità professionale, conoscibili soltanto dagli esperti del settore”*¹⁹.

Il principio va tuttavia esteso a tutte le obbligazioni professionali e in genere alle obbligazioni con prestazione composita o tecnicamente o giuridicamente complessa: esso può essere riassunto nel rilievo per cui *«il limite dell'onere processuale di allegazione, con riguardo al fatto di inadempimento (che, peraltro, esula dal tema di prova dell'allegante), deve essere circoscritto ai fatti conosciuti e conoscibili dalla parte, in ragione delle informazioni ad essa accessibili ed alle cognizioni tecnico-scientifiche esigibili»*.

[17] Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533.

[18] Già affermato da Cass. 19 maggio 2004, n.9471.

[19] Cass. 15 marzo 2024, n. 7074; Cass. 23 aprile 2024, n. 10901.

3.C. ONERE DI ALLEGAZIONE E VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO INFORMATIVO.

In modo peculiare si atteggia l'onere di allegazione nell'ambito delle fattispecie per responsabilità medica ove si deduca anche (o solo) la *lesione dell'obbligo di acquisizione del consenso informato del paziente*.

La giurisprudenza di legittimità ritiene che – posta la premessa per cui la violazione degli obblighi informativi dovuti al paziente può essere dedotta sia in relazione eziologica rispetto all'evento di danno rappresentato dalla lesione del diritto alla salute, sia in relazione all'evento di danno rappresentato dalla lesione del diritto all'autodeterminazione, sia, contemporaneamente, in relazione ad entrambi – nel primo caso (deficit informativo dedotto come lesivo del diritto alla salute) l'inadempimento dell'obbligo informativo può assumere incidenza deterministica sul risultato infausto dell'intervento correttamente eseguito, solo in caso di presunto dissenso (prova del dissenso anche mediante presunzioni da fornirsi da parte del creditore), in quanto l'intervento terapeutico non sarebbe stato eseguito - e l'esito infausto non si sarebbe verificato - non essendo stato voluto dal paziente; invece, nel secondo caso (deficit informativo dedotto come lesivo del diritto alla autodeterminazione), pur essendo pacifico questo evento lesivo (in quanto il paziente non è stato messo nelle condizioni di autonomamente determinarsi in ordine alla scelta terapeutica o all'intervento sanitario propriamente tali), tuttavia esso non costituisce, *ex se*, danno risarcibile, essendo al riguardo indispensabile allegare e provare specificamente quali altri pregiudizi, diversi dal danno alla salute eventualmente derivato, il danneggiato abbia subito.

In altri termini, un danno risarcibile da lesione del diritto all'autodeterminazione è predicabile solo se, a causa del deficit informativo, il paziente abbia subito un pregiudizio, patrimoniale oppure non patrimoniale (ed, in tale ultimo caso, di apprezzabile gravità), diverso dalla lesione del diritto alla salute, in termini di *sofferenza soggettiva e contrazione della libertà di disporre di sé stesso, psichicamente e fisicamente, da allegarsi specificamente e da provarsi concretamente, sia pure a mezzo di presunzioni*²⁰.

[20] Cass. 11 novembre 2019, n. 28985; Cass. 12 giugno 2023, n. 16633.

INVIO CONTRIBUTI

Al seguente indirizzo:

www.rivistaildirittovivente.it/invia-il-tuo-contributo.htm

è possibile inviare il tuo contributo che sarà esaminato dal Comitato di redazione che provvederà a contattarti in caso di pubblicazione.

03.2024

rivistaildirittovivente.it