

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

9/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegranza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL PUBBLICO MINISTERO PER OMESSA ATTIVITÀ D'INDAGINE E MORTE DELLA PERSONA OFFESA

Gli argomenti della giurisprudenza civile, le scansioni del processo penale e le conseguenze del nuovo art. 362, c. 1-ter, c.p.p.

di Gennaro Mastrangelo

SOMMARIO: 1. Introduzione e posizione del problema. – 2. Tribunale di Messina, Sez. I, sentenza del 30.5.2017. – 2.1. Il contesto separativo e la prima porzione temporale: le denunce dal settembre 2006 al marzo 2007 ed il loro esito processuale. – 2.2. La seconda porzione temporale e le denunce dal giugno 2007 all'omicidio dell'ottobre 2007. – 2.3. La domanda dell'attore e l'affermazione di responsabilità. – 3. Corte di Appello di Messina, sez. II civile, sentenza 4.3.2019. – 3.1. Brevi osservazioni sulla decisione di secondo grado. – 4. Cass. civ., sez. III, sentenza, 8.4.2020, n. 7760. – 5. Cass. civ., sez. III, sentenza, 26.6.2015, n. 13189. – 6. *Doverosità, prevedibilità ed evitabilità*: le scansioni argomentative del giudizio civile dal punto di vista del processo penale. – 6.1. La fonte della condotta doverosa e le eventuali potestà concorrenti in materia di tutela della salute mentale. – 6.2. Gli strumenti a disposizione del P.M. per dare seguito alla condotta doverosa. – 6.3. La prevedibilità *ex ante* dell'evento e la sua evitabilità. – 6.4. L'idoneità ad impedire l'evento. – 7. L'art. 612 bis c.p. ed il comma 1-ter dell'art. 362 c.p.p.: ricadute in tema di prevedibilità, evitabilità e doverosità. – 8. La natura del termine dell'art. 362, c. 1 ter, c.p.p. – 9. Le linee organizzative delle Procure della Repubblica: la formalizzazione del "comportamento omissivo" del Pubblico Ministero per l'utilizzo della c.d. clausola di salvaguardia. – 10. Il *dovere* e la *precauzione*: scelte investigative e processuali tra discrezionalità e responsabilità civile.

1. Introduzione e posizione del problema.

I mezzi d'informazione hanno dato vasta eco ad un recente fatto di cronaca ed alla decisione della Corte di Cassazione¹, epilogo di quello che è conosciuto come il "caso Manduca". Se il semplice accesso ai *mass media* permette di verificare l'attenzione pubblica riservata alla vicenda, non è altrettanto agevole la ricostruzione dei profili di fatto e giuridici alla base della decisione; le fonti giornalistiche hanno riferito, infatti, che la vittima fu uccisa dall'ex marito «dopo dodici denunce rimaste inascoltate»², ed in alcuni

¹ Cass. civ., sez. III, sent., 8.4.2020, n. 7760, C. contro Avvocatura dello Stato, in *Quest. giust.*, on line, 30.4.2020, con nota di A. PALMIERI, *La responsabilità del pubblico ministero per omessa perquisizione*; in *Dir.&Giust.*, 2020, LXXII, p. 1 ss., con nota di A. PAPANICE, *Minaccia, mancata perquisizione e omicidio: nesso causale e responsabilità dei giudici*; in *Nuov. giur. civ. comm.*, 2020, V, p. 1067 ss. con nota di E. PAVAN, *Causalità omissiva e responsabilità dei magistrati*.

Per una lettura focalizzata sulla posizione dell'inquirente si segnala il commento di C. PARODI, *Scelte investigative e responsabilità del P.M.: molti sconfitti e nessun vincitore*, in *ww.magistraturainipendente.it*, 27.5.2020

² A titolo di esempio, "La Repubblica", cronaca di Palermo, 8.4.2020

articoli di commento più tecnico si afferma che «la vittima aveva denunciato dodici volte ai carabinieri ed alla polizia giudiziaria che il consorte, alla riconsegna dei figli, la minacciava con un coltello a serramanico» e che «*su quegli episodi, pur gravi, non era stata mai aperta un'indagine preliminare*»³. L'accesso diretto alle decisioni di primo e secondo grado, entrambe disponibili su fonti aperte, permette di ricostruire i fatti in maniera assai diversa e tale operazione è prodromica all'intento di queste pagine: verificare in che modo i passaggi argomentativi necessari all'affermazione della responsabilità civile per condotta omissiva si atteggiino nello specifico campo delle indagini preliminari. Sulla responsabilità civile del P.M. per omissione si rinviene un solo precedente di legittimità in termini⁴ che traeva le mosse da un caso simile e pur esso di grande risalto sui mezzi d'informazione: indagato che, dopo aver rivolto diverse minacce di morte alla ex amante e dopo aver palesato la sua intenzione in tre lettere sequestrate presso la sua abitazione, nel luglio del 2002 uccideva la donna per poi suicidarsi; sia in primo grado che in appello i giudici nisseni⁵ avevano accolto la domanda di risarcimento. I due casi giudiziari si analizzano insieme anche perché i profili omissivi posti dagli attori a fondamento della domanda risarcitoria nella causa civile sono simili se non, in alcuni passaggi, identici.

Doverosità, prevedibilità ed evitabilità, quali passaggi necessari per l'affermazione della responsabilità civile del pubblico ministero nel caso di condotta omissiva, incontrano, dunque, le caratteristiche peculiari dell'indagine, quale sequenza procedimentalizzata ma non vincolata; è questo l'ambiente nel quale ricostruire la valutazione richiesta per la responsabilità di cui alla L. 13 aprile 1988, n. 117.

2. Tribunale di Messina, Sez. I, sentenza del 30.5.2017⁶.

L'azione civile, intentata dal tutore dei minori figli della coppia, consegue ad un efferato uxoricidio: il coniuge uccide la moglie a coltellate, in pieno giorno, per strada, alla presenza del suocero – che pure tenta di ammazzare – e di numerosi testimoni. Questo drammatico epilogo si inserisce in una situazione, separativa e processuale, che

³ Così A. GALIMBERTI, *Uxoricidio, responsabili anche i pm*, in "Il Sole 24 Ore", Norme e Tributi, 14.6.2017.

⁴ Cass. civ., sez. III, sent., 26.6.2015, n. 13189, Avvocatura dello Stato contro F.G., non massimata, in *Resp. civ. prev.*, 2015, p. 1879, con nota di C. COMMANDATORE, *La responsabilità civile dello Stato per omissione del pubblico ministero. I pericoli di una giurisprudenza difensiva*; sulla sentenza v. anche G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, II, p. 251 e ss.

⁵ Tribunale di Caltanissetta, sentenza, 23.11.2008, n. 592; Corte di Appello di Caltanissetta, sentenza, n. 40 del 2013. Entrambi i riferimenti giurisprudenziali si trovano, con commento, in G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, cit.

⁶ Tribunale di Messina, sez. I, 30.5.2017, in *Ris. dan. resp.*, 2.10.2017, con commento di M. VACCARI, *La responsabilità civile dello Stato per omissione di attività di indagine del P.M.*; in *Quot. giur.*, 16.6.2017, con commento di G. MARRA, *Uxoricidio, condanna dello Stato per inerzia del P.M.: la sentenza del Tribunale di Messina*. Con specifico riferimento alle voci di danno risarcibili N. GENTILE, *Responsabilità del magistrato e risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Il Mer.*, 6.11.2017, p. 21-22. Per una lettura incentrata sulla posizione dell'inquirente si segnala il commento di G. CASCINI – P. IELO, [La decisione del Tribunale di Messina sulla responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione. Un punto di vista di parte](#), in *Quest. giust.*, on line, 5.7.2017

i giudici di primo grado ricostruiscono con esattezza⁷. La vittima ed il marito erano parti di una causa di separazione molto aspra, specialmente riguardo ai figli e proprio il loro affidamento rappresenta il momento di svolta in due occasioni: quando i bambini sono assegnati, sebbene in via provvisoria, al solo padre, il conflitto si fa reciproco ed esita in numerose denunce; il marito, a sua volta, allorché intuisce che l'affidamento sarà riconosciuto alla madre in via esclusiva, si determina all'omicidio.

Rimandando alla lettura della sentenza per i dettagli, qui è possibile sunteggiare i passaggi fondamentali e, in particolare, l'esito delle denunce presentate dalla vittima e l'attività compiuta dal pubblico ministero. I fatti, anche per intendere le argomentazioni in diritto, possono essere divisi in due porzioni temporali: a) quelli denunciati dal settembre 2006 al marzo 2007; b) quelli dal giugno 2007 all'omicidio dell'ottobre 2007.

2.1. La prima porzione temporale: le denunce dal settembre 2006 al marzo 2007 ed il loro esito processuale.

Il primo episodio risale al settembre 2006 quando la donna denuncia violenze fisiche e maltrattamenti, che avrebbero avuto origine nella tossicodipendenza del marito. Su richiesta dell'inquirente il giudice per le indagini preliminari emette un'ordinanza per l'allontanamento del coniuge dalla casa familiare; all'interrogatorio di garanzia, dei primi di dicembre, l'indagato produce una documentazione del S.e.r.t. attestante l'inesistenza della tossicodipendenza. Il pubblico ministero acquisisce il fascicolo della causa di separazione dove risulta, con decreto presidenziale del dicembre 2006, l'affidamento esclusivo dei bambini al padre, con diritto di visita e prelievo della madre; gli accertamenti disposti nella causa di separazione, inoltre, escludono che il marito soffrisse di malattie psichiatriche ed i coniugi si dimostravano disponibili ad un percorso di supporto psicologico, individuale e di coppia, per affrontare la separazione ed i problemi della genitorialità. La misura cautelare, su richiesta dello stesso pubblico ministero ed in ragione degli atti appena indicati, viene revocata.

Tra la denuncia del settembre 2006 e l'affidamento esclusivo dei minori al padre, nel dicembre, la moglie denuncia, ad ottobre, il marito per ingiurie e danneggiamento – procedimento archiviato per mancanza di querela –, nuovamente per ingiurie – archiviazione per il contenuto penalmente irrilevante della frase – e nel novembre per la violazione degli articoli 574 e 582 c.p. – procedimento riunito ad altro –. Nel medesimo arco di tempo l'uomo querela la moglie ed i suoceri per ingiurie e lesioni personali. Dal dicembre 2006, dunque dall'affidamento dei bambini al solo padre, si assiste ad un crescendo di reciproche denunce, che coinvolgono anche la famiglia di origine della futura vittima di omicidio.

Nel gennaio 2007 la donna presenta diverse querele lamentando di non essersi potuta recare presso l'abitazione coniugale per ritirare i propri effetti personali, che venivano gettati in strada, temendo l'aggressività del coniuge che le impediva di vedere

⁷ La sentenza è rinvenibile in più fonti aperte; tra le tante www.quotidianogiuridico.it.

i figli. Nel marzo del 2007 ella denuncia fatti identici a quelli del gennaio, aggiungendo di essere stata schiaffeggiata dall'uomo; il procedimento penale iscritto sarebbe stato poi riunito a quello per omicidio. Sempre nel marzo del 2007 il marito sporge querela nei confronti della moglie e del suocero per minaccia e danneggiamento. Nella denuncia dell'agosto 2007 la moglie riferisce che, essendosi recata presso la casa del marito per prelevare i figli, l'uomo le danneggiava l'automobile con calci e pugni – seguiva archiviazione del Giudice di pace per infondatezza della notizia di reato –. Le due denunce del gennaio 2007, l'una per la violazione dell'art. 388 c.p., l'altra per danneggiamento, esitano la prima in un'archiviazione e la seconda nell'assoluzione del coniuge. Alla denuncia del marzo 2007 per la violazione dell'art. 392 c.p. segue l'archiviazione.

Relativamente a questo lasso temporale, ed alla correlata attività del pubblico ministero, il Tribunale ritiene impossibile una dichiarazione di responsabilità dei magistrati della Procura della Repubblica.

2.2. La seconda porzione temporale e le denunce dal giugno 2007 all'omicidio dell'ottobre 2007.

Ai primi di giugno del 2007 la donna denuncia almeno due episodi, l'uno della metà del maggio 2007 e l'altro dei primi giorni di giugno, nei quali, recatasi presso l'abitazione del marito per prendere i figli, l'uomo ostentatamente si puliva le unghie con *un coltello a serramanico* di dieci centimetri⁸. Nella medesima querela la vittima riferisce pure che l'uomo, in due occasioni del maggio e del giugno 2007, la minacciava con un arco rudimentale. A seguire la donna denuncia, nel luglio 2007, un altro episodio ed il marito patteggia la pena per i reati di cui agli artt. 610 e 388 c.p. Nell'ottobre del 2007 ella viene uccisa dal marito, in strada ed in pieno giorno, davanti al proprio padre, con un coltello a serramanico.

A giudizio del Tribunale di Messina la domanda di risarcimento è fondata solo relativamente a questa parte della condotta del pubblico ministero.

2.3. La domanda dell'attore e l'affermazione di responsabilità.

La condotta omissiva addebitata ai magistrati del Pubblico Ministero è individuata, nella domanda dell'attore, nelle seguenti attività doverose ma mancate:

- a) non aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato;
- b) non aver sollecitato, ai sensi dell'art. 73 c.p.p., gli organi competenti ad emettere un provvedimento di T.S.O.;

⁸ È bene dire sin d'ora, perché è rilevante per un passaggio fondamentale dell'affermazione di responsabilità omissiva, che la donna descrive tale oggetto come un comune coltello a serramanico, con una lama di circa dieci centimetri e manico di colore scuro, riferendo, però, che era quello che il marito utilizzava per la propria igiene personale.

c) non aver disposto l'applicazione di una misura di sicurezza personale ex art. 206 c.p.;

d) non aver richiesto, ai sensi dell'art. 219, c. 3, c.p., l'applicazione della misura di sicurezza.

Il giudice di primo grado esclude, quanto alle condotte denunciate tra il settembre 2006 ed il giugno 2007, la responsabilità civile del pubblico ministero, esprimendosi circa i punti b), c) e d): «l'acquisizione nei procedimenti penali delle relazioni di consulenza psichiatrica, psicologica e socio assistenziale svolte nell'ambito del giudizio civile di separazione, rendeva superflua la ripetizione delle medesime indagini anche in sede penale. Inoltre, la certificazione dell'autorità sanitaria circa la inesistenza di uno stato di tossicodipendenza rilasciata dal SERT e prodotta al GIP in sede di interrogatorio [...] rendeva del pari ultronea una ulteriore indagine sul punto». Del tutto assente, in motivazione, ogni considerazione circa i limiti nei quali il codice di procedura penale ammette gli interventi dell'inquirente lamentati come omessi.

Relativamente alla porzione di fatti tra il giugno 2007 e l'omicidio, il giudice di primo grado riconosce fondata la domanda di risarcimento. Il Tribunale, infatti, ravvisa una condotta censurabile e casualmente efficiente nell'operare del P.M. per aver omesso di iscrivere nel registro delle notizie di reato i fatti denunciati, per non aver proceduto, quindi alla perquisizione ed al sequestro del coltello: «è *razionalmente sostenibile* che il coltello utilizzato per l'omicidio [...] sia il medesimo coltello a scatto [...] utilizzato, solo qualche mese prima, per minacciare. Si può pertanto affermare che il rinvenimento del coltello ed il suo conseguente sequestro avrebbero, con valutazione probabilistica, impedito il verificarsi dell'evento omicida [...] Tale valutazione ovviamente non consente di escludere, in assoluto, che la volontà omicida [...] sarebbe stata comunque portata a compimento in altro modo, ma è altamente probabile che l'evento del 3.10.07, con quelle specifiche modalità esecutive – uccisione della [...] con plurime coltellate all'addome e al torace *con quel coltello* – sarebbe stato evitato».

3. Corte di Appello di Messina, sez. II civile, sentenza 4.3.2019.

La decisione di secondo grado⁹ permette di chiarire quello che appare l'elemento più allarmante della condotta del pubblico ministero stando alla ricostruzione dei fatti in primo grado: la mancata iscrizione nel registro delle notizie di reato, condotta che avrebbe potuto configurare gli estremi della negligenza inescusabile, non coperta dalla clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, c. 2, L. 117/1988¹⁰. Il giudice di appello, infatti,

⁹ Corte di Appello di Messina, sez. II civile, sentenza 4.3.2019 sulla quale v. A PALMIERI, *Responsabilità dello Stato per omissioni nell'attività di indagine da parte del pubblico ministero: il ruolo chiave dell'indagine sul nesso causale*, in *Quest. giust.*, on line, 15.5.2019

¹⁰ «Fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». La mancata iscrizione avrebbe comportato anche la possibilità di contestare la fattispecie disciplinare di cui all'art. 2, c. 1, lett. q), D.L.vo 23.2.2006, n. 109, trattandosi di atto da compiere «immediatamente», seppur tenuto conto della possibile emersione graduata degli elementi oggettivi e

chiarisce che, come risultava dall'attestazione della Procura della Repubblica, per i reati di minaccia aggravata e porto di coltello, denunciati dalla donna nel giugno 2007, era stato iscritto un procedimento penale, era stato «convalidato il sequestro di un coltello richiudibile utilizzato per la commissione della minaccia», l'autore del fatto condannato con decreto penale e l'arma confiscata.

È però sul punto della prova del nesso causale tra la omissione – come riferita – e l'omicidio che la Corte di Appello di Messina decide in senso opposto al Tribunale; il giudice di appello, nel formulare il giudizio di addizione mentale, evoca, infatti, «un criterio di prevedibilità oggettiva (desumibile da *regole statistiche o leggi scientifiche*)», richiamando alcuni precedenti di legittimità¹¹. Ad ogni buon conto, anche il giudice di secondo grado esprime perplessità circa la corrispondenza delle due armi¹² e, ritenendo l'intenzione omicidiaria ferma ed inarrestabile, esclude che la condotta omessa avrebbe impedito il verificarsi dell'evento causativo del danno, anche perché l'uxoricida avrebbe potuto procurarsi un coltello semplicemente acquistandolo. Il giudice di secondo grado, nel motivare il proprio convincimento, oltre a ripercorrere con dettaglio, per giustificare le conclusioni sul nesso casuale, il parallelo scorrere della vicenda separativa e dell'esecuzione dell'efferato omicidio, riporta anche un passaggio della sentenza con la quale il G.U.P. condannava l'uomo per l'uxoricidio: l'eliminazione fisica della moglie rappresentava per l'imputato, coinvolto in una durissima battaglia legale per l'affidamento dei bambini, «la soluzione finale del problema e la rimozione di ogni ostacolo tra il padre ed i figli»¹³.

Un aspetto approfondito in secondo grado è quello di cui alla lettera a) della domanda di risarcimento: non aver provveduto all'interrogatorio dell'indagato. La Corte, oltre a dubitare della configurabilità di una negligenza inescusabile in tale omissione, afferma che se pure si fosse proceduto all'incombente, non è sostenibile che ciò avrebbe distratto l'uomo dall'omicidio.

3.1. Brevi osservazioni sulla decisione di secondo grado.

Non del tutto precisa appare la sentenza quando, soffermandosi sui fatti successivi al giugno 2007, se da un lato sottolinea, in continuità con il giudice di prime cure, l'impossibilità di richiedere una misura cautelare, dall'altro, ritenendo che la

soggettivi della fattispecie.

¹¹ Sez. U. civ., sent., 11.1.2008, n. 576, V. contro Usl 42 Napoli, in *Cass. pen.*, I, 2009, p. 69, con nota di R. BLAIOTTA, *Causalità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*.

¹² V. p. 16 della sentenza.

¹³ Cfr. Corte di Appello di Messina, sez. II civile, sentenza 4.3.2019, p. 17 e 18. Anche il Tribunale di Messina, a pagina 16 della sentenza già citata, riporta uno stralcio significativo della sentenza del G.U.P.: «i motivi che hanno indotto il (...) ad uccidere non possono essere adeguatamente e concretamente ricostruiti se non alla luce della *durissima battaglia legale intrapresa con (...) per l'affidamento dei tre figli minori, battaglia dalla quale è emerso il forte ed inalterabile attaccamento dell'imputato nei confronti della prole (...) in questo contesto non sorprende che il (...) abbia maturato il proposito omicida nell'imminenza (...) dell'affidamento dei figli alla madre*».

qualificazione giuridica dei fatti consentisse la perquisizione ed il sequestro, afferma che trattasi di «mezzi di ricerca della prova». Il tema dell'attività investigativa relativa all'arma del delitto sembra poco centrato da un punto di vista processualpenalistico in quanto la condotta omessa non riguardava la ricerca della prova, quanto la necessità di impedire la progressione criminosa, da un punto di vista oggettivo, in relazione al coltello: dunque un sequestro preventivo impeditivo ex art. 321, c. 1, c.p.p. Lo stesso problema sembra riscontrabile circa la valutazione effettuata in merito all'omesso interrogatorio dell'indagato che, in quanto atto defensionale e non d'indagine, non appare utilmente spendibile ai fini del giudizio richiesto dalla colpa civilistica.

Sulla prova del nesso causale tra la omissione e l'omicidio la Corte di Appello di Messina decide, come detto, in senso opposto al Tribunale ma i precedenti di legittimità citati attengono ad ipotesi specifiche, quali la responsabilità per attività pericolose¹⁴.

4. Cass. civ., sez. III, sentenza, 8.4.2020, n. 7760.

La Corte di Cassazione cassa con rinvio la decisione del giudice di appello, concentrandosi, principalmente, sul criterio adottato per l'accertamento del nesso causale. Secondo il giudice di legittimità, ritenere che l'omicida si sarebbe comunque potuto procurare un coltello e che la sua volontà fosse incrollabile, di modo che, pur se la perquisizione ed il sequestro dell'arma fossero stati effettuati, egli avrebbe ad ogni modo ucciso la moglie, significa relegare le ipotesi di responsabilità al solo caso fortuito o alla forza maggiore, in conflitto con la regola di giudizio per le fattispecie colpose omissive. A giudizio della Cassazione la verifica del nesso di causalità tra la condotta doverosa ma omessa e l'evento causativo del danno va effettuata «sulla scorta del criterio del *“più probabile che non”*, conformandosi ad uno standard di certezza probabilistica, che, in materia civile, non può essere ancorato alla determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi (c.d. probabilità quantitativa o pascaliana), la quale potrebbe anche mancare o essere inconferente, ma verificata riconducendone il grado di fondatezza nell'ambito degli elementi di conferma (o, nel contempo, di esclusione di altri possibili alternativi) disponibili nel caso concreto (c.d. probabilità logica o baconiana)¹⁵.

La motivazione della Corte va analizzata anche in due passaggi ulteriori.

Nel primo si legge: «del tutto incomprensibile è il richiamo al *giudicato formatosi sui fatti oggetto di talune denunce* (peraltro neppure chiaramente individuate), per avere il [...], in relazione agli stessi, patteggiato le relative condanne dopo la morte della moglie:

¹⁴ Sez. U. civ., sent., 11.1.2008, n. 576, cit.

¹⁵ Questo orientamento è seguito anche da Cass. civ., sez. III, ord., 27.9.2018, n. 23197, Avvocatura generale dello Stato contro P., citata nella sentenza del caso Manduca, nonché da Cass. civ., sez. III, ord., 26.2.2019, n. 5487, Janari contro Sarti, in *Judicium*, rivista on line, 30.4.2019, con nota di M. MAGLIULO, *Pluralità di condotte omissive del sanitario e accertamento del nesso di causa*. Sulla logica c.d. pascaliana e quella c.d. baconiana v. L. LOMBARDO, *La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2007.

censura svolta nel terzo mezzo come omesso esame di un fatto decisivo e che si presta ad essere apprezzata anche sotto il profilo della impossibilità di risalire, attraverso l'apparato argomentativo della pronuncia impugnata, all'iter logico posto a base del convincimento del decidente». Questo passaggio della motivazione non sembra condivisibile. Leggendo la motivazione della sentenza di appello appare chiaro cosa volesse intendere la corte messinese che, pur riferendosi al "giudicato", in realtà, si richiama allo stesso concetto espresso dal tribunale: data la polverizzazione delle condotte singolarmente denunciate, non sussumibili, a quel tempo, in un'unica fattispecie, l'attività svolta dall'inquirente per ciascuna di esse le privava di rilievo ai fini dell'affermazione di responsabilità civile.

In un altro passaggio motivazionale la Corte di Cassazione ritorna sul concetto, lamentando una *«eccessiva frammentazione dei fatti, con conseguente inintelligibile polverizzazione di alcuni episodi (...)»* così privando di rilevanza *«l'antecedente logico, ossia la condotta omessa, poiché si afferma che qualunque essa potesse essere, l'evento di danno si sarebbe comunque verificato. Così motivando la Corte di Appello ha dilatato l'incidenza dell'inadempimento dell'organo giudiziario ai limiti del caso fortuito e della forza maggiore, o, comunque, ha ristretto l'evitabilità dell'evento ai soli casi di assoluta impossibilità di una condotta positiva alternativa»*. La lettura delle due sentenze di primo grado permette, al contrario, di apprezzarne la cura motivazionale e quella che appare la polverizzazione di alcuni episodi è, specialmente nella sentenza di primo grado, frutto di una ragionata selezione di ogni singolo accadimento denunciato dalla vittima ai fini dell'affermazione della responsabilità civile.

Ad ogni modo, se pur non fosse condivisibile tale giudizio, la Cassazione ha invitato a ponderare tutti i fattori causali – quello omissivo del P.M. e quello commissivo dell'omicida – ma in una loro visione d'insieme poiché solo in tal modo – ed il compito spetta ora al giudice di rinvio – sarà possibile riconoscere o meno un'ipotesi di responsabilità civile. Come sostenuto in dottrina, *«occorrerebbe, dunque, sincerarsi che l'ipotetica perquisizione avrebbe neutralizzato, in termini di certezza probabilistica e a confronto con gli altri elementi di cui tener conto (in primis l'ipotetica strategia del reo a seguito di un siffatto provvedimento e dell'eventuale sequestro del coltello), un evento delittuoso con quelle specifiche caratteristiche»*¹⁶.

In queste pagine, accogliendo l'invito della Corte, il *recupero della visione d'insieme dei fatti* può essere effettuato dalla prospettiva civilistica e da quella penalistica, cercando in tal modo di integrare i due sistemi, puntualizzando gli istituti di diritto processuale penale e sostanziale evocati dai ricorrenti e trattati – oppure omessi – nei giudizi civili.

5. Cass. civ., sez. III, sentenza, 26.6.2015, n. 13189.

L'altro precedente di legittimità che tratta degli argomenti qui affrontati trae origine da un altro fatto di cronaca, quello di un uomo che, dopo aver più volte

¹⁶ Così A. PALMIERI, *La responsabilità del pubblico ministero per omessa perquisizione*, cit.

minacciato di uccidere la ex amante, come risultava anche da tre lettere sequestrate presso la sua abitazione, nel luglio del 2002 assassina la donna per poi suicidarsi.

Il Tribunale di Caltanissetta¹⁷ riconosce la fondatezza della domanda di risarcimento reputando colposa la condotta del P.M. che avrebbe omesso di *interrogare l'indagato al fine di appurare le sue condizioni di salute* ed eventualmente chiedere, alle autorità competenti, un T.S.O., dal momento che l'uomo aveva manifestato il proprio intento omicida e suicidario in delle lettere. Secondo la Corte di Appello nissena¹⁸, inoltre, «l'accertamento di una malattia mentale [...] era un *obbligo di indagine che il P.M. aveva*, non una mera discrezionalità in ordine all'accertamento [...] La mera ed assordante omissione di ogni accertamento necessario sul punto, comportamento che si poneva come obbligatorio nell'ottica di un diligente svolgimento del proprio lavoro istituzionale, radica la grave negligenza e struttura la responsabilità professionale». La fonte di responsabilità civile del magistrato inquirente viene individuata nel non aver assunto «un *provvedimento*, si badi anche *negativo*, ma, comunque, valutativo della situazione sotto esame» e la norma positiva del dovere è ricavata dall'art. 112 della Costituzione¹⁹.

6. Doverosità, prevedibilità ed evitabilità: le scansioni argomentative del giudizio civile dal punto di vista del processo penale.

La responsabilità extracontrattuale, alla quale può ascriversi quella della L. 13 aprile 1988, n. 117²⁰, è un sistema per distribuire i danni in ragione del rischio. L'agire, sebbene in conseguenza di un'attività lecita e doverosa come quella del pubblico ministero, può comportare un rischio ed un danno conseguente, il cui risarcimento deve essere imputato ad un soggetto. Nelle ipotesi commissive è stretto il rapporto tra l'autore dell'azione ed il rischio: il primo risponde del danno cagionato *direttamente* dalla sua condotta illecita. La presenza di una condotta attiva, positiva, rende molto più agevole inferire il rapporto causale tra l'azione ed il danno; due "fatti" sono collegati da una legge causale. Non così nell'omissione: qui *il rischio è creato da altri*, provenendo da una fonte esterna al soggetto che non ha agito (rimanendo inerte pur a fronte di un obbligo di agire)²¹; il giudizio controfattuale, inoltre, passa attraverso un'ipotesi – quella della

¹⁷ Tribunale di Caltanissetta, Sentenza 23.11.2008, n. 592.

¹⁸ Corte di Appello di Caltanissetta, sentenza, n. 40 del 2013.

¹⁹ Entrambi i provvedimenti di merito si trovano, con commento, in G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, cit. La Cassazione si è invece concentrata su questioni processuali non rilevanti ai fini della presente trattazione.

²⁰ Sulla riconducibilità di questo tipo di responsabilità a quella aquiliana non sembrano esservi dubbi in dottrina; si veda, per tutti, L. SCOTTI, *La responsabilità civile del magistrato*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 83. I principali punti di differenza sono: 1) ad esclusione delle ipotesi assistite dal dolo, la responsabilità del magistrato è indiretta; 2) i fatti causativi di responsabilità sono tipici; 3) il danneggiato dovrà agire contro lo Stato e quest'ultimo agirà contro il magistrato, in rivalsa, per le ipotesi di dolo o negligenza inescusabile.

²¹ Non è questa la sede per approfondire tale argomento per cui si rimanda alla classica trattazione di M. BARCELLONA, *Trattato sulla responsabilità civile*, Torino, U.T.E.T., 2011, p. 257 ss.

verificazione della condotta doverosa omissa –, dunque non ci sono più due “fatti”, ma solo uno – quello causativo del danno –, che la legge di copertura deve collegare all’evento dannoso.

Questa peculiarità dell’azione colposa per omissione è particolarmente evidente nella responsabilità omissiva del magistrato soprattutto laddove la fonte esterna del rischio sia mossa da potenti, ed imprevedibili, spinte psicologiche. Le sentenze passate in rassegna si sono occupate di questo aspetto, che si è preferito illustrare solo ora per ragioni espositive: applicando le regole sul concorso di cause dettate dal codice penale – art. 40 e 41, con particolare riferimento al secondo comma dell’ultimo dei due –, nel selezionare il fatto idoneo a cagionare l’evento lesivo, questo va attribuito all’autore della causa sopravvenuta solo se questa neutralizzi le preesistenti, nel senso da porsi al di fuori delle linee di sviluppo proprie della serie causale già in atto. Dunque, la condotta dell’omicida in che rapporto si pone con quella dell’inquirente ipoteticamente omissa? È di tale portata da recidere ogni ponte con ogni fattore causalmente rilevante? In questo caso, si dovrà esaminare il grado di colpa con il grado di causalità tra condotta omissiva ed evento poiché, «di fronte ai dati normativi contenuti negli art. 40, comma I, e 41 c.p. non ci si può porre, quindi, alla ricerca del concetto giuridico di causa, a meno che non si voglia cercare nella legge la verifica dell’esattezza della teoria che si è ritenuto di dover elaborare, per attenersi alle proposizioni logico-naturalistiche o per discostarsi da esse, perché insoddisfacenti. Invero, “l’unica teoria possibile, se si vuole rimanere sul campo strettamente logico, non può essere che quella della *conditio sine qua non*”»²². Laddove, come nel caso Manduca, le parti siano coinvolte in vicende separative, esitate in reciproche denunce, che hanno coinvolto anche le famiglie di origine, la *causa sopravvenuta* non sembra essere un evento eccezionale in termini di causalità ponendosi, al contrario, nella serie causale in atto²³. Il vero problema è quello della *prevedibilità* dell’evento. Come emerge chiaramente nelle motivazioni delle sentenze di merito, i bambini rappresentavano per l’imputato «l’unica forma di realizzazione personale ed affettiva» tanto che egli maturava «con estrema determinazione il suo proposito omicidiario» e lo portava a segno «nell’immediatezza (prospettatagli dal suo stesso legale ed invero giustificata dal tenore delle CTU disposte nel giudizio di separazione) dell’affidamento dei figli alla madre»²⁴; in conclusione, i motivi che indussero il padre ad uccidere «non possono essere adeguatamente e concretamente ricostruiti se non alla luce della durissima battaglia legale intrapresa [...] per l’affidamento dei tre figli minori, battaglia dalla quale è emerso il forte ed inalterabile attaccamento dell’imputato nei confronti della prole» ed «in questo contesto non sorprende che [...] abbia maturato il proposito omicida nell’imminenza [...] dell’affidamento dei figli alla madre»²⁵.

²² A.A. DALIA, *Le cause sopravvenute interruttrive del nesso causale*, Napoli, Jovene, 1974, p. 31.

²³ Trattasi, ovviamente, di valutazione da effettuare sul caso concreto e che resta, sempre, assai difficile, anche perché laddove si partisse dal (pre)concetto che ogni vicenda personale di tal genere possa cagionare un fatto di sangue si stigmatizzerebbe un evento della vita, irrigidendo un percorso giudiziario di per sé già complesso con gli strumenti del processo penale.

²⁴ Così la sentenza di appello che riporta tra virgolette passaggi della sentenza del G.U.P. per l’omicidio della donna.

²⁵ Così la sentenza di primo grado che riporta alcuni passaggi della sentenza del G.U.P. per l’omicidio della

L'affermazione della responsabilità per omissione richiede tre passaggi che possono essere ora verificati alla luce degli istituti di diritto penale:

- a) la verifica della doverosità della condotta omessa in vista dell'evitamento del danno;
- b) la prevedibilità ed evitabilità dell'evento *ex ante*;
- c) la idoneità della condotta ad impedire l'evento, mediante il giudizio controfattuale, effettuato *ex post*.

6.1. La fonte della condotta doverosa e le eventuali potestà concorrenti in materia di tutela della salute mentale.

Anzitutto va verificata quale possa essere la fonte dell'obbligo per qualificare come giuridicamente rilevante quella che, altrimenti, sarebbe una mera inerzia. Spesso la gravità dell'evento, quale la morte di una donna a seguito della condotta di un familiare, sembra porre in secondo piano questo aspetto che, in realtà, è il primo passaggio logico: «il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la *preventiva individuazione dell'obbligo* specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto»²⁶.

L'obbligo di attivarsi non può scaturire da norme generali, di sistema, quale l'art. 7 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, approvazione del testo unico sull'Ordinamento Giudiziario, che individua, da un punto di vista ordinamentale, i compiti della magistratura inquirente²⁷. Lo stesso dicasi per l'art. 112 Cost. che, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte di Appello di Caltanissetta²⁸, fonda, semmai, un obbligo di indagine, senza determinarne, però, la scansione esatta.

In secondo luogo, per la responsabilità civile dei magistrati, non sembra sostenibile che l'obbligo di attivarsi possa sorgere da mere circostanze fattuali. La giurisprudenza, da tempo, ritiene che «la violazione del dovere del "neminem laedere" può consistere anche in un comportamento commissivo, e non solo omissivo, ogni qual volta il soggetto obbligato, pur consapevole del pericolo cui è esposto l'altrui diritto, ometta di intervenire per impedire l'evento dannoso»²⁹, per cui «l'omittente risponde del

donna.

²⁶ Cass. civ., sez. III, sent., 20.9.2006, n. 20328, Queirola contro Com. Zoagli ed altro, in *Nuov. giur. civ. comm.* IV, 2007, p. 486, con nota di M. CAPECCHI, *Appunti in tema di accertamento del nesso di causalità nell'omissione*.

²⁷ «Il pubblico ministero veglia alla osservanza delle leggi, alla pronta e regolare amministrazione della giustizia, alla tutela dei diritti dello Stato, delle persone giuridiche e degli incapaci, richiedendo, nei casi di urgenza, i provvedimenti cautelari che ritiene necessari; promuove la repressione dei reati e l'applicazione delle misure di sicurezza, fa eseguire i giudicati ed ogni altro provvedimento del giudice, nei casi stabiliti dalla legge».

²⁸ Corte di Appello di Caltanissetta, sentenza, n. 40 del 2013.

²⁹ Cass. civ., sez. III, sent., 9.7.1998, n. 6691, BNL SpA contro Fantini, la massima così prosegue: «Ne consegue che la banca, la quale abbia omesso di comunicare ai propri clienti di avere licenziato un proprio dipendente, è responsabile del danno sofferto dai primi per avere senza colpa affidato i propri risparmi all'ex dipendente, fidando nella sussistenza del rapporto di preposizione».

danno derivato a terzi non solo quando debba attivarsi per impedire l'evento in base ad una norma specifica o ad un rapporto contrattuale, ma anche quando, secondo le *circostanze del caso concreto, insorgano a suo carico, per i principi di solidarietà sociale* di cui all'art. 2 Cost., doveri e regole di azione la cui inosservanza integra un'omissione imputabile»³⁰. Trattasi, però, di orientamento sviluppatosi in relazione ad attività specifiche, talvolta rischiose, talaltra con soggetto attivo difficilmente individuabile³¹. Siccome una delle caratteristiche della responsabilità del magistrato, che la differenzia da quella ex art. 2043 c.c., è quella di poter scaturire solo da ipotesi tipiche – attenendo ad attività ordinamentali –, non sembra possibile sostenere l'estensione dell'orientamento appena riferito all'attività omissiva del P.M. È inoltre necessario delimitare, qualitativamente, il rapporto tra l'obbligo giuridico e gli eventi: «l'evento dannoso dev'essere anche riconducibile alla *tipologia di eventi* che l'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa intendeva evitare»³².

In entrambi i casi giudiziari ripercorsi le *condizioni psichiatriche* degli indagati ed i modi per far fronte ad un'eventuale patologia sono stati al centro delle domande dei ricorrenti ma per giungere all'affermazione di una responsabilità civile in capo all'inquirente occorre domandarsi se non sussistano *potestà concorrenti rispetto a quella del pubblico ministero*. Non bisogna dimenticare, infatti, che l'attività del P.M. si inserisce in una rete di interventi, la cui occasionale intersecazione con la giurisdizione non consente un'impropria sovrapposizione di piani sotto il profilo risarcitorio. Ed infatti è demandato alla Polizia amministrativa, e non al requirente, il generico compito generalpreventivo, così come il pubblico ministero non ha compiti di tutela della salute psichica dell'imputato.

Volendo trovare una precisa norma di legge cui agganciare il problema viene in conto l'art. 73 c.p.p. Nelle prime due ipotesi del citato articolo l'intervento del pubblico ministero, vuoi di segnalazione alla «autorità competente per l'adozione delle misure previste dalle leggi sul trattamento sanitario per le malattie mentali» – c. 1 – vuoi di richiesta al giudice affinché costui provveda con un provvedimento provvisorio – c. 2 –, non è diretto alla tutela della persona offesa, bensì della salute dell'indagato. In sede di riforma del processo penale, infatti, anche sulla scorta del dibattito in ambito psichiatrico molto vivace in quegli anni, si è avvertita la necessità di separare nettamente le esigenze

³⁰ Cass. civ., sez. III, sent., 22.10.2014, n. 22344, Paganuzzi contro Zurich Insurance PIC ed altri, in *Dann. e resp.*, 2015, IV, p. 357, con nota di U. IZZO, *La "precauzione mancata" nella responsabilità civile: il gestore e lo scontro fra utenti delle aree sciabili*. Si veda anche Cass. civ., sez. III, sent., 23.5.2006, n. 12111, Ghigliano contro Mignone, in *Danno resp.*, 2007, II, p. 163, con nota di G. GUERRESCHI, *Soliti ignoti di nuovo sui ponteggi: l'impresa è responsabile*.

³¹ L'orientamento suddetto è seguito, a titolo di esempio, per i furti in abitazione commessi approfittando dei ponteggi a ridosso degli edifici. Inoltre per il pubblico ministero l'obbligo di attivarsi in tanto può insorgere nella misura in cui la vittima abbia inteso querelarsi nei reati non procedibili di ufficio e, come si è visto nella prima parte e come risulta dalla pratica giudiziaria, spesso è quella volontà che manca alla vittima.

³² Cass. civ., sez. III, sent., 20.9.2006, n. 20328, cit.; v. anche Cass. civ., sez. III, sent., 5.5.2009, n. 10285, Aerolinee Itavia Spa contro Min. Interno, in *Dir. traspr.*, 2010, II, p. 411, con nota di G. DI GIANDOMENICO, *La colpa omissiva e l'obbligo di vigilare nel trasporto aereo ipotesi ricostruttive della responsabilità del soggetto omissivo*.

cautelari da quelle di cura dell'infermo, sottraendo all'autorità giudiziaria il potere di applicare misure restrittive della libertà personale basate sulla sola patologia psichiatrica, in favore dell'autorità amministrativa³³. Solo così si spiega il mero potere di segnalazione in capo al pubblico ministero e la perdita di efficacia della misura interinale eventualmente concessa dal giudice nel momento in cui venga data esecuzione al provvedimento amministrativo. Solo l'ipotesi di cui al comma n. 3 è intesa alla tutela della vittima ma, contemplando una mera modalità esecutiva della custodia cautelare in carcere, soggiace ai limiti di applicabilità di questa³⁴; in entrambi i casi poi giunti in Cassazione i fatti non consentivano, *ratione temporis*, l'operatività dell'art. 73 c.p.p. perché non era possibile richiedere la custodia cautelare in carcere.

Se questi sono i limiti di applicazione dell'art. 73 c.p.p., occorre ritornare sulla decisione della Corte di Appello di Caltanissetta. Secondo quel giudice, «l'accertamento di una malattia mentale [...] era un obbligo di indagine che il P.M. aveva [...] La mera ed assordante omissione di ogni accertamento necessario sul punto, comportamento che si poneva come obbligatorio nell'ottica di un *diligente svolgimento del proprio lavoro istituzionale*, radica la grave negligenza e struttura la responsabilità professionale»³⁵. Se si individua la fonte dell'obbligo in norme generali oppure ordinamentali e non si effettua una opportuna delimitazione delle competenze, si giunge, però, ad una forma di responsabilità composita, ancorata ad elementi laschi sui principali aspetti del giudizio di responsabilità civile, in particolare sulla norma impositiva dell'obbligo, sino a scardinare uno dei principi fondamentali della L. 117/1988 – quello della *tipicità dell'illecito* –, lambendo le forme di responsabilità da contatto sociale. Una conseguenza non irragionevole potrebbe essere, allora, quale ricaduta concreta di tale orientamento, che il danneggiato, nei casi in cui l'autore del reato resti ignoto oppure non disponga di risorse per risarcire la vittima, avanzi richieste risarcitorie ai sensi della L. 117/1988, individuando il pubblico ministero quale autore della condotta doverosa omessa e causalmente efficiente alla causazione del danno.

L'unico aspetto censurabile nella condotta di quell'inquirente sembra, piuttosto, l'aver omesso la segnalazione all'autorità amministrativa – art. 73, c. 1, c.p.p. –. Tale apprezzamento, però, egli avrebbe dovuto effettuare sulla base delle annotazioni dei Carabinieri circa le lettere sequestrate in casa dell'indagato. Non sembra condivisibile, al contrario, l'opinione del Tribunale di Caltanissetta³⁶ secondo il quale sussiste una colpa nella condotta del P.M. che omette di *interrogare l'indagato al fine di appurare le sue condizioni di salute*³⁷.

³³ Si veda L. BRESCIANI, *Infermità di mente (profili processuali)*, in *Dig. pen.*, VI, Torino, 1992, p. 434 e ss.

³⁴ V. Cass. pen., sez. IV, sent. 10.12.2003, n. 3518, Murru.

³⁵ Corte di Appello di Caltanissetta, sentenza, n. 40 del 2013.

³⁶ Tribunale di Caltanissetta, Sentenza 23.11.2008, n. 592.

³⁷ Nel procedimento disciplinare il magistrato è stato assolto; secondo la sezione disciplinare del C.S.M. non c'erano profili di inescusabilità, siccome «la diagnosi che il P.M. ebbe implicitamente a formulare, ritenendo non matura la possibilità di prendere misure coercitive, poteva essere correttamente raggiunta». V. G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, cit., p. 253.

6.2. Gli strumenti a disposizione del P.M. per dare seguito alla condotta doverosa.

Una volta stabilita la sussistenza dell'obbligo, è necessario decidere quale sia lo strumento più adatto, e normativamente previsto, per dare seguito al dovere di agire: il pubblico ministero che, all'interno di una situazione garantita come quella del processo penale, per conseguire un fine pur meritevole di apprezzamento, piegasse la finalità propria di una scansione processuale, ben potrebbe andare incontro ad altra responsabilità, quale quella disciplinare.

E così l'interrogatorio dell'indagato, sovente evocato quale atto obbligatorio omesso, non è propriamente un atto d'indagine ma rappresenta, piuttosto, uno «strumento di garanzia e di difesa»³⁸, tanto che il prevenuto può sottrarsi allo stesso senza conseguenza alcuna e, pur accompagnato coattivamente su disposizione del giudice, avrebbe il diritto di fare scena muta. Occorre poi anche lasciare all'inquirente lo spazio di manovra necessario alla buona conduzione delle indagini dal momento che l'interrogatorio, presupponendo la contestazione di precisi fatti e il disvelamento della qualità d'indagato, può impedire la riuscita di altre attività investigative – come, ad esempio, intercettazioni in corso – o, paradossalmente, esporre la vittima ad un maggiore rischio, anche ritorsivo. Parimenti, come già detto, lascia dubbi la tesi³⁹ che l'interrogatorio possa essere doveroso ad un fine diverso, quello di accertare l'eventuale stato di salute psicologica dell'indagato per attivare «l'autorità competente per l'adozione delle misure previste dalle leggi sul trattamento sanitario per malattie mentali»⁴⁰.

Occorre poi precisare fino a che punto una misura cautelare sia il mezzo adeguato e legislativamente previsto per adempiere all'obbligo di agire: il sequestro del coltello nel caso trattato da Cass. Civ., Sez. III, Sent. 8.4.2020, n. 7760 oppure una misura cautelare restrittiva della libertà personale in quello di Cass. Civ., Sez. Sez. III, Sent., 26.6.2015, n. 13189.

Ebbene le misure cautelari, personali e reali, non impingono tutte indistintamente, e nello stesso modo, sui fattori criminogeni, né sono fungibili; questa nozione basilare può orientare decisamente la valutazione di un punto fondamentale della vicenda Manduca, quello relativo al coltello, laddove sembra che la lamentata omissione attenga al sequestro probatorio, ma il riferimento non è pertinente. La misura cautelare reale codicisticamente prevista per impedire la progressione criminosa va individuata nel sequestro preventivo c.d. impeditivo, art. 321, c. 1, c.p.p.: mediante l'apprensione di una «cosa pertinente al reato» si tende ad evitare che il delitto sia portato ad ulteriori conseguenze – ad esempio che quanto distratto da una società sia ceduto a terzi – o che siano commessi altri reati – come quando la pistola sottratta in un'armeria voglia essere impiegata in una rapina –. La valutazione richiesta è incentrata sulla

³⁸ Così, in motivazione, Sez. 3, n. 23930 del 27/05/2010 - dep. 22/06/2010, B., Rv. 247875, Sez. 6, Sentenza n. 1052 del 14/11/2012, dep. 09/01/2013, imp. Argenio, Rv. 253650; in termini Sez. 6, n. 13892 del 04/03/2014 - dep. 24/03/2014, Bongiorno, Rv. 25945901

³⁹ Corte di App. Caltanissetta, sent. 25.2.2013, n. 40 e Tribunale di Caltanissetta.

⁴⁰ Cfr. art. 73, c. 1, c.p.p.

«prognosi di pericolosità derivante dal mantenimento della disponibilità della cosa»⁴¹ in quanto «nella misura cautelare reale è il tasso di pericolosità della cosa in sé che giustifica l'imposizione della misura stessa»⁴²; per questa ragione il sequestro preventivo impeditivo è «ontologicamente legato non necessariamente all'autore del reato, bensì alla cosa, che viene riguardata dall'ordinamento come strumento, la cui libera disponibilità può rappresentare una situazione di pericolo»⁴³. Soprattutto dalla lettura della sentenza della Corte di Appello di Messina risulta, però, che la corrispondenza tra il coltello utilizzato per le minacce e quello usato per l'omicidio è una circostanza che, sebbene fondamentale per l'affermazione di responsabilità, è rimasta sempre dubbia, sicché la censura volta all'inquirente sembra attenere più ai compiti di polizia amministrativa – che non gli competono – che al mancato tempestivo sequestro di *quel* coltello.

La perquisizione, dal canto suo, è atto d'indagine, inteso a fini probatori, avente ad oggetto «il corpo del reato o cose pertinenti al reato», come recita l'art. 247 c.p.p., e può essere l'occasione per un sequestro probatorio, ai sensi dell'art. 253 c.p.p., o preventivo, quest'ultimo anche nelle forme urgenti di cui al comma 3 bis dell'art. 321 c.p.p. Se tali sono i limiti dei due strumenti processuali, è possibile affermare che essi non agiscono sullo stimolo soggettivo, essendo diretti a sottrarre al reo cose; l'eventuale effetto soggettivo è pura evenienza.

6.3. La prevedibilità ex ante dell'evento e la sua evitabilità.

Iniziando dalla prevedibilità dell'evento *ex ante*, nei fatti giudicati nel merito da Caltanissetta può dirsi prevedibile l'esito in base alla dichiarata volontà dell'uomo di uccidere la ex compagna; egli aveva lasciato alcune lettere nelle quali manifestava l'intenzione di cagionare la morte della donna e di suicidarsi. Nel caso Manduca la valutazione è più incerta: l'omicida e la vittima, all'interno di una litigiosità bilaterale estesa anche alla famiglia della donna, si denunciavano per fatti "bagatellari" e, all'interno delle manifestazioni delittuose del marito nei confronti della moglie, in una sola occasione l'uomo giungeva all'aggressione fisica della donna, ben sei mesi prima dell'omicidio. È possibile affermare che, in questa *specifica* situazione di fatto, fosse possibile prevedere la massima lesione del bene vita?

Data per ipotesi la prevedibilità in base alla conflittualità palesata dalla causa di separazione e delle connesse e reciproche denunce, occorre interrogarsi, inoltre, sull'evitabilità dell'evento *ex ante* specialmente nel caso deciso da Cass. civ., sez. III, sent., 8.4.2020, sentenza n. 7760.

Mancando, a quel tempo, una fattispecie *ad hoc* sotto la quale ricomprendere i fatti risulta, dalla lettura delle sentenze di merito, che ad ogni denuncia della vittima il pubblico ministero aveva fatto seguire un esito, ora procedimentale, ora processuale, per

⁴¹ Sez. 6, n. 36773 del 18/06/2003 - dep. 25/09/2003, Pepe, Rv. 22682001

⁴² Sez. 2, n. 5472 del 15/11/1999 - dep. 21/12/1999, P.M. in proc. Coppola ed altri, Rv. 21508901

⁴³ Sez. 2, n. 5472 del 15/11/1999 - dep. 21/12/1999, P.M. in proc. Coppola ed altri, Rv. 21508901

ciascuno dei procedimenti iscritti⁴⁴. La Corte di Cassazione non sembra essere dello stesso avviso, almeno stando al passaggio motivazionale dove stigmatizza la «eccessiva frammentazione dei fatti, con conseguente inintelligibile polverizzazione di alcuni episodi»⁴⁵. Quello che si può dire al momento, in attesa del giudizio di rinvio, è che se le singole condotte di reato man mano denunciate dalla vittima trovavano un epilogo – archiviazione, condanna, patteggiamento – è possibile ritenere che il pubblico ministero abbia confidato, razionalmente, sugli effetti di tali statuizioni, tenuto conto dell'impossibilità, a quel tempo, di far confluire i fatti in una fattispecie singola come l'art. 612 bis c.p.

6.4. L'idoneità ad impedire l'evento.

Quanto alla idoneità della condotta ad impedire l'evento, mediante il giudizio controfattuale, effettuato *ex post*, occorre verificare se un atto d'indagine ed una misura cautelare reale che, in ipotesi, sarebbero dovuti intervenire mesi prima dell'omicidio, sarebbero stati idonei ad impedire l'evento.

È, da un punto di vista civilistico, la valutazione sulla corrispondenza tra l'evento dannoso e la tipologia di eventi che l'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa intendeva evitare: «il problema della causalità omissiva postula l'individuazione dell'obbligo giuridico, specifico o generico, che impone la tenuta della condotta omessa [...] La preliminare individuazione di siffatto obbligo deve precedere il momento di apprezzamento successivo della causalità omissiva, che, com'è noto, consiste nell'accertare se l'evento sia effettivamente ricollegabile in tutto od in parte all'omissione, nel senso che esso non si sarebbe verificato se l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli [...] con l'ulteriore avvertenza che *l'evento dannoso dev'essere anche riconducibile alla tipologia di eventi che l'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa intendeva evitare* »⁴⁶.

Nella sistematica processualpenalistica lo stimolo soggettivo, l'azione sul soggetto agente e sui motivi a delinquere, devono richiamare alla mente le sole misure cautelari personali. Ragionare, per il “caso Manduca”, sulla idoneità ad impedire l'omicidio per il solo tramite di una misura cautelare reale e di un atto d'indagine non sembra del tutto corretto in generale e non lo è, a maggior ragione quando, come nel caso di violenza di genere o di vittima vulnerabile, è proprio una *relazione interpersonale* a muovere le passioni che armano la mano dell'autore. In un caso di abuso edilizio o di inquinamento la sottrazione della disponibilità del bene impedisce che l'azione

⁴⁴ Per tali ragioni la condotta dell'inquirente veniva valutata positivamente da un punto di vista risarcitorio. Questi aspetti sono evidenti nella sentenza di primo grado, dove, come visto, si fa una netta cesura temporale tra i due periodi di tempo, ma pur il giudice di appello, con il riferimento al «giudicato» formatosi, sembra voler dire la stessa cosa.

⁴⁵ Cass. civ., sez. III, sent., 8.4.2020, n. 7760, cit.

⁴⁶ Cass. civ., sez. III, sent., 20.9.2006, n. 20328, Queirolo contro Com. Zoagli ed altro, cit.

delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze, ma lo stesso non può dirsi nei delitti da relazione.

Ma anche da un punto di vista strettamente civilistico, a voler puntare il fuoco sull'arma, emerge un elemento di forte perplessità: se la condotta omessa va parametrata ad una situazione specifica, *il coltello non sequestrato deve corrispondere al coltello utilizzato per l'omicidio*. Su questa circostanza c'è perplessità in tutti e tre i provvedimenti giudiziari e solo accedendo all'idea che il sequestro agisca sulla persona e non sulla cosa può sostenersi che sia indifferente la corrispondenza dell'arma. Ma i dubbi sul coltello hanno riflessi, ed assai importanti, anche all'interno del metro probabilistico cui si è richiamata la Cassazione: nella *c.d. probabilità logica* o baconiana, «il grado o misura della probabilità logica dipendono dalla *solidità delle regola di associazione dei fatti* [...] e la solidità di tale regola dipende sia dalla gravità, precisione e concordanza delle prove e degli elementi di prova, sia dalla forza intrinseca della generalizzazione adottata»⁴⁷. Insomma, il dubbio sulla corrispondenza delle armi mina la credibilità razionale della regola di collegamento tra il fatto omesso e l'omicidio.

Nel caso deciso da Cass. civ., sez. III, sent. 26.6.2015, n. 13189, i ricorrenti sostenevano che, a fronte delle minacce di morte nei confronti della ex compagna e del palesato intento omicidiario, il mancato interrogatorio, teso a verificare la presenza di patologie mentali, avrebbe costituito l'antecedente causale del successivo omicidio. A prescindere da quanto detto circa i limiti e le funzioni dell'art. 73 c.p.p., appaiono convincenti le critiche avanzate in dottrina a tale ragionamento: «l'interrogatorio dell'indagato [...] non è previsto dalla legge per valutare la sanità mentale di quest'ultimo [...] anche perché il magistrato che interroga non ha di regola le competenze necessarie a tal fine, e disporre consulenze psichiatriche su semplici sospetti appare essere un atto gravemente arbitrario»⁴⁸.

7. L'art. 612 bis c.p. ed il comma 1-ter dell'art. 362 c.p.p.: ricadute in tema di prevedibilità, evitabilità e doverosità.

La «*eccesiva frammentazione dei fatti*», da un punto di vista penalistico, con l'introduzione dell'art. 612 bis c.p. ad opera dell'art. 7 del D.L. 23.2.2009, n. 11, convertito, con modificazioni, nella L. 23.4.2009, n. 38, sembra essere stata superata.

La nuova fattispecie, infatti, permette di assegnare uno specifico disvalore ad una condotta che racchiude, come suoi elementi costitutivi, quelli che, nei casi analizzati, sono manifestazione di una condotta connotata da caratteri strutturali, anche criminologici, diversi dalla mera sommatoria delle singole violazioni di legge⁴⁹. Dal

⁴⁷ R. POLI, *Onere della prova. Gli standard di prova in Italia*, in *Giur. it.*, 2018, II, p. 2520 e 2521.

⁴⁸ G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, cit.

⁴⁹ Su questo aspetto si è soffermato anche Tribunale di Messina, Sez. I, 30.5.2017: «solo con l'introduzione dell'art. 612 bis c.p. è stata consentita, non più una valutazione atomistica del singolo episodio delittuoso, ma una considerazione in termini unitari di plurime condotte che, singolarmente, non permettevano l'applicazione di misure di tipo cautelare».

punto di vista della cautela personale, oggi il pubblico ministero ha a disposizione anche due misure potremmo dire elettive – allontanamento dalla casa familiare, art. 282 bis c.p.p. e divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, art. 282 ter c.p.p. – all’interno di un sistema che, grazie anche ai limiti edittali del reato in argomento, consente una progressione afflittiva sino alla custodia cautelare in carcere.

Pur con queste novità e pur volendo ritenere “doverosa” la richiesta di una misura cautelare, nel caso di omissione da parte dell’inquirente sembra difficile giungere ad un giudizio di responsabilità civile. Per verificare il nesso causale per il tramite del giudizio controfattuale sarebbe necessario effettuare anche una prognosi, assai impervia, circa l’accoglimento della richiesta da parte del giudice; si ricadrebbe, probabilmente, nelle ipotesi della clausola di salvaguardia – salvi casi eccezionali –.

Sempre grazie alle novità legislative è possibile solo oggi dare uno specifico rilievo ad un’eventuale omissione riferita al comma terzo dell’art. 73 c.p.p., dal momento che gli atti persecutori consentono l’applicazione di una misura cautelare. Grazie alle modifiche apportate dal D.L. 14.8.2013, n. 93, convertito, con modificazioni, nella L. 15.10.2013, n. 119, all’ultimo comma dell’art. 282 bis c.p. e dalla L. 19.7.2019, n. 69, al comma primo dell’art. 282 ter c.p.p., entrambe le misure permettono, inoltre, l’applicazione degli strumenti di controllo di cui all’art. 275 bis c.p., dunque del c.d. “braccialetto elettronico”.

La portata dei principi delle due sentenze di Cassazione andrà valutata anche riguardo alle modifiche introdotte dalla L. 19.7.2019, n. 69⁵⁰, in particolare al comma 1-ter dell’art. 362 c.p.p., Assunzione di informazioni: «Quando si procede per i delitti previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies e 612-bis del codice penale, ovvero dagli articoli 582 e 583-quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del medesimo codice, *il pubblico ministero assume informazioni* dalla persona offesa e da chi ha presentato denuncia, querela o istanza, *entro il termine di tre giorni* dall’iscrizione della notizia di reato, salvo che sussistano imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell’interesse della persona offesa»⁵¹.

Rispetto ai due casi giunti in legittimità, la espressa previsione di un termine, pari a tre giorni dalla iscrizione della notizia di reato, assegnato all’inquirente per assumere informazioni⁵², potrebbe rendere meno controvertibile la verifica della doverosità della condotta omessa in vista dell’evitamento del danno, così fornendo un oggettivo punto di riferimento al pubblico ministero nell’orientare la sua condotta ed all’eventuale

⁵⁰ Per un’approfondita analisi dell’impatto del c.d. “Codice Rosso” ad un anno dalla sua entrata in vigore, si veda il rapporto presentato dal Ministro della Giustizia, consultabile a questo link: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?contentId=SPS306452.

⁵¹ Sulla normazione secondaria del C.S.M. per i pubblici ministeri ed i profili disciplinari si v. G. GRASSO, *Sul rilievo dei criteri di priorità nella trattazione degli affari penali nelle delibere del C.S.M. e nelle pronunce della sezione disciplinare*, in *For. it.*, 2015, III, p. 259 e ss.

⁵² Per quanto riguarda l’assunzione della prova dichiarativa delle vittime di violenza di genere v. G. DALIA, *La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere*, in *Arch. pen.*, on line, I, 2020, in particolare paragrafi 4 e 5.

giudizio di responsabilità civile. Se è vero, come sostenuto in dottrina, che L. 117/1988 «sembra [...] essere tarata principalmente con riguardo all'attività del giudice, e comunque più facilmente riferita alle condotte attive»⁵³, il comma 1-ter dell'art. 362 c.p.p. apre nuovi scenari di riflessione.

8. La natura del termine dell'art. 362, c. 1 ter, c.p.p.

È noto che il termine dei tre giorni è stato introdotto per accelerare le indagini su alcune tipologie di reato con vittima vulnerabile e non sono mancate critiche sulla sua praticabilità in concreto ed opportunità investigativa⁵⁴. La norma va interpretata sistemicamente, anche per evitare che la sua applicazione subisca un'eterogeneità dei fini: l'utilizzo indiscriminato dell'adempimento, a fini quasi cautelativi da parte del pubblico ministero, potrebbe risultare più dannoso che la sua omissione.

Non risultano, allo stato, espresse prese di posizione sulla natura del termine, se non un riferimento, in motivazione, da parte della Suprema Corte secondo la quale trattasi di «disposizione acceleratoria dettata [...] al precipuo scopo di evitare stasi procedimentali e consentire l'immediata adozione delle cautele eventualmente necessarie ad evitare la protrazione della situazione illecita in atto, la reiterazione del reato o la commissione di illeciti più gravi nel quadro quell'escalation che spesso caratterizza queste forme di devianza»⁵⁵. È però necessario, come detto, interpretare sistematicamente l'art. 362, c. 1 ter, c.p.p. per cui, «laddove l'obiettivo possa essere altrimenti soddisfatto senza necessità di sottoporre la vittima a plurime audizioni, la disposizione, prendendo in particolare in esame la situazione di soggetti minorenni, consente al pubblico ministero di non procedere immediatamente all'assunzione delle informazioni da parte della persona offesa»⁵⁶. In dottrina il termine viene ritenuto acceleratorio⁵⁷ ed in alcune linee guida degli Uffici di Procura si parla di termine ordinatorio⁵⁸. Il dubbio rilevante in questa sede è quello esterno alla procedura penale;

⁵³ G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, cit.

⁵⁴ Su questo aspetto e sull'accelerazione circa i tempi ed i modi per riferire la notizia di reato v. F. M. M. BISANTI, *Indagini preliminari*, in A. CONZ – L. LEVITA (a cura di), *Il codice rosso Commento organico alla Legge 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Dike Editrice, 2019, p. 69 e ss.

⁵⁵ Così, in motivazione, Cass. pen., sez. III, sent., 10.10.2019, n. 47572, in Cass. Pen., 2020, XII, p. 4633 e ss., con nota di F. MARCHETTI, *Nuovi itinerari (e nuovi orizzonti) dell'abnormità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio*. Le stesse argomentazioni si ritrovano nella parte motiva di Cass. pen., sez. III, sent., 16.5.2019, n. 34091, in *Giur. it.*, 2020, I, p. 201, con nota di L. SURACI, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità* ed in questa *Rivista*, 8 gennaio 2020, C. ARDIGÒ, [L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela](#).

⁵⁶ Così, in motivazione, Cass. pen., sez. III, sent., 10.10.2019, n. 47572, cit.

⁵⁷ D. RUSSO, [Emergenza "Codice rosso". A proposito della l. legge 19 luglio 2019, n. 69 in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere](#), in *Dir. pen. cont.*, 1/2020, p. 11.

⁵⁸ "Prime linee guida per l'applicazione della legge, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", elaborate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, p. 26, si legge: «In assenza di disposizioni che direttamente o indirettamente consentano di individuare un carattere di perentorietà (inutilizzabilità, inefficacia, nullità o

nessuno ritiene, infatti, che il mancato rispetto dei tre giorni possa comportare decadenze per il pubblico ministero.

Sebbene allo stato non constino decisioni a livello disciplinare, secondo alcuni commentatori il mancato rispetto del termine, se ingiustificato, potrebbe essere la fonte di questo tipo di responsabilità⁵⁹.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere sul disegno di legge relativo a “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere (A.S. 1200)”, afferma che «l’indicazione del termine appare, dunque, funzionale a *responsabilizzare il P.M.*, valendo, a presidio della sua inosservanza, il rilievo che *il ritardo* potrebbe assumere a *fini disciplinari o di responsabilità civile*»⁶⁰. La decisione della Corte Edu del 2 marzo 2017, Sez. I, n. 41237/14, ric. Talpis c. Italia, con la quale è stato affermato che dagli artt. 2 e 3 della CEDU scaturisce, a carico degli Stati, sia l’obbligo positivo di proteggere le persone vulnerabili, fra cui rientrano le vittime di violenze domestiche, attraverso misure idonee a evitare aggressioni alla vita e all’integrità fisica delle stesse, sia il *dovere*, per le autorità pubbliche, di *instaurare un procedimento penale* effettivo e *tempestivo*, ha stimolato l’attività consiliare verso la “Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica”⁶¹. In questo documento il Consiglio sottolinea che i fenomeni criminali riconducibili all’area della violenza di genere e domestica, alla luce delle risoluzioni consiliari del 9 luglio 2014 e dell’11 maggio 2016, devono essere ricondotti «nell’alveo delle c.d. priorità “ultralegali”. Pertanto, per gli uffici di Procura tutti i procedimenti relativi ai reati menzionati da quest’ultima norma devono *ritenersi a trattazione prioritaria* [...]»⁶².

L’art. 2, c. 1, lettera q) del D.L.vo 23.2.2006, n. 109⁶³, prevede, tra gli “illeciti disciplinari nell’esercizio delle funzioni”, il «reiterato, grave e ingiustificato *ritardo* nel

altra sanzione processuale), il termine non può che essere ordinatorio». Il documento è reperibile su fonti libere.

⁵⁹ G. AMATO, *Spazio alla delega dell’obbligo di sentire la persona offesa*, in *Guida dir.*, 37, 7 settembre 2019

⁶⁰ Pratica num. 19/PP/2019, delibera 8.5.2019

⁶¹ Questo documento e quello immediatamente successivo sono reperibili sul sito del C.S.M., VII Commissione.

⁶² Sempre grazie ad un’attività del C.S.M emerge che, pur durante l’emergenza sanitaria, gli Uffici inquirenti abbiano prestato una particolare attenzione al termine: «E’ risultato che la stragrande maggioranza delle Procure ha ritenuto che la normativa di urgenza non abbia sospeso il termine di cui all’art. 362 comma 1 ter c.p.p.; e che soltanto un numero contenuto (undici uffici) lo hanno ritenuto sospeso (ex art. 83 c. 2 D.L. 18/20). In ogni caso, al di là della interpretazione circa la operatività della sospensione, è risultato che gli uffici hanno agito in concreto, in maniera tendenzialmente uniforme, essendo intervenuti immediatamente nei casi ritenuti urgenti. In particolare, le Procure che hanno ritenuto il termine non sospeso hanno disposto l’esame della persona offesa in quello previsto, pur procedendo a un’interpretazione più ampia delle clausole di salvaguardia; quelle che, al contrario, hanno ritenuto che il termine fosse sospeso, hanno proceduto comunque all’audizione immediata della persona offesa nei casi in cui hanno ravvisato un’effettiva urgenza». Si veda “Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull’applicazione delle “Linee guida in tema di trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica” negli uffici di merito nel periodo d’emergenza sanitaria. (delibera 4 giugno 2020)”, reperibile a questo link: <https://www.istat.it/it/files/2018/04/CSM-monitoraggio-violenza-di-genere-delibera-4-giugno-2020.pdf>.

⁶³ “Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità,

compimento degli *atti* relativi all'esercizio delle funzioni; si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto»; questa è la tipologia di illecito più contestato nei casi di mancato espletamento di attività d'indagine da parte del Pubblico Ministero. Sia la menzione del ritardo, sia la clausola contenuta nell'ultima parte della norma citata, inducono la dottrina a ritenere che, per la configurazione dell'illecito, occorra che sia previsto, legislativamente, un termine entro il quale compiere l'atto⁶⁴. La novella processuale, introducendo il termine di tre giorni, apre ad una possibile contestazione dell'addebito.

9. Le linee organizzative delle Procure della Repubblica: la formalizzazione del "comportamento omissivo" del Pubblico Ministero per l'utilizzo della c.d. clausola di salvaguardia.

Diverse Procure della Repubblica hanno elaborato delle linee guida per affrontare la novità legislativa⁶⁵ ed è utile dare uno sguardo all'utilizzo della c.d. clausola di salvaguardia.

L'art. 362 c.p.p., infatti, qualora ricorrano «imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto o della riservatezza delle indagini, anche nell'interesse della persona offesa», consente di posticipare l'assunzione delle sommarie informazioni nel termine di tre giorni. Diversi Uffici hanno stabilito che la decisione del pubblico ministero di avvalersi della clausola di salvaguardia debba essere motivata e *trasfusa in un provvedimento scritto*⁶⁶, affinché esso resti agli atti. Si tratta di una scelta organizzativa, dal momento che questo adempimento non è previsto da alcuna norma ed in più occasioni il P.M. è di fronte a scelte discrezionali delle quali, a quanto consta, non rimane traccia scritta nel caso si *determini in negativo*. La ragione di un tale modo di procedere potrebbe essere la volontà – se non la necessità – di lasciare traccia di una scelta ragionata e dei criteri seguiti per effettuarla, così che essa, qualora ci sia una drammatica progressione criminosa, non possa essere valutata come mera inerzia. In diverse linee guida emerge anche il riferimento all'eventuale responsabilità disciplinare che la condotta omissiva potrebbe generare, sicché la procedimentalizzazione della scelta negativa appare indirizzata anche a questo fine. In quelle della Procura della Repubblica di Parma, ad esempio, si legge: «vero è che non è prevista alcuna sanzione processuale

nonché' modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150"

⁶⁴ Secondo S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 232: è da «escludere dal campo di applicazione della disposizione quelle omissioni di attività che non sono predeterminate o per le quali, comunque, non sono previsti termini».

⁶⁵ La maggior parte sono reperibili su fonti libere, ad esempio Bologna, Tivoli, Sassari, Sondrio, Firenze, Varese.

⁶⁶ Ad esempio Sassari, Tivoli, Firenze, Varese. Si segnalano, per la precisa individuazione di ipotesi generali e la predisposizione di un modulo, le linee guida della Procura di Tivoli, già citate; si veda in particolare p. 34 del documento.

per l'inosservanza di tale termine, ma è altrettanto vero che detta inosservanza – se non riconducibile ad una delle clausole di esclusione innanzi citate – non sarebbe giustificabile e potrebbe aprire a profili disciplinari a carico del magistrato».

La Corte di Appello di Caltanissetta, come visto, ha ritenuto fonte di responsabilità civile del magistrato inquirente il non aver assunto «un provvedimento, si badi anche negativo, ma, comunque, valutativo della situazione sotto esame»⁶⁷; dunque la grave violazione di legge non veniva ravvista nella mancata adozione di un atto d'indagine o di una richiesta, ma «nella mancata valutazione della necessità di adottare tali provvedimenti»⁶⁸, dunque in un *comportamento*.

L'art. 2 della L. 117/1988 cita, tra le condotte causative del danno, anche il «comportamento» del magistrato, accanto all'atto o al provvedimento giudiziario ed il Ministro Vassalli, nella seduta del 26.1.1988, sottolineava la irrinunciabilità del riferimento pure al comportamento: «chi ha esperienza e formazione penalistica ben sa che vi possono essere molti comportamenti dei magistrati, attivi ed omissivi che non sono riconducibili ad un provvedimento determinato o alla fattispecie del diniego di giustizia, ma che possono essere forieri di gravi danni per i cittadini»⁶⁹. Dal canto suo la giurisprudenza, non ha dubbi circa l'azionabilità della pretesa risarcitoria anche se scaturita da un comportamento omissivo, osservando, come «non sembra seriamente revocabile in dubbio che la legge n. 117/1988 non si pongono in rotta di collisione con quello che è stato identificato come il contenuto immediatamente precettivo del novellato art. 111 Cost., non frapponendo alcun ostacolo obiettivo a che il cittadino, il quale si assumi danneggiato da un atto commissivo o omissivo di un organo giurisdizionale, possa avanzare la propria pretesa risarcitoria nell'ambito di un processo "giusto"»⁷⁰. Questa ipotesi omissiva da comportamento riguarda, nella maggior parte dei casi, proprio l'inquirente siccome il giudicante, a fronte di qualunque istanza, pur palesemente infondata o inammissibile, ha il dovere di provvedere⁷¹.

Sarebbe auspicabile, per un'inequivoca e completa ricostruzione di quanto accaduto mediante gli atti processuali e, dunque, per la piena tutela dei diritti delle parti coinvolte in un eventuale giudizio civile, che in tutti gli uffici si provvedesse all'esatto adempimento di quanto previsto dall'art. 3 del D.M. n. 334 del 1989, «Regolamento per l'esecuzione del codice di procedura penale», dal momento che solo una *puntuale tenuta del fascicolo processuale*, specialmente in termini di indicizzazione e fascicolazioni degli

⁶⁷ Corte di Appello di Caltanissetta, sentenza n. 40 del 2013.

⁶⁸ C. COMMANDATORE, *La responsabilità civile dello Stato per omissione del pubblico ministero. I pericoli di una giurisprudenza difensiva*, cit., p. 4.

⁶⁹ Su questa tipologia di condotta, L. SCOTTI, *La responsabilità civile del magistrato*, cit., p. 97; V. CAVALLARI, in AA.VV., *Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio di funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*, in *Leg. pen.*, 1988, p. 268.

⁷⁰ Cass. civ., sez. I, sent., 4.5.2005, n. 9288, in *Giust. civ.*, 2006, VI, p. 1254 e ss.

⁷¹ Per un'ipotesi omissiva addebitata al giudicante v. Cass. civ., sez. I, sent., 5.12.2002, n. 17259, in *Giust. civ.*, 2003, XII, p. 2789, secondo cui «fonte di responsabilità può essere l'omissione di giudizio, sempre che investa questioni decisive, anche in relazione alla fase in cui si trova il processo, e sia ascrivibile a negligenza inescusabile».

atti⁷², permetterà la verifica della condotta doverosa o della fondatezza delle ragioni risarcitorie. In un eventuale giudizio di responsabilità, civile o disciplinare, non bisogna poi dimenticare come il mancato rispetto del termine possa essere causato da contingenze che non riguardano l'agire proprio del pubblico ministero e che sono diverse da quelle della clausola di salvaguardia: ad esempio quando sia necessario procedere alle sommarie informazioni utilizzando un interprete o un esperto di psicologia o neuropsichiatria infantile e queste figure non siano immediatamente disponibili. Pure in questi casi, in un'ottica di previdente cura della responsabilità per omissione, sarebbe utile annotare il perché del ritardo.

10. Il dovere e la precauzione: scelte investigative e processuali tra discrezionalità e responsabilità civile.

Quanto detto sinora può essere verificato immaginando una scansione procedimentale di massima che tenga conto di alcuni passaggi critici tipici dell'agire del pubblico ministero; come notato in dottrina un nesso di causalità eccessivamente ipotetico potrebbe condurre a «incentivi distorti che potrebbero perturbare il delicato esercizio delle funzioni investigative»⁷³.

Anzitutto la raccolta della notizia di reato appare il momento fondamentale e forse più delicato in reati come quelli intrafamiliari o con vittima vulnerabile: quando la persona offesa matura la scelta di chiedere aiuto è in quel momento che le spinte al silenzio sono state sovrastate dalla necessità di tutela e che possono essere raccolti, con più vivezza, quegli aspetti che potrebbero essere taciuti in seguito. Ovviamente la prima narrazione risente anche di un'altra eventualità, quella della esagerazione emotiva o della rivendicazione, ma ciò accade in tutte le denunce. Questo passaggio investigativo solo in alcune realtà territoriali può contare su personale specializzato. La qualificazione giuridica dei fatti che l'inquirente compie può risentire dell'urgenza che tante volte caratterizza queste denunce – spesso effettuate nel turbamento emotivo conseguente alla violenza fisica o a vicende separative asperime – ed è operazione che, per sua natura, non ha caratteri di definitività, potendo mutare in ragione e di successive integrazioni del narrato della vittima e degli atti d'indagine.

Il momento successivo è quello nel quale l'inquirente spende più doti insieme, spesso il suo intuito, dovendo impostare le indagini e scegliere, dunque, i mezzi di ricerca della prova⁷⁴; da un punto di vista risarcitorio, sarebbe davvero difficile censurare una scelta piuttosto che un'altra, se non per ipotesi limite. Il pubblico ministero, in

⁷² Si vedano, a questo proposito e per i poteri riconosciuti al giudice, le osservazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale, n. 142, del 4.5.2009.

⁷³ A. PALMIERI, *La responsabilità del pubblico ministero per omessa perquisizione*, cit. Si vedano anche le puntuali osservazioni di E. SCODITTI, [La responsabilità civile del pubblico ministero per omessa perquisizione: la sottile linea fra percezione e valutazione](#), in *Quest. giust.*, on line, 26.6.2017

⁷⁴ Per varie ipotesi problematiche tratte dalla pratica si veda C. PARODI, *Scelte investigative e responsabilità del P.M.: molti sconfitti e nessun vincitore*, cit.

particolare, deve tenere in conto lo *specifico contesto* dei reati in parola, ed anche il novellato comma 1-ter dell'art. 368 c.p.p. fa eccezione alla regola fissata nella stessa norma, potendosi ritardare l'assunzione delle sommarie informazioni in ragione di ragioni contingenti; dunque non esiste una scelta possibile, ma tante scelte. Non solo l'interpretazione della legge, ma anche la *ricostruzione del fatto e le attività investigative* sono *attività* altamente *opinabili*⁷⁵; «anche per le attività investigative, che sono per loro natura altamente discrezionali in quanto condizionate da intuizioni e supposizioni dell'inquirente, il successivo riscontro il più delle volte non è con i fatti, ma con la ricostruzione del fatto e con l'interpretazione operate dal giudice»⁷⁶.

Ribadito che solo la misura cautelare personale ha la funzione di frenare la progressione criminosa da un punto di vista soggettivo, la scelta se richiederla o meno deve ritenersi di esclusiva competenza del P.M., non potendosi desumerne la obbligatorietà dall'art. 112 Cost., norma che impone al requirente solo di valutare la fondatezza della notizia di reato. Come giustamente osserva il Tribunale di Messina «sotto altra prospettiva – con ciò discostandosi dal decisum della Corte di Cassazione n. 13189/2015 – è incontestabile che sia comunque rimessa al Pubblico Ministero procedente la valutazione sulla necessità ed opportunità di avanzare la domanda cautelare»⁷⁷. Non può escludersi che una eccessiva preoccupazione per le conseguenze risarcitorie o disciplinari di una omissione in tal senso induca ad istanze cautelari intese ad ottenere un prevedibile rigetto, in un'ottica *difensiva*, preoccupazione già emersa e tra gli studiosi⁷⁸ e nel dibattito politico⁷⁹. Le conseguenze di una tale linea di condotta sarebbero, oltre all'immotivato aggravio del lavoro giudiziario, anche una minor tutela della persona offesa, oppure un ostacolo alla necessità di maturare nel tempo la scelta di riferire compitamente le condotte che l'hanno vista vittima – percorso che potrebbe essere bloccato dal rigetto di una richiesta di misura cautelare non sufficientemente meditata –, per non dire degli imponderabili esiti su una eventuale causa di separazione in corso. Su questo aspetto, sebbene l'articolo 64 bis d.att. c.p.p., inserito dall'art. 14, c. 1, ella L. 19.7.2019, n. 69, preveda la trasmissione dei soli provvedimenti «che applicano misure cautelari personali», tale è pure un accoglimento solo parziale della domanda dell'inquirente e non può impedirsi alla parte, avuto accesso al fascicolo dopo l'avviso di conclusione delle indagini preliminari, di produrre nel giudizio civile l'ordinanza di rigetto oppure di utilizzarla per ottenere una revisione delle statuizioni circa l'affidamento della prole.

⁷⁵ Si vedano le osservazioni di M. CICALA, *Terzietà del giudice e sistema disciplinare dei magistrati*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 419-429.

⁷⁶ Cfr. S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti, le sanzioni, il procedimento*, cit., p. 2.

⁷⁷ Sent. cit. in motivazione.

⁷⁸ C. COMMANDATORE, *La responsabilità civile dello Stato per omissione del pubblico ministero. I pericoli di una giurisprudenza difensiva*, cit., p. 14; C. PARODI, *Scelte investigative e responsabilità del P.M.: molti sconfitti e nessun vincitore*, cit.

⁷⁹ I rischi sono stati avvertiti dall'ex Guardasigilli On.le Orlando nell'intervento sull'amministrazione della Giustizia del 2014: «sempre nell'ottica della tutela del cittadino che il Governo ha contrastato qualsiasi ipotesi di responsabilità civile strutturata in modo tale da produrre fenomeni di conformismo giudiziario»

La prospettiva che si apre al pubblico ministero all'esito delle indagini, tra richiesta di archiviazione o di rinvio a giudizio, implicando una valutazione assai prognostica e sottoposta a vaglio giurisdizionale, sembra insensibile a pretese risarcitorie; è solo il dibattimento, con le sue peculiari regole di esame, che permetterà di verificare la fondatezza della domanda dell'inquirente. La giurisprudenza si è occupata di questo caso valutando la pretesa risarcitoria dell'imputato rinviato a giudizio ma poi assolto, stabilendo che «la richiesta di rinvio a giudizio da parte del magistrato del P.M. postula l'apprezzamento prognostico circa l'idoneità degli elementi probatori a sostenere l'accusa in dibattimento, sicché essa, anche se reiterata per vizi formali e seguita infine dall'assoluzione, integra attività di valutazione del fatto e della prova, per la quale non è ammessa l'azione di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, ai sensi dell'art. 2, comma 2, della legge 13 aprile 1988, n. 117, tranne che l'attore dimostri essersi basata la richiesta medesima su fatti pacificamente insussistenti o avulsi dal contesto probatorio»⁸⁰.

Nella concretizzazione dei parametri della colpa, non esiste un agente modello generale, ma esso va ricostruito con accuratezza, in un preciso contesto. Sarà, quindi, necessario prendere in considerazione il contesto ambientale – ad esempio i mezzi dell'ufficio requirente, in specie se lungamente privo di magistrati del pubblico ministero –, l'esperienza professionale del danneggiante “convenuto in giudizio”, eventuali fattori accidentali quali, ad esempio, un turno particolarmente gravoso, la presenza di protocolli condivisi o buone prassi investigative⁸¹.

La giurisprudenza di legittimità, per conservare ai cittadini l'indipendenza interna ed esterna dei magistrati, ha sinora fornito una interpretazione rigorosa della *negligenza inescusabile* – che è presupposto per l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato –, ravvisandola nella «violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero»⁸². La *gravità della colpa* del

⁸⁰ Cass. civ., sez. VI, ord., 6.2.2015, n. 3916, in *For. it.*, 2015, I, p. 1207. In precedenza, per un caso di condotta omissiva del P.M., la Suprema Corte aveva stabilito che «deve essere escluso ogni nesso eziologico tra l'evento dannoso che il ricorrente assume di aver patito per effetto di un rinvio a giudizio ed il decreto di citazione a giudizio emesso dal Pubblico Ministero senza la previa escussione di testi a scarico indicati dall'imputato. Infatti, il potere del P.M. di richiedere la citazione a giudizio dell'imputato, a norma dell'art. 396 dell'abrogato codice di procedura penale, si basa su una valutazione ampiamente discrezionale circa la necessità del dibattimento nei confronti dell'imputato, giustificata dagli elementi probatori già acquisiti, fermo restando che è riservato alla sede dibattimentale il vaglio sulla consistenza dell'imputazione», così Cass. civ., sez. I, sent., 29.1.1996, n. 654, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1996, VI, p. 843, con nota di V. RIVA, *Risarcimento ex L. n. 117/1988, difetto del nesso causale e manifesta infondatezza della domanda*.

⁸¹ Si diffonde particolarmente sul “contesto ambientale” dove svolge la prestazione lavorativa il magistrato, sebbene circa l'addebito disciplinare da ritardo, Cass. civ., sez. U., sent., 8.7.2015, n. 14268, osservando, tra le altre cose, circa il ruolo: «esso non è una massa inerte che grava sul titolare solo per le controversie trattate e/o decise, ma, quanto più esso è “considerevole” (e quindi determina l'allontanamento nel tempo del momento della trattazione e decisione di un notevole numero di cause), tanto più “produce” lavoro».

⁸² Cass. civ., sez. III, sent., 16.3.2008, n. 7272, in *For. it.*, 2009, I, p. 2496; conforme Cass. civ., sez. III, sent.,

magistrato è stata precisata dalla Corte di Cassazione in «un "quid pluris" rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 cod. civ., nel senso che si esige che la colpa stessa si presenti come "non spiegabile", e cioè priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato»⁸³. Questo orientamento di legittimità, benché tragga le mosse da casi di colpa commissiva e non omissiva, è ad ogni modo sintomatico della peculiarità di questo tipo di responsabilità civile. La specificità della responsabilità di cui alla L. 117/1988 emerge anche dalla c.d. clausola di salvaguardia che esclude che possa dar luogo a responsabilità l'attività di *interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova*. Essa, come chiarito da un orientamento consolidato della Suprema Corte, «non tollera letture riduttive perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e – come precisato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 18 del 19 gennaio 1989 – attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio»⁸⁴. In dottrina, però, è stata sostenuta l'opinione che la clausola di salvaguardia non coprirebbe l'omissione del P.M.: egli sarebbe tenuto a compiere ogni indagine che appaia utile, salvo poi determinarsi, *dopo* questa *attività doverosa*, per le sue scelte⁸⁵.

Quando, come in queste pagine, si discuta di omissione, il giudizio di casualità si fa più problematico perché ipotetico: nel ragionamento l'interprete deve operare "per addizione mentale": «la positiva valutazione sull'esistenza del nesso causale tra omissione ed evento presuppone che si accerti che l'azione omessa, se fosse stata compiuta, sarebbe stata idonea ad impedire l'evento dannoso (...) il relativo accertamento, in altre parole, deve tendere ad (accertare) che l'evento non si sarebbe verificato se l'agente avesse tenuto la condotta doverosa a lui imposta, con esclusione di fattori alternativi»⁸⁶. Il problema è dato dalla legge di copertura sotto la quale ricondurre la probabilità la quale, secondo la Corte di Cassazione, non deve essere di tipo quantitativo-statistico ma semplicemente logico. A fronte di due attività valutative, connotate da margini di discrezionalità, che affrontano entrambe il diritto e la sua pratica, nella giurisprudenza sembra però esistere uno scostamento tra il canone utilizzato per la responsabilità civile del magistrato – dove si esclude una determinazione quantitativa-statistica delle frequenze di classi di eventi in favore di una

26.5.2011, n. 11593.

⁸³ Cass. civ., sez. III, sent., 5.7.2007, n. 15227.

⁸⁴ Cass. civ., sez. VI, ord., 27.12.2012, n. 23979 che, sempre in motivazione, chiarisce: «la negligenza inescusabile si sostanzia nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, mentre resta nell'area dell'esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili *quando dell'opzione interpretativa sia dato conto*; pertanto, una lettura non corretta della legge o una errata applicazione di essa normalmente non comportano responsabilità del magistrato».

⁸⁵ Per questa opinione V. RIVA, *Risarcimento ex L. n. 117/1988, difetto del nesso causale e manifesta infondatezza della domanda*, in *Nuov. giur. civ. comm.*, 1996, VI, p. 843.

⁸⁶ Cass. civ., sez. III, sent., 27.11.2012, n. 20996, in *Giust. civ.*, 2013, V-VI, p. 1018, con commento di P. VALORE, *Responsabilità del medico certificatore: esclusa se manca il nesso di causalità*; in precedenza si veda Cass. civ., sez. U., sent., 11.1.2008, n. 576, in motivazione.

cd. probabilità logica⁸⁷ –, e quello per il professionista avvocato dal momento che la Suprema Corte, in questo secondo caso, richiede «la certezza o l'elevata probabilità di avveramento, da desumersi in base ad elementi certi ed obiettivi»⁸⁸. Sembra dunque che, nella giurisprudenza di legittimità, quando si affronta la responsabilità civile dei magistrati, il nesso di casualità sia individuabile «*in re ipsa* nella sola negligenza»⁸⁹, sebbene qualificata dottrina ritenga inadeguato il «criterio del “più probabile che non” [...] ed anche del criterio della “possibilità” con riguardo alla perdita di *chance*», preferendo, nella generalità dei casi, proprio quello utilizzato dalla Corte di Cassazione relativamente alla responsabilità professionale dell'avvocato⁹⁰.

L'esatta individuazione di tutti i passaggi del giudizio di responsabilità civile e la loro interpretazione secondo il rigoroso orientamento appena esposto è garanzia di un rischio ben individuato dalla dottrina: quello che il magistrato, in un'ottica difensiva, «adotti ed esterni ogni valutazione con motivazioni ridondanti, superflue, ipertrofiche e alternative anche in ipotesi in cui l'ordinamento non le preveda, onde prevenire la responsabilità ex L. n. 117/1988»⁹¹.

⁸⁷ V. Cass. civ., sez. III, ord., 27.9.2018, n. 23197, nonché Cass. civ., sez. III, sent., 8.4.2020, n. 7760.

⁸⁸ Cass. civ., sez. III, sent., 10.12.2012, n. 22376, in *Contr.*, 2014, III, p. 251, con nota di C. ATTINÀ, *La responsabilità professionale dell'avvocato e la misura della diligenza esigibile*; in motivazione, Cass. civ., sez. III, sent., 15.12.2016, n. 25894, pronunciandosi sull'eccezione d'inadempimento, ex art. 1460 c.c., fa riferimento alla «certezza o, quanto meno, alla elevata probabilità». L'orientamento seguito dalla prima delle due decisioni citate circa la risarcibilità della *chance* è seguito, benché in materia di appalti pubblici, da Cass. civ., sez. I, sent., 30.9.2016, n. 19604.

⁸⁹ G. MARRA, *La responsabilità civile del pubblico ministero per l'inerzia nell'attività di indagine*, cit., p. 257.

⁹⁰ R. POLI, *Onere della prova. Gli standard di prova in Italia*, cit., p. 2523 e nota n. 82.

⁹¹ C. COMMANDATORE, *La responsabilità civile dello Stato per omissione del pubblico ministero. I pericoli di una giurisprudenza difensiva*, cit., p. 14.