

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Civile

PROFILI ODIERNI DELLA RESPONSABILITA'

CIVILE DEL GIUDICE

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Michele Tamponi

CANDIDATA

Lodovica Palazzoli

Matr. 101383

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Roberta Tiscini

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

INTRODUZIONE	pag. 4
--------------------	--------

CAPITOLO PRIMO

L. 117/1988: LA LEGGE DELLA DISCORDIA

1. Danno ingiusto	pag. 10
2. Comportamento, atto, provvedimento in concreto	pag. 13
2.1 Breve rassegna di giurisprudenza	pag. 15
3. Ambito soggettivo	pag. 17
4. Ambito oggettivo	pag. 20
4.1 Responsabilità per dolo e colpa grave	pag. 20
4.2 Diniego di giustizia	pag. 26
4.3 La clausola di salvaguardia	pag. 28
5. La negligenza inescusabile	pag. 32
5.1 Immunità: impunità?	pag. 37
6. Azione contro lo Stato	pag. 39
6.1 Natura diretta o indiretta di tale responsabilità	pag. 40
6.2 Speciale azione di rivalsa rispetto all'art. 2055 c.c.	pag. 42
6.3 Una responsabilità illimitata nel quantum, ma limitata circa i parametri soggettivi e oggettivi	pag. 47
7. Azione diretta contro il giudice per i fatti costituenti reato	pag. 49
8. Il risarcimento	pag. 54
8.1 Canoni di valutazione	pag. 55

8.2	Danni patrimoniali e adattamento del danno non patrimoniale alla luce della recente giurisprudenza	pag. 57
9.	La responsabilità disciplinare	pag. 60

CAPITOLO SECONDO

ELEMENTI PROCESSUALI

1.	Condizioni di proponibilità: il previo esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione	pag. 65
2	Competenza e termini dell'azione	pag. 68
2.1	Filtro di ammissibilità: un istituto sotto la lente	pag. 70
2.2	Attività istruttoria in sede di ammissibilità	pag. 73
3.1	Procedimento, reclamo e natura del decreto	pag. 76
3.2	intervento del magistrato	pag. 78
4.	Giurisprudenza della Cassazione	pag. 82

CAPITOLO TERZO

LA PROSPETTIVA EUROPEA ED INTERNAZIONALE

1.	Sommatoria comparazione	pag. 86
1.1	Francia	pag. 87
1.2	Germania	pag. 88
1.3	Spagna	pag. 89
1.4	Regno Unito	pag. 90

1.5	Portogallo, Paesi Bassi e Belgio.....	pag. 92
2.	Principi e sentenze europee inerenti la legge 117/88.....	pag. 93
3.	Procedura d'infrazione.....	pag. 100

CAPITOLO QUARTO

PROFILI ODIERNI: POSSIBILI MODIFICHE ALL'ORIZZONTE

1.	Alcuni recenti tentativi.....	pag. 103
2.	Gli odierni lavori in corso: il d.d.l. S 374.....	pag. 109
3.	Legge 117/88: istruzioni per l'uso; due pareri autorevoli.....	pag. 114

CONCLUSIONI	pag. 117
--------------------------	----------

BIBLIOGRAFIA	pag. 119
---------------------------	----------

INTRODUZIONE

*Quis custodiet ipsos custodes?*¹

La sagace domanda di Giovenale due millenni più tardi non perde di attualità, perché è proprio attorno a tale problematica che la comunità sociale e, conseguentemente, quella giuridica si interrogano a proposito della figura del *giudice*.

E se sempre in epoca classica Platone trovava ovvia risposta, definendo “*naturalmente ridicolo che un custode debba essere custodito*”, l’odierna compagine sociale, pragmatica ed esigente, con riguardo a questo argomento è poco incline al sorriso, quanto più invece alla valutazione concreta dei fatti.

Non stupisce, dunque, che nella storia recente si siano susseguiti innumerevoli tentativi di soluzione di tale spinosa faccenda, attraverso la sperimentazione di formule spesse volte frutto di compromessi tra poteri e libertà, diritti ed oneri e conseguentemente rivelatesi insoddisfacenti una volta tradotti in pratica, quando addirittura non fallimentari.

Il seguente studio si prefigge quale obiettivo quello di approfondire la tematica della responsabilità civile del giudice, soffermandosi maggiormente sui profili attuali di tale disciplina, tentando di fornire chiarimenti e proposte per una situazione così fortemente legata alla variabile umana da sembrare ben lungi da trovare definitiva soluzione.

¹ Giovenale, *Satura*, VI, 347; *Who watches the watchmen?*, in *Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essay in Honor of Roscoe Pound*, New York 1947, p. 589.

Uno sguardo al passato per capire il presente:

I primi profili problematici che interessano la responsabilità civile del giudice risalgono addirittura al 1667 in Francia con l'*Ordennance civile*, meglio nota come Code Louis, in gran parte dovuta al conflitto di potere sorto tra Re e Parlamenti.

Tale conflitto trovò composizione nel XIX secolo, quando la rivoluzione francese, “sepolti ancora viventi”² i grandi magistrati, trasformò i giudici di Francia in *salariés por l'Etat* creando la figura del “giudice funzionario”; infatti la *grande loi* del 1810 strutturò la magistratura per gradi, prevedendo sia un controllo su questi da parte dell'esecutivo, che da parte di organi paradisciplinari e marginalizzando così la responsabilità civile del giudice.

Se per controllare il giudice funzionario si privilegia un controllo interno, appunto disciplinare o paradisciplinare a cui corrisponde una sostanziale immunità per danni provocati alle parti; per quanto riguarda il “giudice professionale” (modello a cui attualmente è più vicino il nostro ordinamento) il controllo non può che avvenire mediante strumenti esterni: la responsabilità civile diviene, quindi, la soluzione.

Adirittura nel Codice di Procedura Civile per il Regno d'Italia del 1806 l'azione civile contro i giudici è presente all'art. 505³ nel titolo II del libro IV, dedicato ai modi straordinari d'impugnazione. Invece nel Codice di Procedura Civile del 1865 muta la natura di tale previsione, essendo la stessa inserita nel titolo II del libro III rubricato “azione civile contro le autorità giudiziarie e gli

² Sono le parole di Lameth all'uscita dall'Assemblea Costituente del 3 novembre 1789: “*nous les avons enterrés tout vivants.*”, cfr. E. Seligman, *La justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris 1901, pag.221.

³ Editto di Napoleone del 17 giugno 1806; l'art. 505 prevedeva la possibilità di impugnare la sentenza qualora fosse intervenuto dolo, frode o concussione, nei casi in cui l'azione contro i giudici fosse espressamente pronunciata dalla legge, infine qualora i giudici fossero responsabili sotto la pena di danni ed interessi o colpevoli di denegata giustizia. Sia in caso di rigetto della domanda che di soccombenza del merito era prevista una multa per l'attore.

ufficiali del ministero pubblico” artt. 783-792, spogliandola della veste di impugnazione, sostituita da quella del procedimento speciale.⁴

Ecco perché, inizialmente in Italia, recependo il modello di giudice burocratico francese, la responsabilità civile prevista appunto nel Codice di Procedura Civile del 1865 non è stata oggetto di particolari attenzioni, vista anche come pericoloso strumento per attentare all’intoccabilità del giudicato.⁵

Un ultimo passaggio rimane per esaurire il quadro storico finora delineato: l’approdo al Codice di Procedura Civile del 1942. In tale contesto si ritenne preferibile circoscrivere la responsabilità del giudice al solo dolo, in modo da lasciare impregiudicata la cosa giudicata. Si spostò così l’istituto in esame nella parte generale del codice, cristallizzandolo nel noto art. 55, ribadendo peraltro la tassatività delle ipotesi contemplate, sempre ancorate alla tripartizione dolo, frode, concussione, accompagnate dall’ulteriore verificarsi di un diniego di giustizia.⁶

Rilevante è la riflessione finale di Carnelutti, che notò come la costruzione del c.d. privilegio del giudice come naturale conseguenza della *res iudicata* portasse ad una sua sostanziale irresponsabilità. Ecco perché cercò di aggirare tale pericolo attraverso la distinzione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo*: “Quando il giudice, per esempio, apprezza se un testimone debba essere creduto o se il contratto sia stato o no efficacemente concluso, è giusto che la sua libertà abbia a venir garantita anche a prezzo della sua irresponsabilità; ma quando egli cagiona la nullità della sentenza perché

⁴ La responsabilità del giudice era qui prevista per il caso di dolo, frode, concussione, denegata giustizia accertata però a seguito di messa in mora e negli altri casi previsti dalla legge. Considerata quest’ultima previsione, come disse Mortara, un vero pleonasma, si finì per ritenere tassativo l’elenco.

⁵ Ludovico Mortara: “è doveroso rendere omaggio alla verità (...) l’istituto ora esaminato (la responsabilità civile del giudice) è al presente il più inutile e illusorio che il codice di procedura contenga”, in *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano 1923, n. 384, p.506. Ancora Chiovenda, che vedeva nel tedesco *Richterprivilig* (privilegio del giudice) la base per affermare l’irresponsabilità del giudice: “la cosa giudicata in sé non può considerarsi un fatto dannoso ingiusto. Né si può provare che il giudice, se non fosse stato in colpa o in dolo, avrebbe giudicato diversamente: non solo ciò sarebbe quasi impossibile a provare, ma a questa prova osta la cosa giudicata stessa”, in *Principi di diritto processuale civile*, terza edizione, Napoli 1923, pag. 482.

⁶ Cfr. Giuliani-Picardi, *La responsabilità del giudice dallo Stato liberale allo Stato fascista*, *Foro Italiano*, V, pag. 242, 1978

dimentica di metterci la data, domando perché questa trascuratezza meriti maggiore indulgenza che quella del cancelliere!”⁷

Arrivò così a sostenere, con un ricorso all’interpretazione estensiva, che il giudice dovesse rispondere solo per dolo in caso di *error in iudicando*, ma anche per colpa in caso di *error in procedendo*.

⁷ F. Carnelutti, *Lezioni*, vol. III, n.273, 415.

CAPITOLO PRIMO

L. 117/1988: LA LEGGE DELLA DISCORDIA

SOMMARIO: 1. *Danno ingiusto* – 2. *Comportamento, atto, provvedimento in concreto* – 2.1 *Breve rassegna di giurisprudenza* – 3. *Ambito soggettivo* – 4. *Ambito oggettivo* – 4.1 *Responsabilità per dolo e colpa grave* – 4.2 *Diniego di giustizia* – 4.3 *La clausola di salvaguardia* – 5. *La negligenza inescusabile* – 5.1 *Immunità: impunità?* – 6. *Azione contro lo Stato* – 6.1 *Natura diretta o indiretta di tale responsabilità* – 6.2 *Speciale azione di rivalsa rispetto all'art. 2055 c.c.* – 6.3 *Una responsabilità illimitata nel quantum, ma limitata circa i parametri soggettivi e oggettivi* – 7. *Azione diretta contro il giudice per i fatti costituenti reato* – 8. *Il risarcimento* – 8.1 *Canoni di valutazione* – 8.2 *Danni patrimoniali e adattamento del danno non patrimoniale alla luce della recente giurisprudenza* – 9. *La responsabilità disciplinare*

All'indomani dell'esito del noto caso Tortora cade la goccia che fa traboccare il vaso della percezione sociale sulla responsabilità della classe giudicante.

Nel 1987 tre articoli del codice di procedura civile (artt. 55, 56 e 74) sono resi oggetto di un *referendum* popolare che ne ha sancito l'abrogazione. Questi stabilivano che la responsabilità civile del giudice vi fosse solo in caso di dolo, frode o concussione, ovvero per denegata giustizia (art.55); che la domanda sottesa alla dichiarazione di responsabilità non potesse essere proposta senza la previa autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia (art.56); infine, estendevano la suddetta disciplina anche al pubblico ministero.

La struttura e la *ratio* stessa della suddetta normativa affondava le sue radici addirittura nell'*Ordonnance civile* del 1667, il *Code Louis*, di cui la principale chiave di lettura è costituita proprio dall'istituto della responsabilità del giudice (*prise à partie*) e dal conflitto consumatosi tra il potere politico del Re e quello rappresentato dall'alta magistratura dei Parlamenti.⁸

⁸ "Il Re è il solo legislatore del suo reame. C'è bisogno di ordinanze che stabiliscano sanzioni contro i giudici." *Code Louis*, I, *Ordonnance civile*, 1667, cit., *Procez-Verbal*, I, p.505.

Questa è l'eredità con cui si è approdati all'entrata in vigore della Legge 117 del 13/4/1988, una disciplina nata per soddisfare i risultati del referendum del 1987, ma che nella sua formulazione ha poi finito per deludere le aspettative, divenendo una macchina dagli ingranaggi troppo complessi e poco oliati, tali da vanificare per la maggior parte i tentativi di chi si è appellato alla sua applicazione.

“Infedeltà al voto popolare” è una delle tante espressioni invalse per rendere più che chiaro lo stato d'animo con cui si accolse tale provvedimento legislativo. “In effetti, il referendum ebbe un esito singolare: esso aveva per oggetto la responsabilità del giudice; la l. 13 aprile 1988, n. 117 riguarda, invece, soprattutto la responsabilità dello Stato, riassorbendo così la problematica posta dall'art. 28 Cost. [...] Il legislatore ha cercato, da un lato, di evitare che l'azione di responsabilità possa atteggiarsi come reazione del soccombente nei confronti di chi gli ha dato torto; dall'altro, di tutelare il danneggiato. Il giudice con i suoi provvedimenti potrebbe, infatti, provocare danni di notevole entità, danni che non sarebbe, poi, in grado di risarcire con il suo patrimonio. Ispirandosi all'ideologia solidaristica della responsabilità, la l.13 aprile 1988, n. 117 ha, pertanto, traslato il danno su un soggetto forte: lo Stato.”⁹

Da qui poi, la dicotomia sorta per distinguere il risarcimento dovuto al compimento di un fatto non costituente reato, regolato dall' art. 4 della legge 117 da richiedere appunto non al giudice preteso responsabile, ma allo Stato nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri, dal caso di una domanda risarcitoria basata, invece, sul supposto compimento di un illecito penale di cui il giudice, al pari di qualsiasi altro cittadino, è tenuto invece a rispondere in maniera personale, contemplato all'art.13.

Il problema nasce dal fatto che, già ad una prima lettura del testo legislativo, le antitesi presenti risaltano notevolmente: l'applicazione del diritto alla tutela giurisdizionale indicato dall'art. 24 Cost. contrasta con l'indipendenza della

⁹ Nicola Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, 2007, pag. 299

magistratura imprescindibilmente sancita dagli artt. 101 e 104 Cost.; la necessità di porre un filtro alle domande proposte confligge con un accesso snello alla giustizia; e ancora l'esigenza di ricorrere a tale strumento, solamente ottenuta una pronuncia definitiva, collide però con l'idea di una rapida celebrazione e conclusione del procedimento, insita nell'idea di giusto processo previsto dall'art.111 Cost.

La vera complicazione deriva dal fatto che queste antitesi sono divenute diritto positivo, un diritto frutto di compromessi che si presenta quindi frantumato e la cui non uniformità si riversa a cascata sulla macchina della giustizia, rallentandone e bloccandone gli ingranaggi.

Il primo passo per fare chiarezza non può, dunque, che essere quello di analizzare separatamente e approfonditamente i singoli tasselli che compongono il mosaico di tale forma di responsabilità, sottolineandone luci ed ombre per tentare, infine, con cognizione di causa ed obiettività di trarre le migliori conclusioni, nell'ulteriore ottica di un miglioramento della disciplina.

1. Danno ingiusto:

Art. 2: “Chi ha subito un danno ingiusto (...) posto in essere da un magistrato (...) può ottenere un risarcimento.”

La responsabilità extracontrattuale trova nel nostro ordinamento massimo riferimento nell'articolo 2043 c.c., imperniato sulla figura del danno ingiusto.

“Il concetto di “danno ingiusto” si ricollega, lessicalmente, al romanistico *damnum iniuria datum*: vi esula ogni connotazione di natura morale o etica; esprime, come aveva espresso la parola *iniuria*, l'idea della non conformità al diritto e la esprime sotto un duplice aspetto: allude al danno che leda la

situazione giuridica altrui (*damnum contra ius*) e, al tempo stesso, al danno ad altri cagionato dal non esercizio di un proprio diritto (*damnum non iure*).”¹⁰

Il principio della risarcibilità del danno qualificato come ingiusto è, però, una clausola generale; infatti, quando non è la stessa legge a stabilire che un dato danno sia ingiusto (come prevede l’art. 872 c.c.), sarà compito del giudice valutare secondo il proprio apprezzamento di volta in volta tale aspetto. Ciò segna certamente un punto di demarcazione tra la tipicità dell’illecito penale e l’atipicità dell’illecito civile.

Su questo punto doverosa è un’ulteriore riflessione. Se certamente la semplice lesione di un interesse altrui non comporta la presenza di un danno ingiusto e la sua relativa risarcibilità, è però ormai consolidato un ampliamento del concetto di risarcibilità dovuto proprio all’opera della giurisprudenza.

Un primo orientamento, pedissequamente legato alla lettera del codice, prevedeva infatti la possibilità di ricorrere alla tutela aquiliana solamente a seguito della lesione di diritti soggettivi assoluti, impostazione soppiantata negli anni settanta dalla successiva, che prevedeva tale tutela per la lesione di tutti i diritti soggettivi, sia assoluti che relativi.¹¹

Ma l’estensione era ben lungi dall’arrestarsi: con la sentenza 500/99¹² delle Sezioni Unite della Suprema Corte si è raggiunta la massima espressione del danno ingiusto, qualificandosi come tale perfino la lesione di interessi sia legittimi che giuridicamente rilevanti, da sempre considerati estranei a tale disciplina; peraltro ritenendosi necessaria ma non sufficiente la lesione dell’interesse legittimo per accedere alla tutela ex. 2043 c.c., occorrendo

¹⁰ Francesco Galgano, *I fatti illeciti*, CEDAM 2008, pag. 27;

¹¹ Cass., caso *Meroni*, 25 gennaio 174/1971, in *Foro It.*, 1971, I, c.1286 con nota di Busnelli;

¹² Cfr. *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1999, pag.356, con note di Bertolissi, Alpa, Patti, Visintini, Camoglio e Capriglione. Ancora, Giovanni Duni, *Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione*, in *Riv. Amm. Rep. Italiana*, 1999, II, pp. 767 ss; Francesco Planchenstainer, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 11, pagg. 1081-1090; Stefano Malinconico, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2006, 4, pagg. 1041-1181.

altresì la lesione dell'interesse al bene della vita a cui l'interesse legittimo si correla.¹³

Il provvedimento sopracitato ebbe portata dirompente proponendo la formula, di seguito sistematicamente adottata, dell'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico come nuovo parametro sul quale tarare l'applicazione della tutela extracontrattuale. Peraltro, all'attento occhio giuridico del Professor Galgano¹⁴ non sfuggì come in tal modo il limite all'atipicità contrattuale previsto dall'art. 1322 comma 2°c.c. venisse ora a coincidere con quello accordato all'atipicità dell'illecito.

A sugello di tale nuovo e rivoluzionario orientamento si può proporre un estratto di sentenza pronunciata dalla Cassazione: "la fattispecie dell'illecito civile di cui all'art. 2043 non costituisce una sanzione per la violazione di diritti soggettivi, ma è autonoma fonte del diritto di credito al risarcimento nei confronti del soggetto che, con attività contraria al diritto oggettivo, abbia cagionato un danno ingiusto, dovendosi qualificare tale il pregiudizio di qualunque interesse in qualche modo considerato dall'ordinamento, indipendentemente dal fatto che sia protetto con l'intensità del diritto soggettivo, dell'interesse legittimo, o di altro interesse non di mero fatto, allorché la protezione sia comunque funzionale a garantire determinate utilità o beni della vita."¹⁵

Ecco dunque come ben si possa ipotizzare che il seme del danno ingiusto si annidi in un comportamento illecito del giudice, arrecando pregiudizio a quel soggetto che desideri far valere i propri diritti sanciti a livello costituzionale dall'art. 24, desiderando accedere alla tutela giurisdizionale con efficienza ed efficacia esercitando, così, quanto la Carta Fondamentale gli accordi.

¹³ "Non c'è pietra che tenga, le frontiere mobili della responsabilità civile erodono l'ultimo bastione; il danno ingiusto dilata la sua amebica consistenza." Nota alla sentenza 500/1999 di Palmieri e Pardolesi.

¹⁴ Francesco Galgano, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, p.1

¹⁵ Cass., 8 luglio 2002, n. 9877, in *Foro It.*, 2002, I, c. 3353

L'art. 24 Cost. infatti è articolo strumentale rispetto ai principi fondamentali di libertà e uguaglianza sanciti agli artt. 2 e 3, permettendone la concreta applicazione. Inoltre proprio l'ultimo comma dell'art. 24 Cost. sottolinea come sia la legge a determinare le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Viene così soddisfatto il requisito dell'elemento oggettivo necessario per far scattare l'applicazione del profilo di responsabilità civile del giudice, artefice di un danno qualificabile dunque come ingiusto.

2. Comportamento, atto, provvedimento:

Art. 2: “(...) per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni (...)”

“Foriera di responsabilità può essere qualsiasi condotta (ovviamente, non solo quella che consiste nel sentenziare) tenuta dal magistrato nella sua funzione.”¹⁶

Certamente la formula utilizzata dal legislatore della l. 117/88 è molto ampia con riferimento alla tenuta che il giudice deve avere per far sì che gli sia addebitato un qualche profilo di responsabilità civile.

A tal proposito meritano un esplicito richiamo le riflessioni di Scarselli¹⁷ sulla natura e la tipologia degli atti che il giudice sia in grado di porre in essere: “Credo che le attività del giudice vadano divise secondo una doppia ripartizione, che qui indico:

¹⁶ Elio Fazzalari, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, n. 4 1988, p. 1028

¹⁷ G. Scarselli, *Appunti sulla responsabilità civile del giudice*, in *Il foro It.*, 2009, pag. 142.

- a) Con una prima, infatti, vanno separate le attività decisorie e quindi consistenti nella pronuncia di provvedimenti, rispetto a quelle non decisorie e quindi solo connesse all'esercizio della giurisdizione¹⁸.

Si pensi tra queste ultime al comportamento tenuto dal giudice nei confronti di una parte, oppure del suo difensore; o ancora si pensi all'inosservanza dell'obbligo di astenersi¹⁹, o all'indebito affidamento ad altri di propri compiti, etc. Si tratta di comportamenti che certamente rilevano maggiormente sul piano disciplinare, ma che possono avere conseguenze anche sul fronte della responsabilità civile;

- b) Le attività decisorie, poi, vanno altresì ripartite in due diversi ambiti. In un primo vanno ricomprese le decisioni che il giudice assume sulle richieste delle parti, dando torto o ragione ad uno dei litiganti, e decidendo tra più pretese quale sia quella più conforme alla legge, fermo il principio *iura novit curia*.

Ad un secondo ambito invece vanno ricondotte quelle decisioni che il giudice compie a prescindere dalle richieste delle parti, ponendo in essere l'atto in via ufficiosa, o comunque oltre i tradizionali principi processuali della domanda, di corrispondenza tra chiesto e pronunciato e di dispositivo (potere di sollevare eccezioni d'ufficio ex 112 c.p.c, chiamare un terzo in processo ex 107 c.p.c, nominare consulenti ex 191 c.p.c)."

¹⁸ A tal proposito cfr. R. Vaccarella, La responsabilità civile dello stato giudice, CEDAM, 1990, pag. 28: "Le funzioni giudiziarie possono alquanto agevolmente assumersi nel significato tendenziale e generico di "funzioni rimesse a qualunque titolo alla competenza del giudice". Del resto, lo stesso art. 1 precisa che "le disposizioni della presente legge" si applicano a chi esercita "l'attività giudiziaria", "indipendentemente dalla natura delle funzioni (sebbene la precisazione sia stata essenzialmente ispirata dalla intenzione di eliminare ogni possibile dubbio in ordine alla magistratura inquirente). [...] Rientrano dunque nell'ambito di applicazione della legge una serie di attività più o meno pacificamente extra-giurisdizionali e tuttavia rimesse alla competenza di organi giudiziari; così, ad esempio, la registrazione degli organi di stampa da parte del presidente del tribunale, l'attività del magistrato di sorveglianza pur nelle ipotesi in cui la si qualifichi come meramente amministrativa".

¹⁹ Cass. Civ. Sez. I, 18 gennaio 2002 n. 528; Ugo de Crescenzo, *Il Fallimento* 11/2002 pag.1194: "Qualora il giudice non si astenga ex 51 codice di procedura civile e concorra a pronunciare la decisione non ricorre nessun vizio che possa incidere sulla validità della decisione assunta sotto il profilo della nullità ex 158 c.p.c. Per la fattispecie in esame si discute, in dottrina, se la suddetta violazione della norma processuale comporti l'apertura di un procedimento disciplinare nei confronti del giudice o se il fatto possa costituire motivo per un'azione di danni per responsabilità civile."

Peraltro a tal proposito si può pensare anche al potere del giudice di concedere o negare rinvii, consentire o meno difese scritte, verbalizzazioni...

Ciò che ai nostri fini interessa porre in rilievo è che dal compimento di qualsiasi di queste attività, se erroneamente effettuata, possono sorgere profili di responsabilità civile del giudice, che dunque ora come ora investe non solo le attività decisorie neutre, ma anche quelle di gestione, nonché le attività non decisorie, che attualmente rilevano sotto quest'ottica a causa della inevitabile sovrapposizione tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, sulla scia della commistione tra sfera pubblica e privata.²⁰

➤ *2.1 Breve rassegna di giurisprudenza:*

Ai fini di un'analisi più completa e concreta dei materiali comportamenti che possano giustificare la promozione di un'azione aquiliana nei confronti del giudici, si espongono qui di seguito alcuni casi tratti dalla giurisprudenza o che plausibilmente potrebbero divenirne protagonisti :

- Una domanda volta a far valere la responsabilità civile del giudice che supera il filtro di ammissibilità: il Pubblico Ministero di Napoli aveva disposto la perquisizione dello studio di tre professionisti, senza però procedere previamente alla comunicazione al Presidente del Consiglio dell'Ordine, prevista dall'art. 103 c.p.p. La Cassazione, infatti, conferma l'inammissibilità della domanda per quello dei tre avvocati che aveva assunto nel procedimento altresì le vesti di indagato, ma al contempo ad opposte conclusioni perviene con riguardo alla posizione degli altri due legali, non imputati, ma semplici difensori e colleghi dell'imputato ed ai quali pertanto spettavano le garanzie previste dal sopracitato articolo 103 c.p.p.

²⁰ Per le definizioni delle categorie di atti e sovrapposizione delle responsabilità disciplinare e civile cfr. G. Scarselli, *Appunti sulla responsabilità civile del giudice*, in *cit.*, pag. 142 e ss.

- In materia penale, relativamente nutrita è la casistica riguardante l'erronea emissione di un mandato di cattura. Invero, si registra un episodio in cui sia il Tribunale che la Corte d'Appello abbiano dichiarato però inammissibile, ai sensi dell'art. 5 della legge 117/1988, la domanda di risarcimento danni conseguenti all'emissione del mandato di cattura perché l'azione è stata promossa tardivamente, cioè dopo la scadenza del termine biennale previsto dall'art. 4, 2° comma, della legge. La Cassazione con sentenza n. 2186 dell'11 marzo 1997 conferma la decisione dei giudici di merito respingendo la tesi dell'attore secondo cui tale termine biennale decorrerebbe dalla data di “esaurimento del grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno”.²¹
- Un altro esempio potrebbe riguardare invece l'operato dei giudici tributari, i quali neghino l'esistenza di una domanda di condono, pur essendo stata, questa, regolarmente presentata dal contribuente nei termini e nei modi previsti dalla legge e risulti dagli atti del processo, che l'Ufficio ha comunicato l'avvenuta presentazione della domanda di cui si tratta, essendo stata puntualmente acquisita e depositata la relativa documentazione.²²
- Infine in una pronuncia del Tribunale di Brescia del 29 aprile 1998 finalmente si riconosce la responsabilità civile di un giudice istruttore che aveva emesso mandati di cattura per il reato di falso in bilancio aggravato e continuato sulla base delle qualità, però inesistenti, di amministratore e sindaco di una società per azioni.²³

²¹ Mario Cicala, *Rassegna di giurisprudenza sulla responsabilità civile dei magistrati*, in www.giustiziacarita.it/archmag/respciv.htm, 25/5/2014.

²² Dalla relazione dell'Avv. tributarista Maurizio Villani, Lecce, 30 luglio 2002

²³ Alberto Maria Benedetti, *Danno e Responsabilità*, n.11/1998, pag. 1020 e ss.

3. Ambito soggettivo:

Il primo articolo della L. 117/88 è chiarissimo nell'affermare l'ambito soggettivo di applicazione della propria disciplina:

Art.1: “[...] A tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria.”

Una rete quanto più complessa possibile insomma, capace di comprendere nelle proprie maglie chiunque si trovi nell'orbita di tale ufficio.

Con delle doverose precisazioni, però.

La stessa legge ci tiene a precisare che queste disposizioni si applicano inoltre anche a quei magistrati che si trovino ad esercitare le proprie funzioni in organi collegiali.

I profili inerenti gli organi collegiali meritano però qualcosa di più che semplici cenni e rimandi. Infatti la responsabilità degli organi collegiali in quanto tali è esclusa proprio dall'art. 16 della stessa legge. In particolare, ogni singolo componente risponde qualora abbia concorso, con il proprio consenso, all'illecito: per ciò si è presentata la necessità di introdurre una sorta di opinione dissenziente,²⁴ corredata peraltro da una succinta motivazione e inserita in un apposito processo verbale segretato da custodire finché non si verifichi l'insorgenza di una questione di responsabilità.²⁵

²⁴ Una nota merita il sistema processuale del Regno di Napoli, definito da Salvioli *“pei tempi il migliore progresso d'Europa”*; infatti un dispaccio di Bernardo Tanucci del 3 giugno 1752 diretto all'uditore di Matera chiariva che: “il giudice il quale viene posto in minoranza dovrà firmare la sentenza, ma potrà far notare il suo voto nel libro dei voti. Si tratta dell'istituto del voto separato già presente in Spagna (Ordinanza di Medina del 1489 con cui Ferdinando d'Aragona e Isabella di Castiglia istituirono il *libro secreto de Acuerdo*) e Prussia”, Giuliani-Picardi, *La responsabilità del giudice dallo Stato liberale allo Stato fascista*, Foro It., V, pag. 214, 1978.

²⁵ La Corte costituzionale, con sentenza 9-18 gennaio 1989, n. 18 (Gazz. Uff. 25 gennaio 1989, n. 4 - Serie speciale), ha dichiarato l'illegittimità del primo e secondo comma dell'art. 16, nella parte in cui

Il suddetto articolo ha presentato non pochi profili problematici, come risulta dal sollevamento di una questione d'illegittimità costituzionale dell'art. 16 secondo comma alla stregua degli artt. 3 capoverso, 97 capoverso, 102 secondo comma e 104 capoverso della Costituzione, poiché lesivo del principio di segretezza della camera di consiglio.

Interessante, in tal senso, è il pensiero di Martino²⁶: «ai sensi dell'art. 16, come modificato dalla pronuncia della Corte Costituzionale, delle decisioni degli organi collegiali, può, se uno dei componenti lo richieda, essere compilato un processo verbale, contenente l'eventuale dissenso di qualcuno dei componenti, conservato in plico *sigillato* a cura del presidente presso della cancelleria dell'ufficio. Il tribunale dinnanzi al quale è proposta l'azione di rivalsa chiede, poi, la trasmissione del plico *sigillato* e ne ordina l'acquisizione agli atti del giudizio (art. 16, quinto comma).

Sembra, quindi, che al momento della rivalsa sia ancora *sigillato*, dal che dovrebbe desumersi che esso non possa essere aperto nel giudizio disciplinare, il quale, come si è visto, precede quello di rivalsa. Poiché, tuttavia, l'art. 16 consente di differenziare la responsabilità dei membri del collegio, appare chiara l'irrazionalità di un'interpretazione in base alla quale dovrebbe ammettersi che anche il membro dissenziente debba essere condannato in sede disciplinare, in quanto il plico non può essere aperto in tale sede. Né appare plausibile una sospensione del processo disciplinare fino al momento della rivalsa. La via d'uscita sembra, allora, consistere in una lettura della norma

dispongono che «è compilato sommario processo verbale» anziché «può, se uno dei componenti dell'organo collegiale lo richieda, essere compilato sommario processo verbale».

La Corte costituzionale, con sentenza 9-18 gennaio 1989, n. 18 (Gazz. Uff. 25 gennaio 1989, n. 4 - Serie speciale), ha altresì dichiarato l'illegittimità del primo e secondo comma dell'art. 16, nella parte in cui dispongono che «è compilato sommario processo verbale» anziché «può, se uno dei componenti dell'organo collegiale lo richieda, essere compilato sommario processo verbale».

²⁶ R. Martino, cit., pag.149

che, ritenendo *tamquam non esset* l'inciso *sigillato*, consenta l'acquisizione immediata nel giudizio disciplinare del plico contenete la verbalizzazione²⁷”.

Ulteriori differenziazioni di disciplina sono previsti per i giudici conciliatori, per i giudici popolari, nonché per gli estranei che partecipino all'esercizio delle funzioni giudiziarie a proposito dell'azione di rivalsa proponibile dallo Stato, a seguito dell'avvenuto risarcimento conseguente l'illecito. Si rimanda però all'analisi dettagliata di tale argomento nel paragrafo a questo dedicato, nel successivo corso della trattazione.

²⁷ Attardi, *Note sulla nuova legge sulla responsabilità dei magistrati*, in *Giur. It.*, 1988, IV, pag. 308, esclude, invece, che il verbale possa essere acquisito nel giudizio disciplinare, e ritiene che tale limitazione non sia in armonia con i principi costituzionali.

4. Ambito oggettivo:

L'aspetto più controverso della legge 117/88 è certamente quello relativo alle circostanze fattuali, oggettive da cui può scaturire la responsabilità civile del giudice.

Tali requisiti sono indicati agli artt. 2 e 3 della presente legge e possono essere ricondotti alle ipotesi di dolo o colpa grave ovvero di diniego di giustizia, che è opportuno esaminare separatamente.

➤ 4.1 Responsabilità per dolo o colpa grave:

Art. 2: “Chi ha subito un danno ingiusto [...] posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni [...]”

Alcune riflessioni possono già essere spese a proposito della concezione di *dolo*²⁸, ossia dell'intenzione di provocare l'evento dannoso.

Interessante, in particolar modo, risulta quella formulata da Elio Fazzalari: “Non correttamente la legge appaia alla colpa grave il dolo del giudice, nel senso che lo istituisce come fonte di responsabilità esclusiva dello Stato (art.2, n.1), anziché, come per l'innanzi²⁹, del magistrato. [...] il dolo del giudice non può non profilarsi come illecito penale: la condotta tenuta dal giudice con coscienza e volontà di abusare dei propri poteri, danneggiando ingiustamente una parte o favorendo l'altra, rientra di certo - ove le circostanze di specie non integrino altro reato: per es. la concussione (art. 317 c.p.), non più menzionata dalla legge de qua - nella fattispecie residuale di cui all'art. 323 c.p. (abuso di ufficio) [...] Peraltro l'interprete può e – a mio avviso deve – ricomporre il

²⁸ F. Galgano, *cit.*, pag. 77

²⁹ Cfr. Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Milano, 1980, p.72 e, soprattutto, Segré, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Comm. c.p.c.* diretto da Allorio, I, Torino, 1983, pag. 650

sistema, quale riconosciuto anche dall'art. 13 della legge in esame: da tale norma risultano ribadite, per l'ipotesi di reato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, la responsabilità civile del magistrato, con l'aggiunta – al di là di ogni precedente incertezza - della responsabilità civile dello Stato, in solido col reo. [...] Da ciò la conseguenza che il danneggiato dal dolo ha azione civile sia contro il giudice sia contro lo Stato, quale responsabile civile.”³⁰

Peraltro in giurisprudenza si è affermato che il dolo si sostanzia nella diretta consapevolezza di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente (Cass. 16 gennaio 2004, n. 540).

Come appena visto, una parte della dottrina ha ritenuto che il dolo del giudice finisca per concretare sempre un reato, in quanto legato ad un dovere d'ufficio. Ma l'opinione non è condivisa da tutti.

“Le ipotesi di responsabilità civile per dolo del magistrato non devono ritenersi strettamente legate all'emissione di un provvedimento giurisdizionale, potendo configurarsi anche in presenza di un comportamento commissivo non consistente in un provvedimento, ovvero in presenza di un comportamento omissivo non concretante un caso di denegata giustizia.

Sussiste dolo, ma non reato, quando il giudice venga consapevolmente meno ai suoi doveri d'ufficio facendo prevalere, sulle ragioni giuridiche, ragioni di carattere etico o di ordine politico, oppure in caso di momentanea aberrazione intellettuale, oppure quando il magistrato sia consapevole dell'altrui pregiudizio, ma compia ugualmente l'atto pur non realizzando con esso un interesse personale, ossia senza dolo specifico (a differenza di quanto avviene nel caso previsto e disciplinato dall'art. 324 c.p.) [...] La giurisprudenza ha, recentemente, affermato che l'ipotesi del comportamento doloso del giudice che non integri reato costituisce un caso del tutto residuale, data la difficoltà di individuare uno spazio del “dolo civile” non riconducibile ad una delle

³⁰ Elio Fazzalari, *Nuovi profili della Responsabilità civile del giudice*, cit., 1028 e ss.

fattispecie di reato ipotizzabili in caso di comportamento doloso del magistrato (Cass. 20 settembre 2001, n.11880).”³¹

Ulteriori e maggiori discussioni ha sollevato e solleva tuttora il concetto di *colpa grave*.³²

Certamente la *colpa grave* è caratterizzata in modo peculiare rispetto al suo più generale concetto presente al secondo comma dell’art. 2236 c.c., inerente la prestazione del libero professionista, implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. Con tale disposizione non è, peraltro, affatto configurabile l’ipotesi di una responsabilità per *colpa lieve*, perché non è previsto appunto dall’ordinamento.³³

La lettera della legge parrebbe arginare qualsiasi disquisizione, riconducendone espressamente la presenza ad uno dei seguenti casi:

- a) Grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;
- b) Affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- c) Negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
- d) Emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

³¹ Eugenia Serrao, Magistrato (responsabilità), in www.personaedanno.it/enciclopedia/magistrato-responsabilita, 25/05/2014.

³² Com’è noto, sotto l’impero dell’art.55 c.p.c. la responsabilità veniva in buona parte ricollegata alla condotta dolosa del magistrato: Carnelutti, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1956, pag.183; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1961, p.182.

³³ Cfr. Carpi- Turuffo, *Codice di Procedura Civile Commentato*, 2013, pag. 374

Eppure la dottrina e la giurisprudenza delle nostre Corti straripano di pronunce che altro non sono se non tentativi di delineare quanto più possibile questo ambito.

“La nuova legge individua la *colpa grave* nella *grave violazione di legge*, da intendere come inescusabile errore di diritto (per assurdo, il giudice mostra d’ignorare che, nel nostro ordinamento, vige la prescrizione acquisitiva [...]); nell’inescusabile travisamento del fatto, quale affermazione o negazione di un fatto sicuramente escluso o, invece, asseverato dagli atti del processo (per es. il giudice mostra di non aver neppure scorto i documenti acquisiti); e, quanto al giudice penale, nell’emissione di un provvedimento sulla libertà personale non previsto dalla legge o privo di motivazione.”³⁴

Quindi la grave violazione di legge viene in rilievo nei casi di applicazione di una norma che non sia più in vigore o che non sia affatto prevista nel nostro ordinamento, ancora nei casi di emissione di un provvedimento privo di motivazione quando invece questa è prescritta dalla legge o qualora il provvedimento possa definirsi come *abnorme*. Alcuni interpreti l’hanno, peraltro, intesa come un riferimento del legislatore a comportamenti del tutto alieni da qualsiasi connotazione professionalmente apprezzabile, privi di giustificazione e palesemente improntati a disattenzione e disimpegno³⁵.

L’incertezza legata alla situazione di “colpa grave” si rinviene soprattutto a proposito delle lettere b) e c) dell’art. 2 terzo comma: “Con riferimento alla *colpa grave consistente nell’affermazione di fatti la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento*, ex art. 2, 3° comma, lett. b), legge 117/88, si è precisato – ma l’argomentazione è agevolmente estendibile alla speculare situazione della negazione di un fatto la cui esistenza

³⁴ Elio Fazzalari, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, cit., pag. 1028

³⁵ Attardi, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. It.*, 1989, IV, pag. 306-307: “l’art.2 contrappone interpretazione e violazione di legge [...] Se non si vuole constatare una contraddizione nell’art. 2, nella parte in cui esclude che l’attività di interpretazione possa dar luogo a responsabilità e nel contempo riconosce una responsabilità per colpa grave in caso di violazione di legge, bisogna ritenere che lo stesso art. 2 abbia inteso riferirsi solo alle situazioni nelle quali, a monte della violazione, vi sia una svista o un abbaglio sul testo della legge da applicare.”

è invece incontrastabilmente riconosciuta negli atti del procedimento, ai sensi della lett. c) stessa norma – che siffatta *svista*, tale dunque da indurre ad affermare un fatto inesistente, è ravvisabile solo in presenza di una valutazione del fatto o delle prove errata in modo particolarmente grave, allorquando al giudice possa imputarsi una negligenza così ingiustificabile da indurlo ad omettere totalmente ogni benché minimo apprezzamento o considerazione in ordine ai fatti risultanti dagli atti, così da affermare di conseguenza circostanze che invece agli atti risultano inesistenti.”³⁶

Peraltro, come fa acutamente osservare la Dott.ssa Eugenia Serrao, la disposizione di cui alla lett. b) art. 2, 3° comma mentre espressamente richiama il caso in cui il giudice abbia incontrastabilmente escluso un fatto dalle emergenze processuali, non si preoccupa dell’evenienza in cui lo stesso pur non trascurando di prendere visione degli atti, abbia però ritenuto il verificarsi di un fatto senza poggiare tale conclusione su elementi pertinenti o sufficienti, solo in seguito rivelatisi frutto di erronea valutazione³⁷ (Cass. 26/7/21994 n.6950; Cass. 6/11/1999 n. 12357, in materia di convocazione dei fallenti nell’istruttoria prefallimentare).

Infine resta da analizzare l’ultima ipotesi prevista dal terzo comma dell’art. 2: l’emissione del provvedimento concernente la libertà personale al di fuori dei casi previsti dalla legge o senza motivazione.

Questa è la lettera da cui può trarsi maggiore soddisfazione, quanto all’applicazione pratica e concreta della legge 117/88, perché proprio appigliandosi a questa disposizione, ben dieci anni dopo l’entrata in vigore di tale normativa, è giunta la prima condanna dello Stato per responsabilità civile del giudice. E a tal proposito, icastico è un passo tratto dal commento che Benedetti fece della sentenza del Tribunale di Brescia del 1998 qui citata: “Si è infatti giunti ad una (prima) condanna di un magistrato (o, meglio dello Stato

³⁶ Così Briguglio e A. Siracusano, in *La responsabilità dello Stato giudice* a cura di Picardi e Vaccarella, cit., 43. Cfr. Daniele Cenci, Limiti alla responsabilità civile dei magistrati per i danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie, *Giur. It.*, 1996, 4, pag. 169.

³⁷ Eugenia Serrao, *Persona e Danno*

in quanto responsabile solidale) solo in un caso di palese ed evidente omissione (per giunta espressamente prevista dalla legge) tale da dover inevitabilmente condurre ad una pronuncia in tal senso.”³⁸

Con tale sentenza si riconobbe, infatti, la responsabilità di un giudice istruttore che aveva emesso mandati di cattura per il reato di falso in bilancio aggravato e continuato sulla base delle qualità, in realtà inesistenti, di amministratore e sindaco di una società per azioni.

Il Tribunale si esprime nel senso che il comportamento del magistrato dovesse essere valutato con particolare rigore in questo caso, in quanto oggetto del giudizio era uno dei valori primari di ogni convivenza civile, ossia il bene della libertà personale, espressamente garantito dalla Carta Costituzionale e che a tal proposito, non potesse essere fatta valere quale scusante la complessità del processo stesso.

Un’ultima precisazione merita il contesto in cui tali comportamenti debbano verificarsi, ai fini dell’insorgenza di una responsabilità civile.

La legge infatti chiarisce come il giudice debba porre in essere tali condotte nell’esercizio delle sue funzioni giudiziarie; in tal modo restano così esclusi tutti quegli atti che non si possano inquadrare in siffatta categoria, magari perché contraddistinti da un carattere prettamente amministrativo, si pensi ad esempio alle informazioni che l’Ufficio del Pubblico Ministero è tenuto a fornire al Procuratore Generale ed al Ministero della Giustizia in relazione allo stato dei procedimenti penali.³⁹

³⁸ Alberto Maria Benedetti, *Danno e Responsabilità*, cit., 1024

³⁹ Cass. 22/2/2002 n.2567

4.2 Diniego di giustizia:

Art. 3: “Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l’omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio [...]”

Il danno ingiusto, dunque, stando all’art. 2 della legge in esame può essere cagionato oltre che dal dolo o dalla colpa grave del giudice, anche da un suo diniego di giustizia. Ma anche qui, la normativa non è tanto lineare ed immediata come potrebbe sembrare ad un primo approccio.

Innanzitutto, perché si verifichi concretamente l’ipotesi del diniego di giustizia, oltre ai requisiti del rifiuto, del ritardo o dell’omissione è necessario un *quid pluris*, ovvero che sia trascorso il termine di legge per il compimento dell’atto e la parte abbia presentato istanza per ottenere il provvedimento, essendo trascorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria.

Pertanto, qualora un termine non sia stato previsto devono comunque trascorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell’istanza volta all’ottenimento del provvedimento richiesto (art. 3, primo comma).

Ancora, il suddetto termine può essere prorogato dal dirigente dell’ufficio con decreto motivato non oltre tre mesi dal deposito dell’istanza; ma addirittura, nel caso della redazione di sentenze di particolare complessità, sempre il dirigente dell’ufficio con decreto motivato adottato prima della scadenza, può aumentare di altri tre mesi il termine già prorogato. (art.3, secondo comma).

Solo nel caso in cui l’omissione o il ritardo senza giustificato motivo riguardino un provvedimento inerente la libertà personale dell’imputato, il termine del primo comma dell’art. 3 è ridotto a cinque giorni improrogabili.

Procedendo nell’analisi, si deve rilevare come l’omissione, in realtà, rilevi come condotta penalmente sanzionabile sulla base di quanto dispone l’art. 328

c.p., qualora tale comportamento non sia giustificato, qualificandosi appunto come un'omissione in atti di ufficio. "Può tuttavia darsi che, nella singola specie, faccia difetto l'elemento soggettivo del reato, per non avere deliberatamente voluto, il giudice, infrangere il proprio dovere."⁴⁰ In tal caso l'omissione non costituirà reato e si profilerà come condotta colposa."⁴¹

Per portare ad esempio un caso pratico di ritardo, possiamo pensare alla fattispecie riportata dalla sentenza della Corte di Cassazione del 23 maggio 2013 n.12825: nel 2009 l'attore chiedeva il risarcimento del danno non patrimoniale sofferto a causa della durata della procedura fallimentare iniziata nel marzo del 1993 e ancora pendente alla data di proposizione della domanda. Tale giudizio si consumava sulla base della normativa prevista in materia di ragionevole durata del processo ex legge 89/2001, riflesso dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ma dal momento che il periodo eccedente tale ragionevole durata fu addebitato dalla Corte del tutto all'attività, o meglio alla mancata omissiva attività, del giudice delegato (e del curatore), l'esempio pare quanto mai calzante.

D'altro canto, anche dallo stesso codice di rito trapela il principio previsto proprio allo scopo di tutelare la parte, laddove la durata del processo possa rivelarsi a sé controproducente: la durata del processo infatti non può danneggiare la parte che ha ragione⁴², una durata eccessiva che, come appena visto, può essere causata proprio dall'operato del giudice.

A bene vedere anche il principio chiovendiano altro non è se non espressione di quanto garantito a livello costituzionale dal combinato disposto degli articoli 24, 102 e 111, che prevedono il diritto di ricorrere alla tutela giurisdizionale, la cui funzione spetta e dunque deve essere esercitata dai magistrati, in ossequio del giusto processo regolato dalla legge.

⁴⁰ Scotti, *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico pratico alla legge 13 aprile 1988, n.117*, Milano, 1988, p.125

⁴¹ Elio Fazzalari, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, cit., pag. 1031

⁴² G.Chiovenda, *La condanna alle spese giudiziali*, II, Roma , 1953

4.3 Negligenza inescusabile:

Art. 2 comma 3: “lett. a) grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; lett. b) l’affermazione, determinata da negligenza inescusabile di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; lett. c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento [...]”

Doveroso e necessario è un focus circa la cosiddetta negligenza inescusabile. Questo è il requisito che in maniera ridondante la legislazione del 1988 accompagna alla colpa grave, esplicitandolo chiaramente nella lettera della legge.

Un requisito che però ha fatto sorgere non poche volte notevoli problemi anche di interpretazione. Vediamo dunque di affrontare tale argomento nel modo più completo possibile, con l’ausilio sia della dottrina che della giurisprudenza, mancando un’interpretazione autentica del legislatore che sarebbe stata quanto mai opportuna date le problematiche sollevatesi su questo punto.

Una prima osservazione su tale disposizione si può effettuare a proposito del primo caso riportato: la violazione di legge dovuta a negligenza inescusabile: “La formulazione eccessivamente vaga della fattispecie⁴³ ha indotto gli interpreti a sforzarsi di precisarne l’esatta portata, riconducendo pacificamente ad essa i seguenti casi: disapplicazione di una legge vigente o applicazione di una norma che non è più in vigore ovvero addirittura non è prevista dall’ordinamento, emissione di un provvedimento privo di motivazione quando la motivazione è prescritta per legge, cosiddetto straripamento di poteri, cioè esercizio da parte del magistrato di potestà che l’ordinamento

⁴³ Circa il tenore eccessivamente vago dell’art.2, 3° comma, lett. a) della Legge sulla responsabilità civile dei magistrati, v. criticamente Attardi, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità civile dei magistrati*, in Giur. It., 1988, IV, 306-307.

riserva ad organi legislativi od amministrativi, infine provvedimento abnorme⁴⁴. Il minimo comune denominatore di queste ipotesi può rinvenirsi in una tale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi, in un'incuria e trascuratezza così corpose nel cogliere le emergenze processuali come materiale di giudizio, da risultare oggettivamente inescusabili: posto che l'aggettivo "inescusabile" in tale contesto è sinonimo di "grave", "grossolano", "evidente", "macroscopico", il legislatore ha senz'altro inteso fare riferimento a comportamenti assolutamente alieni da qualsiasi connotazione professionalmente apprezzabile, privi di alcuna giustificazione, palesemente improntati a notevole disattenzione e disimpegno, in spregio dei più elementari doveri di scrupolo, cura e zelo e quindi, in definitiva, ad una violazione che evidenzi, da parte del giudice, il mancato rispetto negligente della volontà legislativa⁴⁵".⁴⁶

Riecheggiano in tali conclusioni, certamente, le espressioni con cui la Suprema Corte di Cassazione in una sua sentenza⁴⁷ qualificò la negligenza inescusabile: *"(la negligenza inescusabile) postula una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi, una trascuratezza così marcata da non potere trovare alcuna plausibile giustificazione e da apparire espressione di assoluta incuria e mancanza di professionalità [...] (essa si esprime) nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero nella lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero [...]"*

⁴⁴ Corte Cass., Sez. Unite, Sent. n. 17 del 12.2.1998: "É affetto da abnormità non solo il provvedimento che, per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulso dall'intero ordinamento processuale, ma anche quello che, pur essendo in astratto manifestazione di legittimo potere, si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite."

⁴⁵ Così Briguglio e A. Siracusano, in *La responsabilità civile dello Stato giudice* a cura di Picardi e Vaccarella, cit. 43.

⁴⁶ Daniele Cenci, cit, pag. 170.

⁴⁷ Corte di Cass., Sez. I civ., 20 settembre 2001, n. 11859

Ancora, con l'espressione negligenza inescusabile si indica quella negligenza che non sia spiegabile, neanche in relazione alle peculiarità del caso concreto, che potrebbero altrimenti giustificare, "scusare" la negligenza, se presenti.⁴⁸ Peraltro in dottrina⁴⁹ e, più di recente anche in giurisprudenza, è stato affermato che "l'inescusabilità della negligenza deve essere misurata con riferimento alla professionalità del magistrato, onde può essere parametrata alla stessa imperizia. In altri termini, il magistrato può essere chiamato a rispondere non solo nei casi rientranti nelle previsioni della legge 117/88, ma altresì quando il suo comportamento denoti un'imperdonabile mancanza di professionalità, incompatibile con la diligenza, che deve esigersi da chiunque eserciti così delicate questioni."⁵⁰

Sempre con riferimento alla negligenza inescusabile dovuta a violazione di legge, così si esprime Cicala: "[...] La grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile (è intesa) senza eccezioni per le norme processuali, e dunque includendo quelle che fanno carico al giudice di esaminare i temi in discussione influenti per la decisione, e di dare contezza delle ragioni della decisione stessa. [...] 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."⁵¹

Anche Bonaccorsi⁵² ricorda che: "La giurisprudenza è, infatti, solita affermare che la negligenza inescusabile richiesta al magistrato debba essere tale da rendere la decisione adottata assolutamente inspiegabile, in quanto priva di

⁴⁸ Corte di Cass. 26 luglio 1994, n.6950; Corte di Cass. 6 ottobre 2000 n. 13339.

⁴⁹ Così si esprime G. Visintini, *La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, Padova, 1990, 235: "Non sono d'accordo con la lettura che è stata fatta di queste previsioni legislative di colpa grave come se si riferissero soltanto all'area della colpa per negligenza e non a quella per imperizia. La inescusabilità della negligenza è infatti misurabile in ragione della professionalità del magistrato. Deve trattarsi di ignoranza delle leggi o di trascuratezza nelle indagini, inammissibili in chi esercita la professione di magistrato; quindi si rientra in sostanza nel novero della colpa professionale sia pure molto circostanziata."

⁵⁰ A. M. Benedetti, *cit.*, pag. 1026 . Cfr. Eugenia Serrao, *Persona e Danno*, 2011

⁵¹ Cicala, *Rassegna di giurisprudenza sulla responsabilità civile dei magistrati*

⁵² F. Bonaccorsi, *I primi vent'anni della legge 177/88 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e Responsabilità*, n.11, 2008, pag. 1119.

riferimenti alla particolarità della vicenda “idonei a rendere comprensibile (anche se non giustificabile) l’errore del giudice⁵³.”

A proposito dell’ipotesi b) e c) contemplate all’art. 2, comma terzo sul travisamento dei fatti, si sostiene come vi si possa includere anche il travisamento di fatti processuali, come ad esempio la mancata lettura di atti essenziali. “In simili ipotesi assume particolare rilievo il ruolo della difesa in quanto la reiterata trascuratezza, da parte del difensore, di un fatto da considerare essenziale per la corretta soluzione della controversia può far sì che la negligenza del giudice non possa, poi, valutarsi come inescusabile.”⁵⁴

Per esaurire l’esame di tale disposizione, concludiamo con uno sguardo approfondito alla giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Notevole impatto ha infatti avuto la sentenza n.7272 del 18 marzo 2008, III sezione civile, la cui massima analizza a fondo il concetto di negligenza inescusabile che deve ritenersi sussistente: *“allorquando, nel corso dell’attività giurisdizionale, si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma di diritto 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.”*

Interessante è altresì la sentenza n.2107 del 14 febbraio 2012 della III Sezione della Suprema Corte che sottolinea ancora come “[...] tale qualificazione della negligenza [...] integra un *quid pluris* rispetto alla negligenza, nel senso di esigere che essa si presenti come “non spiegabile”, vale a dire senza agganci con le particolarità della vicenda, idonei a rendere comprensibile – anche se non giustificato – l’errore del giudice (Cass. N.6950/1994).”

Sostanzialmente dunque, dopo venti anni, i concetti cardine su cui poggia la negligenza inescusabile risultano invariati nell’analisi che la Suprema Corte

⁵³ Cass. 6 novembre 1999, n.12357, in Giust. Civ., 2000, pag. 2054, ma in tal senso cfr. anche Cass. 7 novembre 2003, n. 16696, in Foro It., Rep. 2003, voce “Astensione e Ricusazione”, n.93.

⁵⁴ Eugenia Serrao, *Persona e Danno*.

compie nelle proprie pronunce, cementificando con ogni sentenza l'orientamento inizialmente accolto.

5. Clausola di salvaguardia:

Art. 2, comma 2°: “Nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione delle norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.”

L’aspetto che a tutt’oggi risulta più controverso e criticato della normativa delineata dalla legge 117/88 sicuramente è quello inerente la cosiddetta clausola di salvaguardia.

Il problema nasce dal fatto che questo è il comma in cui si concentrano gli attriti tra indipendenza della classe giudicante e sua efficienza, tra l'imparzialità che deve connotarla e l'esigenza di una responsabilità per l'operato compiuto.

“È indubbio, infatti che l’art. 28 della Costituzione, nel sancire la responsabilità civile, penale e d amministrativa dei pubblici dipendenti per gli atti in violazione dei diritti, si indirizza a tutti indistintamente e, nelle linee generali, comprende anche il magistrato, atteso che la funzione che lo stesso espleta rientra nel novero delle attività statali promosse per il perseguimento di quei fini di tutela e di giustizia posti alla base della civile convivenza.”⁵⁵

Dunque il dilemma scivola, come è ovvio che sia, anche sul piano costituzionale.

A tal proposito giova ricordare alcune pronunce provenienti dal Palazzo della Consulta che, in più occasioni, (Corte Costituzionale, sentenza n. 2/1968⁵⁶; Corte Costituzionale sentenza n. 26/1987) ha ribadito fermamente il fatto che,

⁵⁵ F. Sacco, *La responsabilità del giudice*, 26/2/2014, www.filodiritto.com

⁵⁶ Cfr. Bruno Di Giacomo Russo, in *Quaderni Amministrativi*, 2013, 2, pagg. 3-10; Andrea Bonanni, in *Archivio della nuova procedura penale*, 2013, 1, pagg. 1-11; Gianpietro Ferri, in *Consultaonline*, 2011.

sebbene il giudice, come qualunque altro dipendente dello Stato non possa sottrarsi del tutto alla responsabilità civile per colpa grave, è vero anche però che ciò debba avvenire nei limiti e con la prudenza imposti dal ruolo che assolve a tutela della propria indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni.

Ecco allora che l'unica soluzione possibile sia proprio quella di inserire una clausola che faccia da scudo all'attività del giudice, evitando che questo possa essere sanzionato con riferimento alla parte più soggettiva e delicata dell'applicazione della legge: l'interpretazione di norme di diritto e la valutazione del fatto e delle prove.

Uno scudo per il giudice sì, che però si è rivelato anche una gabbia in cui rinchiudere le domande dei cittadini presunti lesi.

Vediamo come.

La clausola nella sua criticità è stata quindi sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, che con la sentenza n.18/1989⁵⁷ “[...] Oltre a ribadire il principio che l'indipendenza dei magistrati è volta a garantire l'imparzialità del giudice, precisò che la garanzia di indipendenza dei giudici mira anche a tutelare l'autonomia di interpretazione delle norme di diritto e l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove. Correttamente, dunque, concluse la Corte, il legislatore del 1988 ha escluso a tale riguardo ogni responsabilità.”⁵⁸

Ecco quindi che la presenza di detta clausola all'interno della Legge 117/88 viene motivata proprio imperniandola ai diritti costituzionali, come risulta anche dall'analisi di Cenci: “[...] Soffermiamoci ora sul principio dettato dall'art. 2, 2° comma, legge 117/88, ove si stabilisce *expressis verbis* che non possono mai essere considerate fonti di responsabilità le conseguenze dell'attività di interpretazione di norme di diritto, nonché di valutazione del

⁵⁷ Cfr. Giovanni Maria Flick, in *federalismi.it*, 2012; Erika Pantano, in *La responsabilità civile*, 2008, 4, pagg. 323-335; Claudio Consolo, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1989, 2, pagg. 565-583.

⁵⁸ M.P. Chiti, *La responsabilità civile dei giudici quale “Cavallo di Troia” per modificare il riparto della giurisdizione?*, *Giornale di diritto amministrativo* n.10/2012, pag. 1009

fatto e delle prove. Il tenore di tale disposizione risulta assolutamente incontrovertibile, il che è ben logico, dato che l'interpretazione e la valutazione attengono al momento del libero convincimento del giudice che, pur non risultando espressamente codificato nella Carta Costituzionale, è implicitamente posto dal combinato disposto dagli artt. 104, 1° comma ("La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.")⁵⁹ e 101, 2° comma Cost. ("I giudici sono soggetti soltanto alla legge.")⁶⁰, trattandosi di un postulato dei principi di autonomia e di indipendenza del giudice, valori a loro volta funzionali all'uguaglianza, alla pari dignità, alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, alla garanzia del diritto alla difesa.⁶¹

La portata dirompente di tale disposizione sta nel fatto di mandare esente il giudice da alcuna responsabilità, facendo perno proprio sulla sua libertà di convincimento, rischiando però così, alle volte, di proteggere situazioni non dovute tanto al libero convincimento, quanto piuttosto ad una negligenza camuffata da indipendenza.

Infatti, "ai sensi dell'art. 2, 2° comma, legge 117/88, quando il giudice, nell'interpretare una proposizione normativa, le assegna uno tra i significati possibili, sia pure il meno probabile ed addirittura il più distante da quello affermato da giurisprudenza costante ovvero autorevole dottrina, non può essere ritenuto responsabile civilmente, né disciplinarmente: è quando si fuoriesce da questi possibili significati che si ha una "grave violazione di legge", la quale può a sua volta fondare la responsabilità soltanto se causata da "negligenza inescusabile"⁶².

⁵⁹ Così Sez. disc. C.S.M., sent. 12 aprile 1991, in proc. N.58/90, in *Quad. C.S.M.*, 1992, n.58, pag.132

⁶⁰ Così Sez. disc. C.S.M., sent. 22 febbraio 1991, in proc. N.44/90, in *Quad.C.S.M.*, 1992, n.58, pag.131

⁶¹ Cenci, cit., pag. 171

⁶² D. Cenci, cit., pag. 172

Cfr. Serrao, *Persona e Danno*: "Anche per il giudice disciplinare l'attività di interpretazione della legge, che attiene al momento del libero convincimento del giudice, che costituisce l'essenza stessa della giurisdizione, non può essere fonte di responsabilità, al punto che si è ritenuta legittima ed insindacabile anche l'interpretazione che si discosti dagli orientamenti consolidati dal giudice di legittimità (c.d. creatività della giurisprudenza).

In sostanza occorre un comportamento davvero eclatante ed assolutamente ingiustificabile da parte del giudice, una negligenza talmente grave da apparire in concreto assai raramente riscontrabile; il tutto però a danno di quel principio della certezza del diritto, sempre più affievolito e sbiadito dalle caleidoscopiche soluzioni ad “irresponsabile” portata del giudice.

A tal proposito, interessante è il pensiero di Bonaccorsi⁶³: “[...] Questa attività (di interpretazione) non può costituire fonte di responsabilità “nemmeno sotto il profilo dell’opinabilità della soluzione adottata, dell’inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell’assenza di un’esplicita e convincente confutazione di opposte tesi”⁶⁴. Se questa è l’interpretazione continuamente offerta in materia, non stupisce affatto che autorevole dottrina abbia affermato che l’area di responsabilità dello Stato per l’illecito del magistrato viene, in pratica, fatta coincidere “con le sole decisioni giudiziarie folli, che chiamano in causa lo psichiatra piuttosto che la tecnica legale”⁶⁵. [...] La c.d. clausola di salvaguardia è, probabilmente, quella che ha posto definitivamente in crisi la già flebile incisività della legge nel sistema delle garanzie apprestate al cittadino vittima dell’attività giudiziaria statale. Tale disposizione si risolve, infatti, in una clausola di *judicial immunity* capace di vanificare l’intero impianto della legge 117/88, dato che – come è stato autorevolmente osservato – le attività previste dalla norma in esame costituiscono l’“*hardcore dell’esercizio dell’imperium del magistrato*”⁶⁶. La *ratio* sottesa alla clausola di salvaguardia è, ovviamente, volta a garantire la più ampia tutela del

⁶³ F. Bonaccorsi, *I primi vent’anni della legge 117/1988 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, n.11, pag.1119

⁶⁴ Cass., 5 dicembre 2002, n.17259, in *Giust. Civ.*, 2003, pag. 2789; Cass., 30 luglio 1999, n.8260, *ivi*, 1999 voce “astensione e ricazione”, n.11

⁶⁵ V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione, e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in U. Breccia – A. Pizzorusso, *La responsabilità dello Stato* a cura di F. Dal Canto, Pisa, 2006, pag. 30: “L’osservatore rimane colpito dall’enfasi e dalla ridondanza retorica con cui la Corte di Cassazione si preoccupa di accumulare criteri che hanno l’evidente funzione pratica di spingere a livelli sempre più alti – e in pratica difficilmente raggiungibili – la soglia oltre la quale può scattare la responsabilità dello Stato per il fatto del suo organo giudiziario.”

⁶⁶ P. G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 1998, pag.885. Cfr. anche D. Cenci, *Limiti alla responsabilità civile dei magistrati per i danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie*, in *Giur. It.*, 1996, pag. 173.

principio di autonomia e indipendenza del magistrato; tuttavia tale disposizione, sottraendo al controllo di responsabilità il nucleo centrale ed indefettibile di ogni attività giudiziaria, finisce per predisporre un regime di totale insindacabilità dell'operato del magistrato, se è vero che la giurisprudenza afferma che per potersi dichiararne la responsabilità occorre provare "non tanto l'erroneità, quanto l'evidente abnormità" dell'interpretazione adottata. [...] Per poter sindacare un'attività di interpretazione o di valutazione del fatto e delle prove occorre sempre effettuare un'ulteriore operazione esegetica [...] Discrezionalità, però, non significa totale arbitrarietà: così, non si può seriamente ritenere legittima un'interpretazione superata da una sedimentata evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, o dal sopraggiungere di nuovi principi di diritto che abbiano reso improponibile una data lettura del testo normativo.⁶⁷ Analogamente, potrebbe dar luogo a responsabilità il comportamento del magistrato che applichi una norma in modo difforme dal diritto vivente, senza che lo stesso dia prova di aver conosciuto l'orientamento dominante e di essersene consapevolmente discostato⁶⁸.

Dopo questo confronto dottrinale, appare evidente come il nodo attorno al quale la questione si aggroviglia sia generato dalla preoccupazione di evitare che la clausola di salvaguardia si trasformi in un riparo dietro cui si nascondano, per usare le parole di Benedetti, piuttosto che delle immunità, delle vere e proprie impunità.

⁶⁷ Cfr. A. M. Benedetti, *La prima condanna dello Stato per grave negligenza di un magistrato, in Danno e Responsabilità*, 1988, pag. 1120.

⁶⁸ Secondo F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, pag. 205: "In un caso di questo tipo, solo un'adeguata motivazione del dissenso dimostrerà che il magistrato ha deciso consapevolmente, ben conoscendo lo stato della giurisprudenza sul punto" in tal senso anche F. Angeloni, *Ancora sul precedente di Cassazione: Questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione*, in *Contr. Impr.*; 2001, pag. 45.

5.1 Immunità: impunità?

Prima di passare ad una rapida rassegna giurisprudenziale su questo tema, è opportuno ricordare le conclusioni dello stesso Benedetti⁶⁹: “[...] Se è vero che il magistrato deve poter disporre di una certa libertà, è altrettanto vero che tale libertà non può essere illimitata: quando il giudice, ad esempio, interpreta una disposizione in radicale contrasto con i principi fondamentali dell’ordinamento, ovvero in modo da ammantarla di un significato assurdo, non ci troviamo più nel campo della libera e cosciente interpretazione, ma è assai più probabile che si sia verificata un’inescusabile negligenza della cognizione del diritto o nella valutazione del fatto.”⁷⁰ A nostro parere, una corretta interpretazione alla clausola di salvaguardia potrebbe quindi estendere la portata della responsabilità civile dei magistrati senza incidere sul discusso problema della riconducibilità della colpa alla negligenza piuttosto che all’imperizia: quando il giudice interpreta la legge o valuta il fatto con coscienza e serenità, egli deve godere dell’immunità che le sue alte funzioni esigono; quando, viceversa, dietro l’interpretazione o la valutazione si

⁶⁹ A.M. Benedetti, in *Danno e Responsabilità*, n.11, 1998, pag. 1026 e ss.

⁷⁰ In breve, può essere tutelata come interpretazione o valutazione “libera” un’operazione intellettuale che è in realtà da imputarsi a un grave errore ovvero ad una scarsa ponderazione da parte del giudice? In dottrina, del resto, già nell’immediatezza dell’entrata in vigore della legge 117/88, è emersa una certa sensibilità a tale questione. Condividiamo l’opinione di Bricuglio-Siracusano, *Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati* (legge 13 aprile 1988, 117), sub. art.2 in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, pag. 1250: “Quando la censura dell’error iuris, in sede di impugnazione, corrisponde alla conferma di un consolidato orientamento giurisprudenziale, la dimostrazione di un’attività interpretativa implicita, onde escludere la responsabilità in ordine a quell’errore, richiederà particolare sforzo. Se però il giudice ha ignorato una giurisprudenza predominante e tuttavia decisamente creativa, e si è viceversa conformato al chiaro tenore letterale della disposizione, risulterà ben più agevole ritenere sussistente un’attività interpretativa implicita. Per converso, quando la censura in sede di impugnazione corrisponde ad un mutamento giurisprudenziale, l’error iuris resterà certamente tale di fronte al giudice della responsabilità. Quest’ultimo potrà però facilmente rilevare che il provvedimento censurato, pur non sostenuto da espresse argomentazioni ermeneutiche, è comunque il frutto di un implicito adeguamento all’orientamento interpretativo fino ad allora prevalente.” A ciò si aggiunga che il nostro ordinamento, del resto, detta regole che dovrebbero presiedere ad una corretta interpretazione della legge da parte del giudice (art. 12 preleggi.)

nasconde un errore imperdonabile, non vi è più alcuna ragione di garantire la predetta immunità.⁷¹»

Gettiamo ora uno sguardo sulla giurisprudenza pronunciata in materia.

Cominciamo da due sentenze della Corte di Cassazione, I sezione civile, n. 654/96 e n. 8952/95, in cui i ricorrenti lamentavano l'omissione di attività istruttoria da parte del magistrato. Entrambe le pronunce coinvolgono la clausola di salvaguardia, perché si riferiscono all'attività di interpretazione della legge e di valutazione del fatto e delle prove.

Nel primo caso, la Suprema Corte ha respinto il ricorso non ravvisando un nesso di causalità tra il comportamento omissivo del p. m. coinvolto e il danno subito: causalità interrotta proprio dalla discrezionalità nella valutazione delle prove; nel secondo caso, il ricorso è stato respinto argomentando direttamente sulla base dell'art. 2, secondo comma.

Radicale è poi la posizione della Suprema Corte, sezione III, con la sentenza n. 2560/2012⁷², in cui si afferma: “Non è inutile ricordare che, secondo la giurisprudenza di legittimità, siffatta clausola (di salvaguardia), giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e – come precisato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 18/1989 – attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice, non tollera letture riduttive (Cass. Civ., 27 novembre 2006, n.25123). [...] Tutte le censure appaiono, in definitiva, inficiate da un errore prospettico di fondo, nella misura in cui i ricorrenti tendono a traslare nel giudizio di responsabilità rilievi che andavano più correttamente spesi nel giudizio a valle.”

⁷¹ Il rischio di un'interpretazione rigida della clausola di salvaguardia sta nel mandare sempre esente il giudice da responsabilità per i propri errori, anche gravi. Si legga, a tal proposito, la seguente affermazione rinvenibile in Cass. 9 settembre 1995, n. 9911: “[...] il giudice è chiamato a rispondere dei soli errori di diritto non determinati da erronea interpretazione della legge e degli errori di fatto non derivanti da valutazione del fatto stesso e delle prove.” Ci chiediamo quali siano gli errori di diritto che non derivino da erronea interpretazione o quelli di fatto che non derivino da erronea valutazione del fatto stesso.

⁷² Cfr. Francesca Bonaccorsi, in *Danno e Responsabilità*, 2012, 10, pagg. 986-990.

Infine, di seguito si riporta un passo tratto dalla sentenza n. 2107/2012 della III sezione civile, in modo da avere nero su bianco la risposta data alla maggior parte delle domande di risarcimento proposte per far valere la responsabilità del giudice una volta giunte, dopo un primo rifiuto e l'appello, al vaglio della Corte di Cassazione: “ [...] Correttamente il decreto oggetto di questo ricorso ha ritenuto che la sentenza della Corte di Cassazione n. 5339/2007 aveva compiuto un'attività interpretativa e valutativa e non una svista percettiva, poiché aveva operato una scelta tra i possibili contenuti dell'atto di impugnazione. Trattandosi di attività valutativa e interpretativa, correttamente è stata ritenuta l'inammissibilità della domanda risarcitoria della L. n.117/1988, ex. art. 2”.

Ecco in concreto l'applicazione della clausola di salvaguardia, a cui, come è evidente, corrisponde la mancata applicazione sostanzialmente dell'intera legge, resa così poco più che lettera morta nel nostro ordinamento.

6. Azione contro lo Stato:

Art. 2, 1° comma: “Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato [...] può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni [...]”

All'indomani dell'entrata in vigore della legge 117/88 grande disapprovazione provocò il fatto che, nonostante la rubrica della suddetta legge si riferisse chiaramente alla responsabilità civile dei magistrati, quella delineata era ed è, in realtà, la responsabilità dello Stato, per l'operato del giudice.

Si parlò di tradimento dell'espressione popolare, a cui si era data voce attraverso il risultato del referendum.

Scendiamo, ora, maggiormente nel dettaglio dell'azione risarcitoria prevista contro lo Stato.

➤ 6.1 Natura diretta o indiretta di tale responsabilità:

Responsabile, come si è visto, in ultima analisi è proprio lo Stato.

Ma perché una tale decisione, nonostante la stessa rubrica della legge elegga quale protagonista la figura del giudice?

Nicola Picardi⁷³ fornisce, a tal proposito, una pertinente risposta: “Il legislatore ha cercato, da un lato, di evitare che l'azione di responsabilità possa atteggiarsi come reazione del soccombente nei confronti di chi gli ha dato torto; dall'altro, di tutelare il danneggiato. Il giudice con i suoi provvedimenti potrebbe, infatti, provocare danni di notevole entità; [...] ispirandosi all'ideologia solidaristica della responsabilità, la L. 13 aprile 1988, n.117 ha, pertanto, traslato il danno su un soggetto forte: lo Stato giudice. [...] Si tratta di una responsabilità diretta dello Stato giudice da inquadrare nella categoria generale della responsabilità dello Stato per l'operato dei suoi dipendenti⁷⁴.”

Sulla natura diretta della responsabilità statale, si pronuncia affermativamente anche il Dott. Sacco.⁷⁵

Interessante, però, è altresì la posizione, sostenuta da autorevole dottrina⁷⁶, che vede nella Legge Vassalli un arretramento rispetto alla previgente normativa. Infatti si è esclusa, tranne ovviamente che in caso di reato, la responsabilità diretta del magistrato nei confronti del cittadino, da tradursi, appunto come un passo indietro dal punto di vista sostanziale rispetto alla disciplina prevista

⁷³ N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, 2007, pag. 299

⁷⁴ Cfr. L. Scotti, *La responsabilità civile dei magistrati*, pag. 83; Briguglio – Siracusano, *Responsabilità per dolo e colpa grave*, pag. 25, nota 3.

⁷⁵ F. Sacco, *La “responsabilità” del giudice*, www.filodiritto.com, febbraio 2012

⁷⁶ A. Proto Pisani, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, pagg. 410-411.

dall'abrogato art. 55 c.p.c. che infatti prevedeva, anche se con riferimento alle sole ipotesi di dolo e di diniego di giustizia, la responsabilità diretta del magistrato; responsabilità che, peraltro, pur affermata a livello sostanziale, vedeva vanificati i suoi tentativi di applicazione sul piano processuale, a causa della necessaria autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia (ex art. 56 c.p.c.). Ma la riflessione prosegue: "Si dovrebbe a questo punto esaminare il problema, di grosso impegno dommatico, relativo al se la responsabilità dello Stato, per "comportamenti, atti o provvedimenti" dei magistrati nell'esercizio delle proprie funzioni, sia responsabilità diretta o indiretta (alla stregua dello schema prevalentemente accolto per l'art. 2049 c.c. sulla responsabilità dei padroni e dei committenti). Il problema si è posto con notevole intensità in dottrina e giurisprudenza per la ricostruzione della responsabilità dello Stato per operato dei propri funzionari o dipendenti, rispetto alla quale è di gran lunga prevalente la soluzione secondo cui si sarebbe alla presenza di una responsabilità diretta dello Stato poiché lo Stato non opera se non attraverso i suoi organi, di tal che, allorquando i titolari degli organi agiscono in quanto tali, chi agisce non sono essi come persone distinte dall'amministrazione, ma è la stessa amministrazione. [...] (Ma) la specialità della disciplina contenuta nella L.117/88 sottrae la vicenda del risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie alla problematica generale propria della responsabilità dello Stato per fatto illecito dei suoi funzionari. [...] In questa situazione di vera e propria specialità della disciplina, mi sembra francamente ozioso starsi a domandare se la responsabilità dello Stato sia diretta o indiretta, poiché la soluzione di questo problema dommatico a nulla gioverebbe sul piano pratico."

Dunque, per Proto Pisani, la connotazione diretta o indiretta di tale responsabilità non ha valenza sul piano pratico: il fulcro della disciplina resta il ruolo di responsabile unico ricoperto dallo Stato.

Un'accortezza che non è la sola prevista; infatti nel parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura il 28 giugno del 2011, sempre inerente la

responsabilità del giudice, lo stesso Consiglio fa riferimento ad una situazione del tutto simile: “L’opzione legislativa recepita dalla L. 117/1988 non è, peraltro, un *unicum* nel nostro ordinamento, atteso che in base all’art. 61, comma 2, della legge n. 312 del 1980 gli insegnanti statali, per le ipotesi di *culpa in vigilando*, non sono responsabili personalmente verso i terzi, nei cui confronti risponde invece l’amministrazione, sulla quale gravano in via diretta le “responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi”. Lo Stato – secondo un meccanismo del tutto analogo a quello previsto per la magistratura - può rivalersi sugli insegnanti ove il difetto di vigilanza sia ascrivibile a dolo o colpa grave e, in tali ipotesi, potrà anche agire contro essi per i danni arrecategli direttamente dal comportamento degli alunni. Tale disposizione è stata giudicata dalla Corte costituzionale pienamente conforme al dettato di cui all’art. 28 Cost., in quanto essa è il prodotto dell’esercizio di discrezionalità legislativa, aderente alla *ratio* di detto precetto costituzionale (cfr. C. Cost. 24 febbraio 1992, n. 64).

➤ 6.2 Speciale azione di rivalsa rispetto all’art. 2055 c.c.:

Per quanto concerne il giudizio di rivalsa, è necessaria una precisazione: poiché dall’illecito commesso dal magistrato non deriva una sua responsabilità diretta extracontrattuale nei confronti del terzo a cui aggiungere quella contrattuale nei confronti dello Stato che abbia risarcito il danno, ma piuttosto ne nasce una responsabilità extracontrattuale che vede lo Stato come unico soggetto responsabile verso il danneggiato, se ne deduce che la fattispecie costitutiva sia la medesima sia nel giudizio di danni contro lo Stato che in quello di rivalsa⁷⁷.

⁷⁷ Cfr. Martino, , in *La responsabilità civile dello Stato giudice*, a cura di Vaccarella- Picardi, CEDAM 1990, pag. 136. Inoltre, in tal senso sembra orientata la relazione al d.d.l. governativo n. 1995/1987, secondo cui “i motivi per cui, nel disegno, si è optato per la giurisdizione ordinaria sono sostanzialmente tre. Il primo riguarda la posizione dei magistrati nell’assetto costituzionale e

Il diritto di rivalsa spetta allo Stato che abbia risarcito la parte lesa, a patto che lo eserciti entro un anno dal risarcimento avvenuto sulla base di un titolo giudiziale o stragiudiziale, stipulato dopo la dichiarazione di ammissibilità delineata all'art. 5 della esaminata legge⁷⁸.

Da sottolineare, che in nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa e nel giudizio disciplinare. Inoltre normativa a parte è dettata per i giudici conciliatori e per i giudici popolari, che rispondono solamente in caso di dolo, mentre i cittadini estranei alla magistratura, che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali, rispondono in caso di dolo e colpa grave prevista dall'art. 2, terzo comma, lettere b) e c).

Quanto alla competenza circa la legittimazione attiva alla proposizione della domanda di rivalsa, l'art. 8 chiarisce come questa spetti inequivocabilmente al Presidente del Consiglio dei Ministri.

Aspetto interessante è costituito dalla misura della rivalsa, che non può superare una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è stata proposta, peraltro anche se dal fatto è derivato danno a più persone e queste abbiano agito con diverse azioni di responsabilità. Ma tale limite non si applica al fatto commesso con dolo. Infine l'esecuzione della rivalsa, quando viene effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non può comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto.

ordinamentale, nel senso che essa non è assimilabile al funzionario statale; il secondo attiene alla natura civilistica della natura dell'azione di rivalsa, derivante dal profilo aquiliano dell'azione principale di responsabilità dello Stato, come tale non inquadrabile nei termini di un'azione di responsabilità amministrativo-contabile, ed è ben noto che i due tipi di azione sono sostanzialmente diversi per titolo e per finalità; quanto al terzo motivo, secondo l'art. 52 del testo unico sulla Corte dei Conti, il procuratore generale della Corte può discrezionalmente limitare l'importo del recupero pecuniario, e ciò potrebbe comportare quella medesima lettura politica che è stata data alla facoltà di rivalsa esistente nel precedente disegno di governo".

⁷⁸ La legge non stabilisce espressamente se si tratta di un termine posto a pena di decadenza o prescrizione. A tal proposito Martino, cit., pag. 139: "A nostro avviso sembra maggiormente conforme al sistema configurare il termine de quo come termine di decadenza, con la conseguenza che trova qui applicazione la disciplina stabilita per la decadenza (art. 2964 e ss. c.c.)".

Queste ultime disposizioni, espressamente previste dal comma terzo dell'art. 8, si applicano anche agli estranei che partecipano all'esercizio delle funzioni giudiziarie, sebbene per loro la misura della rivalsa viene calcolata in rapporto allo stipendio iniziale annuo, al netto delle trattenute fiscali, che compete al magistrato di tribunale; invece se tale soggetto percepisce uno stipendio annuo netto o reddito di lavoro autonomo netto inferiore allo stipendio iniziale del magistrato di tribunale, la rivalsa è calcolata parametrandola con riferimento a tale stipendio o reddito al tempo in cui l'azione di risarcimento è stata proposta.

Quindi attraverso il diritto alla rivalsa dello Stato, riaffiora la responsabilità del magistrato.

Una precisazione importante: soltanto dopo aver risarcito il danno, lo Stato esercita l'azione di rivalsa contro il magistrato, che non è affatto rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione che ha pagato, ma è un atto dovuto: il tutto per tutelare il giudice che altrimenti, almeno in astratto, sarebbe stato suscettibile di rivalsa magari solo nel caso in cui poco gradito al potere esecutivo⁷⁹.

Ma la tipologia di rivalsa delineata dalla lettera della legge 117/88 è ben diversa da quella prevista dal regresso di diritto comune, disciplinato dall'art. 2055 c.c.

“Ove si eccettui la sola ipotesi di responsabilità dello Stato per i fatti, gli atti o i provvedimenti attribuibili a mera colpa del conciliatore o dei giudici popolari, i rapporti tra situazione giuridica oggetto del giudizio di danni contro lo Stato e oggetto del giudizio di rivalsa vanno ricostruiti secondo un modulo del tutto affine, se non addirittura identico, a quello applicabile ai rapporti tra obbligo del fideiussore e diritto di regresso di questi contro il debitore principale⁸⁰.”

⁷⁹ R. Martino, *Azione di rivalsa, competenza*, in *La responsabilità dello Stato giudice*, p.133 e ss.

⁸⁰ A. Proto Pisani, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, 1988, pag.425. Cfr. anche Proto Pisani, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro It.*, 1985, I, 2385 e ss.

Ora, focalizziamo l'attenzione sulla terminologia utilizzata dal legislatore, per delineare la normativa che regola i rapporti tra Stato e giudice condannato in sede di responsabilità civile.

Il fatto che la Legge 117/88 parli di “rivalsa” dello Stato e non di suo “regresso” è duplicemente importante. *In primis*, perché sottolinea ancora una volta come il responsabile sia lo Stato, in quanto solo lui è tenuto al pagamento del risarcimento. In secondo luogo perché la normativa sulla rivalsa è strutturata *ad hoc*, distaccandosi notevolmente dall' istituto del regresso di diritto comune, sebbene i due conservino tratti affini, soprattutto ad un primo rapido sguardo.

Per meglio comprendere, richiamiamo la lettera dell'art. 2055 c.c., rubricata “Responsabilità solidale”:

- 1. Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.**
- 2. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate.**
- 3. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali.**

Analizziamo per primi i profili affini a quanto disposto, invece, dall'art. 7 dell'esaminata legge.

In entrambi i casi ci troviamo nell'alveo della responsabilità aquiliana, che, una volta concretatasi, apre le porte al risarcimento. Anche nell'art. 2055 si prevede la possibilità per il soggetto, che effettivamente ha adempiuto all'obbligazione risarcitoria, di rifarsi sul patrimonio di un altro soggetto.

Ma, mentre nel caso dell'azione di regresso tale diritto poggia su una responsabilità solidale, in base alla quale vi è stato un concorso di più soggetti che ha portato alla causazione del danno e che continua a riflettere tale sua natura nella conseguenza dell'obbligo a risarcirlo, nel caso della rivalsa il fatto

è commesso dallo Stato a mezzo del giudice, suo funzionario, ed è sempre lo Stato che è chiamato ad ottemperare al risarcimento in quanto soggetto forte, in un certo senso “garante” dell’operato del proprio dipendente.

Manca, dunque, il requisito solidaristico. Neanche si può dire che, seppur per diverse strade, si giunga poi alla stessa soluzione.

Infatti, non solo, come anticipato, lo Stato è tenuto alla rivalsa, senza poter usare discrezionalità in tale scelta, mentre nulla è imposto all’unico che adempia l’obbligazione solidale; ma, ancora, mentre il regresso permette sostanzialmente un equilibrio nel pagamento, attribuendo a ciascuno nell’obbligazione il peso dovuto al proprio comportamento, nella rivalsa ciò non accade affatto, essendo presente un limite oltre il quale lo Stato, anche volendo, non potrà rifarsi sul giudice, addirittura anche nel caso di un illecito plurioffensivo che abbia generato una serie di azioni di responsabilità contro la medesima condotta (art. 8, terzo comma, L.117/88).

Ecco svelata, dunque, la particolarità della disciplina prevista agli artt. 7 e 8 della Legge Vassalli.

Ancora una puntualizzazione. Non a caso Andrea Proto Pisani ha richiamato il rapporto fideiussorio, come non ha caso ho utilizzato poco prima il termine “garante”; effettivamente l’intera struttura di questa responsabilità fa trasparire l’idea di uno Stato in qualche modo garantista del giudice e dei suoi comportamenti nell’esercizio delle funzioni di cui è investito.

È lo Stato che si addossa, per così dire, il rischio che il funzionario da Esso stesso scelto mediante pubblico concorso, commetta un errore, metta il piede in fallo ed è sempre lo Stato che si rende pronto a pagarne letteralmente i danni. Insomma una responsabilità civile, che pare seguire una logica di allocazione del rischio connesso al funzionamento (o, meglio, al mal funzionamento) della macchina giustizia.

Viene, facilmente alla mente una frase del professor Galgano. “Questi fa proprio il risultato del lavoro altrui; deve, correlativamente, assumerne i rischi, compreso il rischio che, nello svolgimento della sua prestazione, il preposto

cagioni danni a terzi.”⁸¹ Un commento assolutamente appropriato, capace, in sintesi, di fornire il quadro della situazione. Peccato, che il Professore lo esprima a proposito dell'imprenditore e della sua responsabilità per il lavoro dei sottoposti...

➤ 6.3 Una responsabilità illimitata nel quantum, ma limitata circa i parametri soggettivi e oggettivi:

Lo Stato, unico responsabile, è protagonista di una responsabilità, per così dire, a forma di cono.

Se è decisamente arduo riuscire ad ottenere la combinazione vincente di elementi soggettivi e soprattutto oggettivi, necessari per far scattare la serratura del risarcimento, una volta ottenuto ciò, lo Stato potrà essere condannato a qualunque risarcimento, non esistendo, per lui, tetti massimi di importi a cui far fronte.

Certo, magra consolazione, per chi magari grazie ad un'applicazione esagerata della clausola di salvaguardia è giunto al “sesto” grado di giudizio, per chiedere un risarcimento danni che mai otterrà.

Vero è, che evitare una responsabilità diretta del magistrato, come si è fatto nel passaggio dalla disciplina dettata dal Codice di Procedura Civile a quella presente nella Legge del 1988, permette di mantenere certamente più alta la soglia dell'autonomia e dell'incondizionabilità, più che dell'imparzialità della classe giudicante. La chiave di volta su cui poggia l'intera giustizia sta, evidentemente, nella fiducia e nell'affidamento con cui i soggetti coinvolti nei vari procedimenti si avvicinano alle aule di giustizia e a chi lì emette pronunce.

A tal proposito, calzante è il commento, del Presidente emerito della Corte Costituzionale, Giovanni Maria Flick: “Infatti, l'affidamento presuppone la

⁸¹ F. Galgano, *I fatti illeciti*, CEDAM, 2008, pag. 95.

fisiologica “accettazione” dei giudizi, senza alcuna forma di abuso (del diritto o del processo). Per contro, qualsiasi tipo di danno ingiusto che il cittadino subisca a seguito dell’esercizio della funzione giurisdizionale (dunque di una funzione cui ha diritto *uti civis* o il dovere di assoggettarsi) deve poter essere assoggettabile, di per sé, non soltanto e necessariamente ad un titolo risarcitorio fondato sulla colpa, ma – a certe condizioni ed in certi casi – anche a un indennizzo per una attività causativa di un pregiudizio, ancorché in sé lecita. È ovvio che in tale quadro di riferimento non può venire in discorso la responsabilità diretta del magistrato. Ove così fosse, verrebbero ad essere compromessi, ad un tempo, sia il principio di affidamento di cui prima dicevo; sia, soprattutto, il principio della indipendenza e terzietà del giudice⁸²”.

Insomma, si stabilisce la responsabilità dello Stato (a cui corrisponde la mancanza di diretta responsabilità dell’organo giudicante) ai fini di una maggiore garanzia, per evitare che “un rischio eccessivamente elevato di incorrere in responsabilità civile [...] avesse un effetto distorsivo sull’operato dei magistrati, i quali potrebbero essere indotti, al fine di sottrarsi alla minaccia della responsabilità, ad adottare, tra più decisioni possibili, quella che consenta di ridurre o eliminare il rischio di incorrere in responsabilità, piuttosto che quella maggiormente conforme a giustizia. A differenza di altre attività professionali, quale ad esempio quella del medico o dell’ingegnere, l’attività del magistrato è caratterizzata dal fatto che egli causa comunque un danno ogniqualvolta prende una decisione. Il danno può essere causato alla parte soccombente la quale non veda riconosciuti i propri interessi, a torto o a ragione; in altri casi, può essere causato ad uno o più terzi individuati, i quali siano colpiti in qualche modo dagli effetti della sentenza; in altri casi ancora, il danno può essere causato alla collettività (ad esempio, nelle materie riguardanti gli interessi diffusi). Il giudice, allora, potrebbe essere indotto dal timore della responsabilità, a prendere la decisione che causa un danno alla

⁸² G. M. Flick, *La responsabilità civile dei magistrati, le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*, L.E.G.O., 2013, pag. 17

parte che è nella condizione meno favorevole ad agire in giudizio per il risarcimento dei danni ovvero ad assumere una decisione che sia formalmente coerente con i precedenti orientamenti giurisprudenziali – dunque idonea a porlo al riparo da eventuali azioni risarcitorie – ma che sostanzialmente non risponda alla domanda di giustizia della concreta vicenda esaminata⁸³”.

7. Azione diretta contro il giudice per i fatti costituenti reato:

Art. 13: “Chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell’esercizio delle sue funzioni, ha diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato. In tal caso l’azione civile per il risarcimento [...] è regolata dalle norme ordinarie. All’azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie [...]”.

“Se il fatto costituisce reato, il giudice ne risponderà, come ogni altro cittadino, in sede penale. Il danneggiato – prescindendo dal previo “filtro di ammissibilità – può costituirsi parte civile, facendo valere, ex art. 13 la sua pretesa di risarcimento nei confronti non solo del giudice, ma anche dello Stato, quale responsabile civile.⁸⁴ Il danneggiato può, però, anche agire direttamente in autonomo giudizio civile – sia cumulativamente che separatamente – nei confronti del magistrato e dello Stato.

È pacifico che l’azione di risarcimento ex art. 13 è subordinata al previo esperimento dei mezzi di impugnazione ordinari, non a quelli straordinari. Ne consegue che è ammesso il concorso fra la predetta azione risarcitoria ed i

⁸³ Così si è pronunciato il C.S.M. nella “Delibera in merito alle recenti proposte di modifica dell’attuale normativa che regola la responsabilità civile dei magistrati”, il 28 giugno 2011.

⁸⁴ B.Capponi, *Responsabilità civile per fatti costituenti reato*, in *La responsabilità civile dello Stato giudice*, pag. 177 ss.

rimedi straordinari (revocazione straordinaria ex art.395 c.p.c. e revisione ex art. 630 c.p.p.)⁸⁵”.

Dunque la disciplina così delineata dall’art.13 della Legge Vassalli profila un doppio binario di responsabilità civile: accanto a quella che rintraccia la propria fonte in un illecito civile, si affianca questa seconda, che nasce però dal compimento, da parte del giudice nell’esercizio delle proprie funzioni, di un illecito penale, un reato appunto.

Quindi, ancora una volta, si dà risalto all’atteggiamento doloso del giudice, ma stavolta intendendolo come elemento psicologico costitutivo di una fattispecie criminosa.

Peraltro, sostengono Cirillo e Sorrentino, le disposizioni enunciate all’art. 13, riproducono sostanzialmente il contenuto, ormai abrogato, dell’art. 56 comma terzo del Codice di Procedura Civile; tuttavia, rispetto a tale precedente norma, l’attuale precisa che la responsabilità solidale dello Stato sussiste anche nell’interruzione del nesso di dipendenza o di preposizione.

A tal proposito, un’ulteriore precisazione è necessaria: “Prima dell’entrata in vigore della legge, si sosteneva che il comportamento del pubblico funzionario dettato da fini personali ed egoistici, non potesse dar luogo a responsabilità solidale dello Stato in quanto le motivazioni della condotta erano idonee ad interrompere il rapporto di immedesimazione organica tra funzionario e Stato. In seguito all’introduzione della disciplina del 1988, non è più necessario accertare le motivazioni che hanno spinto il magistrato a commettere il reato, essendo sufficiente valutare, perché concorra la responsabilità dello Stato, che il fatto costituente reato sia stato commesso dal magistrato nell’esercizio delle sue funzioni (Cass. 15192/2000)⁸⁶”.

Abbiamo, quindi, di fronte un caso in cui la responsabilità civile del giudice può essere fatta valere direttamente contro di lui, peraltro in perfetto ossequio del disposto costituzionale sancito dall’art. 27, secondo cui la responsabilità

⁸⁵ Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, Rivista di diritto processuale, 2007, pag.302

⁸⁶ E. Serrao, *Persona e Danno*

penale è personale. Specularmente a questa disposizione, vi è, invece, una responsabilità solidale dello Stato, diversamente da quanto previsto dagli art. 2 e ss. della legge 117/88, dove, come visto, il legislatore parla di “rivalsa” e non di “regresso”, termine che utilizza espressamente invece all’interno dell’art. 13.

Un altro aspetto che differenzia la generale responsabilità civile del giudice da quella specifica nascente da reato è costituito dalla possibilità, in questo secondo caso, di far soggiacere al giudizio di responsabilità anche l’attività interpretativa di norme di diritto e quella valutativa del fatto e delle prove, grandi escluse dal novero degli atti suscettibili di responsabilità in caso di colpa.

Vediamo, ora, in concreto come la Suprema Corte di Cassazione si è pronunciata in alcuni casi giurisprudenziali, che hanno avuto come oggetto la responsabilità del giudice nascente proprio da reato.

Il primo esempio è recente: la Corte si pronuncia sul punto, infatti, con la sentenza n. 41/2014, statuendo il principio di diritto secondo cui “in tema di responsabilità civile del magistrato, l’art.13 della legge 117 del 1988, nel prevedere l’azione diretta nei confronti del magistrato e dello Stato, quale responsabile civile, in caso di reati commessi dal magistrato medesimo nell’esercizio delle proprie funzioni, si pone su di un piano diverso da quello delle ipotesi di responsabilità contemplate dagli artt. 2 e seguenti della legge stessa e si riferisce a fattispecie che presentino – rispetto all’ipotesi di dolo di cui all’art. 2 – un ulteriore connotato, rappresentato dalla costituzione di parte civile nel processo penale eventualmente instaurato a carico del magistrato, ovvero da una sentenza penale del medesimo, passata in giudicato. Ne consegue che qualora il soggetto leso prospetti, pur in difetto di tali presupposti, di aver subito un danno ingiusto per il compimento di reati da parte dei magistrati nell’assolvimento delle funzioni istituzionali, la relativa domanda (anche per fatti anteriori al 16 aprile 1988 e proposti successivamente al 7 aprile 1988, in virtù della sentenza della Corte

Costituzionale n. 468 del 1990, incidente sull'art. 19 della legge n.117 del 1988) non si sottrae al giudizio di ammissibilità previsto dall'art. 5 della richiamata legge, in quanto ove il (preteso) danneggiato potesse liberamente agire in giudizio civile (in via alternativa o cumulativa nei confronti del magistrato e dello Stato), semplicemente prospettando ipotesi di reato a carico del magistrato, risulterebbero completamente vanificati i limiti ed il "filtro" imposti dalla legge all'ammissibilità dell'indicata azione".

La Corte, peraltro, evidenzia anche come, a seguito del venir meno della c.d. pregiudizialità penale dell'azione civile di danno, pur essendo possibile per il preteso danneggiato dal reato del magistrato esperire direttamente l'azione risarcitoria in sede civile, sia però necessario che la suddetta azione civile diretta venga proposta secondo la procedura prevista dall'art. 4 della legge 117/88, e, quindi, essendo la stessa preceduta da filtro di ammissibilità.

Il tutto, afferma la Corte, per scongiurare il rischio che soggetti in malafede possano liberamente promuovere azioni di responsabilità civile contro i giudici, accusandoli di aver commesso reati, beneficiando poi di tali pendenze quali presupposti per l'astensione o la riconsiliazione del magistrato stesso, ex art. 51 n. 3 c.p.c., ottenendo quale effetto quello di sottrarre la controversia al giudice naturale.

A bene vedere, tale pronuncia della Suprema Corte giunge in realtà quale enunciazione di un principio, ancorato già a solide basi giurisprudenziali fatte di precedenti: infatti, con le sentenze n. 6696 e n. 6697/2003, n. 11880/2001 e n. 15710/2000, la Corte aveva già affermato la necessità dell'ulteriore requisito, ai fini della proposizione dell'azione diretta, della costituzione di parte civile nel processo ovvero di una eventuale sentenza di condanna del magistrato passata in giudicato.

Infine, affrontiamo, come per la responsabilità da illecito civile, quei comportamenti concreti del giudice, che possano portare ad una sua condanna per responsabilità civile, dovuta stavolta ad illecito penale.

La prima sentenza riportata, la n. 41/2014, si occupa di un caso di diffamazione, reato commesso dal magistrato nei confronti di due avvocatessse, che avevano proposto un'istanza ritenuta dal giudice, però, lesiva della dignità, onorabilità e correttezza del presidente del collegio.

Un'altra situazione possibile è quella prospettata dalla sentenza n. 36323/2009, che ha riguardato la corruzione in atti giudiziari commessa da un giudice delegato, che con il proprio comportamento aveva violato la funzione di garanzia di cui era posto a presidio, espressione di legalità e del rispetto dei diritti fondamentali, che non possono più essere garantiti, appunto da un magistrato che abbia mercificato in qualsiasi modo la sua funzione.

8. Il Risarcimento

A questo punto, è necessario focalizzare l'attenzione sul momento successivo alla condanna: il risarcimento, appunto.

Una prima considerazione si potrebbe fare a proposito della terminologia usata dal legislatore in tale frangente.

Si parla, infatti, di “risarcimento” e non di “indennizzo”, sostantivo che è ancora una volta conferma del carattere illecito della condotta posta in essere dal magistrato. Sebbene, talvolta, in dottrina si incontrino opinioni divergenti, la maggior parte riconosce nel risarcimento il connotato di una conseguenza nascente da un fatto illecito e dannoso, mentre riscontra nell'indennizzo una misura sociale necessaria per riparare il nocumento occorso a seguito di un comportamento lecito ma dannoso, posto in essere da un certo soggetto.

Questo è quanto accade, per fare un esempio, nel caso dello stato di necessità (art. 2045 c.c.) dove si riscontra proprio l'imperatività espressa dal legislatore in tal senso, concretizzata nella formula “è dovuta un'indennità”, al di là di ogni qualsiasi discrezionalità del giudice; indennità presente, ancora, nel danno cagionato dall'incapace (art. 2047 c.c.) ma, si badi bene, stavolta solo eventualmente, qualora appunto il giudice lo ritenga opportuno.

Non ci si lasci trarre in inganno dall'ovvietà della sopra enunciata considerazione, in quanto è sufficiente dare un'occhiata all'applicazione della Legge 89/2001⁸⁷, inerente la non ragionevole durata del processo, per rendersi conto della diversa visione che è prospettata.

Si parla, infatti, della liquidazione di un indennizzo del danno non patrimoniale sofferto a causa di un procedimento durato sedici anni, anziché i cinque che ragionevolmente la parte si attendeva, “essendo il periodo eccedente tutto addebitabile all'attività del giudice delegato e del curatore⁸⁸”. Quindi, sebbene anche qui vi sia un comportamento dannoso ed illecito posto

⁸⁷ Articolo che attua la disposizione presente all'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo;

⁸⁸ Cass., sez. III, n. 12825/2013

in essere dal giudice, in particolar modo dal giudice delegato, che con la propria inattività ha compromesso la parte, si parla semplicemente di indennizzo e non di risarcimento.

➤ 8.1 *Canoni di valutazione del risarcimento*

Per quanto concerne la quantificazione ed il risarcimento dei danni cagionati dal giudice, si applicheranno i criteri generali vigenti in tema di responsabilità aquiliana.

“Dovrebbe dunque risultare pacifica l’applicabilità, fra l’altro, degli articoli 1223 c.c. (individuazione del pregiudizio patrimoniale attraverso le componenti del danno emergente e del lucro cessante, nesso di “causalità adeguata” fra la condotta illecita ed il danno) e 1226 c.c. (valutazione equitativa del danno di ammontare non precisamente determinabile) richiamati dal comma primo dell’art. 2056 c.c. Si applicherà altresì il comma secondo di tale ultimo articolo (determinazione equitativa del lucro cessante). Ancora, varrà l’estensione del risarcimento ai danni non prevedibili al momento del fatto (arg. ex art. 2056 c.c., in relazione all’art. 1225 c.c.). [...] Quanto al combinato disposto degli artt. 2056, comma primo e 1227 c.c., se non l’astratta applicabilità, quanto meno l’operatività concreta di esso sarà, per quel che attiene al concorso colposo del danneggiato (art. 1227, comma primo) tendenzialmente limitata a rarissimi casi. Ciò in virtù della natura e del contenuto dei doveri del giudice e di una “separazione dei ruoli” all’interno della dialettica processuale che deve, a certi effetti, mantenersi rigorosa⁸⁹. L’errore colposo del difensore non facilita sicuramente l’opera del magistrato. Tuttavia, sulla formalistica riferibilità, per via di rappresentanza, di tale errore alla parte, deve prevalere – in linea di principio – il diritto di quest’ultima alla piena tutela giurisdizionale e perciò all’esercizio della funzione giudiziaria

⁸⁹ A tal proposito rileva, peraltro, il c.d. “dovere di collaborazione delle parti”.

esente da dolo e colpa grave del magistrato. Onde quell'errore andrebbe semmai, ricorrendone i presupposti, considerato *sub specie* di corresponsabilità del difensore insieme con lo Stato-giudice nei confronti della parte, piuttosto che di concorso colposo del danneggiato.

Analogamente sarà *de facto* non molto probabile, almeno nell'ambito della responsabilità per colpa, l'incidenza dell'ipotesi di esclusione del risarcimento quando il danneggiato avrebbe potuto evitare il danno "usando l'ordinaria diligenza" (art. 1227, comma secondo c.c.). A meno che non si acceda all'idea – a nostro avviso insostenibile – secondo la quale l'azione di responsabilità può essere proposta anche dal soccombente che abbia lasciato inutilmente decorrere i termini per impugnare il provvedimento frutto di errore colposo del giudice.

Si è già anticipato, viceversa, come in caso di responsabilità per dolo, l'art. 1227, comma secondo, dovrebbe trovare applicazione ogni qualvolta l'azione risarcitoria riguardi – ciò che è ben possibile – una sentenza dolosamente emessa e tuttavia non ancora tolta di mezzo attraverso l'impugnazione straordinaria. Sarebbe allora gioco forza distinguere tra danni evitabili mediante la revocazione o revisione della sentenza e danni, invece, comunque inevitabili⁹⁰.

Per quel che attiene alla valutazione del risarcimento, è utile anche ricordare come, a seguito di un'indagine sul nesso di causalità, occorrerà stabilire se, dalla condotta illecita posta in essere dal magistrato siano anche derivati danni risarcibili nei confronti di soggetti diversi rispetto alla parti coinvolte nella causa. Autorevole dottrina ha sostenuto, infatti, la teoria secondo cui non si possa, a priori, escludere la possibilità per il terzo di proporre l'azione di cui alla Legge 177/88⁹¹.

Infine, è possibile soffermarsi su un paradosso tanto grottesco quanto probabile: potrebbe, infatti, accadere che parte processuale o terzo

⁹⁰ R. Vaccarella, *La responsabilità civile dello Stato giudice*, a cura di Vaccarella – Picardi, CEDAM, 1990, pagg. 85-86

⁹¹ Cfr. R. Vaccarella, op. cit. pag. 86

danneggiato sia proprio lo Stato, che in tal caso si troverà ad agire per il risarcimento contro se stesso, per poi potersi successivamente rivalere sul magistrato colpevole.

➤ 8.2 Danni patrimoniali e adattamento dei danni non patrimoniali alla luce della recente giurisprudenza

Art. 2, primo comma: “Chi ha subito un danno ingiusto [...] può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali ed anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale”.

Come risulta chiaramente dal testo della legge Vassalli, l’eventuale risarcimento previsto a carico della parte danneggiata riguarderà i danni patrimoniali da questa subiti, applicandosi per la valutazione degli stessi i canoni analizzati nel precedente paragrafo.

Andranno, dunque, a concorrere nella liquidazione tanto il danno emergente quanto il lucro cessante, quindi la perdita subita e il mancato guadagno, purché conseguenza immediata e diretta dell’evento dannoso attribuibile al giudice danneggiante. Naturalmente, secondo quanto disposto dall’art. 2056 capoverso c.c. il lucro cessante è valutato nel *quantum* dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso, sulla base della proiezione di situazioni già esistenti nella ragionevole apparenza che il danno si produca in futuro.

Più interessante risulta, però, l’analisi del danno non patrimoniale.

Tale tipo di danno (detto anche morale) è previsto nel Codice Civile dall’art. 2059 e consiste nelle sofferenze fisiche o psichiche del danneggiato,

corrispondendo in concreto al *pretium* o *pecunia doloris*, liquidato in via equitativa dal giudice⁹².

La lettera della legge analizzata correttamente riporta e prevede la possibilità di risarcire il danno non patrimoniale, solamente nell'ipotesi di ingiusta privazione della libertà personale.

Ma gli orientamenti, dal 1988 sono notevolmente cambiati e per un esame completo della normativa occorre ampliarne e attualizzarne la disciplina.

Infatti, l'art. 2059 c.c. limita la risarcibilità del danno non patrimoniale facendolo operare soltanto nei casi determinati dalla legge e fino al 2000, la norma è stata applicata alla lettera: il danno non patrimoniale veniva, quindi, risarcito solo in presenza di una specifica norma di legge che lo considerasse suscettibile di risarcimento.

Il caso di più larga applicazione, tra quelli legislativamente previsti, è il danno cagionato mediante un fatto che, oltre ad essere fatto illecito secondo la disposizione dell'art. 2043 c.c., costituisca reato per il Codice Penale, come è sancito dall'art. 85, secondo comma, c.p.

Un altro dei casi in cui la legge espressamente afferma la risarcibilità di tale tipo di danno, è quello previsto all'art. 89, secondo comma, c.p.c. secondo cui il giudice, qualora negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti a lui siano state utilizzate espressioni sconvenienti od offensive, non riguardanti l'oggetto della causa, con sentenza che decide la causa può assegnare alla persona offesa "una somma a titolo di risarcimento del danno anche non patrimoniale sofferto".

Ma un profondo sconvolgimento è stato provocato dalla giurisprudenza della Cassazione, sulla base di un'interpretazione evolutiva dell'art. 2059, adeguatrice di questa norma ai principi fondamentali della Costituzione e, in

⁹² Cass., 11 ottobre 1985, n. 4947, in *Mass. Foro It.*, 1985: "il danno non patrimoniale, consiste nell'ingiusto turbamento dello stato d'animo in conseguenza dell'offesa subita e, pertanto, il relativo risarcimento soddisfa all'esigenza di assicurare al danneggiato una utilità sostitutiva che lo compensi, per quanto è possibile, delle sofferenze morali e psichiche ricevute e che, proprio per tale suo carattere, è necessariamente rapportata anche alla dimensione temporale di dette sofferenze".

particolar modo, all'art. 2, che protegge i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

Si è, perciò, ampliato il concetto stesso di danno non patrimoniale, intendendolo come lesione di valori inerenti alla persona, costituzionalmente garantiti e protetti, non suscettibili di valutazione economica. Così, si è superata la riserva di legge contenuta nel citato art. 2059 c.c. affermando che “il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di ripartizione del danno non patrimoniale⁹³”.

Tutto ciò si traduce, per quanto attiene all'esaminata disciplina prevista dalla legge 117/88, nella possibilità, attualmente, per la parte di richiedere il risarcimento dei danni patrimoniali, accompagnati dalla liquidazione anche dei danni non patrimoniali sofferti, al di là che si trovi nel caso di una ingiusta privazione della libertà personale, ergo anche qualora sia incorsa nella condotta illecita del giudice dovuta a dolo, colpa grave o diniego di giustizia, alla luce delle recenti pronunce costituzionalmente orientate della Suprema Corte.

Anche perché, a ben guardare, il diritto individuale violato corrisponde inevitabilmente al diritto soggettivo fondamentale all'integrità ed effettività della tutela giurisdizionale⁹⁴.

⁹³ Cass., 24 maggio 2001, n. 7093, in *Mass. Foro It.*, 2001

⁹⁴ Cfr. *La responsabilità civile dello Stato giudice*, a cura di Vaccarella-Picardi, pag. 25

9. La responsabilità disciplinare

Art. 5, comma quinto: “[...] Se la domanda è dichiarata ammissibile, il tribunale ordina la trasmissione di copia, degli atti ai titolari dell’azione disciplinare”.

Art. 7, comma secondo: “[...] In nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa e nel giudizio disciplinare”.

Art. 9: “Il procuratore generale presso la Corte di Cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell’azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l’azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all’azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta, entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma quinto dell’art. 5.

Resta ferma la facoltà del Ministro di Grazia e Giustizia di cui al secondo comma dell’art. 107 della Costituzione. Gli atti del giudizio disciplinare possono essere acquisiti, su istanza di parte o d’ufficio, nel giudizio di rivalsa.

La disposizione di cui all’art. 2, che circoscrive la rilevanza della colpa ai casi di colpa grave ivi previsti, non si applica nel giudizio disciplinare”.

L’esame della Legge Vassalli non sarebbe completo, se non si affrontassero in questa sede anche quei profili normativi inerenti la responsabilità disciplinare del magistrato.

Infatti, sulla base di tale normativa sembra possibile delineare due distinti settori della stessa responsabilità disciplinare. Il primo è quello relativo ai fatti che hanno dato causa al giudizio contro lo Stato e che vede il procuratore generale presso la Corte di Cassazione obbligato ad esercitare l’azione

disciplinare. Il secondo attiene, invece, all'ipotesi secondo cui la valutazione discrezionale circa la scelta o meno di promuovere tale giudizio spetti al Ministro della giustizia, secondo quanto disposto dall'art. 107, comma secondo della Costituzione.

Tale forma di responsabilità, figlia di una concezione del giudice quale funzionario dello Stato, si affianca a quella civile, rendendo così misto il modello di responsabilità previsto nel nostro ordinamento.

“L'opzione del legislatore per un modello misto è comprovata dal collegamento istituito fra il giudizio di responsabilità civile e quello disciplinare, “nella convinzione che l'intervento disciplinare individui e colpisca più adeguatamente [...] il comportamento censurabile del magistrato⁹⁵”, il Tribunale, se dichiara ammissibile la domanda di risarcimento danni, deve ordinare – ex art. 5, comma quinto, l. 13 aprile 1988, n. 117 – la trasmissione degli atti ai titolari dell'azione disciplinare e l'art. 9, comma primo della stessa legge rende obbligatorio l'esercizio dell'azione disciplinare per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento. In effetti, si è ritenuto che il titolare dell'azione disciplinare, in linea generale, debba tenere conto della condanna al risarcimento dei danni, proprio in quanto ha accertato un fatto doloso, o gravemente colposo, nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali⁹⁶”.

Il procedimento disciplinare ha carattere giurisdizionale ed è regolato dalle norme del codice di procedura penale, in quanto compatibili.

Il giudice disciplinare è un organo collegiale che si identifica nella Sezione disciplinare del C.S.M., composta da sei membri: il Vice Presidente del Consiglio superiore, che la presiede e cinque

⁹⁵ Così il relatore sulla legge alla Camera dei Deputati On. Del Pennino, in *Atti Camera Resoconto sommario*, seduta 21 dicembre 1987, pag. 35, già ricordato da R. Martino, *Azione disciplinare*, in *La responsabilità civile dello Stato giudice*, pag. 146

⁹⁶ N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, 2007, pag. 303

componenti eletti dallo stesso C.S.M. tra i propri membri, dei quali uno eletto dal Parlamento, un magistrato di cassazione con effettive funzioni di legittimità e tre magistrati di merito.

La discussione nel giudizio disciplinare avviene in udienza pubblica con la relazione di uno dei componenti della Sezione disciplinare, l'acquisizione d'ufficio di ogni prova utile, la lettura di rapporti, ispezioni, atti e prove acquisite in istruttoria, nonché l'esibizione di documenti. La sezione disciplinare delibera sentite le parti e la decisione può essere impugnata dinanzi alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione, mentre la sentenza divenuta irrevocabile può essere soggetta comunque a revisione.

Suscita ulteriori spunti di riflessione il conseguente rapporto tra giudizio di rivalsa e giudizio disciplinare, dovuto proprio alla coesistenza della responsabilità civile e di quella disciplinare.

In particolar modo, i rapporti tra giudizio di danni contro lo Stato, giudizio di rivalsa contro il magistrato e giudizio disciplinare trovano regolamentazione all'interno della Legge Vassalli nel seguente modo:

- a) la decisione (sentenza di accoglimento o di rigetto, decreto dichiarativo dell'inammissibilità) pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato non fa mai stato nel procedimento disciplinare (art. 6, comma secondo), procedimento che “il procuratore generale presso la Corte di Cassazione o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare nei confronti del magistrato per fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento” contro lo Stato, “entro due mesi dalla comunicazione” degli atti del giudizio di responsabilità da disporsi da parte del Tribunale non appena è dichiarata l'ammissibilità della domanda (art. 5, comma quinto e art. 9 capoverso).
- b) “La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato non fa stato nel giudizio di rivalsa se il magistrato non è intervenuto volontariamente

in giudizio” (art. 6, comma secondo), intervento volontario che è esperibile ai sensi del secondo comma dell’art. 105 c.p.c. e per consentire il quale l’art. 6 capoverso prevede la comunicazione al magistrato, il cui comportamento, atto o provvedimento rileva nel giudizio promosso contro lo Stato, del “procedimento almeno quindici giorni prima della data fissata per la prima udienza”. L’azione di rivalsa contro il magistrato deve (art. 8, primo comma) essere promossa dal Presidente del Consiglio dei Ministri entro il termine di “un anno dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale stipulato dopo la dichiarazione di ammissibilità di cui all’art. 5” (art. 7, primo comma).

Alla luce di quanto esposto, consegue “l’impossibilità, per limiti oggettivi prima che soggettivi del giudicato, che l’accertamento relativo alla questione pregiudiziale inerente al comportamento, atto o provvedimento del magistrato possa fare stato, fra le stesse parti e tanto meno nei confronti del magistrato che sia rimasto estraneo al processo, nei futuri giudizi che abbiano ad oggetto o il rapporto pregiudiziale relativo alla responsabilità del magistrato ovvero un altro rapporto (diverso dall’obbligazione risarcitoria dello Stato) dipendente dallo stesso rapporto pregiudiziale relativo alla responsabilità del magistrato.

Ne segue, in particolare, la correttezza logico-giudiziaria della soluzione accolta riguardo ai rapporti tra giudizio di responsabilità dello Stato e giudizio disciplinare. La radicale diversità dei relativi *petita* e la loro connessione unicamente per parziale identità di *causa petendi* (cioè il comportamento del magistrato), unita alla diversità di giudice fornito di giurisdizione nei due giudizi (autorità giudiziaria ordinaria e sezione disciplinare del C.S.M.), escludono non solo qualsiasi possibile interferenza fra i giudicati ma anche la possibilità di una trattazione simultanea dei due relativi procedimenti. Così

che la scelta della piena autonomia fra i due processi appare del tutto coerente”⁹⁷.

Ultimo *focus* merita la questione del se e in che limiti possa essere sindacato in sede disciplinare un provvedimento giudiziale, dal momento che il danno fonte dell’azione di risarcimento potrebbe poggiare proprio su questo.

Di norma la Cassazione non ritiene ammissibile tale sindacato, che sarebbe contrario ai principi di autonomia e di indipendenza. Nonostante l’affermazione di tale principio, spesso volte la Cassazione in concreto ha ritenuto che alcune macroscopiche violazioni di legge non potessero restare escluse dal vaglio in sede disciplinare. Perciò, si ritiene che il provvedimento in sé non sia sindacabile, ma che stessa sorte non spetti all’attività anteriore e strumentale rispetto a quella giurisdizionale⁹⁸.

Peraltro, autorevole dottrina sostiene che le norme introdotte dalla legge 117/88 ammettano esplicitamente ed inequivocabilmente che il provvedimento giurisdizionale possa essere oggetto di sindacato disciplinare⁹⁹.

⁹⁷ A. Proto Pisani, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, 1988, pag. 425.

⁹⁸ Cfr. Cass, 14 gennaio 1981, n. 308, in *Foro It.*, 1981, I, pag. 2361 che censura la mancata acquisizione del certificato di nascita dell’imputato in un procedimento penale per false dichiarazioni sull’identità personale.

⁹⁹ Cfr. R. Martino, cit., pag. 147

CAPITOLO SECONDO

ELEMENTI PROCESSUALI

SOMMARIO: *1. Condizioni di proponibilità: il previo esaurimento dei mezzi ordinari di impugnazione - 2 Competenza e termini dell'azione - 2.1 Filtro di ammissibilità: un istituto sotto la lente - 2.2 Attività istruttoria in sede di ammissibilità - 3.1 Procedimento, reclamo e natura del decreto - 3.2 Intervento del magistrato - 4. Giurisprudenza della Cassazione*

Si analizzerà ora con maggiore attenzione il profilo squisitamente processuale della Legge Vassalli, così da calare le norme sostanziali nelle aule di giustizia.

Va peraltro ricordato che, ai sensi degli abrogati articoli 55 e 74 del c.p.c. la disciplina da questi sancita atteneva indistintamente a tutta “l’attività giudiziaria” del magistrato, non arginandosi soltanto sulle attività prettamente “giurisdizionali”. In tal modo si regolamentavano non solo le funzioni svolte in ambito decisorio, ma anche i compiti rientranti tra quelle giudicanti, inquirenti e requirenti, nonché le attività poi concretamente poste in essere nell’esercizio di tali funzioni: ossia, giurisdizionale di cognizione, o magari anche amministrativa, come quella che vede protagonista il giudice delegato alle procedure concorsuali.

Di seguito si esamineranno, invece, dapprima i requisiti necessari per attivare l’azione di responsabilità, approfondendo tematiche quali quelle aventi ad oggetto le condizioni di proponibilità e il filtro di ammissibilità, passando poi all’analisi del procedimento e del caso, frequente, di reclamo terminando lo studio con uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, perché un diritto che si ferma alla legislazione è come un corpo inerme: ha bisogno di arti funzionanti per essere davvero operativo, per essere concretamente applicato; a ben vedere, la paralisi è in effetti la disabilità che affligge la l. 13 aprile 1988.

1. Condizioni di proponibilità: il previo esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione

L'art. 4, secondo comma della legge 117/88 è molto chiaro nello stabilire che “la domanda di risarcimento dei danni proposta nei confronti dello Stato in relazione all'attività giurisdizionale dei magistrati “può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento, ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. [...]”.

In primis, è opportuno ricordare la differenza tra condizioni di proponibilità e condizioni di procedibilità; le prime costituiscono, infatti, condizione dell'azione, al pari dell'interesse ad agire e conseguentemente portano ad una radicale pronuncia di improponibilità dell'eventuale giudizio promosso in violazione delle predette norme.

Quanto alle condizioni di procedibilità, invece, non generano vizi radicali nei confronti di quell'azione promossa violandone il loro rispetto, in quanto non ne costituiscono condizione, ma solo ostacolo temporaneo al proseguimento *dell'iter* processuale.

Dunque, quanto disposto dall'art. 4, secondo comma, fa sì che in mancanza di tali condizioni, la domanda di risarcibilità non sia neppure proponibile.

Quanto alla relazione tra i singoli provvedimenti suscettibili di tale azione e le rispettive condizioni di proponibilità, molto interessante è la schematizzazione proposta da Martino: “[...] Da una prima lettura della disposizione emerge la previsione, in astratto, delle seguenti condizioni: a) l’esperimento dei mezzi ordinari di impugnazione avverso le sentenze; b) l’esperimento dei rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari; c) l’impossibilità della modifica o revoca del provvedimento; d) l’esaurimento del grado del procedimento nell’ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno, sempreché, non siano previsti rimedi. [...] È compito dell’interprete verificare se vi sono condizioni generali riferibili, cioè, a tutte le fattispecie lesive che il magistrato può porre in essere; distinguere, infine, le condizioni alternative (che riguardano, cioè, le fattispecie lesive diverse) da quelle aggiuntive (che riguardano la medesima fattispecie lesiva)¹⁰⁰”.

Attraverso la previsione di tali condizioni di proponibilità, il legislatore ha voluto attuare il principio consistente nella “posticipazione dell’azione di responsabilità rispetto alle impugnazioni e ai rimedi oppositori ed impugnatori dei provvedimenti speciali, nonché rispetto alla conclusione del grado di giudizio nel cui corso si è verificato il fatto che ha cagionato il danno”¹⁰¹.

Tutto ciò conduce a due conseguenze: da un lato è necessario, infatti, che la parte presunta lesa faccia valere dapprima con i rimedi propri dell’ordinamento processuale la riparazione del danno, tanto che non è sufficiente a rendere proponibile l’azione il passaggio in giudicato della sentenza, ma anche che tale passaggio non sia avvenuto a seguito del

¹⁰⁰ R. Martino, in *La responsabilità civile dello Stato giudice*, a cura di Vaccarella- Picardi, CEDAM 1990, pag. 105.

¹⁰¹ A. Proto Pisani, cit., pag. 419.

mancato utilizzo dei mezzi ordinari di impugnazione, occorrendone un previo esperimento tanto effettivo quanto inefficace.

Dall'altro, tali condizioni di proponibilità permettono di evitare l'altrimenti possibile sovrapposizione fra il giudizio di responsabilità e relativo processo occasione del comportamento fonte di tale responsabilità.

Per quanto concerne il momento a cui bisogna fare riferimento circa la verifica delle suddette condizioni, appare ragionevole collocarlo nella fase di proposizione della domanda (ovvero della notificazione dell'atto di citazione) non potendo le stesse sopravvenire nel corso del giudizio, neppure nel corso della fase preliminare del giudizio di ammissibilità; diversamente, verrebbero frustrate le esigenze di posticipazione dell'azione di danni rispetto alle impugnazioni, volte ad impedire una sovrapposizione di procedimenti.

2. Competenza e termini dell'azione

L'analisi dell'art. 4 prosegue, soffermandosi stavolta sulle disposizioni inerenti la competenza e i termini della domanda di risarcimento.

Cominciando dalla competenza, quella c.d. verticale è attribuita al tribunale per ragioni di materia, non rilevando a tal proposito l'entità della domanda. Il tribunale che è territorialmente competente è quello determinato sulla base di quanto stabilisce l'art. 11 c.p.p. attinente ai procedimenti riguardanti i magistrati¹⁰².

¹⁰² Cfr. Carpi-Taruffo, cit., pag. 377: "Il criterio di collegamento di cui all'art. 11 c.p.p., richiamato dall'art. 4 l. n. 117/88, opera nei confronti di tutti i magistrati, compresi quelli delle istituzioni di vertice (nella specie, Consiglio di Stato), non ostandovi, sul piano lessicale, il termine "distretto", adoperato nell'art. 4 cit. atteso che tutti i magistrati, anche quelli che non hanno un "distretto" di appartenenza, operano comunque in una sede (nella specie, in Roma) rispetto alla quale può individuarsi la sede diversa ex art. 11 c.p.p. (nella specie, in Perugia), al fine di assicurare che i giudici

Più esattamente, è quello del luogo ove ha sede la Corte d'Appello del distretto più vicino a quello in cui è compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva il magistrato al momento del fatto che ha cagionato il danno; se, invece, questi ha esercitato le proprie funzioni in uno degli uffici di tale distretto, quest'ufficio perde la propria *potestas iudicandi* in favore della competenza accordata al Tribunale del luogo ove ha sede la Corte d'Appello dell'altro distretto più vicino.

Tale competenza è, peraltro, funzionale ed inderogabile, anche se manca a tal proposito una espressa dichiarazione legislativa; nonostante ciò, deve esserle attribuita tale natura in virtù delle esigenze di ordine pubblico che sottostanno alla sua determinazione.¹⁰³

Inoltre, quanto alla legittimazione passiva, si conviene lo Stato nella persona del Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁰⁴, notificando la citazione a tale organo presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede il Tribunale competente.

Con riferimento, invece, al termine di proposizione della domanda, è la stessa legge a prevedere al suo art. 4 che la domanda debba essere proposta a pena di decadenza entro due anni¹⁰⁵; essendo previsto

competenti a decidere sulla responsabilità non siano prossimi ai giudici cui la responsabilità è ascritta".

¹⁰³ Cfr. R. Martino, cit. pag. 104 e A. Proto Pisani, cit. pag. 412

¹⁰⁴ R. Martino, cit., pag. 105: *"La scelta del Presidente del Consiglio, quale legittimario passivo, discende dalla considerazione che questi "ha, sul piano amministrativo, la minore proiezione all'esterno; e quindi più difficilmente può essere soggetto passivo di atti o comportamenti ingiusti del magistrato", con la conseguenza che si riduce al minimo il rischio teorico che tale amministrazione agisca contro se stessa (cfr. la relazione del sen. Gallo del 3 febbraio 1988, in Atti Senato, X legislatura, Disegni di legge e Relazioni-Documenti n. 748 ed altri, p. 8).*

¹⁰⁵ Carpi-Taruffo, cit., pag. 378 *"La sospensione feriale dei termini processuali, prevista dall'art. 1 l. n. 742 del 1969, non si applica al termine biennale di proposizione dell'azione di risarcimento del danno derivante da responsabilità civile dei magistrati, previsto dall'art. 4 l. 13 aprile 1988 n. 117, in quanto l'ampiezza di tale termine porta ad escludere che l'inapplicabilità della sospensione feriale determini un effettivo nocumento alla tutelabilità della situazione giuridica sostanziale posta a base dell'azione (9681/11)".*

questo tipo di regime, a tale termine si applica quanto disposto dall'art. 2964 e ss. del c.c.

Il termine decorre dal momento in cui l'azione è esperibile, quindi dal momento in cui si realizzano le condizioni di ammissibilità della domanda di risarcimento disciplinate dai commi secondo e terzo del citato art. 4. Comunque, in nessun caso il termine decorre nei confronti di quella parte che, a causa del segreto istruttorio, non abbia potuto avere conoscenza del fatto che le ha procurato il danno.

Ancora, proprio il terzo comma dell'art. 4, dispone infatti che l'azione possa essere esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto che ha cagionato il danno, se in tale termine non si è concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si è verificato. Peraltro, nei casi previsti dall'art. 3, inerenti l'ipotesi di un comportamento integrante il diniego di giustizia, l'azione deve essere promossa entro due anni dalla scadenza del termine entro il quale il magistrato avrebbe dovuto provvedere all'istanza.

2.1 Filtro di ammissibilità: un istituto sotto la lente

Come previamente anticipato, l'azione delineata dalla legge Vassalli è complessa, essendo la stessa costituita anche da un iniziale filtro di ammissibilità della domanda di risarcimento.

È indubbio, che con tale previsione il legislatore volesse dotare l'azione di uno strumento capace di fermare sul nascere, ad una prima disamina, eventuali domande pretestuose ed artificiose. Ma come diceva Aristotele, "*in medio stat virtus*" e l'abuso di tale espediente ha portato, nei fatti, alla creazione non di un filtro ma di un tappo a chiusura quasi ermetica delle domande proposte.

L'accorgimento presente all'art. 5 dell'esaminata legge, rubricato proprio "ammissibilità della domanda", non costituisce altro che una fase dell'unitario giudizio di merito di cui è anticamera¹⁰⁶.

Simile all'istituto citato, è la disciplina di un altro "filtro" previsto, stavolta, per l'azione di interdizione all'art. 713 c.p.c., poiché anch'esso è pensato come fase interna del giudizio di merito e anche questo aperto alle impugnazioni del solo provvedimento che ne dichiara la inammissibilità.

Sulla base di ciò, autorevole dottrina sostiene la non ragion d'essere dei dubbi di costituzionalità "sollevati sotto il profilo delle eccessive difficoltà (in relazione all'art. 24 Cost.) frapposte all'esercizio del diritto di azione¹⁰⁷: tali dubbi, infatti, hanno ragione d'essere quando il legislatore impone, senza che ciò sia giustificato da ragionevoli esigenze, una frantumazione in più giudizi della cognizione della fattispecie costitutiva di un diritto, non anche quando prevede che, nell'ambito dell'unitario giudizio, la fattispecie costitutiva sia oggetto

¹⁰⁶ Carpi-Taruffo, cit., pag. 378: *"Il procedimento sull'ammissibilità dell'azione risarcitoria, in dipendenza di responsabilità civile del magistrato, di cui all'art. 5 della l. 13 aprile 1988 n. 117, si mantiene sul piano meramente deliberativo solo quanto al riscontro della sussistenza degli elementi addotti a fronte di detta responsabilità, nel senso che, ove non sia evidente la pretestuosità della relativa deduzione, rimane devoluta al successivo giudizio di merito l'approfondita valutazione della sua fondatezza, mentre ha carattere pieno e definitivo in ordine ai presupposti ed ai termini dell'azione, e quindi richiede una decisione esaustiva e vincolante circa la individualità nei fatti esposti dalla parte attrice dei casi contemplati per la responsabilità medesima dell'art. 2 della citata legge (6950/94). La fase preliminare attinente all'ammissibilità dell'azione risarcitoria per responsabilità civile del magistrato di cui all'art. 5 ha carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei fatti contestati, dei requisiti e delle condizioni cui la legge subordina detta responsabilità, ma consente anche, ove ricorra la manifesta infondatezza, una valutazione da condurre esclusivamente ex actis sul merito della questione dedotta in giudizio, essendo l'infondatezza ragione di inammissibilità della domanda quando essa sia manifesta, ovvero emerga dagli atti senza necessità di ulteriori indagini o accertamenti istruttori (9811/03)"*.

¹⁰⁷ Proto Pisani auspica un ripensamento, da parte della Corte Costituzionale, di "tutto il tema delicatissimo dei limiti interni all'esercizio del diritto d'azione consistenti in una deliberazione preventiva di ammissibilità e di fondatezza della domanda", cit., pag. 424.

di una sommaria deliberazione preventiva senza moltiplicazione dei gradi di giudizio”¹⁰⁸.

Stando alla lettera della legge, l’art. 5 prevede niente altro che la rimessione, obbligatoria, della causa al collegio che l’art. 187 c.p.c. al secondo comma consente al giudice istruttore, qualora la decisione di una questione di merito sia idonea a definire il giudizio. Differisce, però, tale meccanismo dal rito ordinario in quanto da un lato è sottratta alla discrezionalità del giudice la valutazione della “maturità della causa per la decisione” ai fini della proposizione al collegio, mentre dall’altro si prevede una forma particolare di provvedimento finale.

Infatti, la forma di atto scelta dal legislatore per dichiarare l’inammissibilità della domanda è quella del decreto, nonostante si tratti sostanzialmente di una sentenza definitiva di rigetto; un decreto, peraltro, reclamabile ex art. 739 c.p.c., che in caso di rigetto del reclamo è suscettibile di ricorso per Cassazione.

Anche la pronuncia di ammissibilità della domanda è emessa con decreto anziché con sentenza non definitiva (che sarebbe stata immediatamente appellabile); stavolta il decreto, però, non è reclamabile e dispone, invece, la prosecuzione del processo.

Analizziamo ora le ipotesi in cui la domanda di risarcimento viene valutata come inammissibile:

- a) Qualora sia decorso il termine biennale di cui all’art. 4, secondo e quarto comma;
- b) Qualora non sia ancora decorso il termine triennale previsto dall’art. 4, terzo comma;

¹⁰⁸ R. Vaccarella, in *La responsabilità civile dello Stato giudice*, a cura di Vaccarella- Picardi, CEDAM 1990, pag. 115.

- c) Se, in caso di diniego di giustizia, non sia stata presentata l'istanza di "messa in mora" o non sia decorso il termine di trenta giorni o di tre mesi, sancito rispettivamente dal primo e dal secondo comma dell'art. 3;
- d) Qualora non siano stati esperiti effettivamente i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi indicati dalla legge;
- e) Se non si sia esaurito il grado del procedimento all'interno del quale si sia verificato il fatto fonte di danno;
- f) Infine, qualora i fatti allegati a fondamento della domanda non riescano ad integrare "gli estremi richiesti dall'art. 2, ovvero l'ingiustizia del danno, la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, l'errore di fatto revocatorio o l'emissione di un provvedimento concernente la libertà personale fuori dei casi consentiti dalla legge"¹⁰⁹.

2.2 Attività istruttoria in sede di ammissibilità

Posto che, soltanto il caso richiamato *sub f* comporti un giudizio di mero diritto, dovendo le altre ipotesi avere ad oggetto un giudizio che coinvolga inevitabilmente anche i fatti, è opportuno riflettere sul tipo di attività istruttoria effettuabile in tale fase del procedimento.

Si dovrebbe concludere, comunque, per il senso in cui l'obbligatoria valutazione dell'ammissibilità comporti per l'attore l'onere di produrre quei documenti, dai quali risultino i fatti idonei a rendere ammissibile la domanda.

Dal canto suo, la legge, prevedendo l'obbligo da parte del giudice istruttore, alla prima udienza, di rimettere le parti al collegio, esclude

¹⁰⁹ Proto Pisani, cit., pag. 421

unicamente che l'attività istruttoria possa essere svolta proprio dal giudice istruttore.

Si riporta, perciò, una tripartizione di soluzioni astrattamente possibili effettuata da Proto Pisani¹¹⁰:

- a) Non è ammesso alcun tipo di attività istruttoria da parte del collegio, che, dunque, deve considerare sempre come esistenti i fatti affermati dall'attore, con la conseguenza che il giudizio di ammissibilità si risolva, sempre e solo, in un giudizio di puro diritto, relativo all'astratta proponibilità della domanda. Concludendo in tal senso, verrebbe però meno la finalità stessa del filtro preventivo, non avendo neppure più ragion d'essere la scelta caduta sul decreto piuttosto che sulla sentenza, quale provvedimento conclusivo di tale fase;
- b) Non si ammette alcuna attività istruttoria da parte del collegio, che però deve conoscere i fatti rilevanti ai fini dell'ammissibilità, attraverso prove ed elementi di prova (*ergo* prove tipiche ed atipiche) precostituite prodotte dalle parti, nonché sulla base di una valutazione di verosimiglianza delle allegazioni, basata su di un calcolo delle probabilità;
- c) Il collegio può assumere informazioni ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 738 c.p.c., il cui richiamo sarebbe contenuto implicitamente nell'affermazione secondo cui la delibazione debba avvenire in camera di consiglio (argomentato altresì ex art. 5, quarto comma). La medesima posizione non sembra convincere lo stesso Porto Pisani, che non trova decisivo, in tal senso, il dato testuale contenuto nell'art. 6, terzo comma, che sembrerebbe presupporre

¹¹⁰ Cfr. Proto Pisani, cit., pag.421.

con la sua disposizione la possibilità di un'attività istruttoria in fase preliminare di ammissibilità.

La soluzione migliore appare perciò, a detta dell'autore, quella di dichiarare ammissibile la domanda, in ogni situazione di incertezza, in modo da consentirne successivamente l'esame nelle forme garantiste della cognizione piena.

Peccato che troppo spesso le aule di giustizia abbiano disatteso tale consiglio, rendendo appunto il filtro un ermetico tappo.

Infatti, la manifesta infondatezza dovrebbe riscontrarsi soltanto nel caso in cui ogni prova appaia, tramite un giudizio *a priori* al contempo retto da altissima probabilità, palesemente inidonea a suffragare la verità dei fatti allegati; inoltre, come sostiene convincentemente Vaccarella, “se tale interpretazione può apparire tale da vanificare parzialmente l'efficacia del filtro, va considerato che, altrimenti opinando, sarebbe arduo fugare dubbi di costituzionalità di una norma che prevedesse il rigetto della domanda – con efficacia di definitiva preclusione dell'azione fondata su quei fatti – sulla base di una cognizione sommaria e non già piena.¹¹¹ [...] Va appena rilevato che in base a tale interpretazione, la manifesta infondatezza ricorrerà anche nell'ipotesi di palese difetto di *legitimatō ad causam*”¹¹².

Infine, è comunque possibile affermare, che restino escluse dall'oggetto del controllo preliminare tutte le questioni pregiudiziali di rito, tesi fondata soprattutto sul carattere eccezionale della norma costituita dall'art. 5, terzo comma, che appunto impone di interpretare in modo rigido il termine “presupposti” presente all'art. 4, come relativo alle

¹¹¹ Cfr. Proto Pisani, cit., pag. 422 e 424, che da un lato osserva che un criterio troppo rigido compromette l'efficacia del filtro e, dall'altro, dubita della costituzionalità di una pronuncia di rigetto scaturente da un procedimento a cognizione sommaria.

¹¹² R. Vaccarella, cit., pag. 118

sole condizioni di proponibilità e non estendibile anche alle questioni inerenti la competenza¹¹³.

3.1 Procedimento, reclamo e natura del decreto

Il collegio deve provvedere entro quaranta giorni dalla rimessione: ed è questo il primo dei “tetti” di durata delle varie fasi del sub-procedimento di cui l’art. 5 straripa. “Il termine non è perentorio, ma nemmeno “canzonatorio”¹¹⁴ perché costituisce il primo anello di una nuova azione di responsabilità ex art. 3.

La legge esige la motivazione solo per il decreto dichiarativo dell’inammissibilità; il che ben si comprende in relazione alla sua reclamabilità esclusa, invece, per l’ipotesi di ammissibilità.

Il decreto che dichiara ammissibile la domanda dispone la prosecuzione del processo: dal che si evince che il decreto dovrà essere comunicato alle parti, perché da esso risulterà altresì la data dell’udienza istruttoria di prosecuzione.

Dal richiamo dell’art. 739 c.p.c. si evince, inoltre, che il decreto di inammissibilità debba essere notificato a cura dell’ufficio alle parti e che da tale notificazione decorre il termine perentorio di dieci giorni per la proposizione del reclamo alla Corte d’Appello¹¹⁵. Per quanto concerne, invece, l’impugnazione del decreto di rigetto del reclamo da parte della suddetta Corte, lo stesso deve essere notificato alle parti senza indugio a cura della cancelleria e comunque non oltre dieci giorni

¹¹³ Cfr. Proto Pisani, cit., pag. 423

¹¹⁴ Secondo la nota espressione che Redenti, voce “Atti Processuali (Dir. Proc. Civ.)”, in Enc. Del Dir., IV, Milano, 1959, pag. 139, riservava ai termini prescritti per il compimento di certe attività del giudice.

¹¹⁵ Carpi- Taruffo, cit., pag. 378: “Il reclamo ex art. 739 c.p.c., benché caratterizzato dalla speditezza e dall’informalità del rito, non può risolversi nella mera riproposizione delle questioni già affrontate e risolte dal primo giudice, ma deve contenere specifiche critiche al provvedimento impugnato ed esporre le ragioni per le quali se ne chiede la riforma.

dal deposito, ed entro i successivi trenta giorni l'attore deve notificare il ricorso per Cassazione alla controparte per poi depositarlo – a pena di improcedibilità ex art. 369 c.p.c. – entro dieci giorni dalla notificazione presso la cancelleria della Corte d'Appello, ove si costituirà anche entro i successivi dieci giorni, la controparte¹¹⁶”.

A questo punto, la Corte d'Appello senza indugio e non oltre dieci giorni trasmette gli atti alla Corte di Cassazione, che decide entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti, dichiarando, in caso di accoglimento del ricorso, direttamente l'ammissibilità dell'azione.¹¹⁷

Qualora l'ammissibilità sia dichiarata, invece, dal tribunale, questi rimetterà con ordinanza la causa al giudice istruttore che provvederà secondo quanto disposto dagli artt. 175 c.p.c. e ss.; se l'ammissibilità giunge con dichiarazione della Corte d'Appello o della Cassazione, queste dovranno rimettere gli atti altra sezione del tribunale che era stato inizialmente adito per la prosecuzione del processo nelle forme ordinarie, come disposto dalla legge.

Quanto al decreto che dichiara l'inammissibilità, nel caso in cui sia soggetto dapprima al reclamo di fronte alla Corte d'Appello e successivamente al ricorso per Cassazione, tale atto ha contenuto decisorio, equivalendo ad una vera e propria sentenza di rigetto suscettibile di giudicato con riguardo alla (attuale) inesistenza del diritto al risarcimento dei danni contro lo Stato. Perciò il decreto di rigetto preclude la riproponibilità della domanda, salvo che il suddetto

¹¹⁶ R. Vaccarella, cit., pag. 120-121.

¹¹⁷ Carpi- Taruffo, cit., pag. 377: *“In tema di controllo di legittimità del decreto di inammissibilità dell'azione risarcitoria in dipendenza di responsabilità civile del magistrato, l'art. 5 della l. 13 aprile 1988 n. 117, attribuisce alla Corte di cassazione tanto il giudizio rescindente quanto quello rescissorio, con conseguente assegnazione alla Corte stessa, in tale ipotesi, anche del necessario potere di effettuare le valutazioni di merito, sia pure generali ed astratte, proprie della fase di ammissibilità e del correlato potere di lettura degli atti processuali, in quanto momenti indispensabili perché la Corte possa dichiarare ammissibile la domanda (9910/11)”*.

rigetto sia dovuto dalla carenza delle condizioni di proponibilità, sopravvenute in un momento successivo¹¹⁸.

Inoltre, il decreto che dichiara inammissibile la domanda dispone anche sulle spese, in quanto termina la fase processuale di fronte al giudice che è stato adito, secondo quanto disposto dall'art. 91 c.p.c.; su istanza di parte, dovrebbe anche essere possibile la condanna da parte del giudice nei confronti dell'attore per responsabilità aggravata ex art. 96 del codice di rito. Ipotesi quest'ultima, teoricamente non esclusa dalla dichiarata ammissibilità dell'azione¹¹⁹.

3.2 Intervento del magistrato

Art. 6: “1. Il magistrato il cui comportamento, atto o provvedimento rileva in giudizio non può essere chiamato in causa ma può intervenire in ogni fase e grado del procedimento, ai sensi di quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 105 del codice di procedura civile. Al fine di consentire l'eventuale intervento del magistrato, il Presidente del Tribunale deve dargli comunicazione del procedimento almeno quindici giorni prima della data fissata per la prima udienza.

2. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato non fa stato nel giudizio di rivalsa se il magistrato non è intervenuto volontariamente in giudizio. Non fa stato nel procedimento disciplinare.

3. Il magistrato cui viene addebitato il provvedimento non può essere assunto come teste né nel giudizio di ammissibilità, né nel giudizio contro lo Stato”.

¹¹⁸ Cfr. Proto Pisani, cit., pag.422 e R. Vaccarella, cit., pag. 122

¹¹⁹ Cfr. R. Vaccarella, cit., pag. 122

A bene vedere, questo intervento volontario è contraddistinto da alcune peculiarità procedurali: infatti è dichiarato esperibile in ogni fase e grado del procedimento e, ancora, è causato dalla officiosa comunicazione del procedimento.

Il fatto che l'articolo qualifichi tale intervento possibile in ogni fase mira ad includere il giudizio di ammissibilità, mentre con la locuzione "ogni grado" l'assolutezza di tale disposizione fa ricadere all'interno della propria disciplina il giudizio di cassazione, sia esso scaturito dall'ammissibilità che dal merito della causa.

Quanto, invece, alla "comunicazione" questa consisterebbe nella notificazione dell'atto di citazione nei termini sopraindicati.

I grandi esclusi sono, dunque, la chiamata in causa del magistrato ad opera della parte tramite un intervento coatto su istanza di quest'ultima, nonché la chiamata c.d. *iussu iudicis*, rispettivamente ex art. 106 e 107 c.p.c. In questo modo è ribadita, anche in campo processuale, la distanza che la legge vuole frapporre fra il giudice presunto danneggiante ed il cittadino.

Conseguentemente, il magistrato invece intervenuto, in quanto abbia assunto la qualità di parte, non potrà essere chiamato a testimoniare; con tale disposizione si fa altresì applicazione dell'art. 246 c.p.c., che stabilisce, appunto, l'incapacità a testimoniare di chi ha nella causa un interesse che potrebbe legittimare la sua partecipazione al giudizio come interveniente¹²⁰.

Per quanto attiene, invece, alla comunicazione, questa deve essere data dal Presidente del tribunale al magistrato la cui condotta rileva in giudizio, per il solo fatto che sia stata iscritta a ruolo una causa promossa secondo quanto disposto dalla legge 117/88.

¹²⁰ Posizione sostenuta da R. Vaccarella, cit., pag. 126. Di avviso contrario sono, invece, Cirillo e Sorrentino, in *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1988, pag. 197

Perciò sfugge al Presidente il potere di interrogarsi sull'ammissibilità o meno dell'intervento in questa fase: dovrà semplicemente individuare il giudice a cui sia imputabile la condotta presunta lesiva della parte, ordinando che a questi sia data tempestiva comunicazione del procedimento.

Tutto ciò porta ad affermare come la legge Vassalli abbia limitato la potenziale portata dell'art. 105 c.p.c., facendo che sì che la pregiudizialità-dipendenza sia l'unica relazione che renda ammissibile l'intervento del magistrato nel giudizio di risarcimento ex artt. 2 e 3.

A proposito di tale relazione, efficace è l'analisi compiuta da Proto Pisani: "[...] Poiché oggetto del giudizio di responsabilità è l'accertamento dell'esistenza o no dell'obbligazione dello stato sorte a seguito del danno ingiusto subito dall'attore per effetto di un comportamento, atto o provvedimento posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave ovvero per diniego di giustizia, l'imputabilità della condotta costituisce un rapporto o fatto pregiudiziale rispetto all'obbligazione risarcitoria contro lo Stato dedotta in giudizio; rapporto o fatto pregiudiziale che pertanto normalmente sarà accertato ex art. 34 c.p.c., *incidenter tantum* senza autorità di cosa giudicata"¹²¹.

Da ciò discende l'impossibilità a causa dei limiti oggettivi del giudicato, che l'accertamento *incidenter tantum* della suddetta condotta del giudice sia coperto da giudicato, non potendo, dunque, questo fare stato non soltanto nei confronti dei terzi (*ergo* del magistrato non intervenuto) ma anche tra le parti (cittadino e Stato) del giudizio di responsabilità.

Qualora, invece, il magistrato sia intervenuto la situazione che questi abbia dedotto in giudizio diviene assimilabile, sempre secondo Proto Pisani, a quella del debitore principale che, nel giudizio promosso dal creditore contro il

¹²¹ Proto Pisani, cit., pag. 425 e sempre lo stesso autore, in *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro It.*, 1985, pag. 2385 e ss.

fideiussore solidalmente obbligato spiega l'intervento per ottenere l'accertamento dell'inesistenza del debito principale, escludendo così l'azione di regresso esperibile dal fideiussore nei suoi confronti; ma siccome il terzo debitore principale è anche titolare di un rapporto debito-credito principale pregiudiziale rispetto all'obbligo del fideiussore, allora il suo intervento adesivo dipendente ex art. 105, comma secondo c.p.c. varrà *ex lege* anche come domanda di accertamento suscettibile di giudicato di tale rapporto pregiudiziale¹²².

Da questa ricostruzione discende la conseguenza che “il magistrato interveniente sarà legittimato ad impugnare autonomamente il capo della sentenza relativo alla sussistenza o no della responsabilità ex artt. 2 e 3: relativo cioè al rapporto pregiudiziale che immediatamente lo riguarda; e tale impugnazione sarà idonea ex art. 331 c.p.c. a trascinare in giudizio anche il capo dipendente della sentenza relativo all'obbligazione di danni dello Stato” legittimazione all'impugnazione che gli spetta “non in quanto interventore adesivo dipendente, ma in quanto attore *ex lege* rispetto alla domanda di accertamento con autorità di cosa giudicata nei confronti delle parti originarie della propria responsabilità ex artt. 2 e 3¹²³”

¹²² Secondo R. vaccarella, cit., pag. 130: “La domanda di accertamento incidentale, ex art. 34 c.p.c., proposta dal magistrato con il suo intervento deve ritenersi avere come convenuto, a parer mio, soltanto lo Stato e non anche il cittadino: ciò perché, nell'impianto generale della legge ripetutamente richiamato, il cittadino e il magistrato non possono mai essere i contraddittori in ordine all'imputabilità del comportamento, atto o provvedimento causativo di danno a dolo o colpa grave del magistrato; dal che la scelta del legislatore per la quale, nonostante l'imputabilità sia comune alla fattispecie da cui scaturiscono sia il diritto al risarcimento del danno sia il diritto alla rivalsa, i relativi giudizi debbano essere distinti e debbono svolgersi tra un solo soggetto comune (lo Stato) e due diversi soggetti”.

¹²³ Proto Pisani, cit., pag. 426

4 **Giurisprudenza della Cassazione**

- 1) La Cassazione con sentenze 9811/03 e 6696-6697/03 ha affermato che la manifesta infondatezza dell'azione risarcitoria per responsabilità civile del magistrato determina inammissibilità dell'azione stessa rilevabile nella fase preliminare attinente appunto all'ammissibilità dell'azione regolata dall'art. 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117. Tale manifesta infondatezza deve però emergere da una valutazione sul merito della questione dedotta in giudizio, condotta esclusivamente "*ex actis*"; senza necessità di ulteriori indagini o accertamenti istruttori. Mentre la cognizione del giudice dell'ammissibilità ha carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei fatti contestati, dei requisiti e delle condizioni cui la legge subordina detta responsabilità.
- 2) Con sentenza n. 16935/02 la Suprema Corte afferma che la domanda di risarcimento ai sensi della legge Vassalli sulla responsabilità civile dei magistrati va proposta con ricorso e non con citazione, atteso che, dalle caratteristiche della fase iniziale del processo, regolata dall'art. 5 e relativa al giudizio di ammissibilità della domanda, si desume che detta fase è improntata alla sommarietà e caratterizzata dalle forme del procedimento camerale, il che lascia trasparire all'evidenza che l'intenzione era quella di prevedere, anche senza espressa indicazione, l'uso del ricorso, come è altresì confermato dal principio generale contenuto nell'art. 737 c.p.c., il quale espressamente stabilisce che i provvedimenti che devono essere pronunciati in camera di consiglio (come quello che definisce il giudizio di ammissibilità ex art. 5) si chiedono con ricorso al giudice competente, che pronuncia con decreto. Per valutare se la domanda di risarcimento sia stata tempestivamente proposta si deve quindi far riferimento alla data del deposito del ricorso e non a quella in cui alla controparte vengono notificati il ricorso stesso

ed il decreto con cui il giudice fissa la data di comparizione davanti a sé.

- 3) Con sentenza 19717/08 la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui l'art. 366 bis, il quale prescrive che ogni motivo di ricorso si concluda con la formulazione di un esplicito quesito di diritto, si applica anche al ricorso per Cassazione contro il decreto previsto dal quarto comma dell'art. 5, legge 13 aprile 1988, n.117 in materia di responsabilità civile dei magistrati, trattandosi di impugnazione in sede di legittimità soggetta alle modalità di proposizione previste dagli artt. 360 e ss.
- 4) La sentenza della Suprema Corte 6900/96 ha stabilito, invece, che in tema di azione rivolta a far valere la responsabilità civile dei magistrati, la specifica disciplina della fase introduttiva del ricorso per Cassazione avverso il decreto di inammissibilità della domanda emesso dalla Corte d'Appello di cui all'art. 5, quarto comma, si riferisce alla sola ipotesi di inammissibilità per carenza, nella domanda medesima, dei requisiti di cui agli artt. 2 (responsabilità per dolo o colpa grave), 3 (diniego di giustizia) e 4 (previo esaurimento dei rimedi ordinari) della legge 117/88 o per manifesta infondatezza della stessa (art. 5, commi terzo e quarto), con la conseguenza che resta regolata dalle ordinarie regole processuali la proposizione del ricorso per Cassazione, a norma dell'art. 111 Cost., avverso il decreto della Corte d'Appello che dichiara l'inammissibilità del reclamo per ragioni diverse da quelle sopra indicate.
- 5) Con ordinanza 26264/2011 la VI Sezione civile ha affermato che nel procedimento concernente la responsabilità civile dei magistrati, il termine di cui all'art. 5, comma quarto, relativo al deposito del provvedimento che la Corte d'Appello deve pronunciare sul reclamo avverso la decisione del tribunale di inammissibilità della domanda risarcitoria è fissato in quaranta giorni dalla proposizione di detto

reclamo, ha carattere meramente ordinatorio, ai sensi dell'art. 152, comma secondo, c.p.c.

- 6) Sempre con ordinanza 10596/2012 la Sezione VI civile ha stabilito che nei giudizi in cui sia parte un magistrato, l'incompetenza per territorio, ai sensi dell'art. 30 bis c.p.c., è soggetta al regime generale delle preclusioni di cui all'art. 38 c.p.c., con la conseguenza che non può essere rilevata d'ufficio oltre la prima udienza di trattazione, senza che detto potere di rilevazione possa esercitarsi dal giudice, con l'ordinanza di cui al settimo comma dell'art. 183 c.p.c., emanata fuori udienza all'esito delle memorie di trattazione scritte.
- 7) Infine, con sentenza 2637/2013 la Sezione III ha affermato che l'azione di responsabilità civile del magistrato per violazione di legge, ai sensi dell'art. 2, terzo comma, lett. a), l. 13 aprile 1988, n. 117, non può costituire strumento per riaprire il dibattito sulla correttezza o meno dell'interpretazione adottata nel provvedimento posto a base della domanda respinta dal magistrato della cui responsabilità si discorre, in particolar modo quando il giudicante sia la Corte di Cassazione, giudice di ultima istanza.

CAPITOLO TERZO

LA PROSPETTIVA EUROPEA ED INTERNAZIONALE

SOMMARIO: *1. Sommatoria comparazione – 1.1 Francia – 1.2 Germania – 1.3 Spagna – 1.4 Regno Unito – 1.5 Portogallo, Paesi Bassi e Belgio – 2. Principi e sentenze europee inerenti la legge 117/88 – 3. Procedura d’infrazione*

Una trattazione, quale la presente, che si propone quale obiettivo quello di analizzare in maniera quanto più completa e diversificata possibile la problematica della responsabilità civile del giudice nel contesto odierno, vanificherebbe i proprio propositi se non ampliasse lo sguardo oltre i confini nazionali.

Il seguente capitolo persegue, appunto, lo scopo di proporre una panoramica generica e generale, ma non approfondita, sulle realtà presenti in altri ordinamenti.

La responsabilità civile dei magistrati e le problematiche che ad essa conseguono sono temi con cui si ritrovano a fare i conti un po’ tutti, infatti, ed il confronto, per quanto sommario con gli stessi, non può che permettere una più immediata comprensione anche di quanto avviene ed è avvenuto in seno all’Unione Europea.

Si procederà, dunque, per prima cosa ad una rapida analisi comparativa dei modelli di responsabilità adottati in altri Paesi, preminentemente europei, passando successivamente ad esaminare le sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea che, con le proprie pronunce, dal 2003, hanno contribuito a far scricchiolare i già fragili pilastri della Legge Vassalli.

Infine, dopo una puntualizzazione sul concetto di “manifesta violazione del diritto” costantemente ricorrente in tema di riforma della responsabilità civile dell’organo giudicante, si dedicherà un *focus* alla procedura d’infrazione

avviata dalla Commissione nei confronti dell'Italia, proprio a causa dell'inottemperanza del nostro Paese agli obblighi comunitari in tale settore e osservando, così, come tali contestazioni incidano anche in sede di riforma della legge 117 del 1988.

1. **Sommatoria comparazione**

Normalmente, procedendo ad un'analisi delle grandi democrazie che offrono spunti di riflessione, la figura del giudice è svincolata dalle regole di responsabilità civile per i danni cagionati da errori nell'esercizio delle sue funzioni: infatti, è prevista addirittura un'immunità assoluta in paesi quali gli U.S.A., Gran Bretagna, Canada ed Israele; in altri casi, invece, si riscontra una limitazione della responsabilità civile alle sole ipotesi di reato, come nel caso della Germania; ancora, è contemplata l'esclusione della responsabilità diretta nei confronti della parte danneggiata, a cui è unicamente consentita l'azione contro lo Stato, con una più o meno limitata possibilità di rivalsa dello stesso Stato nei confronti del giudice danneggiante, impostazione presente in Francia, Paesi bassi, Svizzera e, peraltro, contenuta nella raccomandazione della "Carta Europea sullo Statuto dei Giudici" di Strasburgo del 1998, approvata dal Consiglio d'Europa.

Osservando gli ordinamenti di *Common Law*, in generale, si può riscontrare quale prevalente la teoria che sostiene l'assoluta irresponsabilità dell'organo giudicante. Ai magistrati è, infatti, assicurata un'immunità praticamente totale, prevedendo, inoltre, una responsabilità patrimoniale circoscritta ai soli casi di eccezionale gravità. Così, nel Regno Unito come in Irlanda e Cipro, viene assolutamente escluso che il giudice possa rispondere sia direttamente che indirettamente di quel danno che potrebbe derivare dall'esercizio delle proprie funzioni.

Attualmente, l'unica deroga a tale *judicial immunity* riguarda l'ingiusta detenzione, ma il fedele rispetto del principio della *immunity from civil liability* ha subito un' incisiva compensazione sul piano disciplinare, in particolar modo riscontrabile nell'esempio fornito dal diritto statunitense¹²⁴.

➤ 1.1 Francia

Come precedentemente analizzato, la figura del giudice è progressivamente scivolata dalla concezione di funzionario a quella di professionista, traslazione avvenuto anche Oltralpe, raggiungendo quale risultato, altresì qui, la previsione di una responsabilità civile, che tra le varie ipotesi internazionali è quella che più si avvicina alla disposizione della Legge Vassalli.

Lo stato, dunque, risponde in tre casi come prevede il *Code de l'Organisation Judiciaire*, agli artt. L 141-1 e seguenti:

- a) il primo regime riguarda la responsabilità per funzionamento difettoso del servizio giudiziario (*fonctionnement défectueux du service de la justice*), con un campo di applicazione limitato, però, alle due sole ipotesi di colpa grave (*faute lourde*) e del diniego di giustizia (*déni de justice*). I casi di malfunzionamento del servizio giudiziario inerenti alla colpa grave, si riferiscono, ad esempio, alla divulgazione alla stampa di atti giudiziari o alla sparizione in determinate circostanze di dossier istruttori; invece, il diniego di giustizia può consistere tanto nella fissazione eccessivamente tardiva di un'udienza, quanto nel caso di una sentenza che dopo lungo tempo non venga pronunciata;
- b) il secondo regime concerne, invece, la responsabilità nei casi di colpa personale (*faute personnelle*) dei magistrati ordinari. Questo comportamento va inteso come condotta lesiva da parte del magistrato ma collegato al servizio

¹²⁴ Cfr. S. Troilo, *Ancora in tema di responsabilità civile dei magistrati: gli sviluppi più recenti*, 2012; G. Gianna, *Responsabilità civile del magistrato: un'analisi comparativa*, in Professioni, 2012; Camera dei Deputati, Dossier di documentazione del Dipartimento Giustizia, *Responsabilità civile dei magistrati - La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, 2011.

pubblico della giustizia: in questo caso lo Stato può rivalersi con un'azione riconvenzionale nei confronti del giudice;

- c) l'ultimo, infine, è inerente alla responsabilità per colpa personale degli altri giudici (ad esempio di quelli amministrativi) ed è oggetto apposito di leggi speciali o, in mancanza, della cosiddetta "*prise à partie*". Tale procedura è regolata dagli artt. 366-1 e seguenti del *Code de Procedure Civile* ed è ammessa in tali casi: dolo, frode, concussione, colpa grave e diniego di giustizia. Ma anche qui è sempre lo Stato a rispondere civilmente delle condanne al risarcimento dei danni.

In tutti i casi summenzionati, come visto, la responsabilità civile è fatta valere contro lo Stato e non è ammessa alcuna azione diretta contro i magistrati: quindi, è lo Stato a garantire i danneggiati anche in caso di nocuenti derivanti da colpe personali dei giudici, salva sempre la possibilità di rivalsa da parte dello Stato.

➤ 1.2 Germania

In Germania è il *Grundgesetz* stesso a prevedere, all'articolo 34, la responsabilità dello Stato in caso di violazione dei doveri della funzione da parte del giudice.

Qui la responsabilità risarcitoria è indiretta e disciplinata, in attuazione del dettato costituzionale, dall'articolo 839 primo comma del BGB, il quale stabilisce la responsabilità del funzionario pubblico (*Beamter*), in cui è ricompreso il giudice, che violi dolosamente o colposamente i doveri d'ufficio di cui è titolare, comportando tale responsabilità il risarcimento dei danni subito dai terzi.

Peraltro, al secondo comma, l'art. 839 prevede la responsabilità del funzionario che violi i propri doveri d'ufficio nell'emanazione di provvedimenti, "*Urteil*", in caso di vertenza con successiva responsabilità,

qualora tale condotta costituisca reato. *L'Urteil* ricomprende una gamma ampia di provvedimenti, tra cui sentenze, ma anche atti processuali a carattere non definitivo, quali la condanna alle spese o le decisioni che sottopongono a tutela o curatela le persone; ne sono, invece, esclusi gli atti processuali a carattere provvisorio, come ad esempio, le ordinanze di ammissione delle prove, le decisioni sul valore della lite o gli ordini di perquisizione.

Perciò, l'obbligo risarcitorio da parte del giudice sorge quando il giudice abbia cagionato un danno, violando l'art. 839 secondo comma, non rientrandovi peraltro in tali ipotesi il rifiuto o il ritardo di esercitare le proprie funzioni, rispetto a cui opera l'immunità giudiziaria, c.d. *Richterprivilege*, a fondamento dell'indipendenza della magistratura, di modo che il giudice non abbia da temere azioni o ritorsioni scaturenti dalle decisioni assunte, garanzia che si riflette anche sul rispetto del principio della certezza del diritto.

➤ 1.3 Spagna

Anche in Spagna, la responsabilità civile affonda le sue radici nella Costituzione e, più precisamente, nell'art. 121 che testualmente stabilisce: “i danni causati da un errore giudiziario come quelli conseguenti ad un anormale funzionamento dell'amministrazione della giustizia daranno diritto ad un indennizzo a carico dello Stato”. Per applicare tale precetto, *la Ley Organica sul Poder Judicial* contempla agli artt. 292 e seguenti tre diversi titoli di responsabilità dello Stato:

- a) l'errore giudiziario;
- b) il funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia, salvo il caso di forza maggiore;
- c) la carcerazione preventiva seguita da assoluzione perché il fatto non sussiste, stavolta indipendentemente dal funzionamento anormale della giustizia.

In tale contesto, lo Stato risponderà altresì dei danni provocati dal giudice con dolo o colpa grave, salvo il suo diritto di rivalsa, come stabilisce espressamente l'art. 296: “*sin perjuicio del derecho que el asiste de repetir contra los mismos*”.

In particolar modo, gli artt. da 411 a 413 del LOPJ costituiscono un apposito capitolo che regola la responsabilità civile. I giudici, così, rispondono civilmente per i danni e i pregiudizi causati quando, nello svolgimento delle loro funzioni, incorrano in dolo o colpa grave. La statuizione è di primaria importanza, dal momento che così la Spagna si pone come unico Paese a prevedere una responsabilità civile diretta del giudice, che concorre con quella solidale dello Stato, una volta superato il filtro di ammissibilità anche qui imposto.

Parallelamente a quanto disposto dalla Legge Vassalli, anche il LOPJ non permette la presentazione della domanda di risarcimento, prima che sia stata emessa la decisione che conclude il processo in cui si presuma essere stato causato il danno; peraltro, in nessun caso, stabilisce l'art. 413, la sentenza del giudizio di responsabilità civile potrà modificare la decisione emessa alla fine di tale processo, disposizione che con tale chiarezza imperativa spazza via qualsiasi ipotesi, tanto paventata dalla nostra Cassazione, di trasformare il giudizio di responsabilità in un “quarto grado processuale”.



1.4 Regno Unito

Oltremania sui magistrati grava una generale responsabilità circa il loro operato, che varia in conformità dei principi della loro *accountability*, sia interna, cioè verso i poteri pubblici e lo stesso ordine di cui fanno parte e sia esterna, ovvero con riguardo allo scrutinio pubblico a cui sono sottoposti i loro atti.

Questo panorama non comporta nei loro riguardi l'indifferenziata applicazione a loro carico delle comuni norme dettate in tema di responsabilità per fatto illecito.

Infatti, il principio dell'esonero dalla responsabilità civile del magistrato per quegli atti posti in essere nell'esercizio delle sue funzioni è da secoli radicato nel *Common Law*, perché tradizionalmente inteso come presidio dell'indipendenza della magistratura nel suo complesso. A tal proposito, merita di essere menzionato il precedente giurisprudenziale *Sirros v. Moore* del 1975, in cui la Corte precisò l'ambito della c.d. *judicial immunity* posta a precisa tutela del giudice rispetto alla “*liability in a civil action for damages in respect of acts done in his judicial capacity*”.

Tale principio, peraltro previsto anche a favore dei c.d. *magistrates*, ossia i giudici onorari, ha però subito dei temperamenti successivamente all'incorporazione nel diritto interno della Carta Europea dei Diritti dell'Uomo e del cittadino con lo *Human Rights Act* del 1988, che dando attuazione all'art. 5 della menzionata Convenzione ha riconosciuto il diritto al risarcimento per ingiusta detenzione.

In nessun caso, dunque, è possibile un'azione contro un magistrato, sebbene questi abbia agito con dolo o per difetto di competenza. Divenuta ormai desueta la procedura di messa in stato di accusa (*impeachment*) dei giudici, l'unica forma di responsabilità prevista rimane quella politica che si concretizza nella possibilità per i magistrati delle corti superiori, ma in modo differente anche per quelli di prima istanza, di subire la rimozione dal loro ufficio da parte della Corona su petizione avanzata a Sua Maestà da entrambi i rami del Parlamento.

Questo procedimento detto “*address*” si applica ogni volta che i giudici tengano una condotta negativa, c.d. “*misbehaviour*”, formula intesa a

ricomprendere ipotesi molto diverse fra loro tra cui il difetto di giurisdizione, l'incapacità, la negligenza e i casi di diniego di giustizia.



1.5 Portogallo, Belgio e Paesi Bassi

Per completezza nello studio prospettato, si riporta di seguito anche l'esperienza invalsa, seppur ridotta ma comunque significativa a scopo comparatistico, in Portogallo, Belgio e Paesi Bassi.

Portogallo: in questo Paese la responsabilità civile dello Stato scatta solo a seguito di una condanna penale, potendo lo Stato stesso agire per il rimborso della riparazione del danno eventualmente anticipato, ottenendo la rivalsa nei confronti del magistrato.

Paesi Bassi: qui la responsabilità civile fa sempre e soltanto capo allo Stato, non essendo assolutamente previsto alcun diritto di rivalsa contro il magistrato, che abbia cagionato il danno con il proprio comportamento. Quindi l'unico che risponde, totalmente, è lo Stato.

Belgio: anche qui la responsabilità civile è prevista a solo carico dello Stato, che vanterà un diritto di rivalsa contro il giudice, solamente qualora questi abbia cagionato il danno con una condotta connotata da dolo intenzionale o frode¹²⁵.

¹²⁵ Peraltro, già con sentenza del 19 dicembre 1991, la Cassazione Belga aveva affermato che in assenza di una specifica normativa, dal momento che lo Stato è uno Stato di diritto ("*L'Etat est, comme les gouvernés, soumis aux règles de droit.*") non può sottrarsi alla responsabilità aquiliana.

2. Principi e sentenze europee inerenti la legge 117/88

La presenza dell'Italia all'interno dell'Unione Europea porta con sé una serie di conseguenze, tra le quali l'obbligo per il nostro Paese di rispettare, applicare e conformarsi al diritto europeo¹²⁶.

Tale situazione è inoltre, a seguito della riforma Costituzionale del Titolo V, costituzionalmente cristallizzata nelle parole dell'art. 117 Cost. "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

Dunque, il polverone giuridico sollevatosi a seguito, in particolare, di due sentenze pronunciate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, attinenti alla problematica della responsabilità civile del giudice, ha decisamente buoni motivi per essere fondato, con le dovute precisazioni naturalmente.

In realtà, non solo l'UE ha affrontato tale tematica, ma prima di essa anche l'Onu intervenne in tal senso. A proposito di ciò, è stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'intera legge 117/88 nella parte in cui prevede la responsabilità civile dei giudici per colpa grave, sollevata in riferimento agli artt. 101, 104 e 108 Cost., sul presupposto che tale responsabilità compromettesse l'imparzialità della magistratura con l'attribuzione alle parti di uno strumento di pressione idoneo ad influenzarne le decisioni ed all'art. 10 Cost., in relazione appunto alla risoluzione Onu del 29 novembre 1985¹²⁷, secondo cui i giudici debbono godere di forme di immunità dalle azioni civili di risarcimento dei danni patrimoniali derivanti da

¹²⁶ A tal proposito, si ricorda la "storica" sentenza *Francovich* del 1990, emessa dalla Corte di Lussemburgo

¹²⁷ Cfr. Monateri, *La responsabilità civile*, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, 1998

atti impropri od omissioni commesse nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali.¹²⁸

Tornando all'ambito europeo, le due sentenze di forte impatto sul nostro ordinamento sono il c.d. caso *Köbler* e *Traghetti del Mediterraneo*.

La CGUE con sentenza del 30 settembre 2003, emessa nella causa C-224/01 (*Köbler*) ha sancito la responsabilità di uno Stato membro per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario, indifferentemente da quale sia l'organo pubblico che con la propria condotta abbia portato alla violazione, incluso quindi anche un organo giurisdizionale di ultimo grado, sussistendo la responsabilità in questo caso, peraltro, solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato manifestamente il diritto vigente.

Per maggiore chiarezza, si riportano qui di seguito alcuni passi della sentenza in esame, in particolare i punti 30 e ss.: “Occorre ricordare innanzi tutto che la Corte ha già dichiarato che il principio della responsabilità di uno Stato membro per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato (sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, C-9/90, *Francovich*; *Brasserie du pecheur* e *Factortame*; 26 marzo 1996, causa C-392/93, *British Telecommunications*) [...] La Corte ha dichiarato che questo principio ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione. [...] Tutti gli organi dello Stato sono tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli. In considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti

¹²⁸ Cfr. Corte Cost., sentenza n. 18/1989

che esse riconoscono sarebbe affievolita, se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro”.

Ancor più incisiva è la posizione della Corte nell’indicare le condizioni al verificarsi delle quali scatta il risarcimento dello Stato, posizione espressa ai punti 51 e ss. della sentenza citata: “Per quanto riguarda le condizioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, emerge dalla giurisprudenza della Corte che esse sono tre, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell’obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (sentenza *Haim*).

La responsabilità dello Stato per danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che viola una norma di diritto comunitario è disciplinata dalle stesse condizioni.

La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente.

Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento dei danni deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato.

Fra tali elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l’inescusabilità dell’errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da

un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma CE.¹²⁹

In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia (vedi in tal senso sentenza *Brasserie du pecheur* e *Factortame*).

Le tre condizioni richiamate della presente sentenza sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive sulla base del diritto nazionale (di nuovo sentenza *Brasserie du pecheur* e *Factortame*).

Con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario nel caso in cui queste condizioni siano soddisfatte, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno sfavorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congeniate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenza *Francovich*). [...]"

La sentenza *Köbler* non è, però, che la base di ciò che la Corte di Lussemburgo si è spinta ad affermare, con importanti echi, proprio in materia di responsabilità civile del giudice.

La CGUE, infatti, nella celebre sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, C-173/03, ha analizzato compiutamente le fattispecie in conseguenza della quali

¹²⁹ L'art. 234 è attualmente l'art. 267 TFUE.

si possa concretizzare la responsabilità civile del magistrato. Tale pronuncia ha provocato notevoli ripercussioni nel nostro Paese, soprattutto a causa di alcuni passaggi discussi dalla Corte, in particolar modo laddove essa ha affermato come il diritto comunitario osta: “a che la responsabilità dello Stato non possa sorgere per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado risulti dall’interpretazione delle norme di diritto effettuata da un organo giurisdizionale.

Da un lato, infatti, l’interpretazione delle norme di diritto rientra nell’essenza vera e propria dell’attività giurisdizionale [...].

Dall’altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, nell’esercizio di una tale attività interpretativa, se, per esempio, il giudice dà ad una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erranea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte in tale materia (sentenza *Köbler*) o se si interpreta il diritto nazionale in modo da condurre, in pratica, alla violazione del diritto comunitario vigente.

[...] Escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato, a causa del fatto che la violazione del diritto comunitario deriva da un’operazione di interpretazione delle norme giuridiche effettuata da un organo giurisdizionale, equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza *Köbler*.

Si deve giungere ad analoga conclusione nel caso di una legislazione che escluda in maniera generale la sussistenza di una qualunque responsabilità dello Stato, allorquando la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale risulti da una valutazione dei fatti e delle prove.

[...] Riguardo, infine, alla limitazione della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, occorre ricordare che la Corte nella summenzionata sentenza *Köbler* ha dichiarato che tale responsabilità per i danni recati ai singoli per la violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, poteva sorgere nel caso eccezionale in cui tale organo avesse violato manifestamente il diritto vigente.

Pertanto se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla manifesta violazione del diritto vigente quale precisata nella summenzionata sentenza *Köbler*.”

In sostanza, la Corte di Lussemburgo prospetta più una responsabilità dello Stato-giudice che del giudice stesso, peraltro ora svincolata da quei criteri posti a salvaguardia dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura. Il danneggiato, inoltre, nella sua azione risarcitoria non deve più incontrare limiti nella c.d. clausola di salvaguardia né nelle restrittive ipotesi del dolo e della colpa grave.

Per usare le parole di Nicola Picardi¹³⁰, quella descritta è una responsabilità obiettiva dello Stato, in cui riecheggia la concezione del funzionamento anomalo della giustizia presente in altri ordinamenti¹³¹.

¹³⁰ Cfr. N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Rivista Processuale*, 2007, pag. 305.

¹³¹ Per la verità anche in Italia nei lavori preparatori alla legge 117/88 vi furono sollecitazioni a prevedere che il danneggiato, proponendo azione risarcitoria contro lo Stato e non direttamente contro il giudice, dovesse dedurre e provare soltanto l'abnormità del provvedimento, senza necessità di dolo o colpa del magistrato.

Naturalmente, tali principi formulati dalla Corte, sono stati espressi esclusivamente a riguardo della normativa comunitaria. Ma il problema che ora si pone è stabilire se esistano due sistemi di responsabilità dello Stato giudice, a seconda che vi sia una violazione del diritto interno o del diritto comunitario, ovvero se tali principi enunciati dalla CGUE debbano essere estesi anche alle violazioni di diritto interno.

Si riportano, a tale proposito, due diverse posizioni sostenute da autorevole dottrina: è possibile, infatti, o far ricorso al criterio di specialità e ricostruire la responsabilità comunitaria come fattispecie speciale rispetto a quella di diritto interno, così che le due forme di responsabilità finirebbero per coesistere¹³²; oppure, si potrebbe ipotizzare una sopravvenuta illegittimità costituzionale della legge Vassalli in quanto contrastante con il diritto di uguaglianza, dal momento che finirebbe con il prevedere per le violazioni di diritto interno un grado di protezione più basso di quello accordato per le violazioni di diritto comunitario¹³³.

¹³² Cfr. E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario*, in *Foro It.*, 2006, pag. 420;

¹³³ Cfr. E. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2006, pag. 347 e ss.

3. La procedura d'infrazione

Nel settembre 2013 la Commissione UE ha aperto una nuova procedura d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE contro l'Italia per i limiti posti alla responsabilità civile dei giudici nell'applicazione del diritto europeo. Tale decisione è derivata dal mancato rispetto della condanna decretata per lo stesso motivo dalla Corte di giustizia UE nel novembre 2011. In questa circostanza infatti, la Corte aveva chiesto all'Italia di modificare la legge 117/1988 sulla responsabilità civile dei giudici perché, circoscrivendola alle sole ipotesi di dolo e colpa grave, limitava in modo ingiustificato la responsabilità dello Stato ostacolando la corretta applicazione del diritto comunitario.

La sentenza del 2011 costituisce l'epilogo di una prima procedura d'infrazione avviata contro l'Italia per aver disatteso la sentenza C-379/10¹³⁴ *Commissione v. Italia* con cui la Corte di Giustizia aveva intimato all'Italia di adeguarsi al diritto comunitario, integrando la legge sulla responsabilità civile dei magistrati con la previsione per il danneggiato di agire contro lo Stato per il risarcimento dei danni anche qualora la sentenza definitiva fosse frutto di un'errata interpretazione delle norme europee o di un'erronea valutazione dei fatti e delle prove ovvero di una violazione manifesta del diritto europeo vigente.

Con la sentenza del 2011, La Corte di Lussemburgo ha appunto affermato che la Repubblica Italiana è venuta meno agli obblighi su di essa incombenti, in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto UE da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, applicando il disposto della legge 117/88 che esclude la responsabilità a seguito di attività interpretativa.

¹³⁴ Il disegno di legge comunitaria per il 2010 aveva incluso una specifica disposizione in materia (l'art.18) incidente sui presupposti della responsabilità civile dei magistrati, ma la Camera dei Deputati ne aveva disposto la soppressione, così si è giunti alla procedura d'infrazione n.2009/2230 sfociata, appunto, nella causa C-379/10.

Tale modifica legislativa non è mai intervenuta, per cui con la sentenza del 2011 la Corte ha nuovamente rivolto all'Italia le medesime contestazioni, specificando, in particolar modo, la necessità di prevedere la responsabilità civile per “manifesta violazione del diritto europeo”, dovendo tale responsabilità ricadere sullo Stato (ma non necessariamente sui magistrati).

In particolar modo, la Commissione ha rilevato come, dall'interpretazione costante fornita dalla giurisprudenza della Cassazione risulti delineata una condizione della colpa grave più rigorosa, rispetto alla condizione di “violazione manifesta del diritto vigente”, indicata dalla CGUE¹³⁵.

La conseguenza di tutto ciò è che non è più possibile procrastinare la riforma sulla responsabilità civile del giudice, pena una terza procedura d'infrazione, argomento che si tratterà più approfonditamente nel successivo capitolo.

Importante, però, è sottolineare sin da ora come la stessa Corte di Lussemburgo abbia chiarito che unico responsabile sia lo Stato, non il giudice; dunque, anche in una prospettiva di riforma, nulla viene imposto dall'UE circa una responsabilità diretta del giudice, quanto semmai una rimodulazione del concetto di colpa dello stesso, come appena evidenziato.

¹³⁵ A riguardo, cfr. Troilo, Ancora in tema di responsabilità civile dei magistrati: gli sviluppi recenti, in Consulta online, pag. 6, nota 17: *La Commissione ha rilevato che “la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione, fermo restando che essa non riguarda disposizioni connesse con l'interpretazione del diritto dell'Unione, ha interpretato la nozione di colpa grave in termini estremamente restrittivi il che, in contrasto con i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, determina una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove”. A tal riguardo, la Commissione richiama due sentenze di detto giudice, pronunciate, in data 5/7/2007 n.15227 e 18/3/2008 n.7272, secondo cui tale nozione sarebbe interpretata, sostanzialmente, in termini tali da coincidere con il “carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione” effettuata dal magistrato. In tal senso, la Commissione menziona, in particolare, la massima della seconda delle citate sentenze in cui la Suprema Corte di Cassazione avrebbe affermato che i presupposti previsti dall'art.2, terzo comma, lett. a), della 117/88 sussistono “allorquando, nel corso dell'attività giurisdizionale, [...] si sia concretizzata una 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”.*

CAPITOLO QUARTO

PROFILI ODIERNI: POSSIBILI MODIFICHE ALL'ORIZZONTE

SOMMARIO: 1. Alcuni recenti tentativi – 2. Gli odierni lavori in corso: il d.d.l. S 374 – 3. Legge 117/88: istruzioni per l'uso; due pareri autorevoli

Come si è potuto rilevare a seguito dello studio compiuto sulla legge 117/88, appare evidente la necessità di una revisione di tale normativa, che è attualmente ridotta poco più che allo stato di lettera morta.

Ci sono infatti voluti dieci anni per riuscire ad ottenerne una prima applicazione¹³⁶ e numerose sono le spinte provenienti dall'UE che auspicano una riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati.

Qualcosa è già avvenuto in tal senso, in particolar modo alcuni disegni di legge meritano la nostra attenzione, soprattutto in quanto permettono di compiere riflessioni su ciò che potrebbe cambiare in questo settore.

In particolar modo, ci si soffermerà sull'emendamento Pini proposto in seguito al d.d.l. C. 4059 sull'attuazione degli obblighi comunitari e sul disegno di legge S374 in corso di esame di commissione al Senato

A tal proposito, è utile anche ricordare la posizione del Consiglio Superiore della Magistratura, intervenuto anche con parere il 14 marzo 2012, a proposito delle diverse pressioni auspicanti l'introduzione di una responsabilità diretta del magistrato; il C.S.M. fa, infatti, notare come ciò potrebbe rendere "il sistema giudiziario italiano davvero ingestibile a causa della concreta possibilità che si verifichi un intreccio paradossale fra l'esercizio della funzione giudiziaria e la difesa personale del giudice chiamato a rispondere in prima persona per un'azione risarcitoria nei suoi confronti, con il rischio che

¹³⁶Cfr. A. M. Benedetti, *La prima condanna dello Stato per grave negligenza di un magistrato*, in *Danno e Responsabilità*, 1988, pag. 1120.

le parti, attraverso l'esercizio immediato e diretto dell'azione nei confronti del magistrato, possano costringere il giudice non gradito all'astensione, ovvero, possano, indirettamente, scegliersi il proprio giudice"¹³⁷.

1. Alcuni recenti tentativi

ART. 18¹³⁸:

(Attuazione della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA (causa C-173/03) e adeguamento alla procedura di infrazione n. 2009/2230).

1. All'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, sono apportate le seguenti modificazioni:

*a) al comma 1, le parole: « con dolo o colpa grave » sono sostituite dalle seguenti:
« in violazione manifesta del diritto »;*

c) il comma 2 è abrogato.

Il sopra riportato art. 18 era stato proposto quale emendamento al d.d.l. C. 4059, iniziativa però respinta alla Camera che si è espressa con 22

¹³⁷ Così il C.S.M. nel parere espresso ai sensi dell'art. 10 l. n. 195/58, sulla modifica dell'art. 2 l. 117/88 a seguito dell'emendamento n. 30.052 al d.d.l. 4623-A, in www.consiglionazionaleforense.it

¹³⁸ Cfr. Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, d.d.l. 4059-A/R, XVI Legislatura, Disegni di legge e relazioni, pag. 38

voti favorevoli al mantenimento di tale articolo e 280 contrari. L'esito è dunque stato la respinta.

Si può certamente notare come la leva su cui si è tentato di fare forza per riformare la normativa sulla responsabilità civile è proprio la nuova locuzione richiamata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, avente ad oggetto la "violazione manifesta del diritto".

Sempre sulla scia delle sentenze europee, il 2 febbraio 2012 la Camera dei deputati, nonostante il parere contrario del Governo, aveva approvato con voto segreto (stavolta 264 voti favorevoli e 211 contrari) un emendamento all'art. 25 del disegno di legge comunitaria annuale per il 2011, presentato dall'on. Gianluca Pini, recante una modifica al tanto discusso art. 2 della legge n. 117 del 1988.

Di seguito è riportato l'emendamento proposto:

"1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato in violazione manifesta del diritto o con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato e contro il soggetto riconosciuto colpevole per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale. Costituisce dolo il carattere intenzionale della violazione del diritto";

"2. Salvo i casi previsti dai commi 3 e 3-bis, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di valutazione del fatto e delle prove";

“3-bis. Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell’errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell’Unione Europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un’istituzione dell’Unione europea, non abbia osservato l’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea”.

Il comma 3 dell’art. 2 non sarebbe, invece, stato oggetto di modifiche.

Vediamo più nel dettaglio cosa sarebbe cambiato:

Intanto, la responsabilità del magistrato sarebbe stata così ampliata fino a ricomprendere, oltre che ai casi di dolo, colpa grave e diniego di giustizia, anche la *manifesta violazione del diritto*, in piena adesione con quanto espresso dalla CGUE. Questa modifica avrebbe avuto anche un ulteriore riverbero sulla legge Vassalli: la parziale espunzione dalla clausola di salvaguardia, ossia dall’esenzione da responsabilità dell’attività di interpretazione delle norme.

Ancora, sarebbe stata introdotta nel nostro ordinamento la tanto discussa azione diretta nei confronti del magistrato, attraverso cui il preteso danneggiato avrebbe potuto agire in giudizio direttamente contro il magistrato ritenuto danneggiante e non più soltanto contro lo Stato.

I promotori di tale modifica si prefiggevano in tal modo di riuscire non solo a dare attuazione alle disposizioni e agli obblighi imposti dall’UE,

ma anche di riuscire a rendere davvero concretamente attuata, e non solo astrattamente attuabile, la disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati.

Le opinioni contrarie, invece, continuano a fondarsi sugli aspetti maggiormente e da sempre critici della normativa: il rischio di erodere l'indipendenza e la serenità del giudizio dei magistrati, esponendoli ad una sorta di "pressione psicologica" dovuta all'immediata azione esperibile direttamente contro di loro da parte dei privati; il tutto potendosi tradurre anche in un calo della qualità di pronunce emesse, espresse non più con l'obiettivo di applicare il diritto, ma con quello, peraltro del tutto personale, di evitare di incorrere in azioni giudiziarie.

Ulteriori problemi sono stati riscontrati, inoltre, proprio a proposito del significato esatto da attribuire alla nuova formula "manifesta violazione del diritto", ritenuta connotata da una genericità ed un'astrattezza talmente assolute, da ampliare notevolmente la responsabilità sulla base di una fattispecie "legislativamente indefinita" e suscettibile delle più diverse interpretazioni.

A seguito di tali discussioni, il disegno di legge comunitaria in esame è stato trasmesso al Senato, affinché la Commissione Giustizia potesse svolgere un'indagine conoscitiva sulle problematiche connesse alle responsabilità civili dei magistrati.

La Commissione ha, successivamente, reso il proprio parere sulla misura, dichiarandosi contraria alla responsabilità civile diretta, ma affermando al contempo che il magistrato dovrebbe essere litisconsorte necessario nelle cause intentate dai cittadini che richiedessero allo Stato il risarcimento dei danni per asserita "malagiustizia". Con tale soluzione prospettata si sosteneva di poter evitare rischi di compromissione dell'*iter* processuale, dato che qualsiasi azione risarcitoria si sarebbe così potuta intentare solo al termine del giudizio

o, comunque, una volta che il magistrato chiamato in causa non fosse più coinvolto¹³⁹.

Infine, vi è stato l'intervento del Governo che ha presentato un emendamento al testo del disegno di legge comunitaria. Con tale

¹³⁹ Il parere della Commissione Giustizia è stato ripreso da un emendamento al testo del d.d.l. comunitaria presentato da alcuni senatori del Popolo della Libertà, che prevede: «1. Dopo l'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, è inserito il seguente: "Art. 2-bis. – (Responsabilità per violazione del diritto dell'Unione europea). – 1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di una violazione del diritto dell'Unione europea imputabile ad una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento del danno. 2. La responsabilità speciale di cui al precedente comma è subordinata alle condizioni seguenti: a) la norma violata è preordinata a conferire diritti ai singoli; b) la violazione è grave e manifesta; c) esiste un nesso causale diretto tra la violazione e il danno subito dai soggetti lesi. 3. Ai fini della qualificazione della violazione come grave e manifesta dovrà, in particolare, tenersi conto del grado di chiarezza e precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o ignorabilità dell'errore di diritto, della posizione eventualmente adottata da un'istituzione dell'Unione europea, dell'aver ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia, dell'inosservanza da parte dell'organo giurisdizionale di ultimo grado dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 4. L'attività di interpretazione delle norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non esclude la responsabilità se ricorrono le condizioni di cui ai commi precedenti"; 2. L'articolo 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117 è abrogato; 3. L'articolo 6 della legge 13 aprile 1988, n. 117 è sostituito dal seguente: "Art. 6. – (Litisconsorzio necessario). – 1. L'azione di risarcimento deve essere promossa, ai sensi dell'articolo 102 del codice di procedura civile, anche nei confronti del magistrato il cui comportamento, atto o provvedimento rileva in giudizio. 2. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato fa stato nel giudizio di rivalsa. Non fa stato nel procedimento disciplinare.". 4. Al comma 1 dell'articolo 7 le parole: "entro un anno" sono sostituite dalle seguenti: "entro due anni", le parole: "stipulato dopo la dichiarazione di ammissibilità di cui all'articolo 5," sono soppresse, e le parole: "esercita l'azione di rivalsa" sono sostituite dalle seguenti: "deve esercitare l'azione di rivalsa". 5. Al comma 3 dell'articolo 8 le parole: "una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio" sono sostituite dalle seguenti: "una somma pari ai due terzi di una annualità dello stipendio" e, nel terzo periodo, le parole: "in misura superiore al quinto" sono sostituite dalle seguenti: "in misura superiore al terzo".». I senatori del Partito democratico hanno, invece, proposto di sostituire l'articolo 25 del d.d.l. comunitaria con il seguente: «Art. 25. – (Norme in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea in attuazione delle sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione europea). – 1. Lo Stato è responsabile per i danni ingiusti arrecati ai singoli, quando un organo giurisdizionale di ultimo grado viola manifestamente il diritto dell'Unione europea, sempre che la norma violata attribuisca diritti ai singoli e sussista un nesso causale diretto tra la violazione manifesta e il danno subito dall'interessato. In tal caso quest'ultimo può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale. 2. La responsabilità dello Stato prevista dal comma 1 sussiste anche quando ad una norma di diritto sostanziale o procedurale dell'Unione europea è data in modo inescusabile una applicazione manifestamente erranea. 3. Al fine di valutare se vi sia stata violazione del diritto dell'Unione europea ai sensi del presente articolo, occorre tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, dell'ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, della mancata osservanza da parte dell'organo giurisdizionale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

modifica si è ripristinato il principio della responsabilità civile indiretta, stabilendo che chi ha subito “un danno ingiusto posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell’esercizio delle sue funzioni, può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivano da privazione della libertà personale”. Lo Stato si sarebbe poi potuto rivalere necessariamente nei confronti del magistrato, entro due anni, prevedendo peraltro una trattenuta superiore a quella indicata dalla legge Vassalli, ossia fino alla metà della sua retribuzione annuale per compensare quanto versato al cittadino danneggiato; il tutto non potendo, comunque, superare un terzo dello stipendio netto.

L’emendamento avrebbe voluto sostituire alla “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile”, la “violazione manifesta della legge e del diritto comunitario”¹⁴⁰.

Un cambiamento concreto in tal senso non si è però attuato.

¹⁴⁰ Il testo dell’emendamento governativo è il seguente: «Al comma 1, apportare le seguenti modificazioni: Sostituire la lettera a) con la seguente: «a) il comma 1 è sostituito dal seguente: “1. Chi ha subito un danno ingiusto per diniego di giustizia ovvero per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario, posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell’esercizio delle sue funzioni, può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivano da privazione della libertà personale.”»; sostituire la lettera b) con la seguente: «b) il comma 2 è soppresso»; sostituire la lettera c) con la seguente: «c) al comma 3, lettera a), le parole da: “la grave violazione” a: “negligenza inescusabile” sono sostituite dalle seguenti: “la violazione manifesta della legge e del diritto comunitario”»; dopo la lettera c), aggiungere la seguente: «d) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: “3-bis. Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge e del diritto comunitario si tiene conto del grado di chiarezza e precisione delle norme violate, dell’inexcusabile negligenza nell’errore e della gravità dell’inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell’Unione europea si deve tenere conto della violazione dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea”».». Dopo il comma 1, aggiungere i seguenti: «1-bis. All’articolo 7, comma 1, sono apportate le seguenti modificazioni: le parole: “entro un anno” sono sostituite dalle seguenti: “entro due anni”; e la parola: “esercita” è sostituita dalle seguenti: “deve esercitare”»; 1-ter. All’articolo: 8, comma 3, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al primo periodo, le parole: “pari al terzo” sono sostituite dalle seguenti: “pari alla metà”; b) al terzo periodo, la parola “quinto” è sostituita dalla seguente: “terzo”».

2. Gli odierni lavori in corso

Come appena visto, i tentativi sin ora compiuti per mutare la disciplina della legge Vassalli non sono andati a buon fine, non riuscendo mai a concretizzarsi. Seguendo la massima dell'Alfieri *“volli, e volli sempre, e fortissimamente volli”*¹⁴¹ è ora all'esame della commissione del Senato un nuovo disegno di legge, proposto dal sen. Lucio Barani il 4 aprile 2013.

Qui di seguito si riporta il testo del disegno proposto:

Art. 1¹⁴²:

Alla legge 13 aprile 1988, n. 117, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 2:

1) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. Chi ha subito danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere da un magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia deve agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali»;

2) i commi 2 e 3 sono abrogati;

b) l'articolo 3 è abrogato;

c) all'articolo 4:

1) il primo periodo del comma 1 è sostituito dal seguente: «L'azione di risarcimento si esercita contro lo Stato, nella persona del Presidente del Consiglio dei ministri»;

¹⁴¹ Così il conte Vittorio Alfieri nella lettera responsiva a Ranieri de' Calsabigi, 1783

¹⁴² Cfr. Atti Parlamentari Senato della Repubblica, XVII Legislatura, n. 374, pag. 6

2) il comma 2 è sostituito dal seguente: «2. L'azione di risarcimento può essere esercitata solo quando il procedimento in cui si è avuto il comportamento, l'atto o il provvedimento giudiziale dannoso è definitivamente concluso»;

3) i commi 3, 4 e 5 sono abrogati;

d) **gli articoli 5 e 6 sono abrogati;**

e) **all'articolo 7:**

1) il comma 1 è sostituito dal seguente: «1. Lo Stato, dopo aver provveduto a rimborsare il danneggiato, è tenuto all'azione di rivalsa nei confronti del magistrato danneggiante per il rimborso dell'intero onere sostenuto»;

2) i commi 2 e 3 sono abrogati;

f) il comma 2 dell'**articolo 8** è sostituito dal seguente: «2. L'azione di rivalsa è proposta davanti alla Corte dei conti».

Se la proposta proseguisse l'iter legislativo fino all'emanazione, la disciplina in esame subirebbe cambiamenti importanti. Vediamoli più nel dettaglio:

1) Il primo comma dell'art. 2 nella nuova formulazione reca due significative novità: *in primis*, la sostituzione del verbo “può” con il più imperativo “deve”, con riferimento all'azione da intraprendere da parte del cittadino danneggiato, dipinge la situazione con connotati fortemente volitivi, che paiono quasi sottolineare la legittimità di tale pretesa processuale; in secondo luogo, cogliendo il recente orientamento della giurisprudenza in tema di risarcimento dei danni, la modifica introdurrebbe la possibilità di ottenere la liquidazione dei danni tanto patrimoniali quanto non patrimoniali, prescindendo per i secondi dall'avvenuta o meno privazione della libertà personale, sulla base quindi di un “qualsiasi interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento”, contemporanea

tendenza analizzata precedentemente nel presente studio. (Cfr. Cap. 1, paragrafo 8.2).

- 2) Ancora, la nuova disposizione eliminerebbe radicalmente la c.d. clausola di salvaguardia, nonché le definizioni di colpa grave e diniego di giustizia. Tenendo conto che il disegno di legge non contempla una responsabilità diretta del magistrato, ma sempre una responsabilità indiretta dello Stato per le condotte del suo funzionario, all'esclusione di tali previsioni normative non dovrebbe conseguire alcuna limitazione o condizionamento all'indipendenza ed all'imparzialità della classe giudicante, traducendosi tale innovazione semplicemente in un più facile accesso all'azione di responsabilità per il cittadino.
- 3) Per quanto attiene alla competenza e ai termini previsti dall'art. 4, invece, il suddetto articolo verrebbe notevolmente sfoltito dalla nuova normativa, prevedendosi infatti quale tetto unicamente la definitiva conclusione del procedimento in cui si sia verificato il comportamento, l'atto o il provvedimento giudiziale dannoso. Dunque, verrebbe a mancare il requisito del previo esaurimento dei rimedi endo-processuali, così come qualsiasi altro termine precedentemente contemplato dai commi terzo e quarto dell'analizzato articolo.
- 4) Altra rilevante novità introdotta dal disegno di legge è costituita, certamente, dall'eliminazione altresì del "filtro di ammissibilità", passaggio che, come si è avuto modo di appurare, si rivelava più che una fase di delibazione una ghigliottina di ricorsi volti a far valere la responsabilità civile. Anche l'abrogazione dell'art. 6 reca con sé un'importante rivoluzione normativa: il magistrato, parte processuale nel procedimento inerente la sua responsabilità, è equiparato a qualsiasi altro soggetto, quanto alla disciplina dell'intervento, non vigendo più il divieto della chiamata in

giudizio, ergo da intendersi sia come suscettibile di chiamata in giudizio ad opera del giudice quanto della parte. Una chiamata in giudizio che, stavolta, comporterebbe ripercussioni sia in sede di rivalsa che di procedimento disciplinare, in quanto la decisione pronunciata nel giudizio di responsabilità farebbe stato anche negli altri contesti.

- 5) Infine, per quanto concerne l'azione di rivalsa comunque promossa dallo Stato che abbia previamente soddisfatto le pretese risarcitorie avanzate dal privato vittorioso in giudizio, si profilerebbe un rimborso totale dell'onere sostenuto, non essendo più previste limitazioni in tal senso; non solo, dall'abrogazione del secondo comma discenderebbe, a contrario, la possibilità per lo Stato di opporre altresì la transazione al magistrato, tanto nel giudizio di rivalsa quanto in quello disciplinare. Inoltre, con la soppressione anche del terzo comma dell'art. 7, cadrebbero le differenze in sede di rivalsa riguardanti i giudici conciliatori, popolari, nonché i cittadini estranei alla magistratura che abbiano concorso a formare o abbiano formato organi giudiziali collegiali. Tra l'altro, quanto alla competenza per l'azione della rivalsa, questa spetterebbe direttamente alla Corte dei Conti e non più al tribunale.

Dall'analisi appena compiuta traspare l'ambiziosa intenzione di creare una normativa più snella, tale da permettere un'effettiva applicazione della responsabilità qui disciplinata, attraverso disposizioni sicuramente più favorevoli al cittadino quanto a praticità ed efficacia della legislazione, ma che al contempo non cancellino con un tratto di penna l'irrinunciabile indipendenza di cui i magistrati devono godere nell'esercizio delle proprie funzioni.

Tutto ciò è riscontabile anche nelle parole che lo stesso sen. Burani ha rivolto ai suoi colleghi in sede di presentazione di tale disegno di legge: *“In questi termini l'indipendenza rimarrebbe garantita: 1)*

riconoscendo la legittimazione passiva in capo allo Stato salva successiva rivalsa, la quale garantirebbe la serenità del magistrato nell'esercizio della funzione, che potrebbe altrimenti essere turbata da un'azione diretta. Ciò sarebbe conforme al disposto dell'articolo 28 della Costituzione, come interpretato dalla Consulta. Questa, infatti, ha chiarito (sentenza n. 2 del 1968) che se una norma legislativa sulla responsabilità del funzionario non la nega totalmente o non esclude del tutto quella dello Stato, essa è costituzionalmente legittima e ciò anche qualora ci si discosti dal regime ordinario o si operi una differenziazione per categorie di funzionari; 2) subordinando l'azione all'esaurimento del procedimento in cui è stato tenuto il comportamento lesivo, anche al fine di scongiurare il rischio di processi paralleli, magari con esiti contraddittori, o forme di intimidazione o di ricusazione improprie. Tanto basta a non vedere vanificata l'indipendenza della magistratura e la legittima pretesa del privato cittadino danneggiato".

Una nota stridente in tale formulazione, parrebbe delinearsi nell'esame del combinato disposto degli artt. 7 e 8 a seguito delle modifiche che vorrebbero introdursi: infatti, prevedendo il nuovo articolo 7 la possibilità dello Stato di esperire l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato per ottenere il rimborso dell'intero onere sostenuto, non si comprende bene come tale disposizione possa coesistere con i commi terzo e quarto dell'art. 8, contemplanti tetti massimi circa la misura economica della rivalsa.

3. Legge 117/88: istruzioni per l'uso; due pareri autorevoli

Come in tutte le circostanze delicate e in fieri, la confusione e l'incertezza regnano incontrastate sovrane.

Pare allora appropriato tirare le fila di quanto precedentemente proposto, affidandosi alle parole del Consiglio Superiore della Magistratura e di Giuliano Scarselli, così che due autorevoli posizioni possano fornire un quadro completo, ma al contempo essenziale del problema affrontato in questo studio.

Quanto al C.S.M., naturalmente il ruolo che esso riveste fa sì che l'approccio alla tematica affrontata sia *“magistraturamente orientato”* (mi si passi il neologismo) e non potrebbe essere altrimenti; ma proprio per tale motivo è utile riportarlo, in quanto focalizza con poche frasi i punti maggiormente critici della disciplina, dal punto di vista del giudice.

“La materia – come già evidenziato nella risoluzione del 28 giugno 2011 – può essere oggetto di una rivisitazione [...] in modo da assicurare al singolo un pieno risarcimento dell'eventuale danno subito dalla manifesta violazione da parte dello Stato di una norma di diritto comunitario, disciplinando secondo le norme del diritto interno i presupposti ed i criteri per la rivalsa nei confronti del singolo magistrato.

Ciò può avvenire disancorando la responsabilità dello Stato da quella del Magistrato, non più integralmente sovrapposte l'una all'altra, sicché per un verso si assicura la piena tutela risarcitoria in caso di *error in iudicando*, per altro verso non si snaturano i principi di autonomia ed indipendenza della magistratura, così preservando l'essenza dell'attività giurisdizionale: l'attività interpretativa delle norme e valutativa del materiale probatorio acquisito. Tale sistema è conforme agli altri

ordinamenti europei ed è l'unico in grado di impedire l'insorgenza di contenzioso sul contenzioso già definito"¹⁴³.

Dunque: rivalsa, autonomia ed indipendenza, attività interpretativa e regolare svolgersi *dell'iter* processuale sono i temi caldi, la cui necessaria tutela emerge quale esigenza primaria da assolvere, qualsiasi che sia la riforma da realizzare.

“In sintesi, seppur ogni proposta debba essere oggetto di attente riflessioni per la delicatezza della materia, io credo che i temi per una possibile riforma della responsabilità civile del giudice potrebbero essere questi: a) introduzione dell'impugnazione per revocazione avverso le sentenze per “violazione manifesta del diritto”, fattispecie comprendente (anche) la mancata applicazione del diritto comunitario; b) previsione della partecipazione necessaria al processo del giudice ritenuto responsabile quale litisconsorte necessario, seppur ferma l'azione contro lo Stato quale soggetto passivo tenuto al risarcimento del danno; c) esclusione della clausola c.d. di salvaguardia con riferimento all'applicazione e all'interpretazione di norme processuali che riguardino il comportamento del giudice, e con riferimento ad ogni decisione che il giudice assuma d'ufficio”¹⁴⁴.

Soprattutto v'è la necessità, secondo quanto ci chiede la Corte di Giustizia, di aggiungere, tra le fonti di responsabilità, oltre al dolo e alla colpa grave anche la “violazione manifesta del diritto”; ed inoltre,

¹⁴³ Così il C.S.M. nel parere espresso ai sensi dell'art. 10 l. n. 195/58, sulla modifica dell'art. 2 l. 117/88 a seguito dell'emendamento n. 30.052 al d.d.l. 4623-A, in www.consiglionazionaleforense.it

¹⁴⁴ Cfr. anche Calamandrei, *La Cassazione civile II*, Opere giuridiche, Napoli, 1976, VII, pag. 38 : “*La posizione del giudice [rispetto alle norme processuali] non è diversa dalla posizione in cui può trovarsi di fronte alla legge qualsiasi funzionario dello Stato investito di un pubblico ufficio che pur non abbia natura giudiziaria [...]: qui si tratta per il giudice, come in altri casi si tratterebbe per il funzionario amministrativo o per il privato cittadini, di eseguire la legge, di agire secondo la legge; e se il giudice in procedendo si sottrae all'adempimento dell'obbligo che gli deriva da qualche prescrizione processuale e incorre in quella trasgressione del diritto che si chiama tipicamente error in procedendo, egli commette con questo “un'inesecuzione” di legge perfettamente simile a quella che di fronte ad altre norme giuridiche può essere commessa anche da chi non sia giudice*”. Sulla base di ciò, è possibile sostenere l'esclusione, comunque, della clausola di salvaguardia al di fuori di ipotesi pertinenti l'attività decisoria del giudice, quali ad esempio, quelle rientranti nell'alveo esecutivo, cautelare o di giurisdizione volontaria.

direi, la colpa grave non può più essere, come oggi, tipicizzata nei soli casi particolari previsti dall'art. 2 della l. 117/88, ma ogni colpa grave deve poter dare diritto al cittadino leso di ottenere dallo Stato il risarcimento del danno; e quindi il comma terzo dell'art. 2 andrebbe semplicemente abrogato. [...]

Immutato, invece, a mio parere, deve rimanere il testo del secondo comma dell'art. 4, o comunque il principio che esso sottintende, in quanto non è assolutamente opportuno che l'azione civile di responsabilità possa esercitarsi pendente lite¹⁴⁵. [...] ¹⁴⁶”.

Differente è, invece, la posizione di Scarselli: l'approccio maggiormente processualistico fa sì che risultino messi in evidenza aspetti del tutto tralasciati dal C.S.M., come l'introduzione di una nuova ipotesi di revocazione, la partecipazione del giudice al processo come litisconsorte necessario e, ancora, la totale esclusione della clausola di salvaguardia.

La parola d'ordine appare, quindi, sfrondare, ridurre ai minimi termini davvero necessari le tutele, affinché tale disciplina possa realmente essere, e non solo dirsi, un condensato di valori costituzionalmente garantiti e bilanciati.

¹⁴⁵ L'autore ritiene, peraltro, che si debba modificare il termine di decadenza di due anni di cui all'art. 4, secondo comma, l. 117/88; ciò non solo perché due anni sono un termine troppo breve, ma soprattutto perché, avendo ad oggetto la responsabilità civile del giudice una responsabilità extracontrattuale (v. ancora le pronunce della Corte di Giustizia, che parlano di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri), il termine per agire in giudizio dovrebbe essere portato a cinque anni, in conformità con l'art. 2947 c.c.

¹⁴⁶ G. Scarselli, *Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice*, in *Il giusto processo civile*, n.4/2013, pagg. 1054-1055

CONCLUSIONI

“Qui patriam conservaverint, adiuverint, auxerint, certum esse in caelo definitum locum, ubi beati aevo sempiterno fruuntur¹⁴⁷”.

Cicerone, uomo di diritto, già nel I secolo a.C. aveva colto gli aspetti più critici nel rivestire ruoli implicanti l'esercizio e il rispetto della legge; a tal proposito lancia un monito, che è però una rassicurazione al contempo: per tutti coloro che abbiano conservato gli ordinamenti della patria, si siano adoperati per essa e l'abbiano accresciuta, in cielo è stato riservato un posto ben preciso, dove in una condizione di grazia fruiscono di una vita sempiterna.

Il tema della responsabilità del giudice, non è un argomento sensibile “soltanto” dal punto di vista ordinamentale, giuridico e politico, ma lo è soprattutto in quanto va a scuotere quelli che sono i cardini della civile convivenza sociale, perché volente o nolente agisce similmente alla “livella” del principe De Curtis, ponendo giudici e giudicati sullo stesso piano.

In tal senso, icastica è la posizione espressa da Nicolò Zanon¹⁴⁸: “Il modello di responsabilità vigente (una responsabilità sostanzialmente indiretta e mediata dallo Stato), a prescindere dalla sua ineffettualità, è forse coerente solo con ciò che il giudice è dal punto di vista burocratico, cioè con l'esistenza di un suo rapporto organico con lo Stato. Ma quella barriera, tra giudice e danneggiato non è coerente con una concezione realistica di ciò che fa nella nostra realtà il giudice, quale operatore professionale del diritto accanto ad altri operatori professionali, nell'ambito di una società e di un mercato di utenti, che al giudice si rivolgono alla ricerca di un servizio”.

¹⁴⁷ Cicerone, *Somnium Scipionis*, 15

¹⁴⁸ N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, AIC, 2004, in Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, XVII Legislatura, Disegni di legge e relazioni n. 374, pag. 3

Dunque, a bene vedere il problema è aperto e resterà aperto finché esisteranno aggregazioni di comunità civili. Nel nostro Stato, però, retto da una solida Costituzione, questa è allora l'unico faro da cui farsi guidare, al di là dei preconcetti e delle ideologie, perché spurgata di ciò la responsabilità civile del giudice sia quello che nella sua stessa definizione ci si attende che sia: uno strumento che responsabilizzi chi siede su uno scranno, che permetta a chi da questi è giudicato di ricevere un ristoro per i danni eventualmente subiti, senza che ciò si trasformi in un ricatto sociale per il primo e una balia¹⁴⁹ autoritaria e priva di tutele per il secondo.

Importante è però porre l'attenzione affinché, colti dalla smania di cambiare, dalla pressione esercitata dall'opinione pubblica, non si finisca per realizzare la profezia di Tancredi Falconeri: "Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi"¹⁵⁰.

Anche perché, a ben vedere, "con la magistratura non si scherza, è l'unica cosa seria che ci sia rimasta"¹⁵¹.

¹⁴⁹ Termine non scelto a caso, in quanto i c.d. "**Otto di balia**", erano gli otto magistrati con poteri assoluti creati a Firenze nella guerra contro Pisa nel 1363.

¹⁵⁰ Tancredi Falconeri, nipote del Principe Fabrizio, ne "Il Gattopardo".

¹⁵¹ Sagace e sempre attuale frase di Totò.

BIBLIOGRAFIA

- Alfieri V., in Lettera responsiva a Ranieri de' Calsabigi, 1783.
- Andrioli, Commento al codice di procedura civile, I, Napoli, 1961.
- Angeloni F., Ancora sul precedente di Cassazione: Questa volta sotto il profilo della responsabilità civile del magistrato che lo disattende senza indicare le ragioni della propria decisione, in Contratto e Impresa, 2001.
- Attardi, Note sulla nuova legge sulla responsabilità dei magistrati, in Giurisprudenza Italiana, IV, 1988.
- Atti Parlamentari, Camera dei Deputati, d.d.l. 4059-A/R, XVI Legislatura, Disegni di legge e relazioni, 2011.
- Benedetti A. M., Danno e Responsabilità, n.11, 1998.
- Biondi F., La responsabilità del magistrato, Milano, 2006.
- Bonaccorsi F., I primi vent'anni della legge 177/88 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma, in Danno e Responsabilità, n. 11, 2008.
- Bonanni A., Archivio della nuova procedura penale, 2013.
- Breccia – Pizzorusso, La responsabilità dello Stato, a cura di F. Dal Canto, Pisa, 2006.
- Calamandrei, La Cassazione civile II, Opere giuridiche, Napoli, 1976.
- Camera dei Deputati, Dossier di documentazione del Dipartimento Giustizia, Responsabilità civile dei magistrati - La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, 2011.
- Capponi, Briguglio, Siracusano, Martino, Vaccarella, La responsabilità civile dello stato giudice, a cura di Vaccarella – Picardi, CEDAM, Padova, 1990.
- Carnelutti, Istituzioni del nuovo processo civile italiano, I, Roma, 1956.
- Carpi- Turuffo, Codice di Procedura Civile Commentato, 2013.
- Cenci D., Limiti alla responsabilità civile dei magistrati per i danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, Giurisprudenza Italiana, IV, 1996.

Chiovenda G., La condanna alle spese giudiziali, II, Roma, 1953.

Chiti M. P., La responsabilità civile dei giudici quale “Cavallo di Troia” per modificare il riparto della giurisdizione?”, Giornale di diritto amministrativo, n.10, 2012.

Cicala M., Rassegna di giurisprudenza sulla responsabilità civile dei magistrati, www.giustiziacarita.it

Cicerone, Somnium Scipionis, circa 54 a.C.

Cirillo - Sorrentino, in La responsabilità del giudice, Napoli, 1988.

Code Louis, I, Ordonnance civile, 1667.

Consolo C., Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1989.

De Crescenzo U., Il Fallimento, n. 11, 2002.

Duni G., Interessi legittimi, risarcimento del danno e doppia tutela. La Cassazione ha compiuto la rivoluzione, Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana, 1999, II.

Fazzalari E., Nuovi profili della responsabilità civile del giudice, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, n. 4 1988.

Ferri G., consultaonline.it

Flick G. M., La responsabilità civile dei magistrati, le proposte di modifica tra disinformazione e realtà, L.E.G.O., 2013.

Flick G. M., www.federalismi.it

Galgano F., I fatti illeciti, CEDAM, 2008.

Galgano F., Le mobili frontiere del danno ingiusto, in Contratto e impresa, 1985.

Gianna G., Responsabilità civile del magistrato: un’analisi comparativa, in Professioni, 2012.

Giovenale, Saturae, 100-127 d.C.

Giuliani-Picardi, La responsabilità del giudice dallo Stato liberale allo Stato fascista, Foro Italiano, V, 1978.

- Liebman, Manuale di diritto processuale civile, I, Milano, 1980.
- Malinconico S., Diritto Processuale Amministrativo, 2006.
- Monateri P. G., La responsabilità civile, in Trattato di Diritto Civile, Torino, 1998.
- Monateri, La responsabilità civile, in Trattato di diritto civile, 1998.
- Mortara L., Principi di diritto processuale civile, terza edizione, Napoli, 1923.
- Pantano E., La Responsabilità Civile, 2008.
- Picardi N., La responsabilità del giudice: la storia continua, in Rivista di Diritto Processuale, 2007.
- Planchenstainer F., Danno e Responsabilità, 2012.
- Proto Pisani, La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati, in Foro Italiano, 1988.
- Proto Pisani, Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile, in Foro Italiano, 1985.
- Redenti, voce “Atti Processuali (Dir. Proc. Civ.)”, in Enciclopedia Del Diritto, IV, Milano, 1959.
- Roppo E., Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione, e diritto europeo: una case story in attesa del finale, in Rivista di Diritto Privato, 2006.
- Sacco F., La responsabilità del giudice, 26/2/2014, www.filodiritto.com
- Sayre - Rothman, Interpretations of Modern Legal Philosophies. Essay in Honor of Roscoe Pound, New York 1947.
- Scarselli G., Appunti sulla responsabilità civile del giudice, in Il foro Italiano, 2009.
- Scarselli G., Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice, in Il Giusto Processo Civile, n. 4, 2013.
- Scoditti E., Violazione del diritto comunitario, in Foro Italiano, 2006.
- Scotti, La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico pratico alla legge 13 aprile 1988, n.117, Milano, 1988.

Segré, Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici, in Commentario al c.p.c. diretto da Allorio, Torino, 1983.

Seligman E., La justice en France pendant la Révolution (1789-1792), Paris 1901.

Serrao E., Persona e Danno, www.personaedanno.it

Troilo S., Ancora in tema di responsabilit  civile dei magistrati: gli sviluppi pi  recenti, 2012.

Visintini G., La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilit , Padova, 1990.

Zanon N., La responsabilit  dei giudici, AIC, 2004.

www.consiglionazionaleforense.it