



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

CATTEDRA DI DIRITTO PRIVATO

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL MAGISTRATO
NEI CASI DI VIOLAZIONE MANIFESTA DELLA LEGGE
E TRAVISAMENTO DEL FATTO O DELLE PROVE

RELATORE

CHIAR.MO PROF.
MICHELE TAMPONI

CANDIDATA

MARIANNA GRAZIADEI
MATR. 131123

CORRELATORE

CHIAR.MO PROF.
ATTILIO ZIMATORE

ANNO ACCADEMICO 2018-2019

INDICE

CAPITOLO PRIMO	3
DAL CODICE DEL 1865 AI GIORNI NOSTRI	3
1.1 <i>Dal codice di procedura civile del 1865 alla legge 117/1988</i>	3
1.2 <i>La giurisprudenza della Corte di Giustizia</i>	16
1.3 <i>La riforma della legge 117/1988</i>	20
CAPITOLO SECONDO	31
LA VIOLAZIONE MANIFESTA DELLA LEGGE, NONCHÉ DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	31
2.1 <i>La violazione manifesta alla luce della modifica introdotta con L.18/2015</i>	31
2.3 <i>Notazioni utili per delimitare la fattispecie nell'ambito del diritto euro- unitario.</i>	40
2.4 <i>La violazione manifesta della legge.</i>	62
2.5 <i>La diligenza del giudice con riferimento agli usi ed al diritto straniero</i>	66
2.6 <i>Ulteriore contenuto della diligenza del giudice, non desumibile dal modificato art.2 comma 3-bis della L.117/88</i>	69
CAPITOLO TERZO	78
IL TRAVISAMENTO DEL FATTO O DELLE PROVE	78
3.1 <i>L'adeguamento della normativa, alla luce delle censure comunitarie in tema di clausola di salvaguardia.</i>	78
3.2. <i>"Errore revocatorio"</i>	79
3.3. <i>Altre notazioni a proposito dell'errore di fatto</i>	86
3.4. <i>Il travisamento del fatto o delle prove.</i>	88
3.5. <i>I lavori preparatori della Legge 18/2015.</i>	89
3.6. <i>Le interpretazioni suggerite dalla dottrina all'indomani della Legge n.18/2015.</i>	101
3.7. <i>Profili di legittimità costituzionale.</i>	106
BIBLIOGRAFIA	113

CAPITOLO PRIMO

DAL CODICE DEL 1865 AI GIORNI NOSTRI

1.1 Dal codice di procedura civile del 1865 alla legge 117/1988

La prima norma specifica in tema di responsabilità del magistrato è stata introdotta nel codice di procedura civile del 1865 attraverso l'art. 783, il quale prevedeva che *“le autorità giudiziarie e gli ufficiali del pubblico ministero sono civilmente responsabili quando nell'esercizio delle loro funzioni siano imputabili di dolo, frode o concussione; quando rifiutino di provvedere sulle domande delle parti o tralascino di giudicare o conchiudere sopra affari che si trovino in stato di essere decisi; negli altri casi dichiarati dalla legge”*.

Nonostante tale norma abbia previsto la possibilità che la legge potesse individuare un ampliamento delle fattispecie di responsabilità del magistrato ad opera di ulteriori leggi, tale facoltà non è mai stata esercitata dal legislatore, motivo per il quale le casistiche di responsabilità, collocate nell'ambito dei procedimenti speciali, rimanevano circoscritte al dolo, frode, concussione e diniego di giustizia, similmente al modello francese a cui tale norma si ispirava¹.

Il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno, mediante l'avvio dell'accertamento di responsabilità diretta del giudice, risultava ostacolato dall'esigenza che venisse proposto un preventivo ricorso alla Corte competente a giudicare, volto all'acquisizione dell'autorizzazione a procedere, nonché dal rischio di un eventuale rigetto con conseguente irrogazione di una multa nei confronti del ricorrente, a titolo di condanna.

Con le modifiche introdotte nel 1940, la disciplina in questione è stata trasferita, dall'ambito dei procedimenti speciali, all'interno delle disposizioni in generale degli organi giudiziari e dei pubblici ministeri, previste dal Libro I

¹ F. Verde, *La responsabilità del magistrato*, Bari, 2015, 11.

del codice di procedura civile. Le ipotesi di responsabilità previste dall'art. 55 riproponevano, però, le medesime fattispecie previste dal precedente art. 783 del codice del 1865, secondo cui il giudice incorreva in responsabilità quando, nell'esercizio delle proprie pubbliche funzioni, agiva con dolo o frode, oppure si macchiava del reato di concussione, nonché, infine, nell'ipotesi di diniego di giustizia.

È stato osservato² che tale disciplina appariva limitativa della responsabilità del magistrato, in quanto i comportamenti individuati rappresentavano fattispecie già penalmente rilevanti, nel cui ambito permaneva esclusa l'ipotesi di colpa grave. In particolare, secondo questa dottrina, il diniego di giustizia era sovrapponibile: all'omissione in atti d'ufficio ex art. 328 c.p.; la concussione allo stesso reato previsto dall'art. 317 c.p.; la frode risultava assimilabile all'ipotesi di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p., mentre l'ipotesi di dolo assumeva una valenza meramente residuale.

Nella nuova disciplina permaneva, inoltre, il previgente vincolo di subordinazione dell'esperimento dell'azione al preventivo ottenimento di un'autorizzazione, la cui competenza veniva, ora, attribuita al Ministero di grazie e giustizia, la cui funzione finiva per rappresentare un vero e proprio ostacolo all'ottenimento della condanna del giudice.

Tali vincoli erano frutto dell'incompatibilità concettuale della responsabilità del giudice rispetto all'esercizio della funzione giurisdizionale, improntata all'indipendenza ed autonomia, nonché dell'esigenza di perseguire il principio di immutabilità del giudicato.³

Con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1948, l'art. 28 ha sancito che “*i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente*

² Cirillo e Sorrentino, *La responsabilità del giudice*, Napoli 1988, 8 e seg..

³ Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali*, Milano 1959, 212: “la responsabilità comincia là dove il giudice finisce, e riappare la persona fisica soggetta alle norme del diritto comune...”

responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

In base all’interpretazione della Corte Costituzionale⁴, tale precetto ha previsto una responsabilità dello Stato, priva del carattere di sussidiarietà, avente carattere alternativo o cumulativo rispetto a quella dei funzionari e dei dipendenti.

In attuazione dell’art. 28 Cost. venne successivamente emanato lo “*Statuto degli impiegati civili dello Stato*”, con D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, i cui artt. 22⁵ e 23⁶ hanno assunto il ruolo di cardini del regime di responsabilità dei dipendenti pubblici - resi direttamente responsabili dei “danni ingiusti” cagionati con colpa grave o dolo nell’esercizio delle proprie attribuzioni - per cui, conseguentemente, la disciplina di cui agli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., che permaneva contestualmente in vigore, assunse il ruolo di complesso di norme di diritto speciale riferite alla responsabilità del magistrato⁷. In particolare

⁴ Corte Cost. 8 giugno 1963, n. 88.

⁵ Art. 22 - Responsabilità verso i terzi. “L’impiegato che, nell’esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell’art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L’azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l’azione diretta nei confronti dell’Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell’ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L’amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest’ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l’impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l’azione dell’Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave”.

⁶ Art. 23 - Danno ingiusto. “È danno ingiusto, agli effetti previsti dall’art. 22, quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l’impiegato abbia commesso per dolo o per colpa grave; restano salve le responsabilità più gravi previste dalle leggi vigenti. La responsabilità personale dell’impiegato sussiste tanto se la violazione del diritto del terzo sia cagionata dal compimento di atti od operazioni, quanto se la detta violazione consista nell’omissione o nel ritardo ingiustificato di atti od operazioni al cui compimento l’impiegato sia obbligato per legge o per regolamento.”

⁷ Nella sentenza n.18/1989 la Corte costituzionale ha sottolineato come “Tale sistema determinava, in un certo senso, l’inversione della situazione normativa previgente all’entrata in vigore della Costituzione, poiché, mentre a quell’epoca soltanto per i magistrati era legislativamente sancita una responsabilità diretta - sia pure nelle

l'art. 55 delimitava i casi nei quali il giudice era civilmente responsabile; l'art. 56 condizionava in vario modo l'esercizio della relativa azione; l'art. 74 estendeva tali norme anche ai magistrati del pubblico ministero che intervenivano nel processo civile.

La compatibilità delle norme di cui agli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. rispetto all'art. 28 della Costituzione, fu oggetto di una questione di legittimità costituzionale, che fu dichiarata infondata dalla Corte Costituzionale⁸, in ragione della peculiarità della funzione giurisdizionale, nonché in considerazione della natura del provvedimento giudiziario e della posizione *super partes* del magistrato, elementi ritenuti idonei a giustificare le limitazioni apposte alla responsabilità del giudice rispetto a quella genericamente prevista per gli impiegati pubblici dall'art. 28 Cost. e dallo "*Statuto degli impiegati civili dello Stato*".

In questo contesto normativo sorsero dei dibattiti in tema di responsabilità del magistrato e, in particolare, si affermò l'idea⁹ secondo cui i giudici avrebbero dovuto rispondere, se non a titolo di colpa *tout court*, al pari degli altri professionisti, quantomeno a titolo di colpa grave, similmente agli altri dipendenti pubblici, a cui pure sembravano essere parificati in forza dell'art.

limitate ipotesi anzi dette - con l'emanazione della Costituzione e poi del d.P.R. n. 3 del 1957, per gli impiegati civili dello Stato venne ad essere sancita una responsabilità più ampia, diretta verso i terzi; in rivalsa, verso lo Stato. Tale normativa si caratterizza per un diverso ambito di operatività della responsabilità civile dello Stato verso i terzi: infatti, mentre si ritiene che l'art. 23 dello statuto degli impiegati civili dello Stato, stabilendo che il dipendente risponde verso i terzi danneggiati solo se abbia agito con dolo o colpa grave, non escluda che, anche fuori da tali ipotesi, il danneggiato possa agire contro lo Stato; viceversa, in tema di danni derivanti dall'esercizio di attività giudiziaria, è principio consolidato in giurisprudenza che la responsabilità dello Stato sussiste solo nei limiti in cui si è in presenza di una responsabilità del giudice a norma dell'art. 55 c.p.c. e, cioè, solo qualora il fatto produttivo di danno sia ascrivibile a dolo, frode o concussione del giudice e nell'ipotesi di <denegata giustizia>".

⁸ Corte Costituzionale n. 2/1968.

⁹ Trimarchi, *Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino*, in *Quadrimestre*, 1985, 367-370; Cirillo e Sorrentino, *La Responsabilità del giudice*, cit., 19 e seg..

28 Cost., come dichiarato dalla Corte Costituzionale¹⁰. Tale approccio si contrapponeva a quello di chi riteneva necessario salvaguardare la funzione giurisdizionale del giudice, al fine di evitare possibili condotte auto-difensive o comportamenti volti ad evitare di giungere ad una decisione che avrebbe potuto indurre responsabilità.

Un diverso orientamento, prospettatosi in quegli anni, proponeva un nuovo bilanciamento tra la responsabilità del giudice e la tutela della sua indipendenza, attraverso la previsione della socializzazione del rischio connesso all'attività giudiziaria. In particolare, tale dottrina proponeva una scissione tra la responsabilità del giudice e dello Stato, facendo rispondere il primo per i soli casi previsti dall'artt. 55 e 74 c.p.c. e prevedendo una responsabilità dello Stato per le condotte colpose del giudice. Questo risultato sembrava raggiungibile alla luce di quanto statuito dalla Corte Costituzionale¹¹ nella sentenza con cui ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 55 e 74 del codice di procedura civile per il contrasto con l'art. 28 Cost. "poiché a differenza di questo escluderebbero in ogni caso la responsabilità civile dello Stato per i danni derivanti ai privati da atti colposi del giudice". La Corte ha *in primis* affermato che tra i "funzionari" e "dipendenti" nell'art. 28 Cost. debbano essere ricompresi non solo coloro che svolgono un'attività di ufficio amministrativo ma anche giudiziario, ricomprendendo, dunque, anche i magistrati. Il magistrato deve essere autonomo e indipendente, ma ciò non toglie che svolgendo un'attività al servizio dello Stato, non può essere posto al di sopra né dello stesso né al di fuori dell'organizzazione statale. L'articolo 28 attribuisce a tutti coloro che agiscono in nome dello Stato una responsabilità personale, esprimendo "un principio generale che da una parte li rende personalmente responsabili, ma dall'altra non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta

¹⁰ Corte Cost. sentenza 18/1989: "Innanzitutto la Corte ha affermato che l'art. 28 della Costituzione, con l'espressione <funzionari e dipendenti> dello Stato, ha inteso riferirsi anche ai magistrati."

¹¹ Corte Cost. 2/1968.

responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni". Proprio la peculiarità della funzione giurisdizionale del magistrato, la natura giudiziale dei suoi provvedimenti, nonché la posizione *super partes* che gli compete, rappresentano idonee ragioni per frapporre condizioni e limiti alla sua responsabilità. La Corte, però, ha sottolineato che una limitazione della responsabilità appare legittima, mentre un'esclusione totale risulterebbe illegittima, in quanto in violazione dell'art. 28 Cost.. Quanto alla responsabilità dello Stato, l'articolo 28 prevede che questa coesista con quella di funzionari e dipendenti e, per tale ragione, una legge volta a negare al danneggiato la possibilità di agire contro lo Stato risulterebbe contraria ai principi di giustizia. Di conseguenza, secondo la Corte, gli articoli 55 e 74 c.p.c. non risultavano in contrasto con la norma costituzionale poiché il loro apparente silenzio, in realtà, non comportava un'esclusione della responsabilità dello Stato. Con riferimento al D.P.R. n.3/1957, venne rilevato che l'impiegato era tenuto a rispondere solo per dolo o colpa grave, ma ciò non aveva impedito alla giurisprudenza di riconoscere una responsabilità statale al di fuori di tali ipotesi poiché gli artt. 22 e 23 non la richiamavano, ma neanche la negavano. Analogamente si poteva concludere con riferimento alle norme impugnate, da ciò derivando che: la responsabilità del giudice per violazione di una delle fattispecie previste dall'articolo 55 risultava estesa allo Stato in forza della previsione dell'articolo 28 Cost., mentre per le altre violazioni di diritti soggettivi - quali quelle cagionate dal giudice con colpa grave, lieve o senza colpa, che non rientravano nelle fattispecie all'articolo 55 - il diritto al risarcimento da parte dello Stato non avrebbe trovato garanzia nel precetto costituzionale, ma ciò non avrebbe impedito alla giurisprudenza di mutuarla da norme o principi contenuti in leggi ordinarie, ove esistenti. Proprio a seguito di tale affermazione della Corte, alcuni autori¹² hanno ritenuto che l'articolo 2043 c.c. potesse rappresentare la norma dalla quale la giurisprudenza poteva trarre il diritto al risarcimento da parte dello Stato.

¹² Caianiello, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro it*, 1984, 360.

Nonostante ciò, per molto tempo, la giurisprudenza costante di legittimità era orientata a ritenere che le limitazioni di responsabilità previste dall'art. 55 fossero vavevoli anche per lo Stato e che una responsabilità più ampia dello Stato non fosse deducibile da alcuna norma, né dall'art. 28 Cost. che, *“al contrario, prevede quale presupposto di responsabilità dello Stato per gli atti dei propri organi, la sussistenza di una responsabilità diretta di questi ultimi, secondo le leggi penali, civili ed amministrative”*¹³

L'orientamento della Suprema Corte parve mutare a partire dalla sentenza n.1879/1982 con cui venne statuito che “non vi è coincidenza riguardo ai limiti fra responsabilità del funzionario e quella dello Stato”, sicché quest'ultima “non trova deroghe o restrizioni in conseguenza delle limitazioni stabilite sotto il profilo soggettivo per affermare la responsabilità del magistrato”.

Al fine di coordinare le norme in materia di responsabilità del magistrato con quelle più generali riferite ai dipendenti pubblici, il Ministro di Grazia e Giustizia Rognoni (IX legislatura), costituì una Commissione, presieduta dal processualista Prof. Vittorio Denti, che approntò un articolato normativo che confluit in un disegno di legge presentato al Senato dal Ministro. I lavori parlamentari, però, non ebbero conclusione, in quanto, nelle more, essendo stato indetto un quesito referendario abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., depositato nel 1986¹⁴, la soluzione del contrasto interpretativo del coordinamento e dell'applicazione delle dette norme derivò dall'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. all'esito del referendum.

¹³ Cass. Civ. S.U. 6 novembre 1975 n.3719, in *Massimario del Foro italiano*, 1975, 883.

¹⁴ Con la sentenza 26/1987 la Corte Costituzionale in sede giudizio di ammissibilità della richiesta di referendum abrogativo, ha ammesso la consultazione referendaria volta all'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., in quanto “la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni”.

L'esigenza di normare la responsabilità del magistrato, con regole che fossero in grado di salvaguardare le pregnanti e specifiche esigenze d'indipendenza ed autonomia della funzione giudicante, indusse il Ministro di Grazia e Giustizia Vassalli (X legislatura) a presentare alla Camera un nuovo disegno di legge. Fu così che i lavori parlamentari, a cui presero parte autorevoli giuristi¹⁵, condussero alla promulgazione della legge 13 aprile 1988, n.117.

Va segnalato che, nelle more dell'approvazione della nuova normativa in tema di responsabilità del magistrato, l'abrogazione disposta dall'esito referendario fu attuata con D.P.R. 497/87¹⁶ sancì un differimento di 120 giorni dei relativi effetti - cioè al 7 aprile 1988 - al fine di evitare una soluzione di continuità tra l'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. e l'entrata in vigore della nuova legge che avrebbe comportato l'applicazione delle previsioni generali, cioè dell'articolo 2043 c.c. (Risarcimento per fatto illecito), dell'art. 2236 del codice civile (Responsabilità del prestatore d'opera), od, infine, l'assimilazione della responsabilità del magistrato a quella di funzionari e dipendenti dello Stato (a norma dell'articolo 23 del D.P.R. n.3/1957). Tuttavia il protrarsi del nuovo iter normativo, determinò l'entrata in vigore della legge n.117 solo in data 16 aprile 1988, con ciò determinando quel temuto vuoto normativo che fu all'origine di incidenti di costituzionalità posti all'attenzione della Corte Costituzionale¹⁷.

¹⁵ M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in Rivista AIC-Osservatorio costituzionale (maggio 2015), 4; J. De vivo, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in www.federalismi.it, 9.

¹⁶ Giustificato, nel preambolo del citato D.P.R. n. 497 del 1987 con "la necessità di evitare che, a seguito del risultato del referendum, la materia della responsabilità civile dei magistrati resti priva di disciplina specifica", esigenza tale da permettere la proroga dell'entrata in vigore degli effetti abrogativi nella misura massima prevista dalla legge data la complessità della materia, nonché per "consentire l'approvazione di una nuova disciplina sostitutiva della precedente".

¹⁷ La Corte Cost., infatti, con sentenza del 22 ottobre 1990, n. 468 affermò che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, secondo comma, della legge n. 117 del 1988 era da ritenere fondata, in quanto "Il legislatore, come risulta dagli atti parlamentari, era ben consapevole del distacco temporale che sarebbe intervenuto tra

Alla base del nuovo regime della responsabilità del magistrato vi erano i seguenti tre principi: la socializzazione del rischio; il principio della posticipazione dell'azione di responsabilità alle impugnazioni e altri rimedi previsti dall'ordinamento; il principio di tipizzazione delle fattispecie di colpa grave¹⁸.

Più in particolare la legge 117/1988 ha riconosciuto la responsabilità dello Stato giudice, essendo stato posto in primo piano il danno ingiusto risarcibile dallo Stato in luogo della diretta responsabilità civile del magistrato, con la conseguente legittimazione passiva dello Stato, la previsione di un intervento facoltativo del magistrato, nonché la successiva azione di rivalsa dello Stato contro quest'ultimo, ma posto solo in seconda battuta ed entro limiti predefiniti¹⁹. Tale normativa, inoltre, ha affiancato alle tradizionali fattispecie del dolo e del diniego di giustizia, la tanto attesa responsabilità per colpa grave, cristallizzata dal legislatore in un catalogo tassativo di fattispecie²⁰. La

la abrogata normativa codicistica e quella dettata con la irretroattiva nuova legge n. 117. Non potendo ignorarsi: a) che il differimento degli effetti del referendum abrogativo era motivato dalla esigenza di non lasciare senza una disciplina specifica la materia della responsabilità civile per fatti causati dall'esercizio della giurisdizione; b) che questa Corte aveva ribadito in sede di giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo la indispensabilità di un <filtro> a garanzia della indipendenza e autonomia della funzione giurisdizionale; la mancata previsione nel contesto dell'art. 19 della legge n. 117 del 1988, di una norma a tutela dei valori di cui agli artt. 101 a 113 della Carta costituzionale determina vulnus-prima ancora che dei suddetti parametri del principio di non irragionevolezza implicato dall'art. 3 della Costituzione. Per un equo bilanciamento degli interessi giustapposti, della indipendenza ed autonomia della funzione giurisdizionale e della giustizia da rendersi al cittadino per danni derivatigli dall'esercizio di quella funzione, l'art. 19 va dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede che il Tribunale competente, con rito camerale e conseguente applicazione degli ordinari reclami ed impugnazioni, verifichi la non manifesta infondatezza della domanda ai fini dell'ammissibilità dell'azione di responsabilità nei confronti del magistrato promossa successivamente al 7 aprile 1988, per fatti anteriori al 16 aprile 1988, data di entrata in vigore della legge n. 117.”

¹⁸ F. De Santis di Nicola, *Responsabilità per dolo o colpa grave*, in AA.VV., *La responsabilità civile dei magistrati*, Zanichelli, Torino 2012, 42.

¹⁹ Si veda il testo dell'art. 4 della Legge 117/1988.

²⁰ Si veda il testo dell'art. 2 e in particolare il 3° comma: “costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile di un fatto la cui esistenza è

nuova legge, tuttavia, è stata frutto di un bilanciamento tra una parziale apertura della responsabilità per colpa e l'esigenza di prevedere opportune cautele, che risultano penalizzanti per il danneggiato²¹, essendo volte a salvaguardare e garantire l'indipendenza del giudice²².

In particolare, possiamo distinguere limiti e cautele alla responsabilità per colpa del giudice sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

Da un punto di vista sostanziale, l'area della responsabilità risulta ulteriormente circoscritta dalla c.d. "clausola di salvaguardia", volta ad escludere la responsabilità nel caso di compimento, da parte del giudice, di un'attività d'interpretazione normativa o di valutazione dei fatti e delle prove²³. Proprio tale previsione, però, sembrava aver privato d'incisività la legge, rendendola inidonea a garantire il cittadino vittima dell'attività giudiziaria statale. Tale disposizione appariva come una clausola di "*judicial immunity*", capace di vanificare l'intero impianto della legge²⁴. La *ratio* posta alla base della clausola di salvaguardia era volta a garantire la più ampia tutela del principio di autonomia ed indipendenza del magistrato, ma ciò avveniva privando il controllo di responsabilità del nucleo centrale ed indefettibile di ogni attività giudiziaria, finendo col creare un regime d'insindacabilità dell'operato dell'organo giudicante, così come rilevato dalla giurisprudenza che riconobbe una responsabilità solo quando risultava provato "non tanto l'erroneità, quanto l'evidente abnormità" dell'interpretazione adottata. Infatti, secondo la costante lettura che la

incontrastabile esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontestabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione".

²¹ P. Dellachà, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e responsabilità* n. 11/2008, 1130.

²² Quale principio sancito negli artt. 101 e 104 Cost.

²³ Si veda l'art. 2, 2° comma della Legge 117/1988.

²⁴ F. Bonaccorsi, *I primi vent'anni della legge n. 117/08 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e responsabilità* n. 11/2008, 1137.

giurisprudenza ha fornito del secondo comma dell'articolo 2, l'attività di interpretazione non poteva costituire fonte di responsabilità "nemmeno sotto il profilo della opinabilità della soluzione adottata, dell'inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell'assenza di un'esplicita convincente confutazione di opposte tesi"²⁵. Proprio sulla base di tale giurisprudenza costante, un'autorevole dottrina affermò che l'area di responsabilità dello Stato per illecito del magistrato veniva fatta coincidere "con le sole decisioni giudiziali "folli", che chiamano in causa lo psichiatra piuttosto che la tecnica legale". È stato, dunque, rilevato come la legge n.117/1988 presentasse un'incongruenza logica poiché, ritenendo che ai magistrati spettasse qualche libertà nell'interpretazione ed applicazione delle norme, doveva conseguentemente ritenersi che all'esercizio del potere andava accompagnata una responsabilità per gli illeciti compiuti in esecuzione del potere conferito²⁶.

Dal lato processuale, invece, l'art. 5 della legge n.117/1988 ha riproposto lo strumento di valutazione preventiva di ammissibilità dell'azione - analogamente all'abrogato art. 56 c.p.c. - seppure in forma giurisdizionale e non più amministrativa.²⁷

Dal punto di vista dell'effettività della tutela, la responsabilità dello Stato veniva riconosciuta solo in ipotesi assolutamente marginali, in quanto la maggior parte delle iniziative giudiziali si arenavano sullo scoglio della valutazione di ammissibilità preliminare della domanda, rilevatasi uno sbarramento eccessivamente selettivo²⁸. La legge, inoltre, consentiva, in tale

²⁵ Cass., 5 dicembre 2002, n. 17259, in Giust. Civ., 2003, p. 2789

²⁶ F. Bonaccorsi, *I primi vent'anni della legge n. 117/1988 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, cit., 1137.

²⁷ Dal testo dell'art. 5: "Il tribunale, sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda di cui all'articolo 2... La domanda è inammissibile quando non sono rispettati i termini o i presupposti di cui agli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata", salvo in caso di danno derivante da reato.

²⁸ Si vedano i dati risultanti dal documento della Camera dei Deputati, "*Modifiche alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati - A.C. 1735 e abb. - Schede di lettura*", in www.camera.it.

fase preliminare, di svolgere anche una valutazione di “manifesta infondatezza” del merito della domanda.

Altro ostacolo al riconoscimento di una responsabilità e, dunque, del diritto al risarcimento, era rappresentato dalla caratteristica della “negligenza inescusabile” prevista all’articolo 2 c.3 della L. n.117/88, che inevitabilmente ostacolava il riconoscimento di responsabilità, implicando una valutazione di carattere soggettivo.

Le previsioni di cui all’art. 2 presentavano quale fattore comune la negligenza inescusabile che, secondo l’orientamento giurisprudenziale prevalente²⁹, implicava la necessaria configurazione di un *quid pluris* rispetto alla colpa grave, delineata dall’articolo 2236 c.c., nel senso che tale colpa deve presentarsi come “non spiegabile, e cioè priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l’errore del magistrato”. Tale lettura della norma, tuttavia, è stata oggetto di un autorevole critica³⁰, in quanto il richiamo alla negligenza inescusabile finisce, così, col divenire una superfetazione rispetto al concetto di colpa grave.

La nuova legge fu sottoposta al vaglio della Consulta in merito alla sua legittimità costituzionale, in quanto il giudice rimettente³¹ sosteneva che la previsione di “un contropotere con finalità sanzionatorie a carico del magistrato” potesse far sorgere un interesse personale alla prudenza e al conformismo, in quanto i giudici sarebbero stati spinti ad aderire a principi giurisprudenziali consolidati al fine di porsi al riparo da responsabilità,

²⁹ Cass., 5 luglio 2007, n.15227.

³⁰ A. Attardi, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1988, IV, 307: “... una negligenza che non possa essere scusata rispecchia, vorrei dire per definizione, una manchevolezza del comportamento del magistrato da poter essere definita come grave”; P. Dellachà, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, cit., 1133.

³¹ T.A.R. Sicilia-Catania, ord., 12 maggio 1988, in G.U., 40/1988.

facendo venire meno la loro indipendenza³², nonché la loro piena libertà, ostacolando l'evoluzione giurisprudenziale. La Corte Costituzionale ha, al riguardo, dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, osservando che tale legge tiene conto della peculiarità della funzione giudiziaria che contraddistingue il ruolo di giudice. In particolare, la Corte ha ritenuto sussistenti misure e cautele predisposte per la salvaguardia dell'autonomia ed indipendenza del magistrato nell'esercizio della funzione giudiziaria, individuandole nella limitatezza e tassatività delle fattispecie in cui risulta ipotizzabile una colpa grave del giudice, tra l'altro da rapportare a negligenza inescusabile, nonché nella previsione di una sfera di irresponsabilità con riferimento alla valutazione dei fatti e delle prove ed all'interpretazione delle norme di diritto. Da ciò consegue, secondo la Corte, che tali previsioni, essendo idonee a garantire al giudice serenità ed imparzialità, appaiono compatibili con le garanzie costituzionali dell'indipendenza ed imparzialità nell'esercizio della giurisdizione³³.

³² Artt. 101, 104 e 108 Cost.

³³ La Corte Costituzionale con sentenza 18/1989, resa nei giudizi di legittimità costituzionale della legge 13 aprile 1988, n. 117, ha precisato che *“il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione super partes che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere. A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. La disciplina dell'attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla "libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza" e che "in relazione alla peculiarità della funzione giudiziaria, la responsabilità ex art. 28 della Costituzione va regolata con la previsione di condizioni e di limiti a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice"*. La Corte costituzionale ha, in sostanza, sottolineato l'esigenza di escludere che l'attività del giudice potesse essere condizionata da *“qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere”*, inteso come un rischio di *“interesse”* in grado di falsare la prestazione professionale resa dal giudice, subendo condizionamenti intrinseci alla libertà di giudizio, assicurando, nel contempo, che l'attività potesse essere esercitata *“libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza”*, inteso come rischio l'attività giudicante potesse subire condizionamenti estrinseci.

Si può anche rilevare come la giurisprudenza della Suprema Corte offri immediato riscontro agli spunti offerti dai lavori preparatori ed agli orientamenti della dottrina valorizzando la “clausola di salvaguardia” ed il requisito della “negligenza inescusabile” ai fini dell’esclusione della responsabilità civile per l’attività giudiziaria. La giurisprudenza non ha quasi mai individuato ipotesi di responsabilità in grado di sfuggire dalla copertura della clausola di salvaguardia, prediligendo una lettura riduttiva dei presupposti di responsabilità dello Stato³⁴. Da ciò emerge come, nell’ottica della giurisprudenza, il fulcro del sistema fosse costituito dalla clausola di salvaguardia, la cui operatività restava esclusa soltanto quando il tenore del provvedimento in questione avesse consentito di escludere che il giudice aveva effettuato un’interpretazione del dato positivo, seppure gravemente erronea³⁵.

1.2 La giurisprudenza della Corte di Giustizia

La legge n.117/1988, pur avendo superato le numerose contestazioni di costituzionalità, ha trovato, però, ostacolo nella giurisprudenza comunitaria.

La Corte di Giustizia dell’allora Comunità europea, infatti, con la sentenza Francovich³⁶, affermò che “il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato”, pertanto, andava riconosciuto ai soggetti danneggiati dalle violazioni il diritto di ottenere il risarcimento dei danni da parte dello Stato.

³⁴ Cass., III sez. civ., 27 novembre 2006, n. 251133; Cass., III sez. civ., 18 marzo 2008, n. 7272; Cass., I sez. civ., 5 dicembre 2002, n. 17529.

³⁵ Cass., 24798/2013.

³⁶ Corte Giust. UE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, Francovich.

Successivamente, con la sentenza *Brasserie du Pecheur e Factortame*³⁷, la Corte di Giustizia ribadì tale principio, precisandone il profilo soggettivo ed oggettivo. Quanto al profilo oggettivo, “un diritto al risarcimento è riconosciuto dal diritto comunitario in quanto siano soddisfatte tre condizioni: che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, esista un nesso causale diretto tra la violazione dell’obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi”.

La Corte precisò che la violazione appariva sufficientemente caratterizzata quando manifesta e grave, tenuto conto del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, della scusabilità o inescusabilità dell’eventuale errore di diritto. La Corte, inoltre, specificò che tali condizioni risultano necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli il diritto al risarcimento, senza però escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accertata in base a condizioni meno restrittive sulla base del diritto nazionale.

Nella sentenza “*Köbler*”³⁸, la Corte di Giustizia applicando tali principi ad un caso in cui la violazione del diritto comunitario derivava dalla decisione di un organo di ultimo grado³⁹, in ragione della specificità della funzione giurisdizionale, nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto, ha affermato la responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario da parte di giudice di ultima istanza.

³⁷ Corte Giust. UE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame*, punti 56 e 57.

³⁸ Corte Giust. UE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*.

³⁹ Punto 33: “visto il 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 che si riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una relazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro”.

Tale sentenza ha affermato che sussiste un obbligo a carico degli Stati membri di riparare ai danni dagli stessi causati ai singoli, in conseguenza di violazioni di norme del diritto comunitario preordinate ad attribuire diritti ai singoli, sempreché la violazione risulti sufficientemente caratterizzata, e sussista un nesso di causalità tra la violazione ed il danno. Quanto al requisito di violazione sufficientemente caratterizzata, la Corte ha ritenuto che tale ipotesi sussista solo nell'eccezionale caso in cui il giudice abbia manifestamente violato il diritto vigente. In particolare, per determinare le condizioni in cui ricorre manifesta violazione, occorre che il giudice nazionale investito della domanda di risarcimento dei danni tenga "... conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato. Fra gli elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o 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'articolo 234 terzo comma CE. 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".

Sulla base di questi principi, nel 2006, la Corte di Giustizia ha riconosciuto la fondatezza dei dubbi del Tribunale di Genova, in esito ad un rinvio pregiudiziale, nella causa "Traghetti del Mediterraneo"⁴⁰, osservando che l'esclusione di ogni responsabilità nei casi di erronea interpretazione di norme di diritto, nonché nel caso di erronea valutazione del fatto o delle prove, come previsto dal secondo comma dell'articolo 2 della legge n.117/1988, "conduce a privare di effetto utile i principi sanciti in Köbler". Secondo la Corte la legge contrasta con il principio di effettività, poiché rende eccessivamente

⁴⁰ Corte Giust. UE, Grande Sez., 13 giugno 2006, causa c-173-03, Traghetti del Mediterraneo.

gravoso l'esercizio del diritto al risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pronunciandosi a seguito di un ricorso per infrazione nel giudizio promosso dalla Commissione europea contro la Repubblica Italiana⁴¹, ha ritenuto contraria al diritto dell'Unione la legge 117/88, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, essendo priva di contenuto effettivo ed in violazione del principio generale della responsabilità degli Stati Membri per violazioni del diritto dell'Unione, da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado. L'interpretazione fornita dalla Cassazione italiana risulta contraria al diritto UE, in quanto fissa standard di prova talmente rigidi a carico dell'attore da vanificare sistematicamente il diritto alla tutela giurisdizionale del singolo, ciò in violazione del diritto UE. La Commissione, in particolare, ha richiamato l'attenzione della Corte sulla sentenza n.7272/2008⁴², in cui, contestualmente al livello di colpa necessario per integrare la "grave violazione di legge", prevista alla lettera a) dell'art. 2 della legge 117/1988, richiede una "violazione grossolana, evidente 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". In sostanza, dunque, può esimere da responsabilità un'interpretazione aberrante, ma pur sempre astrattamente possibile, che, pur opinabile e discutibile, appaia plausibile sotto il profilo logico-giuridico. Quanto, invece, all'errore di fatto, la norma richiede l'affermazione di un fatto, o la sua negazione, determinata da negligenza inescusabile, incontestabilmente contraddetta dagli atti del procedimento. In proposito, la giurisprudenza

⁴¹ Corte Giust. UE, sentenza 24 novembre 2011 (C- 379/10, Commissione c/ Italia), in tema di principio generale della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un loro organo giurisdizionale di ultimo grado.

⁴² F. Bonaccorsi, *I primi vent'anni della legge n. 117/08 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, cit., 1136.

consolidata statuisce che tale errore risulta rilevante, ai sensi delle lettere b) e c) dell'articolo 2, "ove il giudice abbia posto a fondamento del suo giudizio elementi del tutto avulsi dal contesto probatorio di riferimento, mentre lo stesso errore deve essere escluso nell'ipotesi in cui il giudice abbia ritenuto sussistente una determinata situazione di fatto senza elementi pertinenti ovvero sulla scorta di elementi insufficienti che, però, abbiano formato oggetto di esame e valutazione, trattandosi in tal caso di errato apprezzamento dei dati acquisiti".⁴³

Gli standard di responsabilità che risultano statuiti dalla giurisprudenza italiana nell'applicazione della legge 117/88, appaiono ben più rigorosi rispetto a quelli fissati con la sentenza Köbler, risultando, dunque, incompatibili con il diritto UE⁴⁴.

1.3 La riforma della legge 117/1988

A seguito della condanna comunitaria, disposta nel 2011, il legislatore italiano è intervenuto modificando il dettato normativo della legge n.117/88 mediante

⁴³ Vedi anche Cass., 20 settembre 2001, n. 11859, la cui massima recita: "L'errore fattuale che dà luogo a responsabilità civile del giudice, tanto nella sua errata affermazione quanto nella sua errata negazione, deve dipendere non già da un grado insufficiente di diligenza impiegata nell'attività accertativa e valutativa, quanto proprio dall'assenza totale di ogni analisi degli atti del procedimento dai quali risulti incontestabilmente l'insussistenza o la sussistenza del fatto rispettivamente affermato o negato".

⁴⁴ F.P. Luiso, *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma*, www.judiciume.it; Colella e Viganò, *Incompatibile con il diritto UE la vigente disciplina italiana in materia di responsabilità da errore giudiziario*, (25 novembre 2011), www.dirittopenalecontemporaneo.it; F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n.19 del 2015*, in *Questione Giustizia* 3/2015, 167; F. Ferraro, *Noterelle sulla recente prassi interna in tema di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *DPCE online*, 2014/7, 872 : "Il diritto dell'Unione vieta alla normativa interna di imporre delle ulteriori condizioni, che rendano più difficile e oneroso ottenere il risarcimento dei danni rispetto al livello di tutela, minimo ed inderogabile, elaborato dalla Corte di giustizia. Sulla scorta di tale principio, che salvaguarda uno standard di tutela dei soggetti danneggiati, derogabile solo in *melius*, è stata censurata dalla Corte dell'Unione la nostra legge 117/88".

la legge n.18/2015. Tuttavia, va sottolineato come il risultato di tale intervento non sia stato un semplice adeguamento alle statuizioni comunitarie, quanto piuttosto una riforma significativa della disciplina in questione⁴⁵, volta ad ampliare la tutela civile per danni da attività giudiziaria.

Secondo alcuni⁴⁶, per dar seguito alle decisioni della Corte di Giustizia, sarebbe stato sufficiente introdurre un meccanismo, da affiancare a quanto già previsto nella legge n.117/1988, che garantisse il risarcimento da parte dello Stato, per i danni causati alle parti, nell'ipotesi di erronea applicazione del diritto UE ad opera di un organo giurisdizionale di ultimo grado. È stato, però, rilevato⁴⁷ come tale soluzione abbia determinato un'irragionevole distinzione a seconda del caso in cui la violazione manifesta sia riguardante il diritto UE rispetto al caso in cui sia riferita al diritto nazionale, sostenendo che la responsabilità per i danni non può che riguardare unitariamente la violazione di tutte le norme che il giudice è chiamato ad applicare, senza operare distinzioni tra le fonti normative. Nel caso di specie, l'intervento del legislatore è stato volto a rivedere l'intero impianto normativo, mediante l'attuazione di profonde modifiche⁴⁸.

In base all'enunciato contenuto nell'art. 1 della legge 18/2015, la normativa è volta a “rendere effettiva la disciplina della responsabilità civile dello Stato e di magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea”⁴⁹.

⁴⁵ Cass. 29.1.2015, n. 1715, nella quale la Corte sottolineò come le modifiche apportate a seguito della condanna del 2011 avessero una portata ben maggiore rispetto a quanto richiesto dalla Corte di Giustizia; F. Verde, *La responsabilità del magistrato*, 32.

⁴⁶ E. Scoditti, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it*, 2012, IV, 23.

⁴⁷ A. Pace, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in www.rivistaaic.it, par. 4;

⁴⁸ F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n.19 del 2015*, cit., 169.

⁴⁹ Art. 1 Legge 18/2015.

Le modifiche più significative sono rappresentate dall'estensione delle ipotesi di "colpa grave" - di cui al terzo comma dell'art. 2 - mediante l'aggiunta alle originarie previsioni, in sostituzione della previsione della "grave violazione di legge", dell'ipotesi di "violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea", nonché del "travisamento del fatto o delle prove"; la soppressione - sempre al medesimo terzo comma - del riferimento alla "negligenza inescusabile" quale elemento di caratterizzazione soggettiva della colpa grave; la previsione - mediante l'introduzione del comma 3 bis all'art. 2 - di elementi di caratterizzazione della violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione Europea, in conformità a quanto previsto nella sentenza Köbler; la modifica della clausola di salvaguardia, il cui testo è ora preceduto dall'inciso "fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo"⁵⁰; nonché, infine, l'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione.

Le modifiche apportate alle disposizioni della legge n.117/1988 hanno inevitabilmente determinato un nuovo bilanciamento dei principi costituzionali che presiedono all'esercizio della funzione giurisdizionale, quali l'indipendenza della magistratura (artt.101 e 104 Cost.), la certezza del diritto (art.25 c.2 Cost.), il principio di responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato (art. 28 Cost)⁵¹. Ciò ha comportato diverse reazioni in dottrina: alcuni hanno ritenuto tale bilanciamento necessario, in quanto quello precedente era, a loro parere, insoddisfacente⁵²; altri, invece, hanno ritenuto che riformando la responsabilità per illecito giudiziario si sia giunti ad intaccare la funzione giudiziaria del giudice, poiché si finiva per considerare fonte di responsabilità ciò che normalmente connota la funzione, l'interpretazione del diritto e la valutazione del fatto o della prova⁵³. Altri,

⁵⁰ F. De Santis di Nicola, *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., 72.

⁵¹ Che era contenuto negli artt. 2 e 3 della Legge 117/1988 ed a cui aveva fatto seguito molte reazioni positive della Corte costituzionale, tra cui la sentenza 18/1989.

⁵² Bonaccorsi, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato per l'illecito del magistrato*, cit., 445.

⁵³ Scoditti, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Questione Giustizia*, 2015, 175.

ancora, hanno ritenuto che tale estensione di responsabilità possa incorrere in una censura d'incostituzionalità per violazione del principio di indipendenza funzionale del giudice⁵⁴.

La dottrina processualistica, invece, ha rilevato la difficoltà di conciliare la responsabilità civile dello Stato-giudice per violazione di legge sufficientemente caratterizzata, come richiesto dal diritto euro-unitario, con l'autorità della cosa giudicata, in quanto, alla base di tale dottrina vi è l'idea che l'ingiustizia della sentenza possa essere rilevata solo con i mezzi d'impugnazione ed il giudicato non possa essere ritenuto fonte d'illecito nell'ordinamento interno⁵⁵. In merito alla possibilità che la configurazione di una responsabilità civile per violazione manifesta del diritto euro-unitario, da parte di un giudice di ultima istanza, possa incidere sul principio di autorità della cosa giudicata, si era espressa la Corte di Giustizia nella sentenza Köbler, in cui concluse che la responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado “non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione”, a causa della diversità di parti, *petitum* e *causa petendi* nelle diverse cause, od in conseguenza della possibilità di ritenere che il diritto al risarcimento possa comportare la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno⁵⁶.

⁵⁴ Biondi, *Un “brutto” colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in www.forumcostituzionale.it (19 giugno 2006), par. 6.

⁵⁵ G. Scarselli, *Note de iure condendo sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Giusto proc.* 2013,1044, il quale ha ipotizzato l'introduzione di un mezzo di impugnazione ad hoc per rimuovere la sentenza passata in giudicato, nell'ipotesi di violazione manifesta di legge, alle cui accoglimento sarebbe poi stata subordinata l'azione per il risarcimento del danno. Già per la dottrina classica l'autorità di della cosa giudicata costituì un forte ostacolo sistematico alla configurabilità della responsabilità civile dello Stato-giudice

⁵⁶ Corte Giust. UE, 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, punto 39: la Corte di Giustizia ha affermato che “il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno” e che non vi fosse

Parte della dottrina aveva condiviso quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia, ritenendo che il giudicato nazionale non risultasse rimosso⁵⁷ dato che il danneggiato aveva solo diritto alla tutela risarcitoria, mentre altri sottolineavano come il giudicato finisse col restare un “comando nudo, svilito e privato del fondamento dell’accertamento, privato della sua qualità di essere dichiarazione del diritto preesistente, anzi assoggettato ad un giudizio di disvalore”⁵⁸.

Il problema appare più ampio in quanto la riforma dell’articolo 2 della legge n.117/88 individua tra le fattispecie di responsabilità civile, non solo la violazione manifesta del diritto dell’Unione Europea, ma anche quella delle norme di diritto nazionale, ponendo in eguale maniera il dubbio sistematico su come sia possibile conciliare l’autorità del giudicato con un’azione risarcitoria che postuli l’ingiustizia del giudicato stesso.

La legge 18/2015 conferma l’impianto della normativa previgente, individuando una responsabilità congiunta dello Stato e del magistrato, con possibilità di chiamare a rispondere, nel caso di danno ingiusto derivante da un provvedimento giudiziario adottato con dolo, colpa grave o denegata giustizia, in via diretta, soltanto lo Stato, tranne in caso di reato, con successiva rivalsa di quest’ultimo nei confronti del magistrato. L’azione di risarcimento conserva il suo carattere sussidiario, potendo essere promossa soltanto dopo che siano stati esperiti tutti i mezzi ordinari di impugnazione.

“insanabile inconciliabilità” tra il principio di effettività del diritto comunitario e la autorità del *dictum* e la giustezza di una pronuncia definitiva.

⁵⁷ E. Scoditti, *“Francovich” presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in Foro it. 2004, IV, 2 e seg.: “il principio dell’intangibilità del giudicato... non viene superato, anzi risulta confermato, al punto da diventare lo stesso presupposto della responsabilità dello Stato. Quest’ultima non rimette in discussione, secondo la corte, il giudicato, in quanto non conduce ad una revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. Il procedimento non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti di quello che ha dato luogo alla responsabilità risarcitoria. Il vigore del giudicato, la sua perdurante validità, diventa la premessa della responsabilità dello Stato sul piano comunitario”.

⁵⁸ R. Caponi - *Corti europee e giudicati nazionali*, in www.personaedanno.it, 82.

Tale legge presenta un duplice obiettivo: dare risposta alle sollecitazioni della giurisprudenza comunitaria, mettendosi al riparo da future condanne; rendere maggiormente efficace la disciplina della responsabilità per fatto del magistrato, consentendo un'efficace tutela dei singoli.

Vengono introdotte rilevanti novità sia sul piano sostanziale che processuale, tra cui quella di maggior impatto derivante dal combinato di due fondamentali modifiche: la riduzione dell'ambito di applicazione della c.d. clausola di salvaguardia, unitamente alla ridefinizione delle ipotesi di colpa grave.

Ai sensi della disciplina del 1988, l'interpretazione delle norme di diritto e la valutazione dei fatti e delle prove non poteva dare luogo a responsabilità, mentre le ipotesi di colpa grave erano tassativamente individuate e caratterizzate dal fatto di essere determinate da negligenza inescusabile. La combinazione di tali caratteristiche portava, specialmente con riguardo all'ipotesi di grave violazione di legge, alla conclusione, espressa dalla Cassazione⁵⁹, secondo cui la responsabilità poteva sussistere solo quando le violazioni fossero macroscopiche al punto da risultare sostanzialmente aberranti. Nella nuova formulazione della norma, invece, l'applicazione della clausola di salvaguardia viene esclusa nei casi di dolo o colpa grave⁶⁰. Si può dunque rilevare come con la riforma vengano meno gli effetti "paralizzanti"

⁵⁹ Cass. 11592/2011.

⁶⁰ Si veda l'art. 2 secondo comma come modificato dalla Legge 18/2015: "Fatti salvi i commi 3 e 3-bis e i casi di dolo,..."; A. D'Aloia, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati* (29 marzo 2015), in www.forumcostituzionale.it, 4: "mentre prima la possibilità di rispondere per colpa grave trovava un limite nella clausola di salvaguardia interpretativa, nel senso che di fronte ad un'attività di questo tipo (che poi è l'attività stessa dello *ius dicere*) ogni colpa grave trovava sostanzialmente una causa generale di giustificazione, con la riforma appena approvata il rapporto tra questi due elementi si inverte, e la colpa grave (nella forma aggiornata della violazione manifesta, ai fini della quale si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza, e, in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea) costituisce un fattore di disattivazione della clausola di giustificazione e di esclusione della responsabilità legata all'interpretazione."

che caratterizzavano la precedente normativa⁶¹. Tuttavia, è stato rilevato come, ad oggi, sia difficile individuare gli spazi residui per l'applicazione della clausola di salvaguardia. Se infatti le sole ipotesi di responsabilità del giudice, ai sensi del novellato art. 2 della legge 117/88, sono quelle che derivano da un provvedimento posto in essere con dolo o colpa grave o per denegata giustizia e la clausola di salvaguardia non opera con riferimenti ai primi due, ne consegue che l'applicazione della clausola di salvaguardia sarebbe limitata alla sola ipotesi di denegata giustizia, ai sensi dell'art. 3 della stessa legge, cioè ai casi in cui risulta modesta l'esigenza di preservare l'attività interpretativa del giudice. Non può ritenersi neanche applicabile al caso di violazione di legge o del diritto dell'Unione Europea che non possano considerarsi manifeste, ovvero fuori dei casi di colpa grave, poiché, quando l'errore di diritto non risulti - o non determini - una violazione manifesta della legge, la responsabilità è già esclusa in quanto l'ipotesi esula dall'ambito della colpa grave normativamente definita e, dunque, la violazione è colposa, ma non grave, per cui non può dare luogo a responsabilità. Di conseguenza, parte della dottrina ha ritenuto che tale clausola sia diventata un mero riferimento "simbolico", privo di effettiva sostanza⁶².

⁶¹ F. Dal Canto, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Questione Giustizia* 3/2015, 190-191; F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19/2015*, in *Questione Giustizia* 3/2015, 170.

⁶² M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, cit., 16: "Può darsi che il tentativo fosse quello di impostare un meccanismo applicativo modellato su quello già utilizzato in sede di tipizzazione degli illeciti disciplinari del magistrato, affermando cioè la salvaguardia come regola generale e al tempo stesso individuando un sistema di eccezioni alla stessa; in questo caso la permanenza della clausola di salvaguardia nel testo della l. n. 18/15 sarebbe sostanzialmente frutto di un errore di coordinamento, o più banalmente di una distrazione, del legislatore, che avrebbe voluto replicare la disciplina dettata in ambito disciplinare senza però rendersi conto che, attraverso il sistema di eccezioni congegnato, si finisce per svuotare di autentico senso la previsione generale."; Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e di magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, cit., 171;

La non applicabilità della clausola di salvaguardia alle ipotesi di dolo, appare condivisa dalla dottrina, pur avendo scarso impatto, proprio perché, secondo la giurisprudenza costante, per dolo non si intende la semplice volontarietà dell'azione dannosa, quanto piuttosto la “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”⁶³.

Attraverso le modifiche alla legge, lo Stato giunge a rispondere in caso di dolo o colpa grave del magistrato a prescindere da un accertamento di tipo soggettivo, come nel caso della negligenza inescusabile, che caratterizzava le fattispecie di responsabilità nella versione previgente della norma. Va tuttavia notato come tale elemento di valutazione venga poi ripreso solo ai fini del giudizio di rivalsa, ciò, in quanto, lo Stato deve essere considerato responsabile sulla base di parametri oggettivi, come indicato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Analogamente, con riferimento alle singole fattispecie di colpa grave, la negligenza inescusabile è stata espunta dall'articolo 2 secondo comma della legge 117/88, ma, il comma 3-bis del medesimo articolo, per determinare la sussistenza della violazione manifesta della legge del diritto dell'Unione Europea, ha prescritto la valutazione della “inescusabilità” dell'osservanza, cioè di un elemento che connota soggettivamente la condotta del magistrato.

La legge n.18/2015 ha superato il “parallelismo” tra responsabilità dello Stato e responsabilità dei magistrati, allargando la prima e mantenendo più ristretta la seconda⁶⁴.

Ora, la parte danneggiata avrà facoltà di agire nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, qualora ritenga di aver subito un danno ingiusto derivante da un comportamento, un

⁶³ Cass. 24370/2006.

⁶⁴ F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, cit., 171.

atto o un provvedimento posto in essere dal giudice nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie, con dolo, colpa grave o per denegata giustizia. Quanto al danno non patrimoniale, inoltre, è stata eliminata la condizione di liquidabilità limitata ai soli casi in cui il danno derivi da privazione della libertà personale. Qualora lo Stato dovesse risultare soccombente, ciò determinerà l'obbligo dell'esercizio dell'azione di rivalsa verso il magistrato, essendo prevista una sanzione amministrativa, per il caso di mancato esercizio dell'azione di regresso ex art. 13 - ovvero, per le ipotesi in cui lo Stato abbia risarcito civilmente il danno causato da un fatto costituente reato - che non risulta, però, applicabile anche al caso di mancato esercizio dell'azione di rivalsa ex art. 7.

In particolare l'obbligo dell'azione di rivalsa è stato previsto nel caso di diniego di giustizia e solo per alcune delle fattispecie di colpa grave tipizzate⁶⁵, essendo escluso nel caso la condanna sia derivata da un danno causato da un'affermazione o da una negazione di un fatto, la cui esistenza o inesistenza siano incontestabilmente esclusi dagli atti del procedimento, ovvero dall'emissione di un provvedimento cautelare personale, o reale, fuori dei casi consentiti dalla legge, oppure privo di motivazione, e, comunque, quando presentano dolo o negligenza inescusabile. L'elemento soggettivo, dunque, non è più oggetto di valutazione nel giudizio contro lo Stato, ma assume rilevanza solo nel giudizio di rivalsa⁶⁶.

In questa nuova costruzione del rapporto tra responsabilità dello Stato e dei magistrati si colloca un ulteriore elemento di novità, ossia l'eliminazione del

⁶⁵ Si veda l'art. 7, come modificato - (Azione di rivalsa). – “1. Il Presidente del Consiglio dei ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all'articolo 2, commi 2, 3 e 3-bis, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile.”

⁶⁶ F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n.19 del 2015*, cit., 171.

filtro di ammissibilità della domanda proposta verso lo Stato⁶⁷, la cui *ratio* è l'eliminazione degli ostacoli al diritto al risarcimento del danno. Parte della dottrina ha sottolineato come questa modifica si ponga in contrasto con la sentenza n.468/1990 della Corte costituzionale⁶⁸, avendo quest'ultima riconosciuto "il rilievo costituzionale di un meccanismo di "filtro" della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice", in quanto, il controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda appare necessaria ad escludere azioni temerarie ed intimidatorie, cioè, dunque, a proteggere i valori d'indipendenza ed autonomia della funzione giurisdizionale prevista dagli articoli 101-104 della Costituzione⁶⁹.

In conclusione, l'insuccesso sostanziale della legge 117/1988 è derivato dalla sua interpretazione. Se tra le attività, che definiscono l'esercizio delle funzioni giudiziarie, si sottraggono quella interpretativa di norme e quella valutativa di fatti o prove, resta un ambito ristretto entro il quale far valere la responsabilità del giudice⁷⁰. Con tale legge "l'asticella della responsabilità era collocata troppo in alto"⁷¹, a causa della rigida tipizzazione dei casi di colpa grave, nonché, soprattutto, a causa della clausola di salvaguardia che rappresentava un motivo di generale esclusione della responsabilità, con riferimento

⁶⁷ L'articolo 5 della legge 11/1988, oggi abrogato, prevedeva che vi fosse una deliberazione, in camera di consiglio, di ammissibilità della domanda di risarcimento verso lo Stato, consistente nella verifica dei presupposti e del rispetto dei termini ai sensi degli artt. 2, 3 e 4, nonché nella valutazione della non manifesta infondatezza, da parte del tribunale distrettuale. L'inammissibilità è dichiarata con decreto motivato, impugnabile davanti alla Corte d'appello, che a sua volta pronunciava in camera di consiglio con decreto motivato. Contro il decreto di inammissibilità della Corte di appello poteva essere proposto ricorso per Cassazione.

⁶⁸ La Corte Costituzionale con la sentenza 468 del 1990 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19 secondo comma della legge 117/1988 nella parte in cui, quanto ai giudizi di responsabilità civile dei magistrati, relativamente ai fatti anteriori al 16 aprile 1988 e proposti successivamente al 7 aprile 1988, non prevede che il tribunale competente verifichi con rito camerale la non manifesta infondatezza della domanda ai fini della sua ammissibilità.

⁶⁹ F. Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n.19 del 2015*, cit., 172.

⁷⁰ M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, cit., 8.

⁷¹ A. D'Aloia, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, cit., par. 2.

all'attività d'interpretazione di norme di diritto e valutazione di fatti o prove. Proprio la combinazione di questi due elementi ha portato alla netta separazione tra la violazione di legge e l'attività interpretativa, con la conseguenza che la prima può ravvisarsi solo al di fuori dell'ambito di svolgimento della seconda, "estremizzando" così i casi di grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, fino al punto da renderli praticamente inconcepibili. Per aversi responsabilità necessita che la decisione del giudice si profili come incomprensibile, non essendo sufficiente che non sia giustificabile, tanto da indurre la dottrina ad affermare si tratti di "decisioni giudiziarie folli, che chiamano in causa la psichiatria, piuttosto che la tecnica legale".

Le ragioni che hanno indotto il legislatore a tornare sulla normativa non sono, però, da ricercare all'interno dell'ordinamento nazionale, quanto piuttosto nelle sollecitazioni provenienti a livello comunitario.

CAPITOLO SECONDO

LA VIOLAZIONE MANIFESTA DELLA LEGGE, NONCHÉ DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

2.1 La violazione manifesta alla luce della modifica introdotta con L.18/2015

Una delle novità più rilevanti, in tema di fattispecie di colpa grave, è l'introduzione nella norma della fattispecie di "violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'unione europea, il travisamento del fatto o delle prove", in sostituzione della vecchia previsione della "grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile"⁷².

Tale modifica rappresenta la diretta conseguenza di quanto espresso dalla Corte di Giustizia nelle sentenze "Köbler" e "Traghetti del Mediterraneo", ma soprattutto della sentenza pronunciata in data 24 novembre 2011 a seguito di un ricorso proposto dalla Commissione europea contro la Repubblica italiana, con cui venne richiesto alla Corte di dichiarare che fosse esclusa "qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale d'ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuata dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ... la Repubblica italiana viene meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale della responsabilità dei Stati membri per violazioni del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado". Nel caso di specie, da una parte, veniva contestata l'esclusione della responsabilità dello Stato italiano per i danni causati dalla violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado, quando tale violazione era derivante dall'interpretazione di norme di diritto o da una valutazione dei fatti e delle

⁷² Art. 2 della L. 117/1988 risultante dalla modifica effettuata con L. 18/2015.

prove effettuata dall'organo medesimo, mentre, dall'altra, si contestava alla Repubblica italiana di aver limitato, nei casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove, la possibilità di invocare una responsabilità dello Stato italiano nei soli casi di dolo o colpa grave, che non sarebbe conforme a quanto elaborato dalla giurisprudenza della Corte stessa. In particolare la Commissione attraverso il richiamo di due sentenze della Cassazione⁷³ fornisce la dimostrazione dell'interpretazione estremamente restrittiva che viene data alla nozione di "colpa grave", determinando dunque una limitazione della responsabilità dello Stato italiano, anche nei casi diversi dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione di prove o fatti⁷⁴. Secondo la Commissione, dunque, la responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado non può essere fatta valere negli stessi termini previsti dalla giurisprudenza di legittimità e sottolinea come, malgrado i rilievi contenuti in sentenze precedenti, si sia mantenuto inalterato il testo della legge 117/1988 ed un orientamento giurisprudenziale restrittivo.

Il progetto di legge approvato trae spunto da quest'ultima sentenza della Corte di Giustizia, ma va anche oltre⁷⁵, in quanto non si è limitato a prevedere la

⁷³ Cass. n.1227/2007 e Cass. n.7272/2008.

⁷⁴ La Commissione, in particolare, menziona la massima della sentenza 7272/2008, in cui la Cassazione ha affermato che i presupposti previsti dall'articolo 2 terzo comma lett. a) della legge 117/ 1988 sussistono "allorquando, nel corso dell'attività giurisdizionale, ... si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana, macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico con l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo", finendo dunque per coincidere con "il carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione" effettuata dal magistrato.

⁷⁵ R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015 n. 18)*, in *Foro it.*, 2015, V, col. 346, 95: "Nelle diverse discussioni seguenti alle sentenze Traghetti del Mediterraneo, per l'adeguamento ai *dicta* della corte di Lussemburgo, alcuni proponevano di aggiungere ai presupposti della legge del 1988 (dolo e colpa grave) un ulteriore caso, vale a dire quello della <<manifesta violazione>>, mentre altri preferivano fare rientrare quest'ultimo nella nozione di <<colpa grave>>. Inoltre,

responsabilità dello Stato per la violazione del diritto comunitario da parte degli organi giurisdizionali di ultima istanza, ma si è occupato della violazione del diritto in genere da parte di qualunque magistrato⁷⁶.

Mentre con riferimento al testo originario della norma, si era osservato come la c.d. clausola di salvaguardia, contenuta al secondo comma dell'art.2, orientava l'interpretazione delle fattispecie di colpa grave, di cui al terzo comma, che si ritenevano non "decifrabili completamente" senza un riferimento continuo agli elementi dell'attività interpretativa e dell'attività valutativa⁷⁷, grazie alle modifiche apportate dalla legge 18/2015, l'approccio è mutato in quanto le fattispecie di colpa grave sembrano essere poste come elementi di delimitazione della clausola di salvaguardia, ciò è realizzato attraverso l'inciso "fatti salvi i commi 3 e 3 bis" il cui scopo è limitare l'operatività della clausola di salvaguardia. Pertanto, nella previgente formulazione dell'articolo 2, stante l'assolutezza della clausola di salvaguardia, nell'individuazione della grave violazione di legge non si poteva guardare oltre il momento puramente cognitivo delle fonti positive, mentre nella novellata disciplina la sussistenza della violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea richiede di verificare, ai fini dell'accertamento della responsabilità civile, non solo che il giudice sia stato diligente con riferimento al momento cognitivo - e dunque nel rilevare l'esistenza delle norme dell'ordinamento euro-unitario - ma anche il modo in cui sono state

accanto a chi chiedeva di limitare le innovazioni alla violazione del diritto euro unitario, altri in maniera assai più convincente, chiedevano di porre sullo stesso piano le violazioni del diritto nazionale. La l. 18/15 segue su entrambi gli aspetti la seconda soluzione, facendo rientrare la manifesta violazione <<della legge, nonché del diritto dell'Unione Europea>> nella nozione di colpa grave, inserendo una nuova fattispecie (<< il travisamento del fatto e delle prove>>) e ampliando l'ipotesi di emissione di un provvedimento cautelare, non solo <<personale>>, ma anche <<reale>>. Viene soppresso il riferimento all'elemento soggettivo della <<negligenza inescusabile>>."

⁷⁶ F.P. Luiso, *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma*, cit., 2.

⁷⁷ Briguglio, *sub art 2*, in Picardi e Vaccarella (a cura di), *La responsabilità civile dello Stato giudice*, Padova, 1990, 25.

interpretate le norme e se, in tale momento, abbia eventualmente commesso una violazione manifesta ai sensi dei commi 3 e 3-bis.

2.2 Raffronto dei commi 3 e 3-bis con il decalogo della Corte di Giustizia UE in tema di responsabilità per violazione del diritto euro-unitario e con la vecchia disciplina.

La fattispecie della “violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione Europea”, da ultimo introdotta, va individuata tenendo conto di quanto previsto dal comma 3-bis, secondo cui, “ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione Europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell’inescusabilità e della gravità dell’inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell’Unione Europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267 terzo paragrafo del trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, nonché del contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea”.

Con particolare riferimento alla violazione del diritto euro-unitario, tra gli elementi attraverso i quali constatare tale violazione, se ne riscontrano alcuni coincidenti con quelli menzionati nella sentenza “Köbler”⁷⁸. In particolare, il

⁷⁸ Nella sentenza Köbler la Corte di Giustizia ha affermato che la responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario da parte di un giudice di ultima istanza “può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente”(punto 53). Per verificare se la condizione della violazione manifesta è soddisfatta, “il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento dei danni deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato ... 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

riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, all'inescusabilità dell'inosservanza e alla mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 terzo comma TFUE⁷⁹.

Si riscontrano anche elementi di specificazione configurati in modo parzialmente diverso⁸⁰. La nuova legge prescrive che si debba tenere conto del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia, mentre, secondo quanto espresso nella sentenza "Köbler" (al punto 56), si ha violazione del diritto comunitario quando la decisione del giudice di merito è intervenuta "ignorando manifestamente la giurisprudenza della corte in questa materia". Al riguardo, parte della dottrina⁸¹ ha rimarcato come la previsione contenuta nella legge 18/2015 configuri una responsabilità dello Stato-giudice più ampia rispetto a quella richiesta dai principi euro-unitari, al punto da rilevare anche una mera inosservanza, quindi non solo una manifesta ignoranza, di un'interpretazione offerta da una sola sentenza della Corte di Giustizia e non necessariamente da

sensi dell'articolo 234 terzo comma CE" (punti 54-55). "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" (punto 56).

⁷⁹ Con riferimento all'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, la dottrina comunitarista sostiene che la violazione di tale obbligo non costituisce di per sé fonte di responsabilità civile dello Stato, ma integra un indice rilevante ai fini della valutazione della manifesta violazione del diritto euro-unitario. (F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 106 e seg.).

⁸⁰ R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, cit. 95: "La legge provvede poi anche a definire la nozione di <<manifesta violazione>> del diritto nazionale e dell'Ue rifacendosi palesemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, con alcune significative differenze e qualche contraddizione."

⁸¹ M. Nisticò, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, cit., 15: "Il tentativo, come si vede, è stato quello di trasporre all'interno della normativa nazionale le condizioni in presenza delle quali, guardando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, si avrebbe una violazione manifesta del diritto, riferendo al contempo al solo ambito UE le ipotesi che senz'altro non possono applicarsi al diritto nazionale, come quella relativa all'obbligo di rinvio o al contrasto interpretativo con la Corte di giustizia. La sensazione, però, è che, pur allo scopo di venire incontro alle pretese dell'ordinamento dell'Unione, si sia finito col travalicarle..."

un relativo filone giurisprudenziale. Altra parte della dottrina⁸² ritiene, invece, che la riforma non soddisfi pienamente i dettami euro-unitari poiché il comma 3-bis prevede che il contrasto con l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia è uno degli elementi da cui desumere il carattere manifesto della violazione, mentre la sentenza "Köbler" tratta di una presunzione di violazione manifesta.

Va, infine, rilevato che vi sono elementi di caratterizzazione che sono oggetto di dibattito in dottrina quanto alla loro rispondenza ai principi euro-unitari. Si tratta del requisito della "gravità", attribuito alla colpa (terzo comma), ma anche all'inosservanza del diritto euro-unitario, in quanto il comma 3-bis fa riferimento alla "inescusabilità" e "gravità dell'inosservanza". Secondo alcuni autori⁸³, nelle sentenze "Köbler" e "Traghetti del Mediterraneo" viene trattata esclusivamente la violazione manifesta (quindi, non anche grave) del diritto euro-unitario e dunque la riforma del 2015 avrebbe introdotto un elemento più restrittivo di caratterizzazione di tale violazione; diversamente altri autori⁸⁴ hanno rilevato che, pur non essendo riconosciuta l'insorgenza di una responsabilità dello Stato al ricorrere di una violazione che sia, nel contempo, manifesta e grave, tale binomio veniva tuttavia evocato, oltre che nella sentenza "Brasserie du Pecheur e Factortame", in recenti pronunce della Corte di Giustizia⁸⁵.

⁸² Mastroianni e Bocchetti, *La responsabilità dello Stato "per fatto del giudice": una lettura della legge 27 febbraio 2015, n. 18, alla luce del diritto dell'Unione Europea*, in www.giustiziacivile.com (1° ottobre 2015), par. 5. Lo si deduce anche dal testo del punto 56 della sentenza in questione: "in ogni caso, ...".

⁸³ G. Strozzi, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2009, 885; V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e di diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.* 2006, 361.

⁸⁴ F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione Europea*, *op. cit.*, 99-101.

⁸⁵ C. Giust. UE, Grande Sezione, 17 aprile 2007, causa C-470/03, Agm-Cosmet Srl e altri, in particolare i punti 78-82: "Dalla giurisprudenza della Corte emerge che sono tre le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a

Due elementi di caratterizzazione della violazione del diritto euro-unitario, che invece non si riscontrano nel comma 3-bis, pur essendo presenti nella sentenza “Köbler”, sono il riferimento al “carattere intenzionale della violazione” ed alla “posizione adottata eventualmente da un’istituzione” dell’Unione. Relativamente a quest’ultimo si può dire che sarebbe stato eccessivo vincolare il giudice “ad adottare soluzioni elaborate anche da organi non giurisdizionali, persino a carattere politico, dell’Unione Europea”⁸⁶. Con riferimento al “carattere intenzionale della violazione”, sembrerebbe poterlo ricondurre al concetto dolo, previsto dal primo comma. Tuttavia ai fini dell’integrazione del dolo, l’intenzionalità deve riguardare sia la violazione di legge sia la produzione del danno ingiusto⁸⁷, dunque, anche se non

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. La valutazione di tali condizioni dipende da ciascun tipo di situazione (sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I-1029, punto 51; 2 aprile 1998, causa C-127/95, Norbrook Laboratories, Racc. pag. I-1531, punto 107, e 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 36)”. Nella sentenza Köbler, invece, tra le condizioni, oltre la previsione che la norma violata debba essere preordinata ad attribuire diritti ai singoli ed il nesso causale tra la violazione e il danno subito dalle parti lese, si richiede una violazione sufficientemente caratterizzata, ovvero se abbia carattere manifesto.

⁸⁶ C.S.M., Parere, ai sensi dell’art. 10 legge n. 195/58, sul Disegno di legge concernente: “Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati”. (delibera del 29 ottobre 2014): “Costituisce poi fonte di grande perplessità la circostanza che il d.d.l. in oggetto abbia ripreso alla lettera anche l’inciso della motivazione delle menzionate pronunce della Corte di giustizia in cui si impone di tener conto, per determinare se sussista la violazione manifesta del diritto dell’Unione europea, “della posizione adottata eventualmente da una istituzione dell’Unione europea”: che le supreme magistrature ordinaria e amministrative del nostro Paese siano vincolate ad adottare soluzioni elaborate anche da organi non giurisdizionali, persino a carattere politico, dell’Unione europea, è incompatibile con i principi di base del nostro ordinamento e pertanto tale inciso andrebbe espunto o, almeno, circoscritto alle sole istituzioni aventi natura giurisdizionale o il potere di adottare norme generali con effetti in tutti i paesi dell’U.E., non essendo univocamente interpretabile il richiamo alla necessità di tener conto “ della posizione adottata eventualmente da un’istituzione europea”.

⁸⁷ Quanto alla nozione di dolo, questo consiste non nella semplice volontarietà dell’azione che si assume dannosa, ma nella “diretta consapevolezza di compiere una giudizioario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente”; Cass. 16 ottobre 2007 n. 21618; P. Dellachà, *La responsabilità civile*

riconducibile al dolo di cui al primo comma, il carattere intenzionale della violazione può comunque assumere rilevanza ai fini dell'esclusione di ogni dubbio sulla inescusabilità dell'inosservanza⁸⁸.

Tra le novità di maggiore rilievo ai fini dell'eliminazione dell'incompatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione Europea vi è l'abrogazione del riferimento alla "negligenza inescusabile"⁸⁹, che era elemento costitutivo della fattispecie di responsabilità. Con tale abrogazione si vuole tendere ad oggettivizzare la responsabilità civile dello Stato-giudice, nonché determinare un allargamento delle fattispecie di responsabilità, in quanto si prescinde da qualsiasi valutazione di tipo soggettivo dell'operato del giudice, dando rilievo solo alla circostanza dell'oggettivo perfezionamento di una delle condotte generatrici di colpa grave. Quest'obiettivo, però, non viene realizzato con la stessa intensità con riferimento a tutte le fattispecie elencate all'articolo 2 c.3, risultando temperato, al c.3-bis, con riferimento alla violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea, per via del riferimento alla inescusabilità dell'inosservanza. È difficile apprezzare la diversa portata delle due formule e, per questo, alcuni autori ritengono si

del magistrato per dolo, colpa grave violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura, cit., 1131.

⁸⁸ F. De Santis di Nicola, *Responsabilità per dolo o colpa grave, cit.*, 106-107.

⁸⁹ E. Scoditti, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Questione Giustizia* 3/2015, 176; F. Dal Canto, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative, cit.*, 192; Cass. n.11593/2011: per la giurisprudenza di legittimità la negligenza scusabile rappresentava un *quid pluris* rispetto alla colpa grave ex art 2236 c.c., cioè la colpa si doveva presentare come "non spiegabile", priva di aggancio alcuno con la peculiarità della vicenda da cui essa scaturisce; ancora, Cass 7272/2008: la negligenza inescusabile comporta "una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi e una trascuratezza così marcata e ingiustificabile da apparire espressione di vera e propria mancanza di professionalità" e può concretizzarsi "in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo legislativo". Secondo la giurisprudenza non è frutto di negligenza inescusabile l'interpretazione accolta dal giudice se scelta "in una ampia gamma di possibili opinioni interpretative della norma in oggetto, tali da non consentire di intravederle, non tanto all'erroneità, quanto l'evidente abnormità"

debba attendere l'apprezzamento che ne farà la giurisprudenza, potendo, in linea di principio, rilevare solo una connotazione maggiormente soggettiva della diligenza inescusabile, rispetto all'inescusabilità dell'inosservanza⁹⁰.

La negligenza inescusabile non è più un elemento caratterizzante nelle fattispecie di colpa grave ai fini della determinazione della responsabilità dello Stato-giudice, ma viene recuperata nell'area dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, prevista dall'articolo 7.

Dal raffronto tra quanto previsto dalla Corte di Lussemburgo ed il combinato disposto dei nuovi commi 3 e 3-bis, si può concludere che la nozione di violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea è sostanzialmente corrispondente, se non addirittura più estesa, rispetto a quella indicata dalla Corte di Giustizia.

Per eliminare l'incompatibilità tra i dettami della Corte di Lussemburgo e la previsione dell'inidoneità dell'interpretazione a costituire fonte di responsabilità per violazione del diritto euro-unitario, il legislatore, oltre a novellare il c.3 ed introdurre il c.3-bis, ha limitato l'operatività della clausola di salvaguardia, che presentava un'assolutezza tale da determinare, nell'individuazione della grave violazione di legge, che non si potesse indagare sulla diligenza del giudice oltre il momento puramente cognitivo delle fonti positive. Nella disciplina novellata, invece, la sussistenza della violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea richiede di verificare, in sede di giudizio di responsabilità, non solo che il giudice sia stato diligente nel rilevare l'esistenza delle norme dell'ordinamento euro-unitario, ma anche il modo in cui il giudice abbia interpretato le norme e se, nel farlo, egli abbia eventualmente commesso una violazione manifesta sensi dei c.3 e 3-bis. Ne discende, anche, che non si potrà fare riferimento, se non con grandi cautele, alle opinioni maturate con riguardo al vecchio testo dell'articolo 3, ai fini

⁹⁰ F. Dal Canto, *La legge n.18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, cit. 192.

dell'individuazione della violazione manifesta nell'Unione Europea e della migliore comprensione del decalogo contenuto nel c. 3-bis.

2.3 Notazioni utili per delimitare la fattispecie nell'ambito del diritto euro-unitario.

Le condizioni sostanziali del diritto al risarcimento dei danni, sono fissate dal diritto dell'Unione, anziché dagli ordinamenti nazionali, al fine di trovare applicazione uniforme negli Stati membri.

Sin dalle prime pronunce in argomento la Corte ha individuato tre condizioni per assicurare l'operatività del principio del risarcimento del danno⁹¹: 1) che la norma del diritto dell'Unione violata sia preordinata a conferire un diritto al singolo; 2) che si tratti di una violazione sufficientemente caratterizzata, tale da intendersi violazione grave e manifesta; 3) che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro ed il danno subito dal soggetto leso.

Con ciò la Corte ha stabilito i presupposti sostanziali per il risarcimento dei danni, che devono sussistere cumulativamente⁹² ed inderogabilmente nella normativa degli Stati membri, salvo che non stabiliscano uno standard di tutela più elevato di quello delineato a livello dell'unione⁹³.

⁹¹ Si veda la sentenza Köbler, punto 51 ss.

⁹² F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione di diritto dell'Unione*, cit., 90 : "Il giudice nazionale non è tenuto ad esaminare le tre condizioni della responsabilità dello Stato membro in un determinato ordine di priorità. Ciò che rileva, invece, è che tali requisiti devono essere cumulativamente presenti, di guisa che in mancanza anche di un solo di essi il ricorso deve essere respinto, senza che sia necessario approfondire la sussistenza degli altri".

⁹³ C. Giust., sentenza Brasserie du pecheur e Factortame (nei procedimenti riuniti c-46/93 e c-48/93), punto 66: "le tre condizioni sopra richiamate 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."

La prima condizione per la risarcibilità del danno consiste nella verifica dell'attribuzione di un diritto del singolo, conseguente alla norma violata.

La dottrina prevalente attribuisce al termine “diritto” un significato ampio, ovvero quello di posizione giuridica soggettiva di derivazione comunitaria⁹⁴.

Nella giurisprudenza della Corte si parla normalmente solo di diritti o, al più, di posizioni giuridiche individuali, mentre non si fa mai menzione agli interessi legittimi, ciò in quanto tale nozione è nota nel nostro ordinamento, ma non in quello comunitario ed in altri Stati membri. Posto che la tutela richiesta dalla Corte si riferisce in maniera indistinta a tutte le posizioni soggettive dei privati, ci sono state sollecitazioni volte al superamento della dicotomia diritti soggettivi-interessi legittimi, con il risultato di trasformare i secondi in diritti soggettivi, oppure di confonderli in una nuova ed unica categoria, ossia quella dei diritti soggettivi comunitari. A fronte di tali sollecitazioni la Corte non ha mai preso posizione ma, nonostante ciò, un orientamento, seppure in modo indiretto, può essere ricostruito: quando la Corte afferma che una certa disposizione del diritto comunitario ha efficacia diretta⁹⁵ ed “attribuisce al singolo diritti che il giudice nazionale è tenuto a salvaguardare”⁹⁶, questa non intende dare al termine “diritti” una specifica e

⁹⁴ Tale condizione corrisponde, *lato sensu*, con l'interesse ad agire ove si consideri che il diritto leso deve avere un contenuto sufficientemente preciso, determinato o determinabile nel suo oggetto in base al diritto dell'Unione.

⁹⁵ La norma provvista di efficacia diretta è normalmente preordinata a conferire diritti ai singoli, mentre non è sempre vero il contrario in quanto la norma preordinata a conferire diritti ai singoli può o meno essere provvista di efficace diretta a seconda che abbia o meno ulteriori requisiti di qualificazione quali la precisione, la chiarezza e sia suscettibile di applicazione immediata.

⁹⁶ La Corte di giustizia ha sancito che gli effetti del primato del diritto comunitario si producono per tutte le disposizioni dello stesso che siano qualificabili come «direttamente applicabili», le disposizioni cioè che presentino un contenuto sufficientemente preciso e non condizionato. Tali sono, oltre ad alcune norme del Trattato, così qualificate dalla stessa Corte, i «regolamenti» e le «decisioni». Un consolidato indirizzo giurisprudenziale, però, ha concluso che anche le direttive, od almeno talune loro disposizioni, possono caratterizzarsi nel senso indicato. La Corte ha ribadito, richiamando la propria giurisprudenza in materia, che «in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiono, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai

giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepito in modo inadeguato. Una norma comunitaria è incondizionata se sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto delle istituzioni delle Comunità o degli Stati membri ... Peraltro, una norma è sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo ed applicata dal giudice allorché sancisce un obbligo in termini non equivoci» (sent 23 febbraio 1994, causa C-236/92, Comitato per il coordinamento della difesa della Cava c. Regione Lombardia).

In virtù di tale giurisprudenza, dunque, lo spettro delle norme comunitarie «direttamente applicabili», suscettibili di produrre gli effetti propri di tale tipo di disposizioni, diventa molto ampio. Per completare il quadro, la Corte ha precisato che le direttive che non siano direttamente applicabili nel senso appena indicato possono produrre effetti che si ripercuotono sulla protezione delle situazioni giuridiche da esse tutelate: «il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale quanto più è possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, 3° comma, del trattato». Esso deve cioè riconoscere a tale direttiva una funzione interpretativa della legislazione nazionale, «a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva», ciò non perché tali direttive possano anch'esse ritenersi direttamente applicabili, quanto piuttosto in virtù dell'obbligo di cooperazione imposto agli Stati membri ed ai loro giudici, ai sensi dell'articolo 5 del trattato CE, che impone di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti ad assicurare la piena realizzazione degli obiettivi che persegue. In conclusione, «la tendenza della corte è di assicurare comunque una sostanziale prevalenza delle direttive. Questa sarà piena e formale se si collega alla loro stessa natura di norme direttamente applicabili, secondo i criteri elaborati dalla corte. Ma alla direttiva si dovrà fare riferimento anche se essa non ha le caratteristiche di una norma direttamente applicabile, perché le autorità nazionali dovranno comunque dare un'interpretazione conforme alla propria legislazione in modo che questa possa essere applicata in armonia con la direttiva stessa. In un modo o nell'altro, insomma, l'interprete non potrà prescindere dalla norma comunitaria!». Questo per quanto riguarda la portata oggettiva del principio del primato e della diretta applicabilità del diritto comunitario, mentre, per quanto riguarda gli effetti e le conseguenze, il requisito della diretta applicabilità comporta il diritto dei singoli di invocare quella disposizione innanzi alle autorità nazionali e, conseguentemente, l'obbligo di queste ultime di disapplicare la normativa nazionale incompatibile, a favore di quella comunitaria: «secondo l'insegnamento della nostra Corte costituzionale, diventa «l'unica norma del caso» (*Granital*), sicché la disapplicazione delle confliggenti disposizioni nazionali s'impone non solo alle autorità giudiziarie nazionali, ma anche alla pubblica amministrazione». La Corte di Giustizia, dunque, pretende che i privati possano far valere in giudizio le posizioni giuridiche fondate sulle norme comunitarie direttamente applicabili e che queste siano pienamente tutelate. Il punto di partenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia «è, direi naturalmente, che la tutela giudiziaria delle situazioni giuridiche soggettive garantite dal diritto comunitario deve essere anzitutto assicurata dagli e negli Stati membri, con gli strumenti predisposti dai rispettivi ordinamenti. Secondo la corte, infatti, «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle

formale valenza che non sia quella generica di posizioni giuridiche soggettive e, con ciò, non intende limitarsi ai diritti soggettivi, né trasformare tutte le

azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta». Tuttavia, rendendosi conto dei rischi che un siffatto indirizzo poteva comportare per l'effettività e la piena tutela dei privati, «la corte ha subito aggiunto che comunque, quando si tratta di diritti fondati su norme comunitarie, gli ordinamenti nazionali non sono liberi di disporre come credono in ordine alla portata e alle modalità di detta tutela. In particolare, precisa la corte, essi devono assicurare a quest'ultima condizioni che non siano «meno favorevoli di quelle che riguardano analoghe impugnazioni di diritto nazionale e che non (rendano) comunque... praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario». Esaminando però la giurisprudenza successiva si rileva come «essa ha invece mostrato di voler altresì intervenire in positivo circa la definizione di quelle condizioni, anche a costo di incidere direttamente sul modo di essere degli ordinamenti nazionali al riguardo. In altri termini, la corte ha rivendicato una sorte di *droit de regard* su tali ordinamenti, al fine di controllare non tanto che essi garantiscano un livello minimo di protezione, ma piuttosto che le condizioni procedurali e sostanziali previste per quest'ultima siano conformi a parametri di adeguatezza ed effettività che la stessa corte desume dal *corpus* del diritto comunitario o dai principi. Ed in questo modo essa ha finito col delineare, ... , quello che ormai da più parti comincia ad essere qualificato come un autentico «standard europeo di tutela giudiziaria». Nell'intento di rafforzare le garanzie per le posizioni giuridiche private fondate sul diritto comunitario, la Corte ha finito con il creare una sorta di <<ombrellone giudiziario>> a favore di queste ultime, al fine di proteggerle da ogni ipotesi di attentato. Con ciò però la Corte non si è preoccupata delle conseguenze all'interno degli ordinamenti statali, come ad esempio dell'inevitabile disparità che i suoi indirizzi avrebbero determinato all'interno degli ordinamenti a favore delle posizioni giuridiche in questione: «la riferita giurisprudenza ha portato alla creazione di una specie di <<nicchia>> in cui dare ricovero a tali posizioni giuridiche e assicurare loro la massima protezione possibile, ma ha anche finito col privilegiare queste ultime rispetto a tutte le altre, che restano destinate per così dire alla serie B se non sopravviene un'estensione della tutela più favorevole», causando una disparità di trattamento tra situazioni giuridiche. Una conferma di ciò si ha proprio con riferimento alla nostra esperienza giuridica quando si passa ad esaminare in che modo ed in quale misura la giurisprudenza esaminata si rifletta sulla distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi, nota al nostro ordinamento e sconosciuta invece a quello comunitario e degli altri Stati membri. Quando però la Corte afferma che una certa disposizione del diritto comunitario ha efficacia diretta ed «attribuisce al singolo diritti che il giudice nazionale è tenuto a salvaguardare», essa utilizza il termine «diritti» per indicare genericamente quelle posizioni giuridiche soggettive. Quindi, la Corte si limita semplicemente a rinviare alle qualificazioni attribuite a tali situazioni giuridiche dai singoli ordinamenti nazionali, nonché ai modi e alle forme di tutela che periodicamente riservano le medesime, in quanto ciò che interessa alla Corte è che sia garantita, per tutte quelle posizioni giuridiche, una piena tutela giurisdizionale, che potrà variare da ordinamento a ordinamento, purché sia adeguata ed effettiva. (A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it*, 1995, parte IV, col. 13.)

posizioni giuridiche dei privati in diritti soggettivi. Sotto questo profilo la Corte si limita semplicemente a rinviare alle qualificazioni attribuite a detta situazione giuridica dai singoli ordinamenti nazionali ed ai modi e forme di tutela che tali ordinamenti riservano alle medesime⁹⁷, in quanto non ha mai preteso interferire nella qualificazione di nozioni e classificazioni utilizzate dagli ordinamenti nazionali. Ciò che risulta rilevante per la Corte, in linea con gli indirizzi costantemente ribaditi dalla sua giurisprudenza⁹⁸, è che, a prescindere da qualificazioni e mezzi di tutela nazionali, sia garantita l'effettività della tutela per tutte quelle posizioni giuridiche, con modalità che potranno variare da un ordinamento all'altro, purché sia comunque adeguata ed effettiva⁹⁹.

La nozione di “diritto” leso non necessariamente coincide con quella di efficacia diretta poiché, mentre la norma con efficacia diretta è normalmente preordinata a conferire diritti singoli, non sempre è vero il contrario, in quanto la norma preordinata a conferire diritti ai singoli può essere provvista di efficacia diretta ove abbia ulteriori requisiti che la qualificano, quali la precisione, la chiarezza e risulti suscettibile di applicazione immediata¹⁰⁰.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di responsabilità extracontrattuale dell'Unione, ha stabilito che una norma giuridica è preordinata a conferire un diritto del singolo quando la violazione di

⁹⁷ Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, op. cit., 30: “Non pare pertanto appropriato, a prescindere da ogni altra considerazione, parlare a questo proposito di una nuova categoria di posizioni giuridiche soggettive, qualificabili come «diritti soggettivi comunitari» in quanto fondate per l'appunto sul diritto comunitario. Altro è a dire invece, e sul punto si tornerà tra breve, circa la tutela del tutto particolare che la corte esige per tali situazioni e che effettivamente rischia di farne una categoria fortemente «privilegiata» rispetto a tutte le altre.”

⁹⁸ Sentenze: Von Colson e Kamann; Johnston e Oleifici Borelli; S. Giorgio; Emmot; Rewe e Comet; Heylens; Von Colson e Kamann; Marshall; Ferweda; e così via (A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*).

⁹⁹ F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, cit., 94.

¹⁰⁰ F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, cit., 91.

disposizioni determina una tutela da parte del giudice nazionale, che genera un effetto diretto in grado di attribuire un vantaggio simile ad un diritto acquisito, volto a tutelare un interesse, oppure tale da determinare l'attribuzione di un diritto dal contenuto individuato.

Si può, inoltre, ritenere che non è necessario che la norma dell'Unione violata contenga una espressa attribuzione di un diritto, poiché quest'ultimo si può implicitamente ricavare dal contenuto della norma stessa. Ciò pare essere confermato dall'affermazione contenuta nella sentenza "Van Gend en Loos"¹⁰¹, secondo cui i diritti dei singoli sussistono "non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie". Ne consegue che il diritto può essere attribuito al singolo, oltre che in maniera espressa, anche in maniera tacita, da qualsiasi norma dell'Unione, di diritto primario o derivato, scritta, oppure non scritta, derivante da un principio generale del diritto (ad esempio, in materia di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo).

Nel delimitare i contorni della violazione sufficientemente caratterizzata commessa dal giudice nazionale di ultima istanza, la Corte di giustizia non distingue le norme di diritto euro-unitario in base alla loro natura sostanziale o procedurale¹⁰².

Nelle conclusioni dell'Avvocato generale Leger, nella causa "Traghetti del Mediterraneo", è presente un'esemplificazione delle forme di responsabilità che possono derivare dall'attività interpretativa, che danno luogo ad una

¹⁰¹ C. Giust, sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62.

¹⁰² C. Giust. UE Grande Sez., 13 giugno 2006, causa C-173-03, Traghetti del Mediterraneo: "...non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa, se, per esempio, il giudice dà a una norma di diritto sostanziale o procedurale comunitario una portata manifestamente erranea, in particolare alla luce della pertinente giurisprudenza della Corte in tale materia (v., a questo riguardo, la summenzionata sentenza Köbler, punto 56), o se interpreta il diritto nazionale in modo da condurre, in pratica, alla violazione del diritto comunitario vigente."

violazione del diritto euro-unitario: nel caso di interpretazione del diritto nazionale in modo non conforme al diritto comunitario applicabile, “contrariamente all’obbligo di interpretazione conforme che incombe, secondo giurisprudenza costante, su tutti gli organi giurisdizionali nazionali” (punto 56)¹⁰³; nelle ipotesi in cui il giudice supremo applichi la normativa nazionale ritenendola conforme al diritto comunitario, “pure se avrebbe dovuto disapplicarla in forza della preminenza del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, in ragione della sua irriducibile contrarietà con il diritto comunitario (escludente qualsiasi possibilità di interpretazione conforme)” (punto 62)¹⁰⁴; nelle ipotesi di errata interpretazione della norma di diritto comunitario applicabile alla fattispecie (punto 63). A tali esemplificazioni, l’Avvocato Leger ha poi accostato il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, in quanto tale inadempimento rischia di condurre il giudice alla commissione di una delle ipotesi indicate.

La seconda condizione necessaria ai fini del risarcimento del danno è che la violazione sia sufficientemente caratterizzata, ovvero che sia grave e manifesta.

¹⁰³ Caso Commissione c. Italia, 9 dicembre 2003, ove si era ritenuta la responsabilità dello Stato italiano perché i giudici supremi avevano dato luogo ad una interpretazione della norma interna che regolamentava il diritto di rimborso di crediti tributari tali da far gravare sul contribuente l’onere di provare che i tributi erano stati trasferiti su altri soggetti, in palese dissonanza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia. In tal caso, il fatto di aver interpretato la norma interna in modo da rendere particolarmente gravoso il diritto di ripetere somme indebitamente versate a titolo di imposta sui consumi aveva concretato la violazione del diritto comunitario, ascrivibile alla Cassazione.

¹⁰⁴ Qui, la violazione viene individuata in ragione dell’attività interpretativa operata per “conciliare l’inconciliabile”, cioè per aver interpretato in modo apparentemente conforme il diritto nazionale a quello comunitario, quando invece occorreva disapplicarlo in ragione della sua irriducibile contrarietà al diritto comunitario, in quanto si ipotizza che l’attività di apparente interpretazione conforme con il diritto nazionale abbia contravvenuto al diritto comunitario, pregiudicando così la posizione giuridica soggettiva tutelata dall’ordinamento comunitario. (*R. Conti, Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corriere Giuridico* n. 11/2006, 1519-1520).

Quanto al carattere della gravità, occorre domandarsi se questo elemento sia stato abbandonato, in quanto le sentenze “Köbler” e “Traghetti del Mediterraneo” sembrano essersi discostate dalle precedenti decisioni in cui era richiesto, oltre al carattere manifesto, anche la gravità della violazione del diritto dell’Unione. Manca, cioè, il riferimento alla gravità della violazione, rappresentando una novità interessante che va nella direzione della semplificazione della dimostrazione della violazione sufficientemente caratterizzata del diritto dell’Unione. Si ritiene, tuttavia, che occorra attendere ulteriori pronunce della Corte, prima di poter affermare che l’orientamento è mutato¹⁰⁵.

Ai fini della valutazione del carattere manifesto della violazione, la legge 117/1988, come modificata al comma 3-bis, in conformità a quanto previsto dalla Corte di Giustizia, richiede una valutazione del grado di chiarezza e precisione delle norme violate, nonché dell’inescusabilità e gravità dell’inosservanza.

Con riferimento al grado di chiarezza e precisione è necessario valutare in sede di giudizio di responsabilità civile, se l’errore commesso dal giudice sia stato grossolano, incomprensibile, inaccettabile a fronte delle disposizioni di cui avrebbe potuto e dovuto fare applicazione, distinguendo il caso in cui ci si trovi di fronte a disposizioni equivoche, cioè che non esprimono norme chiare e precise ed i cui principi appaiono non definiti.

Va tuttavia sottolineato che, secondo l’Avvocato Leger l’errore di diritto - sia nel caso in cui la norma di diritto violata dovesse risultare poco chiara e precisa, che nella diversa ipotesi in cui la stessa appaia chiara e precisa - non potrà ritenersi scusabile, integrando dunque il requisito della inescusabilità dell’errore, in quanto, in entrambi i casi, per non commettere tale errore, il giudice nazionale avrebbe dovuto utilizzare lo strumento del rinvio

¹⁰⁵ F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell’Unione*, cit., 100.

pregiudiziale¹⁰⁶. Da ciò è evidente che “... l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di un organo giurisdizionale supremo può pesare sulla delicata valutazione del carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto di cui trattasi, che è destinata a determinare se la violazione considerata sia sufficientemente caratterizzata da essere idonea a far sorgere la responsabilità dello Stato”.

Con riferimento al requisito della gravità ed inescusabilità dell'inosservanza, questi due elementi devono essere considerati come un'endiadi, volta a significare che la violazione del diritto europeo commessa dal giudice nazionale deriva dal mancato impiego della diligenza che sarebbe stata sufficiente per individuare il concreto dispositivo della norma in questione¹⁰⁷.

Sono da rigettare i tentativi volti: sia ad individuare la gravità in relazione agli effetti della violazione, poiché dovrebbero piuttosto rilevare ai fini dell'*an* e del *quantum* del danno; sia quelli volti ad individuarla in relazione all'importanza oggettiva della disposizione violata. Ove si fosse riferita la gravità all'importanza oggettiva della disposizione violata, la regola di diritto

¹⁰⁶ Conclusioni dell'Avv. Gen. Leger - Causa C-173/03: “Per stabilire infatti se l'errore di diritto di cui trattasi sia scusabile o inescusabile, permanendo a mio avviso questo il criterio centrale attorno al quale si dispongono gli altri criteri, occorre prestare particolare attenzione all'atteggiamento tenuto dall'organo giurisdizionale supremo considerato rispetto all'obbligo di rinvio ad esso incombente. Così quando la norma di diritto violata è poco chiara e poco precisa, l'errore di diritto di cui trattasi non è tuttavia scusabile in quanto, proprio in tal caso, l'organo giurisdizionale supremo avrebbe dovuto sollevare una questione pregiudiziale, dal momento che non poteva considerare che la soluzione da fornire per il punto di diritto considerato non desse luogo ad alcun ragionevole dubbio, ai sensi della citata sentenza Cilfit, a fortiori nell'ipotesi in cui non esista alcuna giurisprudenza della corte atta a fornirgli lumi alle riguardo. Per contro, allorché la norma di diritto violata sia chiara e precisa, l'errore di diritto di cui trattasi è ancor meno scusabile in quanto, laddove, per caso, l'organo giurisdizionale supremo avesse inteso discostarsene, ad esempio nell'ipotesi in cui, a suo parere, la detta regola fosse contraddetta da altre norme la cui interpretazione o applicazione combinata con la norma violata fosse poco agevole, esso avrebbe dovuto parimenti porre una questione pregiudiziale, dal momento che, coerentemente alla propria analisi, non poteva neppure ritenere che la soluzione che intendeva apportare al punto di diritto da esso esaminato non desse luogo ad alcun ragionevole dubbio, soprattutto nell'ipotesi in cui tale organo giurisdizionale avesse anche inteso discostarsi dalla giurisprudenza della Corte in materia”.

¹⁰⁷ Briguglio, sub art. 2, in *op. cit.*, 41 e seg..

sarebbe stata assimilata a regola di diligenza per il giudice, potendosi così distinguere tra colpa lieve e colpa grave e, quindi, grave sarebbe diventato sinonimo d'inescusabile¹⁰⁸. Per questa dottrina la gravità andava piuttosto riferita alla causa determinante della violazione, dal punto di vista dell'atteggiamento del giudice¹⁰⁹.

Si può rilevare come l'eliminazione del requisito della negligenza inescusabile abbia spostato il fulcro della fattispecie in discorso sull'obiettivo difformità tra la condotta posta in essere e quella che le regole della professione e dell'arte avrebbero prescritto, mentre il riferimento al carattere inescusabile e grave dell'inosservanza nel diritto europeo induce a ritenere

¹⁰⁸ L'aggettivo "grave" avrebbe assolto la stessa funzione dell'aggettivo "inescusabile", assorbendone il contenuto in quanto inescusabile sarebbe solo la violazione delle disposizioni "importanti", risultando, dunque, superfluo.

¹⁰⁹ Come già la dottrina sosteneva con riferimento alla versione originaria della lett. a) della legge 117/88, in cui si parlava di "grave violazione di legge"; Briguglio, *sub art. 2*, in *op. cit.*, 42: <<per stabilire come e quando una violazione possa dirsi "grave", occorre scegliere, fra i parametri di riferimento astrattamente possibili, quello compatibile con l'uso dell'attributo "grave" in un contesto normativo deputato alla tipizzazione della responsabilità civile colposa. Si constaterà allora facilmente che la "gravità" non può riferirsi alle *conseguenze* della violazione, poiché l'aggettivo *de quo* sarebbe del tutto fuori luogo nell'ambito della tipizzazione del presupposto soggettivo, dovendo semmai afferire all'ambito del danno risarcibile. Neppure è plausibile riferire la "gravità" alla importanza oggettiva della disposizione violata. A prescindere dalla immediata difficoltà e dalla incertezza di una graduazione utilizzabile, ciò avrebbe forse un senso solo qualora le *regulae iuris* fossero per il giudice semplici regole di diligenza, il che non è certo. Non resta dunque che riferire la "gravità" alla *causa determinante della violazione dal punto di vista dell'atteggiamento del giudice*. "Grave" è la violazione che evidenzia, da parte del giudice, non già l'ossequio pur sempre insito nell'interpretazione, bensì il mancato rispetto negligente della volontà legislativa, dovendosi qui per forza di cose accantonare il mancato rispetto intenzionale e cioè il dolo. All'interno dell'art. 2, comma 3°, lett. a), l'inciso "grave violazione di legge determinata da negligenza" costituisce una superfetazione>>. In conclusione, dovrebbe leggersi "negligente violazione determinata da negligenza", in quanto si ritiene che la parola "grave" sia stata usata inutilmente dal legislatore per circoscrivere la locuzione troppo generica della violazione di legge.

Anche secondo A. Attardi, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, *cit.*, 305 e seg., secondo il quale "parlando di violazione che deve essere grave" si è <<voluto dar forza all'altro presupposto fissato dall'art. 2, comma 3°, che si abbia cioè una negligenza inescusabile da parte del magistrato; senza, peraltro, aggiungere alcunché a quanto è sufficientemente espresso col richiedere il presupposto stesso>>.

che la diligenza richiesta vada oltre il dovere di non violare norme chiare e precise, potendo concludere che la diligenza richiesta al giudice nazionale contiene un più ampio spettro di doveri¹¹⁰.

Le sentenze della Corte di giustizia e, di conseguenza, la legge 117/88, come modificata, introducono tra gli elementi da prendere in considerazione al fine di constatare una violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, il mancato utilizzo da parte del giudice di ultima istanza del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - previsto dall'articolo 267, terzo comma, TFUE - quale principale strumento preventivo posto a sua disposizione per evitare interpretazioni erranee delle norme euro-unitarie da applicare, o per evitare interpretazioni del diritto nazionale in contrasto con il diritto euro-unitario¹¹¹.

La rilevanza di tale omissione ai fini della constatazione di una responsabilità e, dunque, di un risarcimento dei danni a carico dello Stato si è presentata in maniera controversa¹¹², posto anche che i Trattati UE e FUE non prevedono

¹¹⁰ F. De Santis di Nicola, *Responsabilità per dolo o colpa grave*, in op. cit., 113.

¹¹¹ R. Conti, *L'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nel diritto nazionale. Profili processuali. Conflitto fra giudicato nazionale e la sentenza della Corte di Giustizia. Tecniche di redazione di ordinanze di rinvio pregiudiziale*, in www.europeanrights.eu, 2 : "Il procedimento di rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 267 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea («TFUE») -già art. 234 CE- ha natura incidentale e non contenziosa. Più dettagliatamente, la Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale *sull'interpretazione del diritto dell'UE e sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni*, dagli organi e organismi dell'UE, alla stregua dei poteri conferiti dall'art. 19, par. 3, lett. b), TUE e dall'art. 267 TFUE e, sul versante procedurale, dagli artt. 23 e 23 bis Statuto CE e 105 e 107 del Reg. proc. approvato il 25 settembre 2012".

¹¹² Per tale ragione il Consiglio di Stato ha proposto una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, chiedendo in particolare "se l'articolo 267, [comma] 3, TFUE, ove interpretato nel senso di imporre al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, sia o meno coerente con il principio di ragionevole durata del processo, del pari enunciato dal diritto comunitario", nonché, "in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'articolo 267, [comma] 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una "violazione manifesta del diritto comunitario", e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988, n. 117 per "risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie (...)". Tale ultima questione è rimasta tuttavia

alcun rimedio per l'ipotesi di violazione dell'obbligo contenuto al terzo comma dell'articolo 267 TFUE.

La finalità di tale obbligo è quella di assicurare un' applicazione uniforme del diritto dell'Unione che, altrimenti, rischierebbe di essere pregiudicata dal consolidamento di orientamenti ermeneutici difformi nei diversi ordinamenti nazionali.

Stando al tenore letterale della disposizione, tale obbligo sembrerebbe incondizionato, ciò anche in forza della sentenza “Da Costa”¹¹³ in cui la Corte si esprime in termini rigorosi, ammettendo l'esistenza di un'unica eccezione: il giudice di ultima istanza è liberato dall'obbligo di rinvio pregiudiziale solo quando “la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga specie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale”. Tale rigidità, tuttavia, presentava dei limiti. Il crescente impatto del diritto comunitario, accompagnato dall'ampliamento geografico dell'allora Comunità, rischiava di inondare la Corte di giustizia di rinvii pregiudiziali, mentre i giudici nazionali si mostravano restii a spogliarsi del tutto della propria funzione interpretativa¹¹⁴. Per tali motivi, la Corte di giustizia, con la sentenza “CILFIT”¹¹⁵, adottò un orientamento meno restrittivo.

In tale occasione la Corte fu chiamata - dalla prima sezione civile della Corte suprema di Cassazione nella causa dinanzi ad essa pendente - ad esprimersi

priva di risposta, in quanto l'ha ritenuta priva di rilevanza con riferimento al procedimento principale, mentre con riferimento alla prima, ha richiamato alla sentenza Cilfit.

¹¹³ C. Giust., sentenza 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62, *Da Costa et al.*

¹¹⁴ Si possono segnalare a riguardo le sentenze del Consiglio di Stato dell'ordinamento francese, che, per evitare il rinvio pregiudiziale, si avvale della teoria dell'*acte clair*, traslandola dall'area dell'interpretazione dei trattati internazionali a quella dell'interpretazione del diritto comunitario. Tale ordinamento in passato affidava l'interpretazione dei trattati internazionali in via esclusiva al Ministero degli Affari Esteri riservando al giudice soltanto l'applicazione degli stessi. Tuttavia per limitare le ingerenze dell'esecutivo, elaborarono la dottrina “*de l'acte clair*” al fine di evitare di chiamare in causa il ministero quando, a loro avviso, il significato di una disposizione fosse stato chiaro al punto da non essere necessario alcun chiarimento interpretativo.

¹¹⁵ C. Giust., sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, CILFIT.

sull'interpretazione dell'articolo 177 del Trattato CEE¹¹⁶ ed, in particolare, sulla sussistenza di limiti a quanto sancito al terzo comma dello stesso articolo. Al riguardo, la Corte dispose che “l'art. 177, 3° comma, del trattato Cee, va interpretato nel senso che una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte¹¹⁷, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi¹¹⁸; ...”. È pacificamente riconosciuto che con questa pronuncia la Corte di giustizia fece propria la teoria dell'*acte clair*, che veniva utilizzata dal Consiglio di Stato francese per eludere l'obbligo di rinvio

¹¹⁶ Art. 177 Trattato Cee: “La Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale,

a) sull'interpretazione del presente Trattato,

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità,

c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi.

Quando una questione del genere è sollevata davanti a una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di Giustizia.”

¹¹⁷ Facendo riferimento al caso in cui la disposizione comunitaria sia già stata oggetto d'interpretazione, la Corte non intende distinguere l'ipotesi in cui la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione che sia già stato oggetto di pronuncia in via pregiudiziale, dall'ipotesi in cui, invece, manchi una stretta identità tra le materie del contendere (punto 14).

¹¹⁸ In tal caso, la Corte richiede al giudice nazionale il convincimento che tale evidenza possa essere riscontrabile anche dagli altri Stati membri nonché dalla Corte di giustizia, specificando che solo in presenza di tale condizione il giudice nazionale può astenersi dal presentare rinvio pregiudiziale (punto 16).

pregiudiziale nelle ipotesi in cui una certa disposizione fosse stata chiara al punto da non necessitare alcun chiarimento interpretativo¹¹⁹.

Al di fuori di questi casi, occorre valutare se, in caso di violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, sussistano - o meno - i tre presupposti ai fini della sussistenza della responsabilità risarcitoria dello Stato, ovvero che la norma comunitaria violata sia preordinata a conferire diritti, che si tratti di una violazione sufficientemente caratterizzata e che sussista il nesso di causalità tra violazione e danno subito.

Dunque, l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale non costituirà, di per sé, fonte di responsabilità dello Stato-giudice, ma sarà un elemento di cui tener conto ai fini della valutazione della violazione di norme di diritto dell'Unione da parte del giudice. L'ostacolo maggiore è riuscire a provare il nesso di causalità diretta tra l'inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale e il danno subito dal singolo. Quest'ultimo dovrebbe dimostrare che se ci fosse stato il rinvio pregiudiziale, la decisione dell'organo di ultima istanza gli sarebbe stata favorevole. Questa dimostrazione, però, presuppone che ci sia stata una violazione, oppure una non corretta interpretazione di una norma, di un principio, di un diritto o di una sentenza dell'Unione, oltre che dell'articolo 267 terzo comma TFUE, da parte dell'organo giurisdizionale nazionale.

Pertanto, l'omesso rinvio pregiudiziale sembra assumere rilevanza, ai fini che ci interessano, solo quando si è contestualmente in presenza di una responsabilità dello Stato riconducibile a provvedimenti giurisdizionali in contrasto con il diritto dell'Unione, altrimenti non si potrebbe dimostrare la sussistenza dei presupposti indispensabili ai fini della condanna al risarcimento dello Stato. In definitiva, la responsabilità risarcitoria discende non solo dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, quanto piuttosto

¹¹⁹ F. Pani, *L'obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, www.europeanpapers.eu, par. II.

dalla violazione di una norma, di una sentenza, di un principio o di un diritto fondamentale dell'Unione¹²⁰.

È importante analizzare anche il rapporto tra l'omissione di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e la violazione dell'articolo 6 c.1 della CEDU.

In un caso in cui i ricorrenti presentarono ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando che la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato belga, in violazione dell'articolo 6 della CEDU, non avevano adempiuto all'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia¹²¹, fu riconosciuto che, in linea di principio, l'inadempimento dell'obbligo di rinvio, ex art 267 terzo comma TFUE, può dar luogo ad una violazione dell'articolo 6 c.1 CEDU in quanto, quest'ultimo, pur non garantendo un diritto al rinvio pregiudiziale, impone ai giudici nazionali di esplicitare e motivare le ragioni per le quali non intendono procedere a tale rinvio, per cui, in assenza di motivazione, si integra un'ipotesi di violazione della CEDU.

Quanto detto, però, dovrebbe valere solo per il giudice di ultima istanza in quanto l'obbligo previsto all'art. 267, terzo comma, TFUE rileva solo in tale caso¹²².

I principi stabiliti nelle sentenze “Köbler” e “Traghetti del Mediterraneo”, non dovrebbero essere applicabili in linea di principio ai giudici di grado inferiore dell'ordinamento giuridico nazionale, sia perché non grava su di essi l'obbligo di sollevare un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia, sia perché la loro decisione può essere impugnata dinanzi ad un giudice di grado

¹²⁰ G. Strozzi, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, cit., 898.

¹²¹ Corte EDU, sez. II, sent. 20 settembre 2011, ric. nn. 3989/07 e 38353/07, Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio; A. Colella, *Il mancato adempimento da parte del giudice nazionale di ultima istanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 267 TFUE può dar luogo a una violazione dell'articolo 6 C.1 CEDU*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (10 ottobre 2011).

¹²² Il *discrimen* fra potere e dovere di ricorso alla Corte è dato dalla natura di giudice nazionale di ultima istanza al quale unicamente la Corte richiede obbligatoriamente di attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale, spettando invece al giudice “non” di ultima istanza una mera facoltà di rivolgersi alla Corte di Lussemburgo.

superiore. Tuttavia non si deve escludere che una responsabilità dello Stato membro possa sorgere anche quando la violazione del diritto dell'Unione avvenga da parte di un giudice non di ultima istanza, poiché può essere comunque causato un *vulnus* sul piano della certezza del diritto, soprattutto nei casi in cui vi sia un contrasto giurisprudenziale tra i giudici dell'Unione e quelli nazionali¹²³.

Pertanto, la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, accompagnata da una sentenza in contrasto con una norma od un principio fondamentale dell'Unione, potrebbero consentire al privato di agire direttamente contro lo Stato-giudice senza esperire altri mezzi d'impugnazione interni¹²⁴. Inoltre, la possibilità di dichiarare ricevibile l'azione risarcitoria contro lo Stato, pur senza aver esperito tutti mezzi di impugnazione interni, è in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in particolare, risponde al principio di ragionevolezza, che trova applicazione innanzi a quest'ultima Corte, avendo costantemente confermato che non è necessario esaurire i ricorsi interni quando ciò appare inutile o costituirebbe onere ingiusto ed eccessivamente gravoso per la vittima della violazione¹²⁵.

Pertanto, se la Corte dei diritti dell'uomo ha affermato l'esistenza di un diritto in favore del danneggiato da una violazione della CEDU, il medesimo diritto deve essere riconosciuto anche nell'ambito dell'Unione Europea, in cui vige

¹²³ Avv. gen. Ruiz- Jarabo Colomer, conclusioni 10 novembre 2005, causa C-206/04P, Mulhens GmbH & Co. KG/UAMI "... affronti diretti all'autorità di un tribunale comunitario potrebbero far sorgere la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale, anche non di ultima istanza, in virtù di un'estensione della giurisprudenza esposta dalla Corte di giustizia nella sentenza del 30 settembre 2003, causa C 224/01, Köbler".

¹²⁴ G. Strozzi, *Responsabilità degli Stati membri per fatto del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, cit., 897.

¹²⁵ La Corte europea dei diritti dell'uomo, in varie occasioni, ha dichiarato che i mezzi di ricorso interno sono inesistenti e inaccessibili nei seguenti casi: "inefficaci o inadeguati; il diniego o il ritardo irragionevole di giustizia li ha resi in pratica inutili; le circostanze speciali ostacolano il funzionamento della giustizia locale al punto da rendere quasi impossibile esperire ricorsi interni; le misure legislative e le prassi amministrative illecite o le situazioni di *gross violations* generano la presunzione dimentichi corso interno siano inefficaci o inadeguati"(F. Ferraro, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, 171)

una regola meno severa in tema di responsabilità risarcitoria del previo esaurimento dei mezzi di ricorso interni. La Corte di giustizia ha chiarito che: “relativamente all’impiego delle vie giudiziarie disponibili, la Corte ha dichiarato, al punto 84 della citata sentenza <<Brasserie du pêcheur e Factortame>>, per quanto riguarda la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario, che il giudice nazionale poteva verificare se il soggetto leso avesse dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l’entità e, in particolare, se esso avesse tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione. In forza di un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la persona lesa, per evitare di doversi accollare il danno, deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per limitarne l’entità. Sarebbe tuttavia contrario al principio di effettività imporre ai soggetti lesi di esperire sistematicamente tutti i mezzi di tutela giudiziaria a loro disposizione, tenendo conto che ciò causerebbe difficoltà eccessive o non si potrebbe ragionevolmente esigerlo da loro”¹²⁶.

Altro elemento, previsto al comma 3-bis del riformato art. 2 legge 117/88, di cui si deve tener conto ai fini della valutazione della violazione del diritto dell’Unione è il contrasto dell’atto, o del provvedimento, del giudice nazionale con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale¹²⁷.

Pur non essendo stata prevista dal legislatore una presunzione di colpa grave nel caso di violazione di tale obbligo¹²⁸, tale indice nella prassi è ampiamente utilizzato in quanto la domanda risarcitoria potrà fondarsi proprio

¹²⁶ C. Giust., sentenza del 24 marzo 2009, *Danske Slagterier* (C-445/06), punto 60-62.

¹²⁷ Ci troviamo nell’ipotesi del rinvio interpretativo, e non in quello, sempre disciplinato dall’articolo 267 TFUE, rivolto a suscitare il controllo della Corte di Lussemburgo sulla validità degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione.

¹²⁸ Tutto ciò trova giustificazione nel primato del diritto comunitario, che ne impone un’applicazione uniforme ed effettiva, nonché nell’obbligo di cooperazione sancito dall’articolo 5 del trattato Ce.

sull'invocazione dell'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia e sul raffronto tra questa e l'interpretazione resa nel provvedimento del giudice nazionale.

Tale indice presenta tuttavia delle insidie che derivano dalla difficoltà che si riscontra nell'inquadrare l'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia, nonché nell'individuazione degli obblighi che queste comportano per il giudice nazionale e dei poteri che in capo a questi residuano nell'interpretazione del diritto euro-unitario. A tal proposito occorre distinguere l'efficacia endoprocessuale e quella extra-processuale, o *erga omnes*, della pronuncia resa in sede di rinvio pregiudiziale.

Con riferimento agli effetti endoprocessuali, la decisione pregiudiziale ha portata vincolante per il giudice del rinvio, vincolando anche le giurisdizioni di grado superiore chiamate a pronunciarsi sulla medesima causa¹²⁹. La vincolatività di una sentenza interpretativa non impedisce al giudice nazionale di sollevare un nuovo rinvio alla Corte per chiedere chiarimenti inerenti alla comprensione od applicazione della sentenza, oppure quando debbano essere sottoposte alla Corte nuove questioni di diritto o nuovi elementi di valutazione¹³⁰.

Le sentenze pregiudiziali, però, sono efficaci anche al di fuori del giudizio principale. Le sentenze interpretative, pur originando da una controversia determinata, hanno carattere astratto, essendo volte a chiarire l'interpretazione

¹²⁹ Il rifiuto, da parte di una giurisdizione nazionale, di tener conto di una sentenza pregiudiziale può comportare l'apertura di una procedura di infrazione, e sfociare nel ricorso di inadempimento di cui all'art. 258 TFUE.

¹³⁰ C. Giust., sentenza 11 giugno 1987 (pretore di Salò), causa 14/86, punto 12: "L'efficacia vincolante che le sentenze pregiudiziali hanno nei confronti dei giudici nazionali non osta a che il giudice nazionale destinatario di una siffatta sentenza si rivolga nuovamente alla Corte qualora lo ritenga necessario per la decisione della causa principale. Il nuovo rinvio può essere giustificato qualora il giudice nazionale si trovi di fronte a difficoltà di comprensione o di applicazione della sentenza, qualora egli sottoponga alla corte una nuova questione di diritto, oppure qualora egli le sottoponga nuovi elementi di valutazione che possano indurla a risolvere diversamente una questione già sollevata".

e la portata delle disposizioni euro-unitarie in questione¹³¹. L'interpretazione della Corte dispiega i suoi effetti al di fuori dell'ambito della causa principale e, dunque, tali sentenze producono effetti erga omnes per effetto della portata vincolante delle disposizioni interpretate rispetto a quelle aventi analoga natura, ciò, in quanto, uno degli obiettivi fondamentali del rinvio pregiudiziale è assicurare un'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea. Tale scopo sarebbe frustrato se le sentenze interpretative della Corte dispiegassero i propri effetti soltanto nella causa *a quo*. Pertanto, l'effetto della sentenza pregiudiziale può essere qualificato come "autorità di cosa interpretata". Quanto all'effetto nel tempo delle sentenze pregiudiziali della Corte di Lussemburgo, queste hanno effetto retroattivo¹³².

L'ambito di efficacia delle sentenze della Corte di giustizia interpretative della norma euro-unitaria, è subordinato alla possibilità di essere contrastato attraverso dei cosiddetti "contro-limiti"¹³³. Infatti, a partire dal caso Taricco¹³⁴,

¹³¹ Hanno dunque una "portata dichiarativa".

¹³² C. Giust., sentenza Denkavit italiana, 27 marzo 1980, causa 61/79, pt. 16: "L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza ad essa attribuita dall'art. 177 chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore. Ne risulta che la norma così interpretata può, e deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa, se, per il resto, sono soddisfatte le condizioni che consentono di portare alla cognizione dei giudici competenti una controversia relativa all'applicazione di detta norma".

¹³³ A. Natale, *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Questione Giustizia* 2017; R. Conti, *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corr. giur.* 2012, 190: il dissenso del giudice nazionale rispetto all'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia integra una violazione caratterizzata del diritto euro-unitario, salva la possibilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, <<sostenendo che l'indirizzo interpretativo della Corte di giustizia sia contrario ai principi fondamentali sui quali si basa la Repubblica italiana (c.d. contro-limiti)>>.

¹³⁴ C. Giust. UE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14, Taricco: qui, la Corte di giustizia, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale proposto in un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto (iva) integranti lo schema della "frode carosello", ha statuito che "una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva,

è stato sollevato un dibattito volto ad evitare che la pronuncia della Corte di giustizia, con riferimento al caso in questione, potesse produrre effetti nell'ordinamento italiano per via dell'incidenza su principi fondamentali dell'ordine costituzionale interno, in particolare sul principio di legalità dei reati e delle pene¹³⁵. La Corte di Cassazione e la Corte di appello di Milano¹³⁶ hanno ritenuto che la vicenda, scaturita nella cd. *vicenda Taricco*, ponesse in discussione «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» per cui, in pendenza di casi analoghi rispetto a quello “Taricco”, hanno dato corso alla sospensione del giudizio, onde promuovere un incidente di legittimità teso alla declaratoria della illegittimità costituzionale dell'art.2 della L. n.130/2008 nella parte in cui autorizza la ratifica e rende esecutivo l'art.325, paragrafi 1 e 2, del TFUE, così come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia nel caso “Taricco”. La Corte costituzionale, investita di tale questione, ha sospeso il giudizio e promosso, a sua volta, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, manifestando perplessità sulla compatibilità delle ricadute della sentenza

all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare. Il giudice nazionale è tenuto a dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE”.

¹³⁵ F. Viganò, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia* (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14), in *Diritto Penale Contemporaneo*, par. 2 e seg.; R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, par 4.

¹³⁶ Cass. Pen., Ord. 28346/2016; App. Milano, 18 settembre 2015, n. 339.

Taricco nel nostro ordinamento¹³⁷, nella parte in cui dichiara che l'articolo 325 TFUE ha effetto diretto. Ciò, special modo, perché, in alcuni passaggi della motivazione della sentenza del caso "Taricco" emessa dalla Corte di Lussemburgo, si demandava al giudice nazionale il compito di accertare che i diritti fondamentali degli interessati fossero stati rispettati (alludendo ad una "riserva di verifica da parte del giudice nazionale"). Prendendo spunto da tale inciso, la Corte Costituzionale ha ritenuto che i giudici nazionali dovessero avere facoltà di azionare i controlimiti¹³⁸, sollevando la questione di legittimità costituzionale delle interpretazioni fornite dalla Corte di Lussemburgo in difformità dai principi costituzionali interni, alludendo, inoltre, che, nel caso contrario, sussisterebbe, comunque, un potere-dovere della Corte Costituzionale di impedire l'applicazione di una norma dell'Unione Europea in contrasto con i principi fondamentali aventi natura costituzionale per l'ordinamento interno¹³⁹.

La Corte di Giustizia, nella cosiddetta "Taricco2"¹⁴⁰, ha chiarito che il principio di legalità dei reati e delle pene appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri oltre a risultare presente nei trattati internazionali, ivi incluso la CEDU.

In particolare, il principio di legalità dei reati e delle pene, presuppone che le disposizioni penali debbano rispettare i requisiti di accessibilità e prevedibilità

¹³⁷ In particolare, la Corte di giustizia, nella sentenza Taricco, sembrava escludere che la disapplicazione della disciplina della prescrizione potesse comportare problemi di frizione con il principio di legalità in materia penale e con quello di prevedibilità delle decisioni dei giudici penali: punti 52-57

¹³⁸ Corte costituzionale ord. n.24 del 2017, punto 2: "Se l'applicazione dell'art. 325 del TFUE comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola contraria al principio di legalità in materia penale, come ipotizzano i ricorrenti, questa corte avrebbe il dovere di impedirlo".

¹³⁹ La Corte di giustizia (grande sezione), con la sentenza 5 dicembre 2017, causa C-42/17 risponde alla questione sottoposta dalla Corte costituzionale. Inoltre, la Corte di giustizia ha approvato un *vademecum*, che, benché privo di valore vincolante, è tuttavia utile al giudice nazionale che intenda sollevare una questione pregiudiziale interpretativa alla Corte di Giustizia (l'ultima versione è del 25 novembre 2016, pubblicata in GU UE del 25 novembre 2016).

¹⁴⁰ C. Giust. (Grande Sezione), 5 dicembre 2017, causa C-42/17, "Taricco2".

in tema di definizione del reato e di determinazione della relativa pena. A tal fine il requisito di determinatezza della norma applicabile comporta la necessità che la legge definisca in modo chiaro quali reati reprime, definendone la pena. Il principio dell'irretroattività della legge penale, presuppone l'impossibilità di perseguire una condotta non vietata da una norma nazionale adottata prima della commissione del reato dalla stessa previsto.

Sulla base di queste premesse, la Corte di Giustizia ha concluso (punto 62) che "l'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE dev'essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato".

Alla luce di quanto detto, si deve ritenere che il comma 3-bis dell'articolo 2 della legge 117/88, come modificata, ricomprenda e sanzioni l'ipotesi in cui il giudice venga chiamato ad applicare una norma euro-unitaria, come interpretata, dopo che la Corte di giustizia abbia risposto alla questione pregiudiziale da lui sollevata.

2.4. La violazione manifesta della legge.

Come in precedenza rappresentato, la legge n.18/2015 ha integrato l'originaria fattispecie colposa inerente la "grave violazione di legge", sostituendola con la fattispecie di "violazione manifesta della legge, nonché del diritto dell'Unione Europea".

Con riferimento alla violazione manifesta della legge, occorre domandarsi in che misura risulti applicabile, a questa fattispecie, l'analisi svolta con riguardo alla violazione del diritto dell'Unione Europea.

Parte della dottrina¹⁴¹ ha chiarito cosa si intende per violazione manifesta della legge, specialmente a causa della necessità di stabilire una netta separazione tra l'interpretazione di norme di diritto e la valutazione del fatto delle prove e i casi di colpa grave. In particolare, i criteri previsti al comma 3-bis dell'art.2 permettono di valutare se la violazione debba ritenersi manifesta, ma non definiscono il concetto di violazione del diritto nazionale. L'esigenza definitoria discende dalla necessità di differenziare sul piano concettuale la violazione della legge, che se manifesta integra colpa grave, dall'attività d'interpretazione. Proprio allo scopo di determinare tale concetto sottraendo l'attività d'interpretazione di norme giuridiche, secondo questa dottrina occorre distinguere tra disposizione e norma. Mentre la disposizione è un "puro enunciato linguistico in sé per sé considerato, denudato dell'attività interpretativa e privo di significato normativo", "il suo significato, prima dell'intervento dell'interprete, è puramente linguistico", in quanto la disposizione "trapassa in norma" a seguito dell'interpretazione. La norma dunque diventa "il significato normativo che si estrae dall'enunciato linguistico corrispondente alla disposizione, grazie all'interpretazione". A seguito di tali considerazioni, tale dottrina sostiene che la violazione manifesta della legge riguarda la disposizione, anziché la norma, e

¹⁴¹ E. Scoditti, *Le nuove fattispecie di <<colpa grave>>*, in AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati (l.27 febbraio 2015 n.18)*, in *Foro it.*, 2015, V, col. 317, par. 4.

corrisponde all'inosservanza del significato linguistico della disposizione. Dunque, sostiene, che "non è attività interpretativa in senso proprio, ma percezione della portata semantica della disposizione", finendo per definire la violazione di legge, su un piano concettuale, come "travisamento linguistico della disposizione"¹⁴². Per valutare se l'elusione dall'enunciato linguistico sia manifesta, e dunque risponda a colpa grave, deve essere valutato il grado di chiarezza e precisione della disposizione e l'inescusabilità e gravità dell'inosservanza.

Dunque, mentre la disposizione è riferita alla violazione manifesta della legge, per violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea occorre fare riferimento ai modi in cui la giurisprudenza euro-unitaria ha configurato l'illecito dello Stato, travalicando, dunque, il mero enunciato linguistico della disposizione, coinvolgendo anche la sua attività interpretativa.

Secondo questa dottrina, la diversità tra comune illecito giudiziario e illecito euro-unitario si perde in sede di rivalsa, grazie al riferimento alla negligenza inescusabile, in quanto la violazione manifesta di diritto dell'Unione (determinata da negligenza inescusabile) e la violazione manifesta della legge (determinata dalla stessa negligenza inescusabile), devono intendersi in modo analogo e, quindi, richiamando la Cassazione¹⁴³, come una violazione della norma avente i caratteri di evidente, grossolana e macroscopica, ovvero una sua lettura in termini contrastanti con ogni logico criterio, o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, oppure, infine, come una manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo che comporta lo sconfinamento dell'interpretazione nel libero diritto.

Altri¹⁴⁴, tuttavia, non ritengono possibile aderire al detto orientamento per tre ragioni, la prima delle quali, prettamente letterale, in quanto il comma 3-bis fa

¹⁴² E. Scoditti, *Le nuove fattispecie di <<colpa grave>>*, *op. cit.*, par. 4;

¹⁴³ Cass. 18 marzo 2008, n. 7272.

¹⁴⁴ F. De Santis di Nicola, *Responsabilità per il dolo o colpa grave*, in *op. cit.*, 122-123.

riferimento alla “chiarezza e precisione delle norme violate” e, dunque, sembra riferire tali caratteristiche al risultato dell’interpretazione, la norma, più che al suo oggetto, cioè la disposizione.

Una seconda ragione trae spunto dall’art. 12, primo comma, delle preleggi, secondo cui “nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse”, per sottolineare come l’inosservanza e il travisamento del significato linguistico della disposizione costituiscano violazione delle norme sull’interpretazione della legge, legittimando il ricorso per Cassazione ai sensi dell’art. 360 n. 3 c.p.c., attivando così il controllo sulla “esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge”¹⁴⁵.

Infine, si afferma che l’orientamento criticato aspirerebbe ad individuare una netta contrapposizione della responsabilità civile dello Stato giudice, a seconda che la violazione manifesta riguardi il diritto dell’Unione Europea oppure la legge, determinando, così, in via interpretativa, una diversità di trattamento tra le due ipotesi, che non rispecchia la norma, in quanto, al terzo comma, si prevede che “costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione Europea” e, al comma 3-bis, vengono posti degli indicatori “ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione Europea”. Il tenore di queste disposizioni dimostra che il legislatore ha accomunato le due ipotesi, per cui risulta difficile negare che l’inciso “salvi i commi 3 e 3-bis” riguardi anche il diritto di fonte non euro-unitaria¹⁴⁶.

Si deve dunque concludere che anche l’attività di interpretazione del diritto di fonte non euro-unitaria può essere fonte di responsabilità dello Stato-giudice.

¹⁴⁵ Art. 65 ord. giud.

¹⁴⁶ Si deve dunque ritenere che è fonte di responsabilità l’attività d’interpretazione, non solo del diritto euro unitario, ma anche del diritto di fonte non euro-unitaria, a seguito della modifica alla clausola di salvaguardia di cui al secondo comma.

Con riguardo alla nozione di “legge”, l’art. 2, terzo comma L. n.117/88 come modificato dalla L. n.18/15, va inteso come generico riferimento alle fonti del diritto¹⁴⁷, di rango primario e secondario, nonché di qualsiasi norma dell’ordinamento¹⁴⁸ e ricomprende anche le norme di fonte internazionale, applicabili nel nostro ordinamento in virtù di meccanismi di adattamento al diritto internazionale pattizio e consuetudinario, purché in grado di attribuire diritti ai soggetti dell’ordinamento interno, anziché avere esclusivo scopo di disciplinare i rapporti tra gli Stati. Rientra nella nozione di legge anche la Convenzione europea dei diritti dell’uomo¹⁴⁹.

A seguito della modifica alla clausola di salvaguardia, cui consegue che l’attività interpretativa della legge integra responsabilità civile ai sensi dell’art. 2, la distinzione tra norme sostanziali integranti un parametro di giudizio per il giudice, e norme processuali, che determinano regole di condotta per il giudice (rispetto alle quali non è terzo), assume meno

¹⁴⁷ R. Guastini, voce <<Legge (riserva di)>>, in *Digesto/civ.*, IX, UTET, Torino 1994,163: “Accade infatti che anche nelle linguaggio delle fonti -proprio come nel linguaggio comune- il termine ‘legge’ sia impiegato in senso del tutto generico: non per riferirsi ad una specifica classe di fonti del diritto, ma per riferirsi alla ‘legge in senso materiale’, cioè genericamente al ‘diritto oggettivo’ e/o all’insieme delle sue fonti senza distinguere in alcun modo tra di esse (esempio paradigmatico: le ‘disposizioni sulla legge in generale’, premessa al codice civile del 1942)”.

¹⁴⁸ F.V. Sorrentino e G. Caporali, voce << Legge (atti con forza di)>>, in *Digesto/pubbl.*, IX, Torino 1994, 100: “ Nel linguaggio comune il termine legge è impiegato tanto per designare l’atto legislativo quanto per designare il prodotto dell’atto. Talvolta esso è del tutto impropriamente utilizzato per indicare qualunque atto normativo e, per conseguenza, qualunque norma dell’ordinamento”.

¹⁴⁹ Cass. 15 aprile 2005, n. 7923: “Le norme della Convenzione impongono ... agli Stati contraenti obblighi giuridici direttamente vincolanti; e tali norme – una volta entrate a far parte nell’ordinamento giuridico nazionale con la forza di legge che è propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione – costituiscono fonte di diritti e di doveri per tutti i soggetti... Deve pertanto escludersi, in via generale, che le norme della Convenzione abbiano efficacia puramente ‘programmatica’ e che, per trovare applicazione quali fonte di diritti e di obblighi una volta recepite nell’ordinamento interno mediante la legge di ratifica, esse abbiano bisogno di successive specificazioni, a meno che tale necessità non debba desumersi dal contenuto della singola norma della Convenzione che faccia esplicito rinvio a (o comunque implicitamente presupponga una) regolamentazione integrativa e di dettaglio da parte delle legislazioni dei singoli Stati nazionali”.

rilevanza¹⁵⁰. Autorevole dottrina, tuttavia, rilevava, prima che intervenisse la modifica di cui alla legge 18/2015, come fosse da escludere l'operatività della clausola di salvaguardia nel caso in cui l'attività del giudice sia volta "all'accertamento dei fatti storici ed all'interpretazione ed applicazione delle norme processuali al fine di determinare ciò che egli può e deve fare"¹⁵¹. "Con riferimento alla funzione giurisdizionale dichiarativa, la *ratio* della clausola di salvaguardia manca allorché il giudice si occupa non delle norme che disciplinano l'altrui condotta e che pertanto sono per lui regole di giudizio, sibbene delle norme che disciplinano la propria condotta." Questo orientamento non trovò conforto nella giurisprudenza di legittimità¹⁵², pressoché unanime in senso contrario, né nella Corte di Lussemburgo¹⁵³.

2.5 La diligenza del giudice con riferimento agli usi ed al diritto straniero

Occorre soffermarsi sulla particolare conformazione della diligenza del giudice con riferimento agli usi e al diritto straniero che rientrano¹⁵⁴, o possono rientrare, tra le fonti dell'ordinamento e con riguardo ai quali è stato

¹⁵⁰ R. Romboli, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *op. cit.*, 98: "Una sostanziale eliminazione che rende quindi superfluo distinguere tra le differenti attività dei magistrati, al fine di individuare e limitare quelle coperte dalla clausola di salvaguardia..."; F.P. Luiso, *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il senato ha approvato la riforma*, *cit.*, par. 4.

¹⁵¹ F.P. Luiso, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corriere Giuridico* n. 5/2008, 732: "Allorché si occupa delle norme che disciplinano il proprio comportamento, il giudice non decide, ma opera la ricognizione dei propri comportamenti leciti e doverosi come qualunque altro destinatario di una qualunque norma. Nello stabilire ciò che egli può o deve fare, il giudice non può "giudicare" in senso proprio, per l'assorbente considerazione che egli non è terzo imparziale e indifferente, ma è anzi il principale soggetto interessato all'esito del suo "giudizio".

¹⁵² Cass. 9 settembre 1995, n.9511; Cass. 6 novembre 1999, n. 12357; Cass. 5 dicembre 2002, n. 17259; Cass. 31 maggio 2006, n. 13000; F.P. Luiso, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corriere Giuridico* n. 5/2008, 731.

¹⁵³ Non distingue fra norme sostanziali e processuali, ai fini della configurazione della responsabilità, per violazione caratterizzata del diritto euro-unitario, dello Stato.

¹⁵⁴ Gli usi rientrano tra le fonti dell'ordinamento ex art. 1 prel.; il diritto straniero può rientrare tra le fonti in forza delle regole di diritto internazionale privato.

sostenuto che il principio *iura novit curia* assume una connotazione “intermedia, di tangibile rilievo operativo”. Partendo dal presupposto che, nell’originaria versione dell’art.2, la grave violazione di legge era riconducibile alla violazione dell’obbligo di ricognizione delle fonti del diritto da parte del giudice e dunque doveva rappresentare un errore d’interpretazione del dettato normativo¹⁵⁵, è stato osservato che *l’error iuris* negligente del giudice, ex art. 2 terzo comma lett. a), non ricorreva nel caso di fonti normative non riconducibili al principio in questione. Tale discorso riguardava, secondo tale dottrina, tre articolati normativi quali: il diritto straniero, i regolamenti di enti pubblici¹⁵⁶ e gli usi, “relegati da una nota tradizione ai margini, se non al di fuori, del principio *iura novit curia*”. A fronte di una contraddittoria ed incerta giurisprudenza, vi era una quasi unanime corrente dottrina tendente a “ricondurre questi complessi normativi all’ombra del principio *de quo*”. È stato osservato che, con riguardo a tali fonti, la vigenza di una presunzione di conoscibilità da parte del giudice sarebbe risultata irrealistica ed incostituzionale in assenza di specifici meccanismi di pubblicazione, potendo residuare, invece, in quanto intrinsecamente collegato al principio in questione, un dovere di conoscenza. Si sosteneva che fosse piuttosto configurabile un obbligo di collaborazione delle parti nell’individuazione di tali fonti e che, ai fini della responsabilità dello Stato-giudice, sarebbe stato onere del danneggiato provare la loro conoscibilità nel caso di specie¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Briguglio, *sub art. 2*, in *op. cit.*, 43, che con riguardo alla “grave violazione di legge”, spiegava che questa ricorreva quando il giudice avesse violato l’assioma fondamentale *iura novit curia*, ovvero nei casi in cui fosse dimostrata la mancata conoscenza del dato normativo, occasionale disattenzione rispetto al dato normativo o trascuratezza.

¹⁵⁶ L’autore includeva nella sua riflessione anche i regolamenti degli enti pubblici. Va a tuttavia rilevato che di recente la Cassazione, ne ha escluso la natura di norma di diritto, negando l’ammissibilità del ricorso ai sensi dell’art. 360 n. 3 ed equiparandoli a fonti di natura negoziale (Cass., 24 ottobre 1998, n. 10581).

¹⁵⁷ Briguglio, *sub art. 2*, *op. cit.*, 58: “Sul versante operativo, tuttavia, l’attore chiamato a trovare, in sede di giudizio di responsabilità, l’inescusabilità dell’*error iuris*, non si gioverà di alcuna presunzione, allorché si tratti di legge straniera, di

Con riguardo agli usi, tale limitazione del principio *iura novit curia* sembra trovare conferma nella giurisprudenza di legittimità¹⁵⁸, mentre appare parzialmente mutata per il diritto straniero a seguito della riforma del sistema del diritto internazionale privato italiano, in quanto l'art. 14 della legge 218/1995 prevede espressamente che l'accertamento della legge straniera debba essere compiuta d'ufficio dal giudice¹⁵⁹, attraverso l'ausilio degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali o delle informazioni acquisite per il tramite del Ministero di Grazia e Giustizia, nonché interpellando esperti od istituzioni specializzate. In ultimo, tale norma prevede che, nel caso in cui il giudice non dovesse riuscire ad accertare la legge straniera indicata neanche con l'aiuto delle parti, dovrà applicare la legge in questione mediante altri criteri, residuando, in mancanza, l'applicazione della legge italiana. Ne consegue che la difficoltà nell'attingere alle fonti straniere non basta ad escludere la responsabilità dello Stato-giudice, in quanto tale norma prevede una serie di ausili e l'applicazione, in ultimo, del diritto italiano. In concreto, però, risulta onere della parte che voglia far valere la mancata applicazione nel caso di specie del diritto straniero allegare e provare, in sede di accertamento della responsabilità, che il giudice non ha fatto buon uso degli strumenti previsti dall'art. 14 per

regolamenti o di usi. Delle corrispondenti disposizioni occorrerà, viceversa, volta per volta verificare il grado di conoscibilità, in relazione al quale tarare poi la gravità della ignoranza o disattenzione.

¹⁵⁸ Cass., 26 febbraio 2002, n. 2829, in *Giustizia Civile*, 2003, I, 505, secondo cui, qualora la pronuncia del giudice di merito abbia fatto applicazione di usi locali a lui noti, e peraltro non direttamente a conoscenza del giudice di legittimità, è necessario che agli atti del processo risulti già allegata la prova documentale relativa all'esistenza degli usi in questione, quando il ricorrente lamenti l'*error iuris* nell'applicazione dell'uso stesso, non essendo consentita per la prima volta la produzione in sede di legittimità.

¹⁵⁹ Mentre, per le controversie non ricadenti *ratione temporis* nell'ambito di operatività dell'articolo 14, la parte che invocava l'applicazione della legge straniera aveva l'onere di provvedere alla specifica indicazione della fonte nonché alla produzione della documentazione idonea a consentire al giudice di formare il proprio convincimento; Cass., 24 giugno 2009, n. 14777; Cass., 20 luglio 2007, n. 16089; Cass., 29 marzo 2006, n. 7250.

accertare il diritto straniero, e non quello di dimostrare la conoscibilità del diritto straniero.

Pertanto, l'equiparazione del diritto straniero a quello nazionale può operare solo ai fini dell'obbligo di ricognizione delle fonti da parte del giudice, ma non anche con riferimento al profilo dell'ulteriore contenuto della diligenza richiesta al giudice dai commi 3 e 3-bis del riformato articolo 2 della legge 117/88. Ai sensi dell'articolo 15 della legge 218/1995, la legge straniera deve essere applicata secondo i propri criteri di interpretazione ed applicazione nel tempo, ma la Cassazione¹⁶⁰ ha espressamente escluso che ciò possa implicare un obbligo per il giudice di acquisire fonti giurisprudenziali e dottrinarie che possono corroborare le possibili letture del testo normativo, ciò in quanto, con riguardo al diritto straniero, del quale il giudice sia riuscito a conoscere le fonti e del quale egli abbia fatto applicazione, la gravità e l'inescusabilità dell'errore interpretativo vanno valutati "*cum grano salis*", cioè con particolare attenzione alle peculiarità del caso di specie.

2.6 Ulteriore contenuto della diligenza del giudice, non desumibile dal modificato art.2 comma 3-bis della L.117/88

La dottrina si è interrogata sull'individuabilità di un ulteriore contenuto riferito alla diligenza del giudice, rispetto a quello desumibile dalla norma, quale la "chiarezza e precisione delle norme violate", ferma restando la scriminante della scusabilità dell'inosservanza, alla luce delle circostanze del caso concreto, cioè, in particolare, la possibilità di ricorrere alla giurisprudenza di merito e delle giurisdizioni superiori. Al riguardo, però, sussistono dottrine contrarie¹⁶¹. Due aspetti: il comma 3-bis menziona

¹⁶⁰ Cass., 26 febbraio 2002, n. 2791.

¹⁶¹ Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corriere Giuridico* 2015, 894: "poiché, da un lato, vi può essere responsabilità per violazione manifesta del diritto, mentre d'altro lato resta fermo il principio che non può dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di

esclusivamente “il contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea”; non ha avuto esito la proposta di modifica dell’art. 65 dell’ordinamento giudiziario volto a configurare una nuova fattispecie di responsabilità civile diretta in tutti i casi in cui il magistrato si fosse discostato dall’interpretazione della legge accolta dalla Cassazione, salvi i casi di “ignoranza inevitabile”. Ne consegue che la possibilità di accrescere per il tramite delle norme sulla responsabilità civile il vincolo al precedente giurisprudenziale, sembra debba essere esclusa in quanto il legislatore ha dato massimo rilievo al principio della soggezione del giudice “soltanto alla legge”, come rileva nell’art. 101 comma secondo Cost., lasciando dunque spazio ad interpretazioni ed accettando che da questa possano derivare disarmonie e conflitti giurisprudenziali.

Allo stesso tempo, però, parte della dottrina ritiene che, nella diligenza richiesta al giudice, debba rientrare il dovere di conoscere il diritto vivente e di tener conto anche degli orientamenti delle giurisdizioni di vertice, volte a rendere “chiare e precise” le norme che il giudice deve applicare al caso oggetto del suo esame¹⁶².

Pertanto, sembra doversi concludere nel senso che l’inosservanza è “grave” ed oggettivamente “inescusabile”, non quando il giudice di merito abbia interpretato la norma in senso difforme rispetto alla giurisprudenza consolidata delle giurisdizioni superiori, bensì quando abbia ignorato

norme giuridiche, occorre stabilire quali sono i confini dell’attività interpretativa, e la nuova legge dichiara che a questi fini si deve tener conto del grado di chiarezza e precisione delle norme. Poiché questo chiarimento è del tutto ovvio, si può concludere che sul punto, e per quanto riguarda il diritto nazionale, la nuova legge non è innovativa. Il giudice italiano mantiene dunque tutta la propria autonomia nell’interpretazione del diritto nazionale”.

¹⁶² C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Le disposizioni generali*, Torino 2014, 547: “sul piano generale può affermarsi che vi sia un dovere costituzionale per tutti i giudici di discostarsi dai precedenti della Corte di cassazione, allorché essi siano davvero costanti e specie quando sia rappresentati da sentenze rese a sezioni unite, solo sulla base di un’approfondita motivazione”.

totalmente una consolidata giurisprudenza, oppure abbia omissis di motivare il suo dissenso¹⁶³. In conclusione, la diligenza che senza dubbio si richiede al giudice di merito, è evitare “contrastati inconsapevoli o comunque immotivati” con l’interpretazione offerta dalle giurisdizioni superiori, salvo che non

¹⁶³ Questa conclusione non collide con quanto sostenuto dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della previgente normativa (Cass., 8260/ 1999), secondo cui non integrava la responsabilità, ai sensi dell’articolo 2, un dissenso motivato del giudice rispetto ad un indirizzo espresso dalle sezioni unite della cassazione. Inoltre, la Cass, Sez, Un., con sentenza n.11747 del 03 maggio 2019, si è nuovamente espressa sul tema con riferimento alla versione della legge precedente la riforma. Questa, richiamando anche quanto espresso dalla Cass. 8260/1999, ha specificato che: la sentenza della Corte Costituzionale o della Cassazione non è fonte del diritto, essendo il giudice soggetto “soltanto alla legge” ai sensi dell’art. 101 Cost.; il giudice che si discosti da una giurisprudenza precedente non commette grave violazione di legge, causata da negligenza inescusabile, purché motivi la sua decisione rendendo ripercorribile la logica utilizzata o, quando la motivazione risulti “meramente assertiva”, purché la scelta interpretativa sia ugualmente comprensibile; “l’errore nell’individuazione della disposizione”, “l’errore nella sua applicazione”, “l’attribuzione al significante di un contenuto che non è nei suoi possibili significati” rappresentano ipotesi di errore assoggettabili a responsabilità perché sottratte dalla clausola di salvaguardia.

Un argomento contrario alla tesi suggerita poteva essere individuato nei lavori preparatori della legge 18/2015, in quanto non è stato approvato l’emendamento che era volto ad indicare espressamente tra le ipotesi di colpa grave il “non avere tenuto conto, senza specifica motivazione, dell’interpretazione della legge espressa dalle sezioni unite della Corte di cassazione”. Dal dibattito dell’assemblea (Legislatura 17^a - Aula - Resoconto stenografico della seduta n. 355 del 19/11/2014) emerge che il rigetto dell’emendamento è stato dovuto alla preoccupazione di vincolare il giudice di merito all’interpretazione offerta dalle giurisdizioni di vertice, nonché alla considerazione che la motivazione è già di per sé dovuta da parte del giudice. Ciò è stato oggetto di repliche da parte del senatore Caliendo, il quale ha affermato: “non sono stato capace di far capire... che questo emendamento afferma la libertà del giudice di interpretare la legge anche contro la Cassazione...Il giudice, se igora il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, commette una negligenza inescusabile. Con questo emendamento si dice soltanto che il giudice deve conoscere il principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione e può, con motivazione, discostarsi da quel principio. È una cosa ben diversa dallo *stare decisis* dei paesi di common law: lì il giudice è costretto a non discostarsi dalla decisione assunta in materia identica...”. Tale argomentazione contraria, tuttavia, non sembra essere decisiva visto che la conoscenza della giurisprudenza delle giurisdizioni funzionalmente di vertice rientra naturalmente nella diligenza richiesta al giudice di merito, così come l’obbligo di motivazione, in quanto il riferimento testuale alla “chiarezza e precisione delle norme violate” nonché alla “inescusabilità” ed alla “gravità dell’inosservanza”, al comma 3-bis, sembrano volti a ricomprendere il contrasto tacito o inconsapevole dell’interpretazione offerta dal giudice di merito con la giurisprudenza delle giurisdizioni funzionalmente di vertice.

ricorrano elementi idonei a giustificare, nel caso concreto, un diverso esito¹⁶⁴. Inoltre, trattandosi di decisioni del giudice di merito, vi sarà la possibilità che la giurisdizione di vertice corregga la grave inosservanza commessa nei gradi precedenti, offrendo un primo ristoro al danneggiato della manifesta violazione.

Diversa è invece la soluzione nel caso in cui il contrasto con l'interpretazione offerta dalle giurisdizioni superiori provenga dallo stesso organo di vertice: sezioni semplici della Cassazione o del Consiglio di Stato.

Si era prospettata la possibilità di censurare l'interpretazione contrastante con il diritto vivente in ragione della presenza di meccanismi volti a prevenire contrasti giurisprudenziali in seno alle giurisdizioni superiori¹⁶⁵, quando risulti smentita da altro orientamento dello stesso grado giudicante. Ne conseguirebbe che, sia un conflitto tacito od inconsapevole, sia uno espresso e consapevole, sarebbero indici di violazione manifesta della legge sensi del modificato articolo 2 della legge 117/88.

Si è tuttavia rilevato come tale soluzione avrebbe finito per creare uno scompenso nella valorizzazione dei *dicta* delle diverse formazioni giudicanti delle giurisdizioni superiori, in quanto un'interpretazione contraria alla giurisprudenza consolidata, nell'ipotesi in considerazione, sarebbe restata pur sempre un'interpretazione espressa da una giurisdizione superiore. Inoltre, sebbene l'articolo 374 c.p.c. ponga in capo alla sezione semplice un dovere di astensione dal decidere quando la decisione potrebbe determinare un conflitto

¹⁶⁴ Ad esempio, il fatto che l'interpretazione della norma da parte dell'acquisizione di vertice sia intervenuta a ridosso della pronuncia del giudice di merito oppure che il giudice di merito credeva fosse ancora attuale un contrasto nella giurisprudenza di legittimità che invece fu risolto a ridosso della sua pronuncia.

¹⁶⁵ Questi strumenti sono: la rimessione alle sezioni unite della Corte di cassazione ai sensi dell'articolo 374 c.p.c. nel processo civile ed ai sensi dell'articolo 618 c.p.p. nel processo penale; all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'articolo 99 c.p.a. nel processo amministrativo.

con l'interpretazione già offerta dalle Sezioni Unite¹⁶⁶, allo stesso tempo assume rilievo il fatto che il legislatore non abbia introdotto, in sede di riforma della responsabilità civile dell'attività giudiziaria, una fattispecie di responsabilità connessa alla violazione dell'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite¹⁶⁷ e che, qualora tale fattispecie fosse stata prevista, avrebbe creato problemi con riferimento al principio della soggezione del giudice "soltanto alla legge" ai sensi dell'articolo 101, secondo comma, della Costituzione.

Pertanto, si deve concludere che, ai fini dell'integrazione della violazione manifesta della legge, anche il conflitto di giurisprudenza tacito, od incolpevole, per le giurisdizioni di vertice potrà tutt'al più essere considerato.

Un discorso a parte merita la giurisprudenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la quale, ribadendo quanto in precedenza affermato, rientra nella nozione di "legge" ai sensi dell'art. 2 della legge in questione¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Art. 374, terzo comma, c.p.c.: "Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso"; Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. process.*, 2006: l'art. 374 terzo comma c.p.c. pone in capo alla sezione semplice un obbligo processuale di non emettere una decisione di segno contrario a quella delle sezioni unite; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Le disposizioni generali*, Torino 2014: l'art. 374, terzo comma, c.p.c. costituisce "una norma non già processuale, ma ordinamentale, che contempla solo il dovere funzionale – tutto interno alla istituzione Cassazione – per le sezioni semplici di rimettere con ordinanza motivata, la decisione sul ricorso alle sezioni unite ove ritengano di non condividere un loro precedente, senza scandire un dovere primario di attenersi...".

¹⁶⁷ La violazione dell'art. 374, terzo comma, da parte della sezione semplice continuerà dunque ad avere solo conseguenze sul piano disciplinare: Ianniruberto, *Le attribuzioni delle Sezioni Unite civili e l'efficacia del principio di diritto*, in *Corriere Giuridico* 2008, 724-727.

¹⁶⁸ Cass. 15 aprile 2005, n. 7923: "Le norme della Convenzione impongono ... agli Stati contraenti obblighi giuridici direttamente vincolanti; e tali norme – una volta entrate a far parte nell'ordinamento giuridico nazionale con la forza di legge che è propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione – costituiscono fonte di diritti e di doveri per tutti i soggetti... Deve pertanto escludersi, in via generale, che le norme della Convenzione abbiano efficacia puramente 'programmatica' e che, per trovare applicazione quali fonte di diritti e di obblighi una volta recepite

Quanto alla diligenza richiesta al giudice dal comma 3-bis, con riferimento alla violazione manifesta di un diritto sancito dalla Convenzione, si ritiene che non determini responsabilità l'utilizzato del margine di manovra sintetizzato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 49/2015, riguardante l'interpretazione della sentenza della Corte EDU, cioè "i canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono ... trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della corte EDU, quando di esse ... non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto", sicché "a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante", ovvero la disposizione della convenzione rilevante nel caso di specie, "l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione"¹⁶⁹. Al fine di coordinare la funzione attribuita alla Corte di Strasburgo nell'interpretazione della CEDU con il principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, la Corte costituzionale ha statuito che "è solo in presenza di un diritto consolidato o di una sentenza pilota, che il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo", indicando, poi, una serie di criteri per stabilire se l'interpretazione in questione abbia maturato un adeguato consolidamento in seno alla Corte¹⁷⁰.

nell'ordinamento interno mediante la legge di ratifica, esse abbiano bisogno di successive specificazioni, a meno che tale necessità non debba desumersi dal contenuto della singola norma della Convenzione che faccia esplicito rinvio a (o comunque implicitamente presupponga una) regolamentazione integrativa e di dettaglio da parte delle legislazioni dei singoli Stati nazionali"

¹⁶⁹ C. Cost. 49/2015, punto 6.

¹⁷⁰ Punto 7 : "Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto profondo dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del

Sembra in questo caso ragionevole riconoscere, rispetto alla giurisprudenza delle giurisdizioni nazionali di vertice, un margine maggiore di scusabilità in caso d'inosservanza inconsapevole, visto che, in assenza di collaborazione delle parti, il giudice nazionale può obiettivamente incontrare difficoltà nel reperimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rilevante ai fini del caso¹⁷¹.

Quanto al caso dell'inosservanza delle norme di rango costituzionale, si prospettano diverse ipotesi. Nel caso in cui la giurisprudenza della Corte Costituzionale lasci dubbi circa l'esatta portata di una norma costituzionale e della sussistenza di eventuali violazioni da parte delle norme di rango primario, non sussisterà una grave inosservanza, o comunque sarà scusabile, nel caso in cui il giudice offra un'interpretazione che tenga conto della giurisprudenza della Consulta.

Diverso è il caso in cui la Corte Costituzionale abbia affermato che una certa interpretazione della disposizione di rango primario risulti in contrasto con una norma di rango costituzionale, ma abbia rigettato la questione prospettando una diversa interpretazione della disposizione conforme alla Costituzione. Quanto all'efficacia di tali pronunce, che tradizionalmente assumono la forma delle sentenze interpretative di rigetto, pongono un vincolo negativo, sia per il giudice *a quo* che per gli altri giudici, consistente

principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso preromana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano”.

¹⁷¹ Ad esempio, quando la sentenza della Corte EDU non è segnalata nelle *Note* di informazione della giurisprudenza né nelle raccolte tematiche periodicamente diffuse dalla Corte tramite il proprio sito istituzionale ovvero non sia portata all'attenzione del giudice nazionale per effetto della traduzione in italiano effettuata dal Ministero della giustizia.

nel non dare alla norma lo stesso significato che la Corte Costituzionale ha escluso, in quanto incompatibile con norme costituzionali. Pertanto, il giudice sarà libero di individuare un'interpretazione diversa da quella esclusa nella pronuncia di rigetto dalla Corte, perché contrastante, oppure sollevare la questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge, sulla base dell'interpretazione esclusa dalla Consulta, ritenuta l'unica plausibile¹⁷².

Analoghe affermazioni valgono anche con riguardo alle cosiddette pronunce interpretative d'inammissibilità¹⁷³ ed in generale per tutti provvedimenti diversi dalle sentenze interpretative di rigetto con cui la Corte effettua un'interpretazione costituzionalmente orientata del dato normativo¹⁷⁴.

Dunque, qualora il giudice nazionale abbia dimostrato di conoscere la giurisprudenza rilevante, abbia dato conto delle eventuali ragioni per cui ha deciso di seguire un'interpretazione diversa rispetto a quella suggerita dalla Consulta, nonché abbia illustrato le ragioni per cui non ha ritenuto sollevare la questione di legittimità costituzionale, non gli si potrà imputare un'inosservanza inescusabile e grave.

Infine, vi sono casi in cui l'incostituzionalità della norma di legge è pronosticabile alla luce dei precedenti interventi della Corte Costituzionale, fino a diventare finanche manifesta, quando il legislatore è giunto a reiterare una norma sostanzialmente identica ad una precedentemente, già dichiarata

¹⁷² Cass. Sez. Un., 16 dicembre 2013, n. 27986: il potere di sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale anche nell'ambito dello stesso processo in cui ha avuto origine una q.l.c. rigettata o dichiarata inammissibile, purché ciò avvenga in gradi ulteriori. Se invece lo stesso giudice che ha sollevato la q.l.c. rigettata o dichiarata inammissibile la propone nuovamente, assumendo alla base di questa la stessa interpretazione della norma di legge oggetto del precedente giudizio di costituzionalità, la seconda questione di legittimità sarebbe inammissibile.

¹⁷³ Si intendono le pronunce con cui “la Corte imputata al giudice a quo di non aver impiegato i suoi poteri interpretativi per conferire alla disposizione impugnata un significato compatibile con la Costituzione, che talora la Corte suggerisce”; Lamarque, *Una sentenza <<interpretativa di inammissibilità>>?*, in *Giur. cost.* 1996, 3108.

¹⁷⁴ M. Bellocci e T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale* (11 giugno 2010), www.cortecostituzionale.it.

incostituzionale. Si tratta di casi limite che, tuttavia, qualora si dovessero verificare, non permetteranno di escludere che, dalla mancata proposizione della questione di legittimità costituzionale e dall'inosservanza della norma costituzionale a beneficio di quella di legge, incostituzionale, possa derivare grave ed inescusabile violazione, ai sensi del comma 3-bis. Certo è che tale norma si riferisce solo alla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale che grava sul giudice di ultima istanza. La distinzione che viene implicitamente operata dal legislatore, si basa sulla diversa posizione in cui si trova il "giudice comune" rispetto alla Corte costituzionale ed alla Corte di Lussemburgo¹⁷⁵, tuttavia, non sembra possibile offrire a diritti di rango costituzionale una tutela (risarcitoria) inferiore rispetto a quella prevista nella violazione manifesta del diritto euro-unitaria.

¹⁷⁵ E. Scoditti, *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 2012, III, par. 4: "non è un caso che l'ordinamento nazionale non preveda l'obbligo del giudice di ultima istanza di trasmettere gli atti alla Corte costituzionale se è sollevata nel processo una questione di legittimità costituzionale. Giudice comune e giudice costituzionale sono espressione di un medesimo ordinamento, sicché, come dimostra la prassi dell'interpretazione adeguatrice, anche il giudice comune ha il potere di interpretare la Costituzione, e dunque legittimamente può ritenere manifestamente infondata la questione di costituzionalità. Ma, come dimostra pure la prassi delle sentenze interpretative di rigetto, anche il giudice costituzionale fa le sue incursioni nella sfera dell'interpretazione del diritto ordinario. Circa la rilevanza della questione di legittimità costituzionale ai fini della risoluzione della controversia la competenza è di entrambi, sia del giudice comune che di quello costituzionale. Il presupposto di questi incroci di competenza è l'unicità dell'ordinamento cui le due giurisdizioni appartengono. Se ci spostiamo sul piano del diritto dell'Unione Europea il presupposto varia, perché qui vi sono due ordinamenti che entrano in relazione. Si spiega allora perché il primato interpretativo del diritto dell'Unione spetti al giudice di quell'ordinamento, la Corte di giustizia, e perché spetti esclusivamente al giudice nazionale la valutazione della rilevanza delle questioni che gli propone alla corte.... La diversità dei due ordinamenti giustifica questo riparto di competenza".

CAPITOLO TERZO

IL TRAVISAMENTO DEL FATTO O DELLE PROVE

3.1 L'adeguamento della normativa, alla luce delle censure comunitarie in tema di clausola di salvaguardia.

Tra le molteplici modifiche alla normativa in tema di responsabilità civile del magistrato, la legge n.18/2015 è intervenuta con riferimento alla responsabilità correlata all'attività di valutazione ed interpretazione, svolta dal giudice, finalizzata alla soluzione della *quaestio facti*.

Nell'originaria versione della L.117/88 dall'art. 2 terzo comma lett. b) e c) integravano ipotesi di responsabilità, contraddistinte da colpa grave, *“l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti procedimento”*, nonché *“la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulti incontrastabilmente dagli atti del procedimento”*.

Tali fattispecie dovevano necessariamente essere combinate con la previsione contenuta nella clausola di salvaguardia, presente nell'originaria formulazione della norma, secondo cui *“non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”*.

Contro l'assolutezza della clausola di salvaguardia, nonché la totale assenza di responsabilità dello Stato-giudice con riferimento alle questioni di fatto, si è espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, affermando che una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto dell'Unione può derivare anche dall'erronea valutazione dei fatti o delle prove¹⁷⁶. Proprio al fine di

¹⁷⁶ C. Giust. (Terza Sezione) 24 novembre 2011, C-379/10: “A sostegno del ricorso la Commissione deduce, sostanzialmente, due addebiti. Da un lato, contesta alla Repubblica italiana di avere escluso, ai sensi dell'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88, qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni causati a singoli

conformare la specifica normativa alle censure comunitarie, è intervenuta la legge n.18/2015 apportando alcune modifiche all'art. 2 della legge n.117/88, per cui, nell'attuale formulazione, è stato previsto al terzo comma che *“costituisce colpa grave... il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento”*, ma nel contempo è stata limitato la portata della clausola di salvaguardia, sancita dal comma 2, per mezzo dell'incipit *“fatti salvi i commi 3 e 3-bis”*, alle fattispecie diverse da quelle sancite in tali ultimi commi, nonché al caso di dolo.

L'elemento di novità è dunque costituito dall'aggiunta, tra le fattispecie di responsabilità, del “travisamento del fatto o delle prove” alla fattispecie preesistente dell'errore del giudice, consistente nell'aver affermato un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa, oppure nell'aver negato un fatto incontrastabilmente esistente, da cui è stato, però, espunto il riferimento alla negligenza inescusabile, che rappresentava presupposto determinante dell'errore commesso dal giudice.

3.2. “Errore revocatorio”

Precedentemente alla modifica, dottrina e giurisprudenza erano d'accordo sulla fatto che la fattispecie dell' “errore revocatorio” (affermazione, o negazione, di un fatto la cui esistenza, od inesistenza, è incontrastabilmente

dalla violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado, qualora tale violazione derivi da un'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo. Dall'altro, la Commissione contesta alla Repubblica italiana di aver limitato, in casi diversi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione di fatti e prove, la possibilità di invocare tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, il che non sarebbe conforme ai principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte.”

esclusa, o risultante, dagli atti del procedimento) non comprendesse l'errore del giudice commesso nella valutazione del fatto o delle prove.

Tale conclusione unanime trovava conferma nella vecchia formulazione della clausola di salvaguardia, risultando, inoltre, pienamente coerente con la similitudine tra le fattispecie in questione e il vizio revocatorio di cui all'articolo 395 n. 4 c.p.c.¹⁷⁷. La dottrina, inoltre, aveva giustificato l'esclusione dalle fattispecie contenute alle lett. b) e c) dell'art. 2, ispirate alla tipizzazione dell'errore revocatorio delle ipotesi d'insufficienza e contraddittorietà della motivazione, "*cui corrisponde certamente una valutazione del fatto errata in modo particolarmente grave*", invocando due ragioni: il giudice del giudizio di responsabilità non può sindacare la diligenza impiegata nell'attività valutativa, poiché l'obbligo di diligenza corrisponde solamente alla conoscenza degli atti del procedimento (del resto, la clausola di salvaguardia ammetteva di rilevare solo l'ignoranza degli atti del processo)¹⁷⁸; l'avverbio "incontrastabilmente" riferito al fatto erroneamente affermato o negato e, dunque, all'errore - e non alla negligenza che determina quest'ultimo - richiede che la contraddizione tra quanto affermato, o negato, e gli atti del procedimento, emerga "invariabilmente dal confronto fra la rappresentazione medesima e questi ultimi, intesi, tuttavia, non già come pura

¹⁷⁷ Art. 395 n. 4 c.p.c.: "se la sentenza è l'effetto di un errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare".

¹⁷⁸ Briguglio, *sub art 2*, in *op. cit.*, 60: "Può insomma evincersi dal complesso dell'ordinamento, ed è comunque ormai confermata dalla l. n. 117, la imposizione al giudice di un primario dovere di diligenza, consistente nel conoscere, esaminare, prendere atto degli <<atti del procedimento>>, anzitutto in quanto pure entità materiali. Solo sull'assolvimento di tale dovere è poi ragionevolmente innestabile quella discrezionale <<valutazione del fatto e delle prove>> essenzialmente ispirata al principio del libero convincimento. Se quindi l'affermazione o la negazione di un fatto è in contraddizione con le risultanze degli <<atti del procedimento>> e tale contraddizione non è imputabile ad una (errata) valutazione di quelle risultanze, la negligenza è *in re ipsa*. All'origine di quell'errore vi sarà, invero, l'ignoranza, la disattenzione o la trascuratezza degli << atti processuali>>, vale a dire la violazione del dovere primario di diligenza retro evidenziato".

realtà materiale ed oggettiva, bensì anch'essi come rappresentazione... il secondo termine del confronto è propriamente costituito dalle "risultanze" degli atti del procedimento"¹⁷⁹, ossia da una mera ricognizione di essi.

Il riferimento all'incontrastabilità dell'errore di fatto, presente anche nell'articolo 395 n.4 c.p.c., ha condotto a ritenere che questo motivo di revocazione non sia tesa a denunciare un errore di giudizio, cioè un errore nella valutazione delle prove, bensì un errore nella percezione degli atti e dei documenti della causa, comunemente definito anche "errore svista", desumibile dal mero raffronto testuale degli atti del processo ed il provvedimento *de quo*¹⁸⁰. Diversamente, eventuali errori di giudizio compiuti nella valutazione delle prove potrebbero, al più, essere oggetto di ricorso per cassazione nei limiti di cui all'art.360 nn. 3 e 5 c.p.c.¹⁸¹.

¹⁷⁹ Briguglio, sub *art. 2*, in op. cit., 61: "Può constatarsi come la palese ispirazione delle lett. b) e c) alla tipizzazione dell'errore revocatorio giovi ad escludere tendenzialmente, dall'ambito dell'errore di fatto causativo di responsabilità, le classiche ipotesi di insufficienza e/o contraddittorietà della motivazione di per sé considerate. A queste ultime corrisponde certamente una "valutazione del fatto e delle prove" errata in modo particolarmente grave e perciò, almeno quantitativamente, ben distinguibile da una "valutazione" le cui "inesattezze" non raggiungano il grado della marchiana contraddizione o inconsistenza logica. E tuttavia non si è appunto autorizzati a ricondurre solo alla seconda "attività valutativa" e non anche alla prima l'effetto esimente prevista dall'articolo 2 comma 2°.

Valgono... due assiomi complementari:

- Non è possibile al giudice della responsabilità sindacare la diligenza o meno della attività valutativa, ma solo constatare l'assenza di essa, sub specie di ignoranza/disattenzione degli atti del procedimento, unica forma, appunto, di negligenza rilevante;
- Non è possibile che la qualifica di un errore di fatto come negligente, e dunque colposo, derivi dalla comparazione fra una "valutazione" resa dal giudice che abbia a posteriori verificato l'errore e la "valutazione" già resa sul medesimo oggetto dal giudice che ha commesso l'errore".

¹⁸⁰ C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, op. cit., 617: "l'errore revocatorio è invece un errore di giudizio sul fatto, ma certo non quello su ogni fatto né quello di valutazione... Il n.4 ricomprende solo l'errore di percezione quanto a quel *dato di fatto* inconfutabile che è il contenuto letterale, o comunque, semantico, dei documenti scritti che il giudice ha letto male, o male ricordato nel momento della maturazione (che, così, risultata sviata) della sua decisione".

¹⁸¹ Art 360 nn. 3 e 5 c.p.c.: "le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: per violazione o

Secondo la giurisprudenza costituisce errore di fatto (ai sensi dell'articolo 395 n. 4 c.p.c.) l'affermazione circa la mancanza di una prova fondante sulla data di un documento, che, invece, era presente agli atti¹⁸²; l'affermazione secondo cui, in base ai contenuti della notifica, ad un certo indirizzo fosse stato rinvenuto sul citofono il nominativo di un soggetto, quando, in realtà, nulla al riguardo viene affermato nella relata¹⁸³; la dichiarazione d'inammissibilità espressa dalla Corte di Cassazione per mancanza di notifica del ricorso, quando, diversamente, ciò risulta confutato dagli atti di causa¹⁸⁴.

La giurisprudenza, in merito alla distinzione tra errore di fatto ed errore di giudizio, ha recente¹⁸⁵ chiarito quali siano le caratteristiche dell'errore di fatto riconducibile all'articolo 395 n. 4 c.p.c., ai fini dell'istanza di revocazione di una sentenza della Cassazione, sottolineando che deve consistere "in un errore di percezione, o in una mera svista materiale, su circostanze decisive, emergenti direttamente dagli atti con carattere di assoluta immediatezza e semplice e concreta rilevabilità, che abbia indotto il giudice a supporre l'esistenza (o l'inesistenza) di un fatto decisivo, che risulti, invece, in modo incontestabile escluso (o accertato) in base agli atti e ai documenti di causa, sempre che tale fatto non abbia costituito oggetto di un punto controverso su cui il giudice si sia pronunciato. L'errore in questione presuppone, quindi, il contrasto fra due diverse rappresentazioni dello stesso fatto, delle quali una emerge dalla sentenza, l'altra dagli atti e documenti processuali, sempreché la realtà desumibile dalla sentenza sia frutto di supposizione e non di giudizio. (Cass 22171/10; Cass 27451/13; Cass 22080/2013). L'errore in questione inoltre deve presentare i caratteri dell'evidenza ed obiettività, così da non richiedere lo sviluppo di argomentazioni induttive o indagini, e deve

falsa applicazione di norme di diritto...; per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

¹⁸² Cass. 9 febbraio 2016, n. 2529, escludendo la deducibilità di tale errore con ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 5 c.p.c.

¹⁸³ Cass. 12 dicembre 2014, n. 26157.

¹⁸⁴ Cass. 10 luglio 2015 n. 23833.

¹⁸⁵ Cass. 1 aprile 2015, n. 6669.

riguardare atti interni al giudizio di legittimità, ossia quelli che la Corte esamina direttamente nell'ambito del motivo di ricorso o delle questioni rilevabili d'ufficio”.

Tale carattere di assoluta immediatezza, semplice e concreta rilevabilità, trova conferma nel carattere “incontrovertibile” dell'errore stesso, specificato nella norma. Ciò non ricorre, invece, nelle ipotesi d'incompleto, erroneo od inesatto apprezzamento delle risultanze processuali o di anomalia del procedimento logico di interpretazione del materiale probatorio.

Si può, quindi, concludere che l'attività di valutazione è estranea alla fattispecie di cui all'art. 2 terzo comma legge n.117/88, come anche all'art. 395 n. 4 c.p.c., ciò in forza del connotato d'incontrovertibilità dell'errore. Ne discende che, a seguito della modifica intervenuta con la legge n.18/2015, la limitazione all'operatività della clausola di salvaguardia, per mezzo dell'*incipit* “*fatti salvi i commi 3° e 3° bis*”, non assume rilievo con riferimento alla configurazione della fattispecie dell'errore revocatorio, contenuta al terzo comma. La modifica all'operatività della clausola di salvaguardia ha comportato la sindacabilità dell'attività di valutazione del fatto e delle prove nel limite in cui tale attività costituisca colpa grave ai sensi del terzo comma, ma ciò non comporta un mutamento nella configurazione della fattispecie consistente nell'affermazione, o negazione, di un fatto che risulti incontrastabilmente inesistente, o esistente, dagli atti del procedimento, poiché, anche a seguito della riforma del 2015, tale fattispecie rappresenta un errore di percezione, un “errore svista” e non un errore di valutazione del giudice nella soluzione della *quaestio facti*.

Nonostante la similitudine in precedenza riscontrata tra la fattispecie in questione e l'errore revocatorio di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c., tra le stesse sussiste, però, una differenza: l'art. 395 n. 4 c.p.c., diversamente dall'art. 2 terzo comma della riformata L. 117/88, richiede che il fatto non abbia rappresentato un punto controverso su cui la sentenza si è pronunciata. Infatti,

nel testo dell'art. 2 terzo comma lett. *b)* e *c)*, alla trascrizione, quasi letterale, dell'articolo 395 n. 4 c.p.c., è stata eliminata la seguente precisazione: che “*il fatto non abbia costituito un punto controverso sul quale la sentenza o il provvedimento ebbe a pronunciarsi*”. I primi commentatori hanno reputato tale modifica opportuna perché “depura la descrizione normativa da riferimenti troppo caratteristicamente ancorati al giudizio civile, o comunque alla sede contenziosa ed alla emanazione di un provvedimento, e si adegua così alla vocazione onnicomprensiva della disciplina della responsabilità”¹⁸⁶.

In passato la dottrina si è chiesta se nell'ipotesi di controversia sul fatto (la quale esclude l'operatività della revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c.) fosse configurabile la colpa grave ai sensi dell'art. 2 terzo comma lett. *b)* e *c)*. Parte della dottrina aveva escluso tale configurabilità, ciò basandosi sulla clausola di salvaguardia e ritenendo che, in caso di controversia tra le parti sul fatto, il giudice avrebbe dovuto pronunciarsi sulla sua esistenza, od inesistenza, scegliendo tra le prospettazioni delle parti, attività che ricade, dunque, nell'attività valutativa del fatto¹⁸⁷. Secondo altra dottrina, invece, nonostante la clausola di salvaguardia, sarebbe stato possibile configurare colpa grave, ai sensi delle lett. *b)* e *c)* dell'art. 2 terzo comma, quando il contrasto sull'esistenza, od inesistenza, del fatto derivasse dall'erronea ricostruzione delle risultanze processuali ad opera di una delle parti. In tal caso, fermo restando l'impossibilità della revocazione, poiché sussiste un contrasto sul fatto¹⁸⁸, si incorrerebbe in colpa grave nell'ipotesi in cui il

¹⁸⁶ Briguglio, *sub art. 2, op. cit.*, 64.

¹⁸⁷ A. Attardi, *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati, cit.*, 307.

¹⁸⁸ Briguglio, *sub art. 2, op. cit.*: “ai fini della esclusione del rimedio della revocazione, assume assorbente rilievo il mero elemento della controversia, del contrasto fra le parti sul punto di fatto e della susseguente configurazione della determinazione giudiziale come opzione fra due alternative. La sussistenza di un tale elemento è sufficiente a spostare il sindacato dell'errore fattuale dalla revocazione ex art. 395, n. 4, alla cassazione ex art. 360, n. 5, c.p.c. Quando, invece, si versi in sede di responsabilità, e quando cioè affiori l'aspetto “sanzionatorio” del sindacato, occorre verificare se ciò che si presenta formalmente come una opzione in punto di

giudice, nel risolvere tale contrasto, non controllando gli atti, reiteri l'errore di percezione commesso dalla parte¹⁸⁹.

A seguito della riforma del 2015 si è ritenuto fosse superfluo prendere posizione sulla possibilità di configurare un errore di fatto ai sensi del terzo comma dell'art. 2 della legge 117/88, quando si fosse stati in presenza di una controversia sull'esistenza, o meno, del fatto ed allo stesso tempo tale errore non fosse debordato in un'attività valutativa (pur sindacabile a seguito della nuova clausola di salvaguardia), incompatibile con il requisito d'incontrovertibilità dell'errore medesimo, poiché ciò che non è ricompreso

fatto corrisponda effettivamente ad attività valutativa, o sia, al contrario, il sintomo della negligenza, sub specie di ignoranza degli atti di causa”.

¹⁸⁹ Briguglio, *sub art. 2, op. cit.*, 65: “Sembra, in effetti, ipotizzabile una serie di casi limite, in cui già il “contrasto” in punto di fatto fra le parti non consta di posizioni opposte e tuttavia omogenee sul piano logico-giuridico, poiché esso non è riconducibile ad una divergenza di giudizio, i.e. di valutazione dei fatti (del tipo, per restare allo schema più semplice: dal fatto C va dedotto per Tizio il fatto A, per Caio il fatto B). Il contrasto, in altri termini, si origina da ciò, che una delle parti commette essa stessa un errore fattuale di genere revocatorio, dovuto ad inconsapevole o perfino...consapevole “disattenzione” degli “atti del procedimento” (es. sebbene nella planimetria prodotta conformemente da entrambe le parti sia indicata per una certa strada una pendenza X, mentre Tizio deduce da tale pendenza le proprie ulteriori valutazioni di fatto, nella prospettazione di Caio è apoditticamente affermata una pendenza Y, con conseguenti diverse ulteriori implicazioni fattuali)... Il dato essenziale e caratterizzante di tale situazione non è, di per sé, la maggiore o minore *evidenza* dell'errore fattuale originario rispetto al parametro offerto dagli atti di causa, bensì proprio il connotato di negligenza insito in quell'errore: l'assenza di giudizio, di una valutazione purchessia e dunque di conoscenza ed attenzione rispetto agli atti di causa. Ora, in una simile situazione – Tizio prospetta in punto di fatto A, Caio, a motivo di una originaria negligente <<disattenzione>> degli atti di causa, prospetta B – può ben accadere che il giudice si orienti comunque e *determinatamente* nella direzione B, sostituendo alla negligenza di Caio la propria <<attenzione>>, e cioè una esplicita valutazione degli atti di causa. Sicché tale valutazione potrà, ex post, dimostrarsi fallace e perfino smaccatamente irragionevole, *sub specie* di illogicità di motivazione, restando per contro sicuramente fuori causa l'art. 395 n. 4 c.p.c. E tuttavia non vi risulterà certo impedita, in sede di giudizio di responsabilità, la piena operatività della clausola di salvaguardia ex art 2 comma 2°, l. 117. Se però il giudice accoglie la prospettazione B senza un minimo esplicito cenno di “attenzione” valutativa agli atti del procedimento che apparentemente la contraddicono, sarà difficile non attribuirgli la medesima negligenza che è all'origine dell'errore della parte. Non vi sarà, insomma, alcune attività valutativa della parte cui riferire *per relationem* quella del giudice. Risulterà, allora, per l'appunto individuata quella ipotesi limite di errore di fatto colposo sensi della l. n. 117 e tuttavia distinto dal tipo dell'errore revocatorio”.

nella seconda parte del terzo comma, sembra poter essere ricondotto nella prima parte, ovvero nel “*travisamento del fatto o delle prove*”¹⁹⁰.

3.3. Altre notazioni a proposito dell'errore di fatto

Con riferimento all'errore di fatto, l'opinione prevalente in dottrina ritiene che questo debba avere carattere decisivo ai fini dell'integrazione della colpa grave, così come richiesto quale presupposto affinché integri un vizio revocatorio ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c.¹⁹¹, poiché, essendo il fatto dannoso un atto, o provvedimento, del giudice, l'errore revocatorio può essere fonte di responsabilità solo se ha assunto un ruolo decisivo e determinante ai fini della decisione. Vi è, però, altra dottrina che, diversamente, in luogo della decisività, attribuisce all'errore il carattere di non trascurabilità ai fini della decisione¹⁹².

Vi è anche chi¹⁹³, tuttavia, sottolinea che la decisività dell'errore ai fini della revocazione ex art. 395 c.p.c. viene richiesta quale elemento giustificativo, poiché, ove in mancanza dell'errore di fatto la decisione della causa non sarebbe stata, comunque, diversa, la domanda di revocazione non avrebbe

¹⁹⁰ F. De Santis di Nicola, Responsabilità per dolo o colpa grave, in *op. cit.*, 144.

¹⁹¹ Briguglio, *sub art. 2*, in *op. cit.*, 66: “Ci si è chiesti se possa giustificarsi il silenzio dell'art. 2, comma 3°, lett. b) e c), in ordine alla entità ed alla portata dell'errore di fatto, e cioè all'essere o meno l'errore determinante ed “anzi decisivo” ai fini della pronuncia emessa. È appena il caso di notare come la questione sia totalmente assorbita e risolta a monte dell'art. 2, comma 3°. Non l'errore di fatto in quanto tale, bensì la “decisione” giudiziale (integri essa un “atto” o, molto più probabilmente, un “provvedimento”), che di quell'errore è il frutto, costituisce il comportamento dannoso. La descrizione dell'errore corrisponde soltanto alla tipizzazione del presupposto soggettivo, vale a dire della colpa grave con cui il comportamento dannoso viene in essere. È ovvio dunque che, se l'errore non è determinante ai fini della decisione, ogni discorso è già chiuso”.

¹⁹² Cavallari, *sub art. 2*, in AA.VV., *Legge 13 aprile 1988, n. 117*, 273.

¹⁹³ V. Colesanti, voce <<*Sentenza civile (revocazione della)*>>, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969, 1168: annovera tra i punti incontrovertiti in tema di revocazione ex art. 395 n. 4 c.p.c. “il carattere essenziale del fatto nel quadro della decisione del giudice, nel quale è dato ravvisare la costante esigenza del nesso causale tra la circostanza denunciata come motivo di revocazione e il contenuto della decisione”.

trovato accoglimento. Con riferimento all'art. 2, invece, rileva l'idoneità dell'errore di fatto, contenuto nell'atto o nel provvedimento del giudice, a produrre un danno ingiusto.

La dottrina si è occupata anche di un'altra questione, ossia se sia necessaria l'affermazione o la negazione di fatto, oppure se, per integrare l'errore di fatto, sia sufficiente che lo stesso risulti evidente. Mentre alcuni autori ritengono che, ai fini dell'integrazione dell'errore descritto all'art. 2, non occorra un'esplicita dichiarazione, che affermi o neghi un fatto¹⁹⁴, altri, invece, ritengono che il comportamento del giudice consista in una "azione", ossia in una esplicita dichiarazione e "non in una condotta meramente implicita o omissiva"¹⁹⁵.

Altra notazione importante, con riferimento all'errore di fatto, è relativa alla soppressione ad opera della riforma del 2015 del carattere di "negligenza inescusabile" come elemento fondante l'errore in questione.

Con riferimento al testo nella formulazione antecedente il 2015, parte della dottrina aveva individuato nell'errore revocatorio un "carattere eminentemente oggettivo", ritenendo che la negligenza del giudice consistesse nell'omissione del primario dovere di ricognizione delle risultanze processuali¹⁹⁶. Tuttavia non si poteva ignorare il dato testuale e dunque il richiamo evidente ad un *quid pluris* oltre all'errore di fatto, "finendo per essere inteso in giurisprudenza nel senso che l'errore non dovesse essere

¹⁹⁴ Briguglio, sub *art. 2*, in *op. cit.*, 66: "Salva resta, al contrario, l'ipotesi che l' "affermazione" o "negazione" costituenti l'errore risultino solo quali *inespressi* seppur evidenti presupposti della emanazione del provvedimento o del compimento dell'atto, ben potendo insomma la motivazione non "dichiarare" alcunché ovvero, oltretutto, non essere neppure istituzionalmente prevista".

¹⁹⁵ G.P. Cirillo e F. Sorrentino, *La responsabilità del giudice*, *op. cit.*, 163.

¹⁹⁶ Briguglio, sub *art. 2*, in *op. cit.*, 60: "Se quindi l'affermazione o la negazione di un fatto è in contraddizione con le risultanze degli "atti del procedimento" e tale contraddizione non è imputabile ad una (errata) valutazione di quelle risultanze, la negligenza è *in re ipsa*. All'origine di quell'errore vi sarà, invero, l'ignoranza, la disattenzione o la trascuratezza degli "atti processuali", vale a dire la violazione del dovere primario di diligenza retro evidenziato".

comprensibile in considerazione di particolare agganci con la vicenda di specie”¹⁹⁷.

Il riferimento alla “negligenza inescusabile” è stato eliminato con la riforma del 2015 e, dunque, l’errore di fatto “rimane svincolato da ogni valutazione sulla scusabilità - o meno - della condotta del magistrato, sulla diligenza - o sulla negligenza - che hanno connotato l’agire del giudice”¹⁹⁸. In dottrina¹⁹⁹ è chi ha sottolineato come, “data la rilevante connotazione oggettiva di tale fattispecie, non pare che la soppressione del riferimento alla negligenza inescusabile possa determinare...un rilevante cambio di rotta rispetto al passato. Come è stato detto <<se l’affermazione o la negazione di un fatto è in contraddizione con le risultanze degli atti del procedimento, e tale contraddizione non è imputabile ad un’errata valutazione di quelle risultanze, la negligenza è in *re ipsa*>>”.

3.4. Il travisamento del fatto o delle prove.

La legge n.18/2015 ha introdotto il “travisamento del fatto o delle prove” tra le fattispecie generatrici di responsabilità per colpa grave. Al riguardo, mentre il riferimento al travisamento delle prove rappresenta una novità nell’ambito della responsabilità civile per l’attività giudiziaria, il riferimento al travisamento del fatto era già stato oggetto di discussione. In particolare, nell’articolato normativo presentato dalla Commissione presieduta dal Prof. Vittorio Denti, su iniziativa del Ministro Rognoni, si prevedeva, tra le ipotesi di colpa grave, il “palese travisamento dei fatti”. Tuttavia, alcuni componenti

¹⁹⁷ La giurisprudenza ha inteso la negligenza inescusabile come un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall’art. 2236: la colpa deve presentarsi come “non spiegabile”, prima di agganci con la peculiarità della vicenda da cui è scaturita; Cass. n. 11593/2011.

¹⁹⁸ F. Bonaccorsi, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato per l’illecito del magistrato*, cit., 450.

¹⁹⁹ F. Dal Canto, *La legge 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, cit., 192.

della Commissione stessa ritenevano tale locuzione ambigua ed ampia e ne proposero la sostituzione con altra formulazione²⁰⁰, ancora vigente, ricalcata sul vizio revocatorio di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c.. Tale formulazione, recepita dal disegno di legge Rognoni e dal successivo disegno di legge Vassalli, fu trasformata in norma attraverso le lett. *b)* e *c)* del terzo comma dell'art. 2, accompagnata dal fattore determinativo dell'errore di fatto, della negligenza inescusabile. Ne è conseguito che la dottrina ha considerato le fattispecie contenute nelle lett. *b)* e *c)* come ipotesi di travisamento del fatto²⁰¹.

Alla luce della riforma del 2015 sono stati sollevati alcuni degli interrogativi: con riferimento alla portata normativa rivestita dal “travisamento del fatto” (poiché il terzo comma continua a prevedere, tra le ipotesi di colpa grave, *“l’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento”*); con riferimento al significato da attribuire all'ipotesi di “travisamento delle prove”; con riferimento alla capacità di soddisfare le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia ed all'entità della deroga alla clausola di salvaguardia.

3.5. I lavori preparatori della Legge 18/2015.

Nel d.d.l. S. 1070, presentato al Senato in data 1 ottobre 2013, non era presente il riferimento al “travisamento del fatto o delle prove” e si riproduceva il contenuto delle lett. *b)* e *c)* del vecchio terzo comma²⁰², mentre

²⁰⁰ “L’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento”.

²⁰¹ L. Scotti, *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, Milano 1988, 100: “Il 3° co. dell’art. 2 esprime in due distinte lettere il travisamento dei fatti”.

²⁰² Art. 2, secondo comma, d.d.l. S. 1070: «3. Al di fuori dei casi di cui al secondo e terzo periodo del comma 3 dell’articolo 65 ed al secondo periodo del comma 2-*bis* dell’articolo 76 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, costituiscono colpa grave, sanzionata ai sensi del comma 1: ...*b)* l’affermazione,

nel successivo disegno di legge n. 1626, presentato il 24 settembre 2014, la formulazione contenuta nelle lett. *b)* e *c)* del vecchio terzo comma è stata sostituita dal riferimento al “travisamento del fatto o delle prove”²⁰³.

Durante l’esame del d.d.l. S. 1070 da parte della Commissione Giustizia del Senato, il Governo ha stralciato alcune parti dal d.d.l. 1626, trasformandole in emendamenti al d.d.l. 1070. In particolare, il Governo riteneva che la formulazione contenuta nelle lett. *b)* e *c)* del vecchio terzo comma dovesse essere sostituita dal “travisamento del fatto o delle prove”²⁰⁴. A tale emendamento ha fatto seguito un subemendamento, presentato dal Sen. Susta, che proponeva di riprodurre la vecchia formulazione delle lett. *b)* e *c)*²⁰⁵ in quanto alcuni componenti della Commissione dubitavano sull’idoneità di attribuire rilevanza alla nozione generica di “travisamento del fatto o delle prove”, preferendo la vecchia formulazione, ciò in difformità con coloro che sottolineavano come la nozione di travisamento consentisse una chiara individuazione della fattispecie.

determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;

c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;... ».

²⁰³ Art. 1 lett. *c)*, d.d.l. S. 1626: *c)* il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge e del diritto dell’Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove».

²⁰⁴ Emendamento 2.301/ testo corretto:

Sostituire il comma 2 con il seguente:

«2. All’articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117 il comma 3 è sostituito dai seguenti: “3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge e del diritto dell’Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove” ».

²⁰⁵ Emendamento 2.301 testo corretto/6:

«All’emendamento 2.301 testo corretto, apportare le seguenti modificazioni : sostituire il capoverso «*comma 3.*» con il seguente:

“3. Costituiscono colpa grave: ... *b)* l’affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; *c)* la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; ...” »

A seguito di tale dibattito, fu presentata dal Governo una nuova formulazione del proprio emendamento che corrispondeva alla versione attuale del terzo comma, che fu approvata dalla Commissione²⁰⁶.

Il riferimento al “travisamento del fatto o delle prove” è stato oggetto di rilievi anche in seno all’Assemblea, ma ciò non ha impedito l’approvazione del testo nella versione presentata dalla Commissione nella parte in questione.

Si sono verificati, in merito al significato di tale formulazione, dibattiti anche in seno alla Commissione Giustizia della Camera. Secondo alcuni componenti occorreva rigettare la lettura restrittiva del “travisamento del fatto o delle prove” proposta con parere del C.S.M., secondo cui si escludeva che il travisamento potesse coincidere con l’inesatto apprezzamento delle risultanze processuali²⁰⁷, ritenendo che fosse corretta l’interpretazione della nozione di

²⁰⁶ Emendamento 2.301 (testo 2):

Sostituire il comma 2 con il seguente:

«2. All'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117 il comma 3 è sostituito dai seguenti:

"3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. ...»

²⁰⁷ Parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58, sul Disegno di legge concernente: “Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati”. (*Delibera del 29 ottobre 2014*):<<.... E’ peraltro evidente che, a seconda della concreta declinazione interpretativa della nuova locuzione, vi sia forte il rischio di una possibilità di indagine surrettizia circa l’interpretazione dei fatti, la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche o l’attività valutativa del giudice di situazioni processuali, con un sostanziale sindacato sul merito dell’attività giurisdizionale e con un conseguente *vulnus* all’indipendenza del magistrato. Rischio attenuato, ma non del tutto escluso, dalla nozione di travisamento dei fatti e delle prove elaborata dalla giurisprudenza disciplinare, proprio perché formata in tutt’altro contesto sistemico e con finalità affatto diverse, rispetto alle quali è estranea l’esigenza riparatoria tipica della responsabilità civile.

Al fine di scongiurare un esito siffatto, che certamente minerebbe il cuore della giurisdizione, è necessario che l’errore rilevante sia quello che deve apparire di assoluta immediatezza e di semplice e concreta rilevabilità, senza che la sua constatazione necessiti di argomentazioni induttive o di indagini ermeneutiche, e che esso non possa consistere, per converso, in un preteso, inesatto apprezzamento delle risultanze processuali: in una parola, ancora una volta, l’errore inescusabile.

“travisamento del fatto” quale sintomo di eccesso di potere secondo la giurisprudenza amministrativa.

Furono anche presentati emendamenti volti alla soppressione di tale formula, nonché volti ad accompagnarla dai termini “evidente” o “manifesto”, come suggerito nel parere del C.S.M., con il fine di evitare che, in sede di giudizio di responsabilità civile, fosse possibile sindacare l’attività valutativa del giudice per il tramite del “travisamento”.

Secondo alcuni, invece, era possibile superare le preoccupazioni suscitate dalla nuova formulazione attraverso “un’interpretazione costituzionalmente orientata, in base alla quale costituisce travisamento l’affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ipotesi, peraltro, già previste dal vigente art. 3 2° co. lett. b) e c) della legge e lasciate intatte dal testo in esame”. Tale interpretazione costituzionalmente orientata della norma è volta a salvaguardare l’indipendenza ed imparzialità, imponendo “di considerare che l’unico travisamento rilevante fini della responsabilità civile del magistrato possa essere quello macroscopico, evidente, che non richiede alcun approfondimento di carattere interpretativo o valutativo”²⁰⁸.

Appare quindi indispensabile uno sforzo del legislatore volto a precisare, anche per evitare un aumento esponenziale e tuttavia inutile del contenzioso, che il travisamento debba essere espressamente qualificato come inescusabile o comunque come “palese” o “evidente” o “macroscopico”, e debba quindi consistere in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto il giudice a supporre l’esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile alla stregua degli atti e dei documenti di causa. Fermo restando che l’errore che, invece, concerne le norme in materia di ammissione, assunzione o valutazione delle prove sarà comunque apprezzabile nei termini della rilevanza accordata alla “violazione manifesta della legge” >>.

²⁰⁸ Intervento dell’On.le Ermini (Bollettino delle giunte e delle commissioni parlamentari, XVII legislatura, n. 360, 17 dicembre 2014).

Il Presidente della Commissione ed il relatore del disegno di legge, prendendo atto di tale interpretazione costituzionalmente orientata, hanno ritenuto quest'ultima di possibile ausilio ai fini della redazione del nuovo testo di legge.

A ciò, tuttavia, è stato opposto²⁰⁹ che le lett. *b)* e *c)* dell'art. 2 “già prevedono due ipotesi di responsabilità alle quali si sarebbe potuto riportare il travisamento del fatto o delle prove”, come inteso secondo la proposta interpretazione costituzionalmente orientata, e, per tale ragione, l'ipotesi ulteriore di responsabilità consistente nel travisamento del fatto, aggiungendosi alle ipotesi già previste, rappresentasse qualcosa di diverso da ciò che è già previsto. È stato, inoltre, sostenuto che non essendo specificato che il travisamento dovesse essere manifesto, ci si trovava innanzi ad un'ipotesi di colpa lieve.

Tali profili critici si riscontrano anche nei lavori dell'Assemblea in quanto, sia la relazione scritta di accompagnamento, sia la presentazione orale, riproducono la proposta interpretazione costituzionalmente orientata del “travisamento del fatto o delle prove”, da intendersi in modo analogo all'errore di fatto revocatorio, al fine di impedire, in sede di giudizio di responsabilità, un sindacato sull'attività di valutazione svolta dal giudice e, dunque, per garantire l'indipendenza ed imparzialità del giudice, evitando “il travaso della nozione di travisamento in quelle di interpretazione e valutazione”. Come risulta dal Resoconto stenografico dell'Assemblea, “queste sono le ragioni che hanno portato la Commissione a non sopprimere il travisamento del fatto e delle prove né ad emendare il testo del Senato aggiungendo la parola “manifesta”, quale appunto uno dei presupposti della responsabilità civile del magistrato”²¹⁰.

²⁰⁹ Intervento dell'On.le Colletti.

²¹⁰ Intervento dell'On.le Ferranti, (XVII legislatura, Resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 359 di venerdì 9 gennaio 2015, 33 s).

A tale lettura fu nuovamente replicato che il travisamento del fatto o delle prove è “in contrasto logico con il periodo immediatamente successivo, il quale annovera, tra le ulteriori cause di colpa grave, l’affermazione di un fatto, la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento. Entrambi i casi, in realtà, sono già ricompresi nel più ampio *genus* del travisamento dei fatti o delle prove, per cui annoverarli immediatamente dopo, richiedendo, fra l’altro, l’elemento dell’incontrastabile esclusione o evidenza del fatto, rende inutile questa disposizione. In realtà, più che renderla inutile la rende un’altra cosa, perché se non è quello dopo è qualcosa di altro”²¹¹.

In conclusione, si può affermare che la nuova formulazione del terzo comma rappresenta l’esito di una discussione in cui sono stati affrontati profili critici, non completamente appianati con l’approvazione del testo da parte del Parlamento.

3.5. LA GIURISPRUDENZA CIVILE, PENALE, DISCIPLINARE E AMMINISTRATIVA.

La dottrina si è occupata dell’interpretazione del “travisamento del fatto o delle prove” ispirandosi alla giurisprudenza che ha già fatto uso di tali nozioni in altri ambiti.

La Cassazione, talvolta, si è riferita al vizio revocatorio di cui all’art. 395 n. 4 c.p.c. utilizzando la locuzione di “travisamento del fatto”, al fine di escludere la deducibilità di quest’ultimo tramite ricorso per cassazione.

²¹¹ Intervento dell’On.le Colletti (Resoconto stenografico dell’Assemblea Seduta n. 359, 9 gennaio 2015) 34-35: “in realtà, appare una norma costituzionalmente orientata che il travisamento debba essere macroscopico, manifesto, che non richieda alcun approfondimento di carattere interpretativo o valutativo. Allora, il dubbio ci assale ancora di più. Se già previsto, perché mantenere il vigore il travisamento dei fatti e delle prove? A che pro? Come detto sopra, questo è un modo di legiferare totalmente schizofrenico”.

In una vicenda, in particolare, la Corte ha statuito²¹² che “se è vero che la denuncia di travisamento del fatto - che costituisce motivo di revocazione ai sensi dell'articolo 395 cod. proc. civ. e non di ricorso per cassazione - è incompatibile con il giudizio di legittimità perché implica la valutazione di un complesso di circostanze che comportano il rischio di una rivalutazione del fatto non consentita al giudice di legittimità, è altresì vero (Cass. Sez. 3, Sentenza n. 12362 del 2006) che diversa da quest'ultima emergenza è l'ipotesi del travisamento della prova che implica, non una valutazione dei fatti, ma una constatazione o un accertamento che quella informazione probatoria, utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale. Ricorre tale ipotesi quando il ricorrente lamenta il vizio di travisamento delle risultanze processuali e chiede alla Corte di cassazione di esaminare l'atto specificamente indicato perché si accerti che l'informazione probatoria riportata ed utilizzata dal giudice per fondare la decisione sia diversa ed inconciliabile con quella contenuta nell'atto e rappresentata nel ricorso o addirittura non esista nell'atto. In sostanza il giudice di legittimità non è chiamato a valutare la prova, ma ad accertare il travisamento, ossia per l'esistenza di un dato probatorio non equivoco e insuscettibile di essere interpretato in modi diversi ed alternativi. Insomma, l'informazione probatoria indicata in sentenza e valutata dal giudice mancherebbe del tutto nell'atto, che ne conterrebbe una diversa, onde il ragionamento svolto dal giudice di merito senza l'informazione travisata risulterebbe vanificato ed illogico. Vi sarebbe, perciò, una contraddittorietà tra il dato esistente in atti e quello preso in considerazione dal giudice.”

Di tali nozioni se ne sono occupate diverse sezioni penali della Corte di Cassazione, con riferimento ai limiti di deducibilità del travisamento di fatti o delle prove con ricorso per Cassazione ex art. 606 c.p.p. (oggetto di modifica da parte dell'art. 8 legge n. 46 del 20 febbraio 2006).

²¹² Cass., 25 maggio 2015, n. 10749.

All'epoca del codice del 1930, erano frequenti le ricostruzioni di fatti ad opera della Cassazione in quanto era deducibile, quale vizio di motivazione, il "travisamento del fatto" integrato dal contrasto tra le argomentazioni in motivazione e gli atti processuali²¹³.

Un limite al sindacato sulla *quaestio facti* da parte della Cassazione si era posto nel codice di procedura penale del 1988, in cui fu previsto, tra i motivi di ricorso per Cassazione, "la mancanza o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato"²¹⁴.

La Suprema Corte ammise, poi, che rientrava nei suoi poteri verificare se il giudice di merito avesse fondato il suo convincimento su una prova inesistente o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale, purché fosse stato rigorosamente osservato il divieto, per il giudice di legittimità, di ricostruire il fatto diversamente da quanto dedotto dal giudice di merito²¹⁵. La Corte riteneva precluso il sindacato sul travisamento del fatto, in cui "il giudice di legittimità deve conoscere il contesto processuale", mentre

²¹³ Il travisamento del fatto era incluso nei casi di nullità della sentenza quando la motivazione era mancante o contraddittoria (vecchio art. 475 n. 3 cpp)

²¹⁴ Art. 606, primo comma, lett. e) c.p.p. del 1988; L. De Rosa, *Il vizio di motivazione nella Cassazione Penale*, in www.iusinitinere.it: "L'illogicità, oltre ad essere "immediatamente percepibile" (<<manifesta>>), doveva anche risultare <<dal testo del provvedimento impugnato>>. Non poteva dunque essere sindacata l'illogicità che si evidenziava solo da uno studio degli atti e dei documenti probatori, contenuti non nella sentenza ma nel fascicolo del processo. Il legislatore voleva, infatti, come si legge nella Relazione preliminare al codice di rito, evitare <<che il controllo della Cassazione anziché sui requisiti minimi di esistenza, completezza illogicità della motivazione si eserciti, muovendo dagli atti del processo, sul contenuto della decisione>>, sconfinando sul terreno del merito".

²¹⁵ Cass. Pen. 8 luglio 2004, n. 29920: "la ricostruzione del fatto da questi operata è imm modificabile dai giudici di legittimità. Non può quindi la Corte di cassazione, per esempio, ritenere attendibili i testi che il giudice di merito non abbia ritenuto tali; optare per una ricostruzione del fatto diversa e ritenuta più convincente rispetto a quella accolta nelle precedenti fasi del giudizio; sovrapporre le proprie massime di esperienza a quelle (logicamente) ritenuti esistenti ed utilizzate nella sentenza impugnata.... Può, invece, il giudice di legittimità, compiere un'operazione del tutto neutra e non valutativa consistente nella verifica se un fatto o un risultato di prova, affermato esistente dal giudice di merito, sia invece pacificamente inesistente".

ammetteva il controllo sul vizio che “la dottrina denomina travisamento della prova costituito... dall’aver il giudice di merito utilizzato per la decisione una prova inesistente (il teste non esiste) come risultato di prova incontestabilmente diverso da quello effettivo (nella ricognizione personale la persona ha indicato Tizio e non Caio come è invece scritto nella sentenza)”²¹⁶.

L’art. 606 lett. e) c.p.p. è stato ampliato dall’art. 8 della Legge 46/2006 ed ora prevede la deducibilità con ricorso per Cassazione della “mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame”.

Anche a seguito di tale modifica la Suprema Corte ha ribadito che non è consentito dedurre il travisamento del fatto in quanto il giudice di legittimità non può sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella dei precedenti gradi di merito, mentre, è consentito dedurre il travisamento della prova che ricorre quando il giudice di merito ha fondato la propria decisione “su una prova che non esiste o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale. In tal caso, infatti, non si richiede al giudice di legittimità di reinterpretare gli elementi di prova valutati dal giudice di merito ai fini della decisione, ma di verificare se detti elementi sussistono”²¹⁷.

²¹⁶ A sostegno di ciò, la Corte riteneva che se il legislatore “ha ritenuto di introdurre un mezzo straordinario di impugnazioni addirittura contro le sentenze della Corte di cassazione quando siano affette da un errore percettivo (art. 625 bis c.p.p.) – ragioni di coerenza sistematica non possono che indurre a ricercare nel sistema un mezzo per ovviare agli errori percettivi in cui sia incorso il giudice d’appello o di unico grado”.

²¹⁷ Cass. Pen. 25 settembre 2007, n. 39048: “con riguardo ai limiti del sindacato di legittimità, delineati dall’art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p., come vigente a seguito delle modifiche introdotte dalla L. n. 46 del 2006, che, a parere di questo Collegio, la predetta novella non ha comportato la possibilità, per il giudice della legittimità, di effettuare un’indagine sul discorso giustificativo della decisione finalizzata a sovrapporre una propria valutazione a quella già effettuata dai giudici di merito, dovendo il giudice della legittimità limitarsi a verificare l’adeguatezza delle considerazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sottolineare il suo convincimento. La mancata rispondenza di queste ultime alle acquisizioni processuali può, soltanto ora, essere dedotta quale motivo di ricorso qualora comporti

Parte della giurisprudenza²¹⁸, anche a seguito della modifica dell'articolo 606 primo comma lett. e) c.p.p., sostiene che i vizi di “travisamento di prova” e di

il c.d. travisamento della prova, purché siano indicate in maniera specifica ed inequivoca le prove che si pretende essere state travisate, nelle forme di volta in volta adeguate alla natura degli atti in considerazione, in modo da rendere possibile la loro lettura senza alcuna necessità di ricerca da parte della Corte, e non ne sia effettuata una monca individuazione od un esame parcellizzato. L'illogicità della motivazione, come vizio denunciabile, poi, deve risultare di spessore tale da risultare percepibile *ictu oculi*, dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché siano spiegate in modo logico ed adeguato le ragioni del convincimento senza vizi giuridici (...). A tal riguardo, deve tuttora escludersi sia la possibilità di un'analisi orientata ad esaminare in modo separato ed atomistico i singoli atti, nonché i motivi di ricorso su di essi imperniati ed a fornire risposte circoscritte ai diversi atti ed ai motivi ad essi relativi (...), che la possibilità per il giudice di legittimità di una rilettura degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione o l'autonoma adozione di nuovi e diversi parametri di ricostruzione e valutazione dei fatti (...).

Il ricorso che, in applicazione della nuova formulazione dell'art. 606, comma 1, lett. e), c.p.p. intenda far valere il vizio di «travisamento della prova» (consistente nell'utilizzazione di un'informazione inesistente o nell'omissione della valutazione di una prova, accomunate dalla necessità che il dato probatorio, travisato od omesso, abbia il carattere della decisività nell'ambito dell'apparato motivazionale sottoposto a critica) deve, inoltre, a pena di inammissibilità (...): (a) identificare specificamente l'atto processuale sul quale fonda la doglianza; (b) individuare l'elemento fattuale o il dato probatorio che da tale atto emerge e che risulta asseritamente incompatibile con la ricostruzione svolta nella sentenza impugnata; (c) dare la prova della verità dell'elemento fattuale o del dato probatorio invocato, nonché l'effettiva esistenza dell'atto processuale su cui tale prova si fonda tra i materiali probatori ritualmente acquisiti nel fascicolo del dibattimento; (d) indicare le ragioni per cui l'atto invocato asseritamente inficia e compromette, in modo decisivo, la tenuta logica e l'intera coerenza della motivazione, introducendo profili di radicale “incompatibilità” all'interno dell'impianto argomentativo del provvedimento impugnato. Il giudice di legittimità ha, ai sensi del novellato art. 606 c.p.p., il compito di accertare (...): (a) il contenuto del ricorso (che deve contenere gli elementi sopra individuati); (b) la decisività del materiale probatorio richiamato (che deve essere tale da disarticolare l'intero ragionamento del giudicante o da determinare almeno una complessiva incongruità della motivazione); (c) l'esistenza di una radicale incompatibilità con l'iter motivazionale seguito dal giudice di merito e non di un semplice contrasto (non essendo il giudice di legittimità obbligato a prendere visione degli atti processuali anche se specificamente indicati, ove non risulti detto requisito); (d) la sussistenza di una prova omessa o inventata, e del c.d. «travisamento del fatto», ma solo qualora la difformità della realtà storica sia evidente, manifesta, apprezzabile *ictu oculi* ed assuma anche carattere decisivo in una valutazione globale di tutti gli elementi probatori esaminati dal giudice di merito (il cui giudizio valutativo non sindacabile in sede di legittimità se non manifestamente illogico quindi, anche contraddittorio)”.
²¹⁸ Cass. Pen. 29920/2004; Cass. Pen. 33519/2006.

“mancata valutazione di una prova” non configurino un vizio di motivazione bensì “un vizio di violazione di legge processuale di cui all’art. 606 c.p.p. lett. c), per essere la prova diversa da quella acquisita al dibattimento così da rendere la sentenza non più fedele agli atti del processo. Sempre che... la prova ‘travisata’ o la mancata considerazione di una prova esistente agli atti processuali ha avuto una determinante efficacia dimostrativa nel ragionamento giudiziale...nel senso che la scelta di una determinata soluzione, nella struttura argomentativa della motivazione, non sarebbe stata la stessa, nonostante la presenza di altri elementi probatori di per sé ritenuti non sufficienti a giustificare identico convincimento”. In particolare, il vizio può essere ricondotto nella lett. c) per inosservanza dell’art. 526, primo comma, secondo cui “il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento”.

Secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, il “travisamento del fatto” determina un vizio di legittimità del provvedimento amministrativo costituendo eccesso di potere, come affermato nei seguenti casi: il provvedimento d’idoneità psicofisica alla guida di veicoli a motore, quando risulti non essere esistente alcuna causa ostativa al possesso della patente²¹⁹; il provvedimento con il quale il Consiglio Superiore della Magistratura ha attribuito un incarico direttivo ad un candidato ritenendolo più idoneo, in ragione delle maggiori esperienze professionali, rispetto ad altro candidato che, invece, aveva esclusiva esperienza nei settori civile, quando, in realtà, risultava provato dai documenti che quest’ultimo avesse svolto funzioni penali per circa sei anni²²⁰.

Nel chiarire i limiti del sindacato giurisdizionale rispetto alle delibere del Consiglio Superiore della Magistratura di conferimento degli uffici direttivi, la giurisprudenza amministrativa ha precisato che queste sono censurabili solo

²¹⁹ Cons. Stato, 7 ottobre 2008, n. 4820.

²²⁰ Cons. Stato, 31 luglio 2009, n. 4839.

in caso di: abnormità, arbitrarietà, palese illogicità, difetto assoluto di motivazioni o, appunto, travisamento dei fatti²²¹.

Il “travisamento dei fatti” può anche integrare un illecito disciplinare per il magistrato, ai sensi dell’articolo 2 primo comma lett. *h*) d.lgs. n.109/2006, essendo stato ravvisato, nella limitata casistica a proposito di tale illecito, un travisamento dei fatti, ad esempio, nella pronuncia del giudice dell’esecuzione d’improcedibilità dell’opposizione agli atti ex art. 617 c.p.c., sul presupposto della mancata iscrizione della causa a ruolo da parte dell’opponente, quando tale circostanza era smentita dagli atti²²²; analogamente, anche, nel rigetto di un ricorso proposto da un creditore privilegiato volto richiedere la riapertura del fallimento, già chiuso per mancanza di attivo, motivato sul presupposto dell’assenza di sicure attività da realizzare riferibili alla società fallita, circostanza, quest’ultima, risultata del tutto falsa in quanto la società era intestataria di un conto corrente bancario in attivo²²³.

Conclusivamente si può dire che l’attuale versione del terzo comma dell’art. 2 L.117/88, nella parte in questione, nasce a seguito di un acceso dibattito avente ad oggetto l’utilizzo della formulazione “travisamento del fatto o delle prove” in luogo di quella dell’errore di fatto contenuta nelle lett. *b*) e *c*) del

²²¹ Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2010, n. 3265: “In via generale, in premessa, va richiamato il principio secondo cui le valutazioni espresse dal Consiglio Superiore della Magistratura in sede di accertamento della idoneità del magistrato al conferimento delle funzioni direttive superiori sono valutazioni di merito amministrativo nei confronti delle quali, avuto riguardo al ruolo istituzionale del Consiglio, il riscontro di legittimità che il giudice amministrativo può svolgere è soltanto quello volto ad enucleare la carenza di motivazione o la eventuale ricorrenza di gravi difetti degli atti stessi che possano concretizzare il vizio di eccesso di potere nelle varie figure sintomatiche (sviamento di potere, travisamento dei fatti, contraddizione, illogicità, eccetera); di conseguenza in nessun modo risulta sindacabile l’intrinseca espressione del giudizio, essendo ovviamente precluso al giudice della legittimità di sostituire la propria valutazione a quella di stretto merito espletata dall’organo di autogoverno (così, Consiglio di Stato, IV, 4 dicembre 2008, n.5983).”

²²² Cass., Sez. Un., 18 luglio 2013, n. 17553.

²²³ Cass., Sez. Un., 27 luglio 2007, n. 16626.

vecchio terzo comma, che finisce con un accostamento delle due formulazioni.

Coloro che si mostravano critici con riferimento all'espressione "travisamento del fatto o delle prove", temevano la possibilità di un sindacato sull'attività valutativa svolta dal giudice e dunque un pregiudizio per l'indipendenza e l'imparzialità dello stesso. Per tale ragione, durante i lavori preparatori, si prospettò la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata di tale formulazione, ossia un travisamento "manifesto", "evidente", che si risolvesse in un errore revocatorio. Tuttavia, l'accoglimento di tale interpretazione costituzionalmente orientata, finirebbe per duplicare la stessa nozione e, dunque, privare la formulazione di autonoma portata normativa.

3.6. Le interpretazioni suggerite dalla dottrina all'indomani della Legge n.18/2015.

Attraverso l'*excursus* della giurisprudenza in merito alla nozione di "travisamento del fatto o delle prove" si è giunti a rilevare che:

- nella giurisprudenza civile ed amministrativa l'errore di fatto revocatorio ai sensi dell'art. 395 n. 4 c.p.c. viene evocato sinteticamente come "travisamento del fatto"; allo stesso modo, il "travisamento dei fatti", che può integrare l'illecito disciplinare previsto dall'articolo 2 primo comma lett. h) dlgs 109/2006, viene inteso in maniera analoga all'errore svista, errore di percezione ex art. 395 n. 4 c.p.c.;
- per le sezioni civili della Cassazione, il "travisamento della prova" consiste in una contraddittorietà tra un dato presente negli atti e quello preso in considerazione dal giudice. Per rilevare tale travisamento non occorre una valutazione delle risultanze processuali, ma è sufficiente un accertamento, una constatazione; sotto un profilo logico, dunque, la

nozione di travisamento della prova non sembra distinguersi nettamente da quella l'avevo pretorio di cui all'articolo 395 n. 4 c.p.c.;

- anche nella giurisprudenza penale formatasi in base al codice di rito del 1988, il “travisamento della prova” si contrappone a quello “del fatto”, perché non implica una valutazione delle risultanze processuali, ulteriore rispetto a quella compiuta nei precedenti gradi di merito, ma ricorrere nel caso in cui il giudice abbia fondato le proprie decisioni su una prova che non esiste, o su un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello reale; dalla casistica si rileva come tale vizio possa essere inteso alla stregua dell'errore revocatorio, cioè “cadendo sul significante e non sul significato della prova, si traduce nell'utilizzo di una prova inesistente per effetto di una errata percezione di quanto riportato dall'atto istruttorio”²²⁴;
- nel sindacato giurisdizionale sull'attività amministrativa il travisamento del fatto si colloca fuori dalle valutazioni di merito, od in un ambito in cui le valutazioni di merito presentano errori macroscopici, madornali, apprezzabili *ictu oculi*.

Su tali basi sono stati svolti i tentativi interpretativi della locuzione “travisamento del fatto o delle prove” da parte della dottrina.

Autorevole dottrina²²⁵, sulla scorta della giurisprudenza civile e penale della Cassazione, ha osservato che il vizio revocatorio fonte di responsabilità dello Stato-giudice ai sensi del terzo comma è sovrapponibile all'errore revocatorio di cui all'art. 395 n. 4 c.p.c. e che “se dunque il c.d. travisamento è qualcosa di diverso dall'errore c.d. revocatorio, sembra doversi promuovere a criterio discreitivo l'alternatività tra errore di valutazione ed errore di percezione... In linea di massima, l'errore di valutazione si trasfonde necessariamente nella motivazione e, quindi, è tutto interno alla sentenza là dove l'errore di percezione presuppone un contrasto tra ciò che è affermato in sentenza e ciò

²²⁴ Cass. Pen. 18542/2011.

²²⁵ G. Verde e F. Auletta, *La responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corriere Giuridico* 7/2015, 899-903.

che invece risulta dagli atti del processo”. Poi però specifica che “la distinzione tra errore di percezione e errori di valutazione è un’operazione in concreto non meno difficoltosa di quella che pretende di separare il fatto del diritto”.

Altra dottrina²²⁶, invece, ha rilevato che esiste un duplice significato per i termini di “travisamento del fatto o delle prove”. Il travisamento può essere considerato “come una banale svista, cioè l’errore di percezione (esterno al fatto) che ha portato a configurare un fatto in modo diverso da quello che era”. In tal modo il travisamento si sovrappone con l’errore revocatorio, in quanto per effetto del travisamento si ritiene esistente un fatto che non lo era, od inesistente un fatto che esisteva. Il travisamento del fatto finisce per essere una ripetizione delle altre due ipotesi già previste al terzo comma lett. *b)* e *c)*.

Se, invece, attribuiamo alla locuzione un significato normativo autonomo, considerando il travisamento del fatto “come il frutto di un errore di interpretazione (interno al fatto) del materiale istruttorio”, si finirebbe con lo smentire la clausola di salvaguardia²²⁷ e stravolgere la regola del previo esperimento delle impugnazioni²²⁸. Questa dottrina giunge a concludere

²²⁶ G.F. Ricci, *Il <<travisamento>> del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, par. 6.

²²⁷ La regola, al secondo comma dell’articolo 2 della L. 117/88, prevede che il giudice non possa essere responsabile per l’erronea valutazione del materiale di fatto, con l’eccezione rappresentata dal caso di travisamento del fatto o delle prove. Se però si ritiene che quest’ultima ipotesi si verifichi solo in caso di errore interpretativo di materiale istruttorio, non c’è più immunità per il giudice nella valutazione dei fatti o delle prove. Con il che viene a perdere ogni valore l’enfatica proclamazione di salvaguardia, per cui il giudice in via di principio è immune da ogni responsabilità in tale valutazione” (G.F. Ricci, *Il <<travisamento>> del fatto e della prova, cit.*, par. 6).

²²⁸ Con tale interpretazione viene vanificato il disposto dell’articolo 4 secondo comma della legge, che condiziona l’azione di responsabilità civile contro il giudice al previo esaurimento dei mezzi di impugnazione ordinari, in quanto nel caso di travisamento del fatto o delle prove è difficile che possa essere ammesso il ricorso per Cassazione, o altrimenti, ove ammesso, presenterà molti limiti (a seguito della modifica dell’art. 360 n. 5 c.p.c. con la riforma del 2012). Per tale motivo il giudice

affermando che l'ambigua situazione interpretativa comporta un conflitto con l'art. 111 primo comma della Cost., in base al quale la giurisdizione si esplica attraverso il giusto processo "regolato" dalla legge. Il processo, pertanto, deve essere regolato in tutti i suoi aspetti, a pena di non integrare un processo giusto, affermando, infatti che: "... è lecito osservare che il processo per responsabilità civile del giudice, in cui non è assolutamente chiaro uno dei suoi presupposti, quello cioè dell'ancoraggio anche al travisamento del fatto o delle prove, non appare sotto questo profilo un processo giusto. Dunque.... almeno quel riferimento dovrebbe essere espunto dal giudice delle leggi dalla normativa della l. n. 18 del 2015".

Secondo un diverso orientamento²²⁹, basato sulla giurisprudenza penale della Cassazione, viene rilevato che "travisamento della prova" e "valutazione della prova" sono nozioni distinte; in particolare: la prima, "si arresta alla fase antecedente dell'errata percezione di quanto riportato dall'atto istruttorio", concernendo "il misconoscimento dei dati linguistici, e dunque il livello percettivo che precede la valutazione"; la seconda, invece, "interviene in una fase successiva, quando, delimitato il campo semantico, si aprono le diverse opzioni valutative". Secondo tale dottrina non è, però, possibile distinguere analogamente tra "valutazione del fatto" e "travisamento del fatto", in quanto "l'area della percezione risulta tutta occupata dall'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti, e non resta che la zona (successiva alla percezione) della valutazione". Allo stesso tempo la dottrina rileva come nella giurisprudenza civile e disciplinare "le due nozioni di travisamento del fatto e di affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento in realtà convergono".

che rischia di essere convenuto in giudizio perderebbe l'ausilio di un grado di giurisdizioni che potrebbe dimostrare la sua innocenza. (Ricci, *Il <<travisamento>> del fatto e della prova*, cit., par.6)

²²⁹ E. Scoditti, *Le nuove fattispecie di <<colpa grave>>*, in *op. cit.*, par. 5.

In conclusione, è il concetto di travisamento che appare “di per sè stesso ambiguo”, vago ed indeterminato. In particolare, il “travisamento del fatto” si avvicina al “polo” dell’errore di percezione (al cui rilievo è sufficiente una constatazione), nella giurisprudenza civile, amministrativa e disciplinare, mentre si avvicina al “polo” dell’errore di valutazione (che può essere rilevata a seguito di una nuova e più approfondita valutazione), secondo la giurisprudenza penale.

Se il travisamento come fonte di responsabilità ai sensi dell’art. 2 terzo comma, identifica “eccezionali e abnormi casi limite di ricostruzione manifestamente e macroscopicamente errata dei fatti e dei dati probatori”²³⁰, e se deve essere “così evidente da non richiedere particolari approfondimenti”²³¹, allora diventa difficile individuarne i tratti distintivi con l’errore revocatorio, che continua ad essere autonomamente menzionato dal terzo comma, realizzandosi così una sovrapposizione del significato delle due locuzioni normative. Se, invece, l’autonoma menzione del “travisamento del fatto o delle prove” è teso a valutare il modo in cui il giudice ha valutato le prove, senza che sia necessario il requisito della negligenza inescusabile per integrare responsabilità, sussisterebbe “il rischio di un possibile sconfinamento del sindacato sulla responsabilità in un vero e proprio sindacato sul merito dell’attività giurisdizionale... con il conseguente rischio di una sovrapposizione sostanziale dell’impugnazione del provvedimento giudiziario e giudizio di responsabilità”²³².

²³⁰ G. Fiandaca, *Giustizia: Cari magistrati, dormite sonni tranquilli*, Il Garantista 6 marzo 2015, in www.ristretti.org; C.M. Barone, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazioni*, in AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati* (l. 27 febbraio 2015 n. 18), in Foro it., 2015, parte V, 291, par. 5.

²³¹ Biondi, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, op. cit., 170.

²³² F. Dal Canto, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, op. cit., 193.

3.7. Profili di legittimità costituzionale.

Occorre premettere che, se con riferimento al “travisamento del fatto o delle prove” si ammettesse, in sede di giudizio di responsabilità, un sindacato sulle valutazioni compiute dal giudice per risolvere la *quaestio facti*, si porrebbero dubbi di legittimità costituzionale; di contro, se si impedisse tale sindacato sull’attività interpretativa e valutativa compiuta dal giudice, il “travisamento del fatto o delle prove” finirebbe per sovrapporsi all’errore revocatorio, non rispondendo più alle richieste della Corte di Giustizia.

Al riguardo il Tribunale di Treviso²³³ ha proposto una questione di legittimità costituzionale nell’ambito di un giudizio penale nei confronti di un soggetto imputato di illegale detenzione di ingente quantitativo di tabacchi lavorati all’estero. Tale Tribunale evidenziò che il tema essenziale di prova era stabilire se l’imputato fosse consapevole della presenza del tabacco in un magazzino di cui aveva la disponibilità. La valutazione, in assenza di prove

²³³ Tribunale di Treviso, Sez. pen., 8 maggio 2015, ord. - Giud. Vettoruzzo : “Deve essere rimessa alla valutazione della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 7, L. 13 aprile 1988, n. 117 così come modificato dalla L. 27 febbraio 2015, n. 18 nella parte in cui non prevede che “non può dar luogo a responsabilità personale del singolo magistrato l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove in tutti i casi di azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato stesso”.

Deve essere rimessa alla valutazione della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, comma 2, L. 27 febbraio 2015, n. 18, che ha abrogato l’art. 5, L. 13 aprile 1988, n. 117.

Deve essere rimessa alla valutazione della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 4 e/o 7 della L. 13 aprile 1988, n. 117 così come modificati dalla L. 27 febbraio 2015, n. 18 nella parte in cui non prevedono che il Tribunale competente a decidere sull’azione di risarcimento proposta contro lo Stato e/o il Tribunale competente a decidere sull’azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato verifichi con rito camerale la non manifesta infondatezza della domanda ai fini della sua ammissibilità.

Deve essere rimessa alla valutazione della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 8, comma 3, L. n. 117/1988 così come modificato dalla L. 27 febbraio 2015, n. 18 nella parte in cui prevede che l’esecuzione della rivalsa nei confronti del magistrato, quando viene effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, può comportare il pagamento per rate mensili sino ad un importo corrispondente ad un terzo, anziché ad un quinto, dello stipendio netto”.

dirette, doveva basarsi necessariamente su elementi indiziari e, dunque, appariva rischiosa e difficile. La situazione d'incertezza, a seguito delle modifiche apportate dalla legge 18/2015 a quella previgente, esponeva i magistrati a ipotesi di responsabilità civile anche per effetto di valutazione di fatti e prove, privandoli della serenità di giudizio e spingendoli verso la decisione meno rischiosa, coincidente con l'assoluzione dell'accusato. L'intervento del 2015, di conseguenza, avrebbe aperto le porte ad una "giurisprudenza difensiva", per cui, in particolare, il giudice rimettente ritenne costituzionalmente illegittimo l'art. 7 della legge n. 117/1988, come modificato dalla L. n. 18/2015, nella parte in cui non prevedeva che "non può dar luogo a responsabilità personale del singolo magistrato l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove in tutti i casi di azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato stesso", soprattutto a seguito della modifica all'art. 2, secondo comma, che "solo formalmente mantiene fermo il principio per cui <<nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove>>, atteso che lo stesso comma si apre con un'eccezione totalizzante ("fatti salvi i commi 3 e 3bis ed i casi di dolo"): ciò significa che la clausola di salvaguardia non opera in tutti i casi di colpa grave in cui scatta la responsabilità dello Stato prima e, in sede di rivalsa, del magistrato poi; in altri termini, è come se tale clausola non ci fosse". Il rimettente specificò che "la formula 'travisamento del fatto e delle prove' si presta, come tale, da un lato, a trasformare l'azione di responsabilità in un'impropria azione di impugnazione dei provvedimenti sfavorevoli divenuti definitivi, dall'altro lato, a consentire un'indagine surrettizia circa l'interpretazione dei fatti, la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche o l'attività valutativa del giudice, con un sostanziale sindacato sul merito dell'attività giurisdizionale con conseguente vulnus all'indipendenza del magistrato". Sulla base di ciò, dunque, il rimettente ritenne che "il ripristino... della clausola di salvaguardia è tanto più costituzionalmente necessario anche avuto riguardo al fatto che tra

le ipotesi di responsabilità è stata introdotta quella del “travisamento del fatto e delle prove”, bastevole, di per sé, ad integrare la colpa grave”.

Anche il Tribunale di Verona²³⁴ sollevò una questione di legittimità costituzionale dell’art. 2, secondo comma, e dell’art. 7, primo comma, della L. 18/2015 “nella parte in cui fanno riferimento al ‘travisamento del fatto o delle prove’... data l’equivocità e indefinibilità di tali nozioni”, in quanto contrasterebbero con gli artt. 101, secondo comma, e 111, secondo comma, Cost²³⁵.

²³⁴ Tribunale di Verona, III Sez. civ., 12 maggio 2015, ord. - Giud. Vaccari: “Deve essere rimessa alla valutazione della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2, comma 1, lett. c) e dell’art. 4, L. n. 18/2015, laddove ha modificato l’art. 7, comma 1, L. n. 117/1988 nella parte in cui fanno riferimento al “travisamento del fatto o delle prove”, per contrasto con gli artt. 101, comma 2, e 111, comma 2, Cost., nonché dell’art. 2, comma 1, lett. b) per contrasto con l’art. 3 Cost.; - dell’art. 3, comma 2, L. n. 18/2015 per contrasto con gli artt. 3, 25, comma 1, 101, comma 2, 111, comma 2, Cost.; - dell’art. 9, comma 1, L. n. 117/1988, come modificato dall’art. 6, L. n. 18/2015, per contrasto con gli artt. 25, comma 1, 101, comma 2, 111, comma 2, Cost.; - dell’art. 4, L. n. 15/2018, nella parte in cui ha modificato l’art. 7, comma 1, L. n. 117/1988, prevedendo che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha l’obbligo di esercitare l’azione di rivalsa verso il magistrato, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost.; - dell’art. 2, comma 1, lett. a), b) e c), e dell’art. 4, comma 2, L. n. 18/2015, nella parte in cui prevede che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha l’obbligo di esercitare l’azione di rivalsa verso il magistrato, per contrasto con l’art. 81, comma 3, Cost”.

²³⁵ “Nelle intenzioni del legislatore esse non coincidono con le fattispecie della affermazione o negazione di un fatto (processuale) reale, dal momento che sono state aggiunte a queste ultime, a differenza, si noti, di quanto era stato proposto nel ddl 1626, di iniziativa governativa, che invece le aveva espunte dalla l. 117/1988.

A riprova del fatto che nella novella le due serie di ipotesi sono state considerate come distinte va evidenziato che l’esercizio (obbligatorio) dell’azione di rivalsa è ora previsto in caso di travisamento del fatto o della prove e non anche per la negazione di un fatto risultante dagli atti processuali o per l’affermazione di un fatto escluso dagli atti processuali (art. 7, comma 1, l. 117/1988 come modificato dall’art. 4 l. 18/2015).

Non pare però che il legislatore, nel ricorrere alla nozione di travisamento del fatto, si sia posto il problema della sua possibile coincidenza con la fattispecie integrante l’illecito disciplinare di cui all’art. 2, primo comma, lett. h), d.lgs. 109/2006.

Eppure quest’ultima è stata identificata dalla dottrina, in difetto di pronunce delle Sezioni Unite della Suprema Corte, con l’errore revocatorio di cui all’art. 395 n. 4 c.p.c., che, a sua volta, corrisponde alla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa o con quella della inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita dagli atti processuali.

In ultimo, anche i Tribunali di Catania²³⁶ e di Enna²³⁷ sollevarono una

Orbene, da tale raccordo si evince come il travisamento del fatto rilevante sul piano disciplinare coincida con l'ipotesi di illecito civile dell'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del processo che, a sua volta, dovrebbe corrispondere alla nuova ipotesi del travisamento del fatto quale fatto illecito civile.

Ad identico risultato dovrebbe giungersi con riguardo all'ipotesi del travisamento delle prove se solo si considera che, da un lato, essa, nella novella, è parificata al travisamento del fatto e, dall'altro, che l'errore sul fatto è difficilmente distinguibile da quello sulle prove poiché il fatto assume rilievo nel processo, sia esso civile o penale, se provato. Il travisamento delle prove quindi non pare identificabile con quello che assume rilievo nel diritto processuale penale, traducendosi in un vizio di motivazione della sentenza (cfr. ex plurimis Cass. pen., sez., VI, 22.1.2014, n. 10289), e del resto, dai lavori parlamentari, non risulta nemmeno che il legislatore abbia inteso far riferimento a quell'istituto.

Dall'esame dei lavori parlamentari emerge, peraltro, l'estrema difficoltà incontrata da chi vi partecipò a definire gli esatti confini della "nuova" fattispecie di illecito (dopo quanto detto sopra va infatti considerata).

Infatti in commissione giustizia del Senato in sede referente fu segnalato come esse fossero generiche (cfr. intervento dell'on. Palma nella seduta del 5 novembre 2014), mentre durante il confronto avutosi all'interno della commissione giustizia della Camera dei deputati fu rappresentato il rischio di una loro sovrapposizione con le ipotesi già previste dalla l. 117/1988 (cfr. intervento dell'on. Colletti nella seduta del 17 dicembre 2014)".

²³⁶ Trib. Catania, ord., 6 febbraio 2016: "Si ritiene che vada sollevata questione di costituzionalità avuto riguardo alle seguenti norme: - art. 7 l. 117/1988, come sostituito dall'art. 4, comma 1, l. 18/2015, nella parte in cui prevede che l'azione di rivalsa sia esperibile anche nelle ipotesi di ritenuto "travisamento del fatto e delle prove di cui all'art. 2, commi 2, 3"; - art. 3, comma secondo, l. 18/2015, nella misura in cui abroga l'art. 5 l. 117/1988, sopprimendo le disposizioni riguardanti il giudizio di ammissibilità della domanda risarcitoria; - art. 9, comma primo, l. 117/1988, come modificato dall'art. 6, comma 1, l. 18/2015, nella misura in cui prevede l'obbligo del titolare dell'azione disciplinare di procedere nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, a seguito della mera proposizione dell'azione risarcitoria ed indipendentemente dall'esito della domanda; - art. 4, comma terzo, l. 117/1988, nella parte in cui prevede che l'azione risarcitoria può 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; - art. 8, comma 3 l. 117/1988, come sostituito dall'art. 5, comma 1, l. 18/2015, nella parte in cui stabilisce che l'azione di rivalsa, nelle ipotesi di colpa, possa essere eseguita attraverso trattenute pari ad un terzo dello stipendio netto, anziché ad un quinto".

²³⁷ Trib. Enna, ord., 25 febbraio 2016: si solleva questione di legittimità costituzionale "dell'art. 2, comma 3° della legge 13 aprile 1988, n. 117 - così come modificato dalla legge 27 febbraio 2015 n. 18 - nella parte in cui, secondo il diritto vivente, costituisce «colpa grave» del magistrato, per «violazione manifesta del diritto», l'aver adottato un'interpretazione «di norme di diritto» in contrasto con l'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale in una sentenza o

questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 2, terzo comma, unitamente ad altre disposizioni della medesima legge, in quanto “contrasta con il principio libero convincimento del giudice”, consentendo che venga sindacato, in sede di giudizio di responsabilità, “attraverso formule generiche, e come tali implicanti apprezzamenti puramente soggettivi (“travisamento del fatto o delle prove”), senza criteri legali certi e predeterminati, in forza di valutazioni da effettuarsi ex post da parte di organi diversi dal legislatore, anche la sua attività di valutazione del fatto o delle prove, ovverosia l'essenza dell'attività cui ogni giudice è preposto nell'assolvimento dei propri doveri d'ufficio”.

Alla base di tali dubbi di legittimità costituzionale vi era l'esigenza che le fattispecie di responsabilità fossero adeguatamente specificate e tipizzate dal legislatore al fine di salvaguardare il principio di terzietà e d'indipendenza del giudice.

Il superamento di tali dubbi, attraverso una formulazione dell'art. 2, terzo comma²³⁸, che tenga conto della giurisprudenza civile e penale relativa al “travisamento del fatto o delle prove” e la limitazione del sindacato sull'attività di valutazione e interpretazione della *quaestio facti* svolta dal giudice, al solo caso di manifesta contraddizione tra il fatto come ricostruito in decisione e gli atti del processo, allontanerebbe da quanto indicato nella

in un'ordinanza interpretativa di rigetto, resa in un diverso processo, per contrasto con gli articoli 101, comma 2°, 104, comma 1°, 107, comma 3°, Cost. nonché dell'art. 134 Cost.; dell'art. 2, comma 2° della legge 13 aprile 1988, n. 117 - così come modificato dalla legge 27 febbraio 2015 n. 18 - nella parte in cui, secondo il diritto vivente, la clausola di esclusione della responsabilità per l'interpretazione delle norme di diritto» non si estende anche alle ipotesi in cui l'interpretazione accolta del giudice sia in contrasto con l'interpretazione adottata dalla Corte costituzionale in una sentenza o in un'ordinanza interpretativa di rigetto, resa in un diverso processo, per contrasto con gli articoli 101, comma 2°, 104, comma 1°, 107, comma 3°, Cost. nonché dell'art. 134 Cost.”.

²³⁸ Come rileva Bonaccorsi: “la formulazione del <<travisamento del fatto o delle prove>> potrebbe agevolmente essere <<riempita>> assumendo a guida la giurisprudenza delle sezioni civili della Suprema Corte”.

sentenza *Traghetti del Mediterraneo*²³⁹, in cui la Corte di giustizia ha affermato che la violazione manifesta del diritto euro-unitario potrebbe comunque derivare “dalla valutazione che il giudice avrà compiuto sui fatti del caso di specie così come sul valore e sulla pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine dalle parti in causa”, oppure dalle valutazioni svolte dal giudice “nell’ambito dell’applicazione di specifiche norme relative all’onere della prova, al valore di tali prove o all’ammissibilità dei mezzi di prova, ovvero nell’ambito dell’applicazione di norme che richiedono una qualificazione giuridica dei fatti”.

La Corte Costituzionale²⁴⁰ si è espressa sulle questioni di legittimità costituzionale previa riunione, in ragione della comunanza di oggetto e dei profili coinvolti, delle questioni, dichiarandone l’inammissibilità.

In particolare, la Corte ha preliminarmente esaminato e dichiarato fondata l’eccezione dell’Avvocatura dello Stato che contestava l’ammissibilità di tutte le questioni sollevate per difetto di rilevanza²⁴¹.

I giudici rimettenti, nelle quattro ordinanze, hanno affermato che “le sollevate questioni di costituzionalità, pur concernenti alcune delle norme introdotte dalla legge n. 18 del 2015, risultano direttamente rilevanti nei rispettivi giudizi incidentali in quanto tale disciplina normativa sarebbe «concretamente ed immediatamente produttiva di una responsabilità potenziale» di essi giudicanti, «potendo dar luogo ad un giudizio di responsabilità» (così, testualmente, l’ordinanza del Tribunale ordinario di Verona, iscritta al r.o.

²³⁹ C. Giust. UE, Grande Sez., 13 giugno 2006, causa C-173-03, *Traghetti del Mediterraneo*, punti 37-39.

²⁴⁰ C. Cost. 164/2017.

²⁴¹ In particolare, l’Avvocatura dello Stato sosteneva che “i giudici rimettenti non sono chiamati a fare diretta applicazione delle disposizioni della cui costituzionalità dubitano, sicché la rilevanza di esse, nei rispettivi giudizi *a quibus*, è affermata «solo in linea teorica ed eventuale». Le disposizioni impugnate – secondo l’Avvocatura – potrebbero venire in rilievo esclusivamente nell’ipotesi «in cui il giudicante adottasse un provvedimento errato con dolo o colpa grave» e, dunque, nel caso di una «patologia conclamata del futuro provvedimento»”.

n.198 del 2015); ovvero in quanto essa va «ad incidere, in generale, sulla libertà del giudice di valutare i fatti e le prove secondo la legge e, quindi, anche sulla valutazione che il Giudice è chiamato ad operare nel presente processo» (in tal senso si esprime l’ordinanza del Tribunale ordinario di Treviso, iscritta al r.o. n.218 del 2015); ovvero, ancora, che non è da escludersi che ogni decisione adottabile «possa essere contestata per ritenuto travisamento del fatto e delle prove», integrando dunque un’ipotesi di colpa grave ai sensi della normativa, come oggi modificata, sulla responsabilità civile dei magistrati (in tal senso opina, ad esempio, l’ordinanza del Tribunale ordinario di Catania, iscritta al r.o. n.113 del 2016)».

L’Avvocatura dello Stato ha osservato che la rilevanza delle questioni è “virtuale” in quanto fondata sul “mero pericolo di una valutazione errata delle risultanze di causa”. Infatti “nelle questioni di costituzionalità prospettate, la sussistenza della rilevanza sarebbe stata dedotta dall’asserito perturbamento del giudice conseguente ad un’ipotetica azione di rivalsa intentabile, nei suoi confronti, dallo Stato: azione a sua volta meramente eventuale ed effetto di altra azione di risarcimento danni esperita nei confronti di quest’ultimo, per la responsabilità derivante dal provvedimento giudiziario, frutto dell’«errore commesso dal magistrato»”, non sussistendo una correlazione “tra la regola da applicare e la soluzione della questione controversa”. Conseguentemente il presupposto di rilevanza sarebbe fondato solo su “ipotetici condizionamenti psicologici”.

Per tale motivo la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni proposte²⁴².

²⁴² Ficociello E., *La responsabilità civile dei magistrati: la Consulta “salva” la l. 18/2015*, in www.iusinitinere.it.

BIBLIOGRAFIA

AAVV.,

- *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Zanichelli, Torino, 2017.

- *La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015 n. 18)*, in *Foro it.*, 2015, parte V, 281.

- *La responsabilità civile dello Stato giudice. (Commentario alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)*, Cedam, Padova 1990, a cura di N. Picardi e R. Vaccarella.

- Attardi A., *Note sulla nuova legge in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Giur. it.*, 1988, IV.

- Biondi F., *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19/2015*, in *Questione Giustizia* 3/2015.

- Biondi F., *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in www.forumcostituzionale.it (19 giugno 2006).

- Bonaccorsi F., *I primi vent'anni della legge n. 117/08 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e responsabilità* n. 11/2008.

- Bonaccorsi F., *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato per l'illecito del magistrato*, in *Danno e responsabilità* n. 5/2015.

- Caianiello V., *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, *Foro it.*, 1984.

- Caponi R., *Corti europee e giudicati nazionali*, in www.personaedanno.it.

- Cirillo G.P. e Sorrentino F., *La responsabilità del giudice*, Jovene, Napoli, 1988

- Colella A. e Viganò F., *Incompatibile con il diritto UE la vigente disciplina italiana in materia di responsabilità da errore giudiziario*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (25 novembre 2011).
- Colesanti V., voce <<*Sentenza civile (revocazione della)*>>, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino 1969
- Conti R., *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corr. giur.* 2006.
- Conti R., *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corr. giur.* 2012.
- Conti R., *L'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nel diritto nazionale. Profili processuali. Conflitto fra giudicato nazionale e la sentenza della Corte di Giustizia. Tecniche di redazione di ordinanze di rinvio pregiudiziale*, in www.europeanrights.eu.
- Consolo C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Le disposizioni generali*, Giappichelli, Torino 2014.
- D'Aloia A., *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in www.confronticostituzionali.eu.
- Dellachà P., *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e responsabilità* n. 11/2008
- Dal Canto F., *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Questione Giustizia* 3/2015
- De Rosa L., *Il vizio di motivazione nella Cassazione Penale*, in www.iusinitinere.it.
- Ferraro F., *Noterelle sulla recente prassi di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *DCPE online* 2017/4
- Ferraro F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano 2012.
- Ficociello E., *La responsabilità civile dei magistrati: la Consulta "salva" la l. 18/2015*, in *Ius in itinere*.

- Guastini R., voce <<Legge (riserva di)>>, in *Digesto/civ.*, IX, UTET, Torino 1994.
- Lamarque E., *Una sentenza “interpretativa di inammissibilità”?*, in *Giur. cost.* 1996.
- Luiso F.P., *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma*, in www.judicium.it.
- Luiso F.P., *L’attività interpretativa del magistrato e la c.d.clausola di salvaguardia*, in *Corr. giur.* n. 5/2008.
- Mastroianni R. e Bocchetti V., *La responsabilità dello Stato “per fatto del giudice”: una lettura della legge 27 febbraio 2015, n. 18, alla luce del diritto dell’Unione Europea*, in www.giustiziacivile.com (1°ottobre 2015).
- Mastroianni R., *Supremazia del diritto dell’Unione e “controlimiti” costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- Natale A., *Le tappe della cd. saga Taricco e alcune riflessioni in ordine sparso*, in *Questione Giustizia* 2017.
- Nisticò M., *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e di magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in *Rivista AIC-Osservatorio costituzionale*, (maggio 2015).
- Pace A., *Le ricadute sull’ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell’UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in www.rivistaaic.it.
- Pani F., *L’obbligo (flessibile) di rinvio pregiudiziale e i possibili fattori di un suo irrigidimento. Riflessioni in margine alla sentenza Association France Nature Environnement*, in www.europeanpapers.eu.
- Ricci G.F., *Il <<travisamento>> del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015.
- Roppo V., *Responsabilità dello Stato del fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. priv.*, 2006.
- Satta S., *Commentario al codice di procedura civile, I, Disposizioni generali*, Giuffrè, Milano, 1959

- Scarselli G., *Note de iure condendo sulla responsabilità civile del giudice*, in *Giusto proc.*, 2013.
- Scoditti E., *Violazione del diritto dell'Unione Europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro it.*, 2012, IV.
- Scoditti E., <<Francovich>> *presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004.
- Scoditti E., *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, in *Questione Giustizia* 2015.
- Scoditti E., *Rinvio pregiudiziale e violazione manifesta del diritto dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 2012.
- Sorrentino F. e Caporali G., voce << Legge (atti con forza di)>>, in *Digesto/pubbl.*, IX, Torino 1994.
- Strozzi G., *Responsabilità degli Stati membri versato del giudice interno in violazione del diritto comunitario*, in *Dir. Unione europea*, 2009.
- Tizzano A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Foro it.*, 1995.
- Trimarchi P., *Responsabilità del giudice e garanzia del cittadino*, in *Quadrimestre*, 1985.
- Trimarchi P., *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. giur.* 2015.
- Viganò F., *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA?*, in *Diritto penale contemporaneo*.
- Verde F., *La responsabilità del magistrato*, Cacucci, Bari, 2015.
- Verde G e Auletta F., *La responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.* 2015.