

PROFILI CRITICI

SULL'EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE

TRA PASSATO, PRESENTE E FUTURO

INDICE SOMMARIO

- Introduzione.	1
----------------------	---

CAPITOLO I PROFILO STORICO

1. Il fenomeno italiano	4
a. (<i>Segue:</i>) L'età comunale.	7
b. (<i>Segue:</i>) Lo Stato liberale... ..	15
c. (<i>Segue:</i>) ..e quello fascista.	30
2. I vari modelli di responsabilità nei diversi Stati europei	37
a. (<i>Segue:</i>) L'esperienza inglese. Cenni alla responsabilità del giudice negli USA.	38
b. (<i>Segue:</i>) l'esperienza spagnola.	43
c. (<i>Segue:</i>) l'esperienza tedesca. Dall' <i>actio de syndicatu</i> al <i>Richterprivileg</i>	50
d. (<i>Segue:</i>) l'esperienza francese. La progressiva "duttilità" della <i>prise à partie</i>	55

CAPITOLO II RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE E PROFESSIONALE: ASPETTI FISIOLGICI E PATOLOGICI.

1. La responsabilità disciplinare così come prevista dal d.lgs. 109/2006.	64
a. (<i>Segue:</i>) Presupposti per la sussistenza della responsabilità disciplinare dei magistrati: gli art. da 1 a 4 del d.lgs. 109/2006.	67
b. (<i>Segue:</i>) Il quadro sanzionatorio: gli art. da 5 a 13 del d.lgs. 109/2006.	75
c. (<i>Segue:</i>) Il procedimento disciplinare: gli art. 14 e seguenti del d.lgs. 109/2006.	84
d. (<i>Segue:</i>) Finalità del d.lgs. 109/2006.	102

2. La responsabilità professionale e le sue molteplici espressioni. <i>Focus</i> sulla responsabilità civile.	104
2.1. Le funzioni della responsabilità civile.	111

CAPITOLO III
 LA DISCIPLINA VIGENTE
 IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE:
 IL RUOLO DELLO STESSO ALL'INTERNO DEL PROCESSO,
 LA CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA E LA GARANZIA DI INDIPENDENZA.

1. Il ruolo del giudice all'interno del processo: funzioni, rapporti con le parti e garanzie.	115
2. La responsabilità del magistrato anteriore al 2015: la c.d. legge Vassalli.	135
2.1. Fattispecie rilevanti di responsabilità civile del giudice così come configurate dalla Legge Vassalli. Focus sulla "clausola di salvaguardia".	140
2.2. Il procedimento nei confronti dello Stato, il vaglio di ammissibilità e la rivalsa.	153
3. La successiva riforma del 2015: la legge n. 18 dello stesso anno.	164
3.1. Il ripensamento della "clausola di salvaguardia" e l'ampliamento dei casi di colpa grave.	166
3.2. Il nuovo procedimento: abolizione del vaglio di ammissibilità, l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa e la rimodulazione del tetto massimo entro cui essa può essere esercitata.	177

CAPITOLO IV
 PROBLEMI E GIUSTIFICAZIONI
 ATTINENTI ALL'ATTRIBUZIONE DI UNA SOSTANZIALE
 IRRESPONSABILITÀ CIVILE AL GIUDICE.

1. Le giustificazioni in merito alla sostanziale irresponsabilità civile del giudice.	186
1.1. La garanzia di indipendenza e la pronuncia costituzionale n. 164 del 2017.	191
1.2. La certezza del diritto e l'effetto del giudicato.	203

2. I problemi che sorgono dalla consacrazione dall'esonero sostanziale del giudice da ogni responsabilità civile.	209
2.1. Efficienza vs. Irresponsabilità: i problemi di armonizzazione dell'esclusione dell'imputabilità di una responsabilità civile sul giudice con il giusto processo previsto dalla legge.	212

CAPITOLO V
PROSPETTIVE FUTURE
DELLA DISCIPLINA INERENTE ALLA RESPONSABILITÀ
CIVILE DEL GIUDICE

1. Speculazioni sul tema in esame.	222
2. Possibile regressione alla regolamentazione precedente?	223
3. Uno stagnamento nella disciplina attuale...	229
4. ...o una progressione dell'istituto della responsabilità civile del giudice alla luce della riforma degli ultimi anni in materia?	233
- Conclusioni.	238
BIBLIOGRAFIA	239
RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI	247

INTRODUZIONE

L'obiettivo di questa tesi è di approfondire nel dettaglio l'articolata e fumosa disciplina della responsabilità civile del giudice che costituisce un argomento che è stato al centro delle più grandi discussioni giuridiche della storia, conservando tutt'oggi un posto di particolare rilievo nei libri di diritto data la particolare tendenza dei legislatori degli ultimi secoli a fondare le proprie scelte sulle pressioni del potere magistratuale, che, agendo come corporazione, rivendica le garanzie ad esso attribuite dalla Costituzione stessa per sottrarsi da qualsivoglia tipo di situazione da cui possa conseguire l'imposizione ad un componente di suddetto ordine dell'obbligo al risarcimento da quest'ultimo provocato nell'esercizio delle funzioni che gli competono, nonché sulla volontà di mantenere limpida l'immagine del magistrato così da preservarne l'autorità ed assicurarsi, a sua volta, un'opinione pubblica favorevole e priva di sfiducia in chi governa il paese.

Nel far ciò, richiamando il titolo della tesi, si è deciso di strutturare quest'ultima come fosse un viaggio tra le spire del tempo, seguendo in maniera costante l'evoluzione della responsabilità civile del giudice tra passato, presente e futuro.

Nel primo capitolo, invero, ci si immergerà nella storia più remota, calcando il terreno sul quale è germogliato, nell'ordinamento italiano, il primo seme della normativa in questione ed analizzando la crescita di quest'ultimo nel corso dei secoli fino a diramarne l'esame in più direzioni, aprendosi alle filosofie e concezioni che hanno prosperato in altri luoghi d'Europa piuttosto che al di fuori di essa.

Nel secondo capitolo, poi, si intende chiarire, ponendo le basi per i discorsi più articolati che verranno svolti in quelli successivi, la distinzione tra responsabilità disciplinare e

responsabilità professionale del magistrato: si effettuerà, pertanto, un'analisi tecnico-giuridica dei regi decreti susseguitisi dagli anni '40 in poi relativamente al primo istituto, mentre per il secondo si tenderà ad un'esplicazione volta maggiormente alla focalizzazione della disposizione dell'art. 2043 del codice civile considerando che è proprio in questa norma che trova giustificazione il diritto risarcitorio del privato.

Nel terzo capitolo, invece, si entrerà nel vivo della questione andando ad esaminare il ruolo del giudice all'interno della società e la sua equiparazione, similmente a quanto dichiarato da Aristotele¹, al diritto che è chiamato ad applicare per la risoluzione delle controversie sottoposte al suo vaglio; concluso questo preventiva collocazione della persona del magistrato all'interno del meccanismo sociale, si comincerà ad approfondire l'innovativa legge dell'88 in tema di responsabilità civile del giudice conosciuta anche come "Legge Vassalli" e la successiva riforma intervenuta nel 2015 a seguito della pressione comunitaria affinché il legislatore italiano prendesse gli opportuni provvedimenti per evitare di incorrere in ulteriori procedimenti di infrazione a carico dello Stato.

Nel quarto capitolo, avviandosi verso la conclusione ed avendo ormai ben chiara la regolamentazione oggi vigente all'interno del territorio nazionale, si prenderanno in considerazione i punti di vista di dottrina e magistratura, indagando le questioni eventualmente sollevate dalla prima che tendono a rinvenire nella legge più recente una persistente irresponsabilità civile dell'organo giudicante nonché le giustificazioni che la seconda adduce per legittimare i particolari privilegi di cui gode.

¹ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, ristampa ed. 2 a cura di Claudio Mazzarelli, Giunti Editore, Bompiani, 2019, p. 76, nella parte in cui afferma che "andare dal giudice significa andare davanti alla giustizia, giacché il giudice intende essere come la giustizia vivente".

Infine, nell'ultimo capitolo, si vuole raccogliere la conoscenza acquisita grazie ai precedenti capitoli e, proprio come accade nella vita di tutti i giorni, farne la base sulla quale edificare il futuro stesso. Senza perdere di vista l'argomento della tesi, dunque, si valuteranno le varie prospettive evolutive dell'istituto tentando di offrire, per quanto possibile, spunti di riflessione in merito alle proposte auspicabili in materia.

CAPITOLO I

PROFILO STORICO

SOMMARIO: 1. Il fenomeno italiano. - a. (*Segue:*) L'età comunale. - b. (*Segue:*) Lo Stato liberale. - c. (*Segue:*) E quello fascista. —2. I vari modelli di responsabilità nei diversi Stati europei. - a. (*Segue:*) L'esperienza inglese. Cenni alla responsabilità del giudice negli USA. - b. (*Segue:*) l'esperienza spagnola. - c. (*Segue:*) l'esperienza tedesca. Dall'*actio de syndicatu* al *Richterprivileg*. - d. (*Segue:*) l'esperienza francese. La progressiva “duttilità” della *prise à partie*.

1. Il fenomeno italiano.

Il percorso che segue l'istituto della responsabilità civile del giudice nel corso della storia italiana è costellato di incertezze e contraddizioni, oltreché di malcelata noncuranza adoperata dai vari vertici susseguitisi durante le varie epoche.

Infatti, nonostante la legislazione odierna abbia offerto, prima con la legge del 13 aprile 1998, n.117², poi con la riforma del 2015 del medesimo testo normativo, una soluzione pressoché ordinata, seppur non ancora estranea a critiche, della problematica inerente alla tutela concretamente fruibile dal privato che si trovi in una situazione in cui lo stesso risulti effettivamente danneggiato dall'attività di un soggetto che ricopre il ruolo istituzionale di giudice, non bisogna dare per scontato che tale possibilità di agire in giudizio privatamente, anche se solo in determinati casi espressamente previsti dalla legge, nei confronti del soggetto

² C.d. “Legge Vassalli”.

in questione sia stata in ogni tempo accettata e, soprattutto, non sia stata contestata in passato. Tutt'oggi sussiste, invero, una forte tendenza volta a limitare il potere di cui sopra andando ad elevare, pertanto, la figura del magistrato giudicante ed il compito affidatogli; il tutto, ovviamente, con "giusto" sacrificio del privato cittadino.

Da notare, prima di tutto, che il tema in esame è collegato a stretto filo con la costante evoluzione del processo in ogni sua forma, sia essa penale, civile o anche amministrativa, alla continua rinnovazione delle norme contenute nelle leggi di ordinamento giudiziario, come anche, e principalmente, alla trasformazione storica della figura del giudice. Relativamente a quest'ultimo punto è possibile, infatti, distinguere almeno tre diverse concezioni dello stesso.

In primo luogo, durante il XIII secolo si riteneva che tale dovesse essere un soggetto quanto più estraneo non solo alla controversia che era chiamato a giudicare, ma anche, e soprattutto, rispetto alla società comunale entro la quale la vicenda patologica aveva trovato vita. Si può dire, senza troppi giri di parole, che l'incarico fosse affidato a stranieri esperti nel diritto che, in quanto tali, pur avendo un potere assai rilevante, quale è inequivocabilmente quello giudiziario poiché racchiude in sé la facoltà di influenzare in misura decisiva le vite dei soggetti sui quali viene esercitato, non erano legati in alcun modo con l'autorità gerente del luogo. Si può parlare, dunque, di un giudice che non era ancora pubblico funzionario, ma che, anzi, risultava posto sullo stesso piano di un normale cittadino potendo essere chiamato a rispondere civilmente e personalmente, come chiunque altro, del proprio operato.

In secondo luogo, vi è la concezione originatasi nel XVIII secolo negli Stati preunitari, in particolar modo nel Regno di Napoli e delle Due Sicilie, e sviluppatasi poi completamente nel XIX e XX secolo, caratterizzata dalla forte vicinanza fra la magistratura e lo Stato. In

quel periodo era difficile parlare dell'uno senza citare anche l'altro, si potrebbe parlare addirittura di un rapporto simbiotico fra i due soggetti data l'equiparazione dell'onore e prestigio dell'uno a quello dell'altro. Fu proprio questo connubio inscindibile a portare ad una netta e concreta irresponsabilità civile del magistrato che, seppur punibile disciplinarmente, veniva sanzionato più per salvaguardare il buon nome dell'ufficio giudiziario e, di conseguenza, dello Stato stesso, piuttosto che per amor di efficienza e tutela pubblica.

Infine, ciò che oggi è concepito come giudice non è altro che il risultato fra i due precedenti orientamenti su esplicitati: un individuo che, pur riconoscendosi come pubblico funzionario, comunque reclama la propria indipendenza rispetto ai vertici politici. Contrariamente a quanto si possa logicamente pensare, però, le conclusioni relative alla responsabilità civile del magistrato giudicante che derivano da questa nuova ed innovativa visione dello stesso risultano nella realtà dei fatti poco incisive, preferendosi un approccio più prudente all'istituto continuando ad interpretare restrittivamente i casi in cui una tale possibilità possa essere considerata accettabile.

Chiarito ciò, è opportuno tenere conto anche della circostanza secondo la quale il clima giuridico italiano non è rimasto esente, fin dal medioevo, da condizionamenti esterni, anzi, molto spesso le rivoluzioni in ambito processuale oltreché sostanziale derivano proprio da un'oculata rielaborazione di istituti o principi, se non anche interi orientamenti, già esistenti in altri luoghi del continente europeo³ attagliati, a seconda delle esigenze e delle norme

³ Vedasi ad esempio il principio isonomico che permea l'intera esperienza comunale: questo prende le mosse dal pensiero greco che è perfettamente riportato ed esplicitato nell'opera aristotelica de *L'Etica Nicomachea*. Ma non bisogna necessariamente spingersi così indietro per rinvenire riferimenti ad altre culture, basti pensare,

caratterizzanti il nostro sistema pubblico, al nostro ordinamento.

Precisata l'importanza della storiografia per lo studio della responsabilità civile del giudice, è opportuno approfondire la tematica andando a sviscerarne gli aspetti fondamentali ripercorrendo, punto per punto, l'*iter* evolutivo della disciplina.

a. (*Segue:*) L'età comunale.

Il primo cenno significativo alla responsabilità civile del giudice nella storia italiana è rinvenibile proprio nel XII secolo, periodo nel quale si abbandona lo stile di vita chiuso ed ossessivamente improntato sulla paura dell'ignoto, oltreché dell'estraneo, in uso nell'Alto Medioevo tendendo, invece, ad un'apertura culturale favorita dal fiorente commercio e dalla rinnovata curiosità degli individui, non più soverchiati dal timore e rintanati all'interno dei feudi sotto la protezione di persone che, per l'impegno profuso nel garantire una maggior sicurezza, ricevono in cambio di diversi servizi di varia natura⁴.

Il punto di svolta che favorisce l'avvento del Basso Medioevo, un periodo storico che rianima gli animi che si sono spenti pian piano nel corso dei "secoli bui", è la nascita delle città e dei Comuni: le persone si spostano in centri urbani, vi costruiscono intorno mura per difendersi da attacchi esterni e si autogestiscono. In merito a quest'ultima osservazione è da notare che, proprio in quegli anni, con la ripresa dei viaggi e la rinnovata interazione con altre culture, si riscoprono tradizioni all'epoca ancora sconosciute, modi di vivere apparentemente estranei a

infatti, all'istituto della "*prise à partie*" in Francia, piuttosto che, ancora, il principio tedesco del "*Richterprivileg*", ovvero del "privilegio del giudice".

⁴ Così, GIULIANI A., PICARDI N., in "*L'Educazione giuridica*", Vol. IV, Libreria Editrice Universitaria. Perugia, 1981, pp. 385 ss., si fa riferimento al Comune come completa ed assoluta negazione dell'Alto-Medioevo che si presenta, invece, come un'epoca chiusa in se stessa.

quelli a cui la gente del tempo era abituata e che, pur tuttavia, sarebbero stati il seme dal quale sarebbe germogliata, poi, l'intera struttura sociale basso-medioevale italiana. Un esempio di quanto appena affermato è il famoso insieme di opere greche a cui l'autore, nel caso di specie Aristotele, non dà nome, ma che è conosciuto come "*Organon*" grazie alla premura e lungimiranza di un seguace del filosofo greco che ne cura l'intitolazione⁵; questo trattato si occupa di approfondire gli studi di retorica, logica argomentativa scientifica e di filosofia. Proprio grazie alla traduzione di queste opere, che possiamo dire essere state fortunatamente riesumate, in Italia inizia a diffondersi, fra le strade cittadine e lungo tutto il territorio, un pensiero che prende le mosse da quello greco⁶ e che poi si sostanzia nell'affermazione secondo cui non vi dev'essere distinzione alcuna fra governati e governanti, gli uni essendo, dunque, posti su un piano di eguaglianza sostanziale dinanzi alla legge rispetto agli altri⁷.

Sorge spontaneo chiedersi quale sorte abbiano avuto i feudatari che, fino ad un momento prima, si elevavano rispetto ai vassalli e che ora, invece, si sono visti, per cause di forza maggiore, costretti a spostarsi all'interno delle mura, dove l'intero sistema era informato a principi del tutto differenti rispetto a quelli di cui sopra ed in cui nessun cittadino si ergeva sugli altri reclamando un ruolo primario. Insomma, il problema principale è: se tutti sono

⁵ Invero, fu Andronico di Rodi, filosofo greco vissuto nel I secolo a.C., colui che ha introdotto l'analisi filologica nell'ambito del Peripato, a compiere un meticoloso raggruppamento delle opere aristoteliche adoperando quale criterio di riferimento quello della qualità contenutistica e della più facile intellegibilità. Senza la sua dedizione i trattati del suo maestro, Aristotele, sarebbero rimasti sconosciuti.

⁶ In tal senso cfr. Aristotele che, ne *L'Etica Nicomachea*, afferma chiaramente «la nozione di "giusto" sarà quella di "ciò che è conforme alla legge" e "ciò che rispetta l'uguaglianza", quella di "ingiusto" sarà di "ciò che è contro la legge" e di "ciò che non rispetta l'uguaglianza"»; si chiarisce nient'altro che quel principio, ben noto ai greci, dell'isonomia (dal greco "*iso*", ovvero "uguale", e "*nomos*", cioè "legge"). In merito vedi anche ERRERA A., *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

⁷ Così, GIULIANI A., PICARDI N., ne "*I modelli storici di responsabilità del giudice*", in *Il Foro Italiano*, 1978, Vol. 101, Società Editrice Il Foro Italiano ARL, p. 122, affermano che "una tale idea rifletteva una concezione della giustizia come reciprocità"; ancora, vedasi quanto affermato all'interno dei "Digesta giustiniani", 2.2.1: "*quod quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur*".

considerati eguali, chi è che può gestire la vita cittadina così da permetterne la floridità? Ebbene, nonostante le continue lotte interne⁸ al Comune stesso, si riuscì ad optare per una soluzione che soddisfacesse tutti e che riuscisse a mantenere l'ordine fra il popolo mediante un corpo di regole ben definito: si sarebbero scelti due individui⁹ che avrebbero concentrato nelle loro mani i poteri necessari per l'amministrazione comunale, come una sorta di ritorno al sistema consolare, ognuno dei quali vigilava sull'operato dell'altro.

Da notare, comunque, il fatto che il potere affidato ai consoli era prettamente amministrativo. Ciò è importante poiché aiuta a comprendere come mai, all'epoca, l'idea di una responsabilità professionale del giudice non fosse ritenuta così astrusa, anzi, ben si conciliava quest'ultima con il quadro storico di cui trattasi. Il potere giudiziario veniva esercitato principalmente da stranieri designati dai consoli; il giudice comunale, dunque, era un soggetto del tutto avulso dalle dispute in corso all'interno della città e proprio per questo motivo il miglior esempio di indipendenza e garanzia che si potesse desiderare. In breve, nessuna corrispondenza vi era fra i governanti ed i giudici, piuttosto vi era un semplice rapporto privato¹⁰ consistente nell'impegno da parte di un perito di dirimere una controversia a fronte di un compenso. Nacque, allora, una "categoria di giudici professionali (tra cui sono ancora ricordati eminenti

⁸ Pur venendo meno il sistema feudale come storicamente inteso le famiglie nobiliari che in passato ne governavano uno rimanevano comunque potenti. Pertanto, ritrovandosi nello stesso luogo con altri individui di "rango nobile", la convivenza non fu facile: in un'unica città vi erano più fazioni che lottavano per la supremazia e che si rifugiavano nelle rispettive torri. Nel momento in cui una fazione veniva sconfitta la torre rappresentativa della stessa veniva mozzata. Vedi anche PADOA SCHIOPPA A., *Storia del Diritto in Europa, dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Collezione di Testi e Studi, 2017, Cap. I, §4.

⁹ Ciascuno avrebbe rappresentato gli interessi delle varie fazioni interne al Comune.

¹⁰ Per quanto riguarda, infatti, l'amministrazione della giustizia, accadeva che gli statuti ne attribuivano la competenza ai podestà, i capi dell'amministrazione comunale, i quali, a loro volta, l'affidavano, con contratti privati rinnovabili, a giuristi di professione, che al termine del mandato rispondevano davanti a dei *syndacatores* del loro operato.

giuristi, quali Bartolo e Baldo) come una classe di *Honorationem*”¹¹. È rilevante rimarcare la lontananza fra coloro che esercitavano la funzione giurisdizionale ed il “*gubernaculum*”. Non essendo i primi pubblici funzionari, non erano suscettibili di essere considerati responsabili nè a livello burocratico nè, tantomeno, a livello disciplinare; l’unica strada da seguire era quella della responsabilità comune ad ogni cittadino che si sostanzia, vista la natura dell’obbligazione assunta, anche e soprattutto in una responsabilità civile.

Ora, prima di trattare approfonditamente gli aspetti più strettamente procedurali della questione, occorre accennare a due caratteristiche assai rilevanti di quel periodo: la pubblicità dei procedimenti e la concezione di sentenza.

In merito al primo punto, Picardi e Giuliani si sono espressi nel seguente modo: “Il diritto medioevale potrebbe offrire un interessante terreno di studio di quel fenomeno che oggi va sotto il nome di 'pubblicità' delle procedure giudiziarie. Esso ci rivelerebbe, anzitutto, i limiti della concezione moderna, secondo cui il significato più pregnante di tale pubblicità «si riferisce alla presenza ed assistenza dei terzi alle procedure giudiziarie». La pubblicità delle procedure è solo un aspetto particolare di un fenomeno che riguarda anche la pubblicità della decisione giudiziale e del diritto stesso”¹². Da tale affermazione ricaviamo un’informazione fondamentale: il controllo dell’operato del magistrato, pur non potendo avvenire sul piano interno e, dunque, sul piano disciplinare, comunque veniva effettuato su un piano esterno.

In relazione, invece, al secondo punto, è opportuno chiarire che la sentenza in quanto tale non veniva considerata come vero e proprio ragionamento tecnico frutto dell’applicazione

¹¹ Così, GIULIANI A., PICARDI N., ne “*I modelli storici di responsabilità del giudice*”, cit., p. 122; ID, *La responsabilità del giudice*. Giuffrè editore. Milano, 1995, p. 32.

¹² Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice*, cit., pp. 123 ss.

concreta di norme di diritto che si sarebbe ritenuto esatto e privo di vizi di sorta nel momento in cui fosse rientrato in uno schema sillogistico, bensì come una “giustificazione di una decisione pratica”¹³. Inoltre, la sentenza non è ancora vista, come poi avverrà nell’Illuminismo, come strumento di controllo gerarchico, pertanto è impensabile rinviare al sistema delle impugnazioni laddove si indaghi in merito ad un rimedio ad eventuali pregiudizi cagionati ai privati dalla condotta del giudice nell’espletamento del proprio ufficio. Preciso ciò, vediamo come vi è una forte correlazione fra la condotta del giudice e il provvedimento finale stesso, al punto che si è arrivati ad affermare che “l’attacco contro la sentenza ingiusta si risolve in un attacco contro il giudice ingiusto” e che “la patologia della decisione giudiziale è strettamente connessa alla patologia della condotta del giudice”¹⁴. Si capisce, allora, il motivo per il quale quest’ultimo potesse essere chiamato a rispondere nei confronti del privato, e non solo, delle proprie azioni.

Ma come si risolve il problema dell’imputazione della condotta pregiudizievole se, effettivamente, la decisione dannosa o il comportamento dovuto fosse stato di competenza non del singolo giudice, quanto più di un collegio?

Ebbene, al sorgere del XIII secolo l’idea del “segreto delle deliberazioni” non si era ancora elevata a regola generale, nè tantomeno fungeva da principio ispiratore, contrariamente si era soliti accogliere una prassi che nei sistemi di Common law è presente tutt’oggi: la “*dissenting opinion*”. L’istituto dell’opinione dissenziente si caratterizza per la facoltà di ciascuno dei membri del collegio di far mettere per iscritto la propria contrarietà ad una data decisione;

¹³ V. nota 10.

¹⁴ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit. pp. 31 ss.; GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice*, cit., p. 124.

tale documentazione potrà rimanere inutilizzata qualora effettivamente le parti non subiscano conseguenze negative in forza del provvedimento definitivo emesso in sede giudiziale e, dunque, laddove le parti stesse non lamentino nella medesima sede un danno derivante dall'atto giudiziario; in caso contrario, potrà essere ritenuta valida prova che esonererà il magistrato che ha manifestato il proprio dissenso da qualsivoglia responsabilità. In questa maniera è palese come il problema dell'imputazione venga del tutto risolto.

Normalmente si distingue fra ipotesi di attività colposa o dolosa dello stesso, ma, almeno per quanto attiene i romani, questo binomio veniva stravolto al punto da divenire quasi del tutto inesistente. Gli antichi "*iuris prudentes*" ritenevano, infatti, possibile la chiamata in giudizio del magistrato in tutti quei casi in cui, a prescindere dall'analisi dell'elemento psicologico ed esercitando l'ufficio giurisdizionale, quest'ultimo «*iniuste iudicat per imprudentiam, id est per ignorantiam*»¹⁵. È dalla consultazione dei trattati romanistici che i glossatori¹⁶ traggono la conclusione che una forma di responsabilità del giudice, non solo per dolo, ma anche per colpa, possa effettivamente sussistere. Importanza non irrilevante assunse il tema della prova, più che della semplice ignoranza o imperizia, del dolo del giudice la quale, pur essendo oggi considerata una vera e propria "*probatio diabolica*" poiché estremamente complessa da raggiungere, all'epoca era estremamente meno irrealizzabile data la concreta equiparazione, già ricordata in precedenza, fra l'ingiustizia della sentenza e quella del magistrato: in questo modo basterà provare l'antigiuridicità del provvedimento non essendo necessaria ulteriore

¹⁵ Cfr. per un approfondimento DI SALVO S., «*Ignorantia*» del «*iudex*», «*actio iudicati*» e «*beneficium competentiae*» in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino III*, Napoli, 1984, pp. 93 ss.

¹⁶ Così chiamati quei soggetti che, riscoperto un testo, lo reinterpretavano per riadattarlo all'epoca corrente; il loro identificativo deriva dalle "glosse", dal greco "γλωσσα", ovvero delle linguette che ponevano ai margini degli scritti annotandovi le proprie rielaborazioni lessicali e concettuali.

istruttoria.

Giunti a questo punto è logico chiedersi come avveniva questo controllo e soprattutto se vi fossero dei casi specifici in cui era effettivamente possibile esperire lo strumento apposito. Ebbene, il sistema delle impugnazioni era molto diverso rispetto a quello odierno, non vi era un ordine gerarchico dei tribunali e, ancor di più, l'appello veniva visto come un simbolo della sovranità, il ché spiega il faticoso affermarsi di questo mezzo di gravame¹⁷ e l'iniziale diffidenza¹⁸ da parte dei cittadini. Per tale ragione, l'impugnazione della sentenza non poteva rappresentare un utile strumento di tutela per il privato che si era visto danneggiato. Bisogna, dunque, cercare la soluzione in uno strumento diverso da quello dell'impugnazione, uno strumento che permetta di ottenere una tutela effettiva e non semplicemente di facciata. Ecco, dunque, che si venne a creare l'istituto del sindacato.

Quest'ultimo consiste in un giudizio a cui erano sottoposti appositamente i componenti della magistratura una volta che il loro mandato fosse concluso. Come si è affermato in precedenza, infatti, ciò che legava il “*gubernaculum*” alla magistratura, spesso composta da stranieri esperti del diritto, non è altro che un rapporto giuridico, un vero e proprio contratto, pertanto il giudizio in questione non costituiva altro che un controllo sulla corretta esecuzione dello stesso. Ancora, dal chiarimento del vincolo contrattuale si comprende come, una volta che sia stata accertata la violazione del contratto stesso, sia possibile che coloro che ne sono stati pregiudicati si rivalgano sul trasgressore.

¹⁷ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice. cit.*, pp. 24 ss.; GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice, cit.*, p. 125.

¹⁸ Come detto in precedenza il pensiero comune era informato all'isonomia, ovvero l'eguaglianza sostanziale fra governati e governanti. L'idea di un sovrano non si confaceva a quel clima egualitario che stava proliferando in quel periodo.

Il procedimento si svolgeva dinanzi ai tribunali riuniti in composizione collegiale¹⁹ che fossero competenti civilmente, penalmente o amministrativamente; a distinguerlo da quelli ordinari, ricordano Picardi e Giuliani, erano “la piena garanzia dei diritti alla difesa, e la presunzione di innocenza”, in quanto normalmente il processo si svolgeva “in camera di consiglio e senza nessuna garanzia a favore del giudice imputato”²⁰.

Da notare che ciò che poteva dar luogo ad un esito favorevole e, pertanto, ad una condanna del magistrato, si identificava in attività compiute nell’esercizio delle proprie funzioni e mai, salvo rari casi²¹, in condotte tenute al di fuori del proprio ufficio.

Il magistrato, inoltre, poteva essere suscettibile di condanna laddove i suoi famigliari o affini avessero tenuto condotte pregiudizievoli qualora queste fossero state poste in essere *pretextu officii*, piuttosto che nei casi in cui fosse stato il medesimo giudice a compiere determinati reati *pretextu officii* o *favore officii*.

E’ evidente, poi, che il sindacato fosse, più che un semplice strumento di controllo successivo dell’operato degli ufficiali comunali, un concreto strumento di tutela di interessi, privati e non, che agisce sia in forma dissuasiva durante il mandato dell’ufficiale, sia in forma repressiva nei confronti dell’ufficiale inadempiente.

Ampio dibattito vi è in dottrina in merito alla natura di tale giudizio. Morelli afferma, infatti, che possa essere assimilato ad una sorta di strumento di controllo finanziario utilizzato dai consoli, in quanto potrebbe essere utilizzato dagli stessi per prevenire la distrazione illecita

¹⁹ I componenti del collegio venivano generalmente chiamati “*syndacatores*”.

²⁰ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice. cit.*, pp. 32 ss.; GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice, cit.*, p. 126.

²¹ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice, cit.*, p. 126, nella parte in cui afferma che “la condotta morale e la vita privata del giudice, come dei familiari, non erano generalmente rilevanti, a meno che non configurassero un abuso di potere”.

di fondi comunali ad opera dei magistrati; Masi, invece, rimane fermo ad un'interpretazione classica dell'istituto affermando quanto segue: “il sindacato procedurale è il controllo degli organi della pubblica amministrazione e il giudizio circa l'opera loro, alla fine del loro ufficio, controllo e giudizio fatti da altri organi in concorso col giuri popolare: quindi il sindacato rivede l'opera amministrativa e giudiziaria del sindacando”.

In ogni caso, è indubbio che, con il tempo, tale istituto divenne presto strumento non solo di tutela privata, pubblica o amministrativa, bensì anche disciplinare.

b. (*Segue:*) Lo Stato Liberale....

La storia italiana, soprattutto nei secoli ricompresi tra il XIV e XIX secolo, risulta alquanto travagliata. La nazione è “pezzata”, frammentata in vari Regni con statuti propri vigenti nella porzione di territorio a ciascuno di essi spettante.

L'Italia, sotto alcuni aspetti, era ancora inesistente: i Borbone dominavano sul Regno delle Due Sicilie, mentre i Savoia costruivano una vera e propria federazione composta dal principato di Piemonte, il Ducato di Savoia, la contea di Nizza ed il Regno di Sardegna. Fu proprio quest'ultimo che, grazie alla sua importanza, testimoniata anche dall'adozione nel 1848 dello statuto albertino come carta costituzionale della penisola, diede il nome alla federazione stessa.

In questo periodo di giochi politici e stabilizzazione nazionale, è nel Regno di Napoli, successivamente annesso dai monarchi francesi a quello di Sicilia²², che si rinvergono novità a livello giuridico che danno adito a vari spunti di riflessione.

²² È da questa unione che nasce il Regno delle Due Sicilie.

In primo luogo, il giudizio di sindacato, perno dell'età comunale per quanto attiene il tema della responsabilità del giudice, perde improvvisamente importanza a causa dell'esclusione delle attività colpose del magistrato dal novero dei casi che possono giustificare la proposizione di un'azione in tal senso. Pertanto, tale strumento viene relegato ad un uso prettamente disciplinare, risultando, dunque, menomato avendo perso la caratteristica che in origine lo distingueva²³. Allo stesso modo, la previsione di una condanna al risarcimento del danno comminata a coloro che, a seguito di un'azione disciplinare nei confronti del giudice, abbiano ottenuto nient'altro che un provvedimento di assoluzione, fungeva da deterrente alla proposizione della stessa; è opportuno precisare che la liquidazione del danno risarcibile veniva effettuata dai sindacatori tenendo conto non dell'entità concreta del danno subito dai giudici sottoposti al giudizio a causa delle accuse rivolte loro, bensì della diversa qualità di cui erano titolari. In questo modo, a mio avviso, si viene a creare una sorta di distinzione sociale fra magistrati di primo e second'ordine, non tenendosi conto delle funzioni svolte ma del grado a cui esse vengono svolte. Ciò è emblematico della diversa concezione dello strumento impugnatorio durante quegli anni e quella odierna: oggi i giudici del gravame non vengono considerati superiori a quelli di primo grado, basandosi la maggior autorità della loro decisione, invece, su un'attività lavorativa più ampia e completa poiché già in precedenza svolta da un altro magistrato nel precedente grado di giudizio²⁴.

Il re inviava spesso degli individui a monitorare l'attività giurisdizionale così da evitare

²³ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice dallo Stato Liberale allo Stato Fascista, cit.*, pp. 213 ss., nella parte in cui effettua una comparazione fra la "*prise à partie*" e il sindacato ormai "menomato" che si afferma nel Regno di Napoli.

²⁴ Così, LUISO F.P., in "*Diritto processuale civile. Il processo di cognizione*", Vol. II, Giuffrè, Milano, pp. 289-290.

eventuali abusi d'ufficio e condotte illecite perpetrate da coloro che sono abilitati ad esercitare un potere così grande quale è, indubbiamente, quello giudiziale. Nonostante questo tipo di controllo, tuttavia, nessuna vera sanzione veniva comminata ai trasgressori che, al massimo, si vedevano multati. Insomma, una condanna di questo genere difficilmente potrà considerarsi tutelativa del privato dovendo essa essere rapportata necessariamente al danno potenziale che un'attività illecita posta in essere da un giudice potrà causare.

Ad affiancare questa, seppur minima, forma di vigilanza sull'operato degli esercenti la professione giudiziale, due strumenti di controllo decisamente più incisivi: il potere di nomina e di promozione riservato al re, nonché il trasferimento del magistrato.

In merito al primo punto occorre osservare che in quel periodo si sperimentò la designazione tramite concorso, ma senza particolare successo; appare ovvio, d'altro canto, la conseguenza di un tale tipo di potere: un completo rispecchiamento dell'idea politica nelle decisioni emesse.

Per quanto riguarda invece il secondo mezzo, bisogna effettuare un discorso più articolato.

La legge organica dell'ordinamento giudiziario napoletano del 1817 cristallizza il principio secondo il quale, decorsi tre anni dal momento in cui si è iniziata ad esercitare la professione e questa sia stata svolta continuativamente, al punto che si richiede che il servizio sia particolarmente qualificato²⁵, i giudici divengono inamovibili; l'inamovibilità, chiarisce il testo normativo, è da considerarsi solo qualitativa e non anche logistica. Per tale ragione potrà pacificamente essere disposto il trasferimento di un magistrato che gode del privilegio dell'inamovibilità laddove si ritenga che l'attività giurisdizionale da lui svolta non si

²⁵ Si parla infatti di "lodevole servizio".

confaccia alle esigenze dell'ambito territoriale sul quale operava, mentre invece non si potrà avere un caso in cui il sovrano faccia "ascendere" o "discendere" un magistrato a cariche più o meno elevate. Proprio per questo motivo, ancora, laddove un giudice fosse stato trasferito presso un altro tribunale avrebbe comunque viste garantite la parità di grado e di stipendio. Detto ciò, tale strumento di controllo si affermò come vero e proprio surrogato di una sanzione disciplinare impartita dal sovrano al magistrato che poneva in essere intenzionalmente attività "*contra ius*" nell'esercizio delle proprie funzioni.

In quel periodo, poi, si assistette all'avvento di altre novità in ambito giuridico: da un lato si tentò una tipizzazione degli obblighi la cui osservanza era richiesta ai giudici, dall'altro si lavorò a fondo sulla sentenza andando a ragionare sulla modalità più efficiente per renderla "trasparente" ed assicurare un controllo dell'opinione pubblica sul lavoro svolto dall'organo giudicante.

Relativamente a quest'ultima riflessione si può dire che si rinvenne nella motivazione della sentenza lo strumento più adeguato per dare al provvedimento giudiziale quella completezza che, in passato, gli era sempre mancata e che, spesso, rendeva impossibile per i cittadini argomentare in maniera opportuna un'eventuale lamentela avverso tale atto.

In merito, invece, alla prima innovazione è possibile citare alcuni dei divieti ed obblighi predetti: si può parlare, infatti, dell'obbligo della residenza correlato al divieto di allontanarsi senza permesso, l'obbligo del segreto, la subordinazione gerarchica dei tribunali inferiori a quelli superiori, l'obbligo per ogni tribunale di dar conto al re della giustizia e della stretta osservanza delle leggi²⁶.

²⁶ Cfr. Cap. V del Dispaccio del 30 giugno 1750, ivi, n. XXIII, tit. LXIX, p. 409.

All'epoca, è opportuno ricordarlo, vigeva il principio secondo cui l'ordine giudiziario avrebbe dovuto essere subordinato esclusivamente all'autorità della propria gerarchia, ed è così che si spiega il motivo per il quale alla Corte Suprema di giustizia fu dato il compito di vegliare sui giudici attribuendole, inoltre, il potere di censurarli laddove venissero meno ai loro doveri. Quanto detto, tuttavia, non esclude l'onnipresenza dell'esecutivo che, nonostante tutto, aveva ancora molta influenza, tant'è vero che, affinché un giudice potesse essere sottoposto ad un giudizio disciplinare dinanzi alla Corte Suprema era necessaria un'iniziativa del re che si esprimeva dopo aver sentito il Ministro di Grazia e Giustizia; da notare che, per converso, i privati non avevano alcun modo di dare impulso al giudizio disciplinare.

Lasciandoci alle spalle l'evoluzione giuridica che si è avuta nel Regno di Napoli senza però dimenticarne l'importanza, bisogna ora spostarsi su un altro momento storico assai significativo per l'Italia: la sua effettiva unificazione e gli anni successivi alla stessa.

Il XIX secolo segnò una rivoluzione per quanto attiene il tema della responsabilità del magistrato, molte furono le leggi che si susseguirono, altrettanti i concetti il cui significato venne reinterpretato.

In primo luogo, si iniziò a valutare l'ipotesi, integrativa alla concezione che vi era fino ad allora, di poter considerare il giudice in quanto tale non solo come pubblico funzionario, bensì anche come individuo terzo ed imparziale che si occupa unicamente di attuare la legge. Nonostante questo tentativo di espandere il ruolo del magistrato giudicante così da slegarlo, per quanto possibile, dall'eccessivo vincolo sullo stesso imposto dal Governo, pochi, seppur importanti, furono i cambiamenti.

Per avere un quadro più chiaro del forte vincolo del giudice all'esecutivo pare opportuno ricordare quanto affermato da Giovanni Giolitti: «al Governo restano i seguenti poteri sulla

magistratura. Dei pretori dispone liberamente, senza alcuna garanzia. I magistrati sono stati nominati dal governo; le promozioni loro dipendono per intero dal beneplacito del Governo; il Governo può negare loro qualsiasi trasferimento; è il Governo che determina le funzioni a cui ciascun magistrato deve essere addetto, e che ogni anno designa i magistrati che devono giudicare le cause civili e le penali, e li riparte tra le varie sezioni delle corti e dei tribunali; è il governo che compone a piacer suo le sezioni di accusa presso le corti di appello e sceglie i giudici che devono presso i tribunali adempiere le funzioni di giudici istruttori».

Insomma, la mano del Governo poneva il magistrato in una posizione di forte subordinazione vigendo ancora il sistema delle nomine politiche ed il trasferimento dello stesso poteva essere disposto senza che questo potesse controbattere²⁷. Con la riforma Zanardelli, tuttavia, vi furono delle mutazioni a livello legislativo: si stabilì che il reclutamento dei giudici dovesse avvenire tramite concorso pubblico e previo apposito tirocinio; venne alla luce il Consiglio Supremo della Magistratura, oggi conosciuto come CSM, entità a cui vennero affidati poteri di nomina e di trasferimento dei magistrati così da snellire l'ampia gamma di strumenti utilizzabili dall'esecutivo per tenere sotto controllo la magistratura e creare una sorta di "autogoverno"; ciononostante, le promozioni non furono sottratte dall'alveo delle facoltà del Governo, pertanto un vincolo ancora abbastanza solido fra il corpo giudiziale e l'esecutivo esisteva ancora; con la riforma Orlando fu revisionato il sistema dei trasferimenti individuandone i presupposti: questi non erano più identificati nell'utilità del pubblico servizio, bensì nella circostanza per cui i giudici "per qualsiasi causa, anche indipendente da loro colpa, non possano nella sede che occupano amministrare giustizia nelle condizioni

²⁷ Entrambi questi poteri vennero visti come una forma di controllo paradisciplinare dello Stato sull'operato giudiziario.

richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario”²⁸. Inoltre, il Ministro nel disporre il trasferimento doveva aver previamente ottenuto il parere, non vincolante, di una sezione del Consiglio superiore della magistratura.

In secondo luogo, occorre focalizzare l'attenzione sul ruolo sempre più centrale che acquisisce la responsabilità disciplinare del giudice: la sua diffusione e rilevanza giunge all'apice andando, quasi del tutto, ad adombrare quella, decisiva seppur al contempo volutamente ignorata, professionale.

Si fa cenno ad un'intenzionale abbandono del problema della tutela, anche e soprattutto²⁹, civile dei privati laddove parte necessariamente coinvolta come danneggiante sia un magistrato poiché, mentre il perimetro normativo in ambito disciplinare risulta essere ben delineato, quello ricollegato alla responsabilità professionale è più frastagliato che mai ed ottenere una tutela efficiente ed effettiva in tal senso, pertanto, è quasi utopia.

Riprendendo da quest'osservazione, dunque, si coglie l'occasione per individuare, seppur sommariamente, gli aspetti caratterizzanti delle due discipline.

Partendo da quella più rilevante all'epoca, pare adeguato precisare cosa si intenda per “illecito disciplinare”. L'Art. 213 r.d. del 6 dicembre 1865 n. 2629 stabilisce che “il giudice che non osserva il segreto delle deliberazioni o compromette in qualunque modo la sua dignità o la considerazione dell'ordine a cui appartiene, ovvero altrimenti contravviene ai doveri del suo ufficio, è soggetto a provvedimenti disciplinari”.

²⁸ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice. cit.*, pp. 87 ss.; ID., *La responsabilità del giudice dallo Stato Liberale allo Stato Fascista, cit.*, p. 230.

²⁹ Come vedremo in seguito, la responsabilità professionale non è altro che un *genus* molto ampio che, progressivamente, si ramifica e può dar vita a diversi tipi di tutela.

Ora, già da questa disposizione si può intuire che un ruolo fondamentale per la comprensione del tema in esame sia incontrovertibilmente quello del riflesso sociale e di come questo si sostanzia mutando a seconda dell'operato, più o meno rispondente al giusto, del giudice; sembra, infatti, quasi come se l'atto posto in essere da quest'ultimo sia suscettibile di essere a lui contestato non in ragione di una sua intrinseca anti giuridicità, quanto più per il pregiudizio arrecato allo Stato, che il funzionario rappresenta nel momento in cui sta esercitando l'attività giudiziaria, in termini di reputazione e stima³⁰. In un certo qual senso si potrebbe affermare che si volle nascondere "l'egoismo statale" dietro la facciata della tutela collettiva.

A rimarcare l'importanza dell'opinione pubblica e l'implicita preoccupazione del Governo relativa ad un suo progressivo mutamento ostile nei propri confronti, è congeniale ricordare quelli che venivano considerati, dalla legge Orlando, che a riguardo poco si discosta dalla precedente legge Siccardi, i doveri a cui il magistrato non doveva derogare; si disponeva, dunque, che il giudice doveva "tenere, in ufficio e fuori, una condotta tale da non renderlo immeritevole della fiducia e considerazione di cui deve godere e da non compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario"³¹.

Non sempre, però, le due leggi in precedenza citate si eguagliavano in termini di contenuti, anzi. La principale differenza si rinviene nella tipizzazione delle sanzioni disciplinari comminabili ai magistrati.

³⁰ Si è assodato, infatti, che pur reclamando l'indipendenza dall'esecutivo mediante l'instaurazione della Corte Suprema della Magistratura un effettivo svincolamento dal potere statale non vi è ancora stato. Pertanto, Stato e magistratura sono termini fra loro inscindibili. Da ciò, inoltre, consegue che un danno alla reputazione dell'ordine giudiziario si traduca in un danno alla reputazione dello Stato stesso.

³¹ Art. 11 della Legge Orlando.

La legge Siccardi prima, l'ordinamento giudiziario del 1865 poi, effettuavano una netta distinzione fra i provvedimenti disciplinari e le pene disciplinari: i primi venivano emanati dal superiore gerarchico senza alcuna garanzia sostanziandosi, di fatto, in un'esternazione del potere di vigilanza ad egli attribuito; le seconde, invece, venivano comminate previo lo svolgimento di un regolare processo.

Il provvedimento disciplinare per eccellenza era l'ammonizione; la sua funzione, come detto, era quella di garantire l'espletamento della funzione di vigilanza e, generalmente, essa si realizzava mediante il connubio di un altro diritto potestativo, ovvero quello di *veniat*. Quest'ultimo consiste nel potere, attribuito al guardasigilli ed ai superiori gerarchici, di chiamare a sé ogni giudice, affinché risponda dei fatti imputati.

In breve, tramite questa sanzione si voleva far presente al magistrato un suo comportamento illecito al fine di evitare che lo stesso venisse reiterato; insomma, un richiamo formale a tutti gli effetti.

La presa coscienza di un'attività giudiziaria illecita, ancora, conteneva l'avviso implicito che laddove l'ammonizione rimanesse infruttifera si sarebbe proceduto con la comminazione di una pena disciplinare.

Per quanto attiene, invece, le pene disciplinari, ve ne sono diverse ed ognuna produce effetti differenti. Ciò che hanno in comune, tuttavia, è la necessaria prodromicità di un processo giusto all'emanazione dell'atto con cui si condanna il magistrato.

Bisogna distinguere, comunque, tra sanzioni conservative e sanzioni espulsive: fra le prime si annoverano la riprensione, la censura, la sospensione dello stipendio, la sospensione dall'ufficio; fra le seconde, indubbiamente, la destituzione e la rimozione.

Focalizzandoci sulla destituzione è opportuno ricordare che ai tempi si riteneva potesse

essere legittimamente destituito quel magistrato che, per tre volte, fosse stato condannato disciplinarmente o avesse omesso di rispettare i doveri gravanti sullo stesso in forza non necessariamente di una legge, bensì anche di un semplice regolamento. Ancora, riprendendo il tema del trasferimento del giudice da un tribunale all'altro, si rinvia a quanto detto in precedenza, con l'aggiunta, però, di una specificazione: i giudici amovibili erano soggetti alle medesime norme applicabili ai funzionari statali, pertanto potevano essere destituiti senza che particolari condizioni venissero soddisfatte, quelli inamovibili, di converso, potevano essere rimossi o destituiti solo a seguito di condanne penali alquanto gravi.

Ulteriore chiarimento è il seguente: era rimessa alla discrezionalità dei superiori gerarchici la comminazione della semplice ammonizione piuttosto che di vere e proprie pene disciplinari. Tale discrezionalità fa sì che vi sia un numero davvero esiguo di giudizi disciplinari pendenti all'epoca, risolvendosi tutto, di fatto, in semplici richiami.

Con la legge Orlando molte cose vennero modificate. Fu eliminata la distinzione fra provvedimenti e pene disciplinari rientrando entrambe le tipologie di sanzioni nel macrogruppo dei provvedimenti disciplinari in generale. Ancora, si smise di differenziare le pene disciplinari sospensive da quelle espulsive. Entrando nello specifico, poi, determinate sanzioni vennero sostituite da altre: tali scelte erano giustificate dalla volontà di non coinvolgere nella punizione dell'effettivo autore del comportamento illecito persone innocenti o, ancora, di non inceppare il meccanismo giudiziario.

Chiarito ciò, questi i provvedimenti suscettibili di essere adoperati per far fronte ad un'attività giudiziaria non conforme alla legge: l'ammonimento, la censura, la perdita dell'anzianità, la perdita del diritto di promozione, la rimozione e la destituzione.

Da notare che l'ammonimento si identifica nell'ammonizione di cui si è trattato in precedenza

e che, nonostante ciò, la nuova legge oltre a modificarne il nome si fa carico anche di mutarne le caratteristiche: il magistrato che dovesse ritenersi ingiustamente ripreso dal superiore gerarchico o dal guardasigilli potrà richiedere di essere sottoposto a giudizio disciplinare vedendosi riconosciute tutte le garanzie a lui spettanti. Per quanto riguarda gli ulteriori aspetti del provvedimento in questione si ribadisce che esso rientrasse “nell'orbita del dovere di vigilanza e di responsabilità per il buon andamento dei servizi giudiziari”³²; di nuovo, ci si premura di salvaguardare il “buon andamento dei servizi giudiziari” e da ciò, pur essendo vero che a trarne giovamento potevano essere anche i privati e, dunque, la collettività, è lecito soffermarsi sulla possibilità che dietro una tale previsione si celi una forsennata ricerca di preservazione di quell'onore che dovrebbe essere proprio di coloro che svolgono la funzione giudiziaria e, quindi, dei servizi giudiziari stessi. Tale ipotesi appare plausibile anche, e soprattutto, perché a darne riscontro sono i dati normativi già richiamati in precedenza dai quali risalta all'occhio il cosiddetto “egoismo statale” a cui si accennava.

Mentre per l'ammonizione si può dire che vi sia stato niente più che un “cambio d'abito”, per la riprensione, la perdita dello stipendio e la sospensione dell'ufficio vi è stata una vera e propria abolizione. La riprensione risultava troppo simile alla censura e, pertanto, inidonea ad essere utilizzata efficientemente; la perdita dello stipendio finiva per colpire più le famiglie del magistrato che il magistrato stesso e per questa ragione si ritenne sensato sostituire tale sanzione con quella della perdita dell'anzianità; la sospensione dall'ufficio, ancora, andava ad impattare solo indirettamente sul giudice colpevole, mentre ad essere pregiudicato davvero era l'intero sistema giudiziario che, trovandosi a corto di personale,

³² Cfr. Relazione Orlando, presentata alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1907, doc. n. 85

lamentava ritardi nello svolgimento e trattazione delle udienze non indifferenti. Quest'ultima fu rimpiazzata dalla previsione di un'ulteriore sanzione: la perdita del diritto di promozione. Si disciplinò, in secondo luogo, l'applicazione delle sanzioni accessorie; prima fra tutte, il trasferimento del magistrato da un tribunale all'altro laddove si ritenesse che ciò avrebbe portato ad un minor pericolo della reiterazione del comportamento illecito.

Fu rinnovata la struttura dei tribunali disciplinari. Videro la luce una moltitudine di Consigli di disciplina collocati ciascuno presso ogni Corte d'appello ed una Corte suprema disciplinare presso il Ministero di grazia e giustizia. Il Consiglio di disciplina era composto da altri magistrati ed aveva giurisdizione sui giudici inferiori, la Corte suprema di disciplina, d'altro canto, vedeva integrata nella propria formazione anche dei senatori: appare evidente la volontà a livello parlamentare di stringere un vincolo ancora più incisivo sull'esercizio della funzione disciplinare. La Corte, inoltre, aveva giurisdizione vuoi sui giudici inferiori, vuoi anche sui giudici superiori.

Da precisare, infine, che l'azione disciplinare doveva essere promossa dal pubblico ministero per delega del ministro che ne era il titolare³³. Ancora una volta il privato ricopre, dunque, un ruolo di secondo piano non potendo neanche prendere l'iniziativa per contestare ad un magistrato il suo lacunoso, incoerente, negligente operato, essendo riservata tale facoltà solo ed esclusivamente ad altri magistrati i quali, peraltro, erano vincolati al volere statale.

Concentrando l'attenzione sulla responsabilità professionale del giudice e, più precisamente, su quella civile, bisogna tenere ben presente che, mentre i regni sardi e napoletano la

³³ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice. cit.*, pp. 87 ss.; ID., *La responsabilità del giudice dallo Stato Liberale allo Stato Fascista, cit.*, p. 228.

riconducevano nell'alveo dei mezzi di impugnazione, nell'Italia unita avanzò un'altra idea che si esternava tramite un'inclusione del procedimento di responsabilità civile del giudice nella categoria dei procedimenti speciali.

Ludovico Mortara affermava che “è doveroso rendere omaggio alla verità osservando che l'istituto ora esaminato è al presente il più inutile e illusorio che il codice di procedura contenga”³⁴.

Per comprendere le motivazioni che spingono uno dei più grandi processualisti dell'epoca ad esprimersi in tal modo relativamente al tema in esame, è necessario rinviare a quanto disposto nel codice di procedura civile vigente in quel tempo e, in particolar modo, all'art. 783 del medesimo codice. Questo testo di legge individuava gli elementi di specialità dell'istituto affermando che essi consistessero ne: la riserva di giurisdizione attribuita esclusivamente ai giudici superiori, cioè Corte d'appello o Cassazione; la previsione di un filtro preventivo consistente in un giudizio prognostico, posto in essere dal giudice competente, dell'effettiva fondatezza nonché ammissibilità della domanda di responsabilità fatta valere nei confronti del magistrato; la previsione della comminatoria di multe laddove il giudizio prognostico avesse avuto esito negativo o pur avendo avuto esito positivo la domanda fosse stata comunque rigettata. Già questo portò alcuni a ritenere che la soluzione adottata dal legislatore italiano potesse dare adito a dubbi ritenendola, addirittura, “residuale ed empirica”³⁵.

Ancora, l'art. 783 stabilisce i casi in cui il giudice può essere ritenuto responsabile civilmente.

³⁴ Cfr. MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, ed. 4, vol. II, n. 384, p. 506; cfr. anche SAREDO G., *Dell'azione civile contro le autorità giudiziarie*, in *Del procedimento in camera di Consiglio*, ed. 2, 1874, p. 257 e BRUSCHETTINI A., *Corso ufficiale di procedura civile e ordinamento giudiziario*, parte generale, 1910, p. 67.

³⁵ Cfr. già BORSARI L., *Il codice italiano di procedura civile*, ed. 4, libro EU, 1881 (ed. 1865) sub art. 783, n. 1, 18) secondo cui esso era stato collocato fra le disposizioni “estravaganti”.

Si rileva che ciò accada nelle seguenti situazioni: dolo, frode e concussione; denegata giustizia accertata a seguito di due messe in mora del giudice ad intervalli minimi di tempo; negli altri casi dichiarati dalla legge. Quest'ultimo caso è eco della tipizzazione e tassatività della casistica in questione. La responsabilità del magistrato per colpa, anche grave, venne esclusa; inoltre, ad ostacolare l'affermarsi dell'istituto di cui trattasi, il tema della collegialità che stride con la responsabilità personale dell'autore del fatto illecito in quanto, come si è affermato negli anni successivi, "niuno può permettersi alla ventura, sia di supporre ad un giudice una opinione la quale non è stata forse la sua, sia di supporre che il suo voto abbia spinto quello degli altri"³⁶.

Pur aiutando, queste osservazioni, a comprendere l'impietosa affermazione di Mortara, si aggiunge che proprio per tali ragioni i giudizi civili avverso i magistrati si concludevano sempre o con l'inammissibilità o con il rigetto, rimanendo tale procedimento speciale del tutto infruttuoso.

Da ciò si evince quella che viene comunemente chiamata "irresponsabilità civile del giudice". Essa viene giustificata mediante l'annessione spirituale ad uno dei due orientamenti in voga durante quegli anni.

Il primo orientamento prende le mosse dall'esperienza francese ed affonda le proprie radici nel principio secondo cui il nodo da sciogliere non era la sussistenza o meno di una sentenza passata in giudicato, come si afferma nel secondo orientamento, bensì nella volontà di tutelare il giudice da accuse infondate e pretestuose portate avanti nei loro confronti ed in

³⁶ GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile*, ed. 2, vol. IV, sub art. 783, XVIII, p. 661 e SAREDO G., *Dell'azione civile contro le autorità giudiziarie*, in *Del procedimento in camera di Consiglio*, ed. 2, 1874, pp. 283-284.

merito ad atti compiuti nello svolgimento delle loro funzioni³⁷. Coloro che si allineavano a tale visione ritenevano che giudice e Stato fossero entità sostanzialmente separate e che, pertanto, le azioni compiute dall'uno dovessero essere tenute distinte da quelle poste in essere dall'altro. Per tale ragione il magistrato poteva rispondere solo personalmente delle azioni compiute nell'esercizio della professione giudiziaria, ma unicamente nei casi tassativamente indicati. Inoltre, non era necessario che si avesse fatto ricorso ai vari mezzi di impugnazione affinché il giudizio di responsabilità civile nei confronti di un magistrato potesse avere luogo. Il secondo orientamento, a differenza del primo, basandosi sulle idee del filone tedesco, poneva grande attenzione sul tema del giudicato ritenendo che, non solo, ma anche e soprattutto questo, fosse la giustificazione principale dell'effettiva irresponsabilità del giudice. Coloro che aderivano a questo pensiero ritenevano che, essendo la sentenza nient'altro che una dichiarazione del diritto e l'istituto del giudicato fosse posto a garanzia della certezza dello stesso, non si potesse contestare al giudice che aveva emanato una sentenza passata in giudicato di aver tenuto un comportamento illecito poiché ciò si sarebbe tradotto in un'ingiustizia del provvedimento la cui giustizia, per così dire, sarebbe già stata accertata definitivamente. Ancora, ritenevano che giudice e Stato non fossero due entità distinte, bensì che il primo operasse come *longa manus* del secondo e, pertanto, si potesse applicare il principio secondo il quale "*The King can do no wrong*", ovvero la presunzione secondo la quale ogni cosa compiuta dallo Stato dovesse essere considerata incontestabile e della loro conformità al diritto non si potesse dubitare. Infine, è opportuno chiarire che

³⁷ PISANELLI G., *Relazione ministeriale*, del 1865, n. 332, in « Cod. proc. civ. preceduto dalle Relazioni, ecc. » di GIANANA S. e altri, 1889, vol. I, p. 172; ID., *Commentario del cod. di procedura per gli Stati Sardi, op. cit.*, vol. IV, MCCLXXXV, e MCCLXXXVI, p. 615.

secondo questo orientamento, condizione necessaria per l'instaurazione di un giudizio civile contro un giudice era l'esperimento preventivo dei vari mezzi di impugnazione.

c. (*Segue:*)e quello Fascista.

Con l'avvento del fascismo quelle disposizioni legislative così moderate che riempivano i testi normativi dell'Italia unita vantando un'indipendenza solo apparente del magistrato si trasformarono in qualcos'altro. Il legislatore, forte del proprio potere, si fece più coraggioso così come più audaci furono le constatazioni di alcuni giuristi dell'epoca che, senza alcuna remora, arrivavano ad affermare schiettamente addirittura l'insussistenza di una qualsivoglia indipendenza della magistratura dalla politica. Altri, ancora, utilizzavano metodi più ambigui e volti all'acquisizione del consenso per esprimere un concetto che, detto altrimenti, avrebbe potuto generare confusione fra gli individui meno convinti dalla politica del periodo che riempivano le schiere del popolo. A titolo di esempio si ricorda quanto osservato dal guardasigilli Alfredo Rocco e dal procuratore generale Silvio Longhi.

Il primo, sostenendo una tesi apparentemente favorevole all'indipendenza giudiziaria dagli organi di governo, ma che alla fine si sostanzia in tutt'altro, così diceva: “la magistratura non deve far politica di nessun genere. Non vogliamo che faccia politica governativa o fascista, ma esigiamo fermamente che non faccia politica antigovernativa o antifascista”³⁸.

Analizzando il significato di questa asserzione è già possibile trarre una conclusione non di

³⁸ ALFREDO ROCCO, *Discorso alla Camera dei deputati del 19 giugno 1925*, in *Atti parlamentari*, Camera, Legislatura XXVII, Sessione I, Discussione, tornata del 19 giugno 1925, p. 4350. Sulla matrice liberale dell'opera processualistica del Rocco cfr. da ultimo: TARELLO G., *Il problema della riforma processuale in Italia*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 1430; FERRO M., *Alfredo Rocco e la procedura civile*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, 1974, pp. 459 ss.

poco conto: la discrezionalità ed indipendenza del magistrato trova un limite netto nella linea politica adottata dallo Stato fascista che non dev'essere in alcun modo distorta o ostacolata dall'operato del giudice. Ciò comporta che, in realtà, la concessione fatta al magistrato di agire spinto da ragioni ed idee politiche si rivela in realtà essere un'imposizione fatta a quest'ultimo di conformarsi a quello che era il pensiero fascista, non potendo, di fatto, dar seguito ad altre idee che esulassero da quell'allineamento nazionalista che ormai aveva preso piede in Italia.

Il secondo, invece, sostenendo in maniera più diretta e meno truffaldina una tesi a favore di una necessaria correlazione e dipendenza tra magistratura e politica, disponeva di conseguenza: "la separazione tra diritto e politica, tra funzione politica e funzione giudiziaria può ben dirsi tramontata [...] Perciò l'agnosticismo politico del giudice non sarebbe più pregio ma colpa, ora che la politica, non più misera competizione di partiti e lotta infeconda di fazioni, è coscienza e consapevolezza delle finalità ed idealità dello Stato, nella reintegrata unità della nazione"³⁹. Qui si fa dunque ricorso al senso comune di appartenenza ad una nazione unita e di coscienza popolare che rende lecito ritenere che la politica è di interesse universale per ognuno e pertanto non può essere esclusa dall'attività quotidiana; si può dire, quindi, che la politica si innesta su ogni situazione, condizione, problema e azione che, all'interno del territorio nazionale, trova luogo e, spesso, si eleva a soluzione. Partendo da questo assunto, sarebbe assurdo ritenere che il giudice non possa far politica.

Insomma, si segna una vera e propria inversione di tendenza rispetto a quanto accaduto in epoca liberale; a ciò, ancora, contribuisce non solo la rinnovata fiducia in se stesso del vertice

³⁹ LONGHI S., *Discorso inaugurale del procuratore generale della Corte di cassazione per l'anno giudiziario del 1934*, in *Riv. penale*, 1934, pp. 8 ss.

politico, ma anche, e soprattutto, l'elevazione del formalismo a regola inderogabile da osservare nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

Il formalismo, infatti, finiva per essere utilizzato come *instrumentum regni* e fungeva da metro attraverso cui valutare l'effettiva efficienza dell'attività posta in essere dai magistrati.

Vide la luce, allora, un nuovo tipo di responsabilità che fondava le sue radici proprio nell'ossequio delle norme burocratiche impartite dalle leggi fasciste alla magistratura: quella politica.

Per quanto riguarda la responsabilità disciplinare bisogna tenere conto di due periodi differenti che corrispondono, rispettivamente, a due discipline in materia che si intersecavano fra loro: da un lato l'Ordinamento Oviglio, dall'altro l'Ordinamento Grandi.

Il primo adottò il c.d. "schema Orlando", abolendo però la tipizzazione degli illeciti disciplinari e tornando ad una nozione degli stessi molto più ampia a cui faceva perno la compromissione del prestigio dell'ordinamento giudiziario ritornando in vita quella sorta di "egoismo statale" di cui prima si discuteva. Ancora, il sistema delle nomine dei giudici che andavano a comporre la Corte suprema disciplinare venne riformato in modo che l'esecutivo potesse essere più incisivo e stringere ancor più la presa sulla magistratura mediante la minaccia di sanzioni o la promessa di future nomine. La stessa modifica a livello di composizione organica fu adottata per il Consiglio superiore della magistratura: i membri di cui è formato dovevano essere nominati direttamente dal guardasigilli, previa consultazione del Consiglio dei ministri; il ruolo del Consiglio superiore della magistratura regredi a quello di mero organo consultivo subordinato, in toto e senza eccezioni, all'autorità politica dei ministri. Successivamente, tale ruolo venne ancor più sminuito a causa della previsione di un

parere prestato da un'apposita e circoscritta commissione che operava come *longa manus* dell'esecutivo.

Dall'altro lato, ancora, nel 1941 l'Ordinamento Grandi abbandonava il velo di ambiguità in merito all'auspicabile indipendenza della magistratura descrivendo e chiarendo, una volta per tutte, la realtà dell'epoca. L'art. 236, comma 4, del medesimo ordinamento, infatti, disponeva come segue: "i magistrati, come tutti i pubblici funzionari, si trovano con lo Stato in un rapporto particolare di dipendenza che impone speciali doveri di condotta nell'esercizio della pubblica funzione e nella vita privata".

Fu riformata ancora una volta la struttura dei tribunali: le Corti di disciplina presso ogni corte di appello vennero soppresse e le corti disciplinari vennero riformate nella composizione; a farne parte, ora, non più senatori, bensì magistrati nominati dal guardasigilli. Come se non bastasse, la decisione effettiva che risolveva il giudizio disciplinare era data direttamente dal ministro, rendendo la sentenza pronunciata dai magistrati facenti parte dell'organo giudicante competente priva di autorità e forza vincolante. Da ricordare, inoltre, quanto esplicito da Picardi e Giuliani nei loro scritti. Essi si esprimono in tal senso in merito allo strapotere dei ministri: "la legislazione fascista attribuì al ministro non solo il potere di iniziativa disciplinare ma anche quello di prosciogliere, in ogni momento, o di condannare il magistrato, pure in difformità del parere di quella corte disciplinare, i cui membri erano solo alti magistrati che egli stesso aveva nominato, e, infine, di aggravare la sanzione inflitta ordinando il suo trasferimento d'ufficio"⁴⁰.

Ancora, il ruolo ricoperto dai superiori gerarchici andava accrescendosi: potevano decidere

⁴⁰ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice dallo Stato Liberale allo Stato Fascista, cit.*, p. 238.

della promozione di un magistrato liberamente ed al contempo era loro affidata la direzione del loro operato; era loro attribuito un potere di sorveglianza sulla magistratura inferiore; potevano punire il comportamento inadeguato di un magistrato mediante il trasferimento dello stesso.

In merito a quest'ultimo punto si osserva come, in quel tempo, ebbero luogo vaste e repentine epurazioni dei magistrati e tutti gli altri pubblici funzionari che avessero tenuto un atteggiamento contrario alle linee guida tracciate dallo Stato fascista. Inoltre, è opportuno rammentare che, oltre che nel caso di oltraggio all'ordinamento giudiziario da cui scaturisce un danneggiamento della dignità e del prestigio di cui esso è portatore, anche laddove sussistano semplici "esigenze di servizio" era possibile procedere con il trasferimento del giudice ad altro tribunale.

Per chiudere il discorso, si riprende una ricerca degli anni '70 dalla quale emerge che la responsabilità disciplinare viene spogliata, in quegli anni, dell'importanza che, invece, aveva rivestito nell'epoca liberale o, anche, preunitaria, ed i procedimenti disciplinari furono relegati a casi di scuola aventi minimo rilievo⁴¹.

Mentre per la responsabilità disciplinare del giudice il percorso fu incidentato e portò ad una lenta, ma inesorabile, sterilità dell'istituto, la responsabilità civile si vedeva intonsa.

Nulla infatti sembrava cambiato, salvo qualche minima modifica all'assetto liberale ed una presa di posizione definitiva sull'orientamento da seguire. Inesistente era la responsabilità civile del magistrato nell'epoca dell'Italia unita, inesistente lo era durante il Fascismo; in questo si può dire vi sia stata una certa coerenza.

⁴¹ Cfr. *La disciplina dei magistrati: dall'Italia albertina alla Repubblica democratica*, in *Qualegiustizia*, 1977, p. 211.

Ciononostante, alcune riforme, come accennato, vi sono state. Una sul piano legislativo, l'altra sul piano dottrinale. La prima consisteva nell'abolizione, tra le ipotesi di responsabilità civile del giudice disciplinati dall'art. 55 del codice civile, del rinvio agli "altri casi dichiarati dalla legge", venendo confermati invece il caso di "dolo, frode e concussione" piuttosto che di denegata giustizia; in quest'ultima ipotesi, tuttavia, si prevede che la si potesse accertare non già a seguito di due messe in mora del giudice ad intervalli minimi di tempo, bensì a seguito di una sola di esse e decorsi dieci giorni dal deposito della stessa.

La seconda riforma, quella prettamente dottrinale, si sostanziava nell'adesione totale all'orientamento che rivedeva nel principio del giudicato la giustificazione ultima della sostanziale irresponsabilità del magistrato. Lo stesso Carnelutti arrivò ad affermare che la responsabilità del giudice dovesse "essere ristretta al dolo, ché altrimenti ne rimarrebbe scossa la cosa giudicata; anzi perfino quando vi sia dolo si può dubitare della sua convenienza perché, se la decisione può essere impugnata, è questa la via per eliminare il danno subito dalla parte, e se non può e perciò *pro ventate habetur*, mal si concilia con ciò la ipotesi di una *iniuria* commessa dal giudice"⁴². Attraverso tale asserzione si intuisce il ruolo man mano crescente di importanza dei mezzi di impugnazione e la loro elevazione a strumenti principali attraverso i quali far valere i propri diritti anche laddove il pregiudizio arrecato alla parte istante sia opera di un'attività giudiziale posta in essere da un'autorità giudicante. Ancora, lo stesso autore e rinomato giurista, riflettendo sulla natura della responsabilità civile e concentrandosi sulla correlazione della stessa con la magistratura, ritiene doveroso distinguere, come già accadeva per i mezzi di impugnazione, due tipi di errori che possono

⁴² CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, vol. I, n. 278, pp. 671-672.

essere posti in essere: l'*error in iudicando* e l'*error in procedendo*, consistendo il primo in una malinterpretazione della situazione sottoposta all'esame del giudice, mentre il secondo si concretizza in una violazione di norme processuali e procedurali.

Il risultato di questa sua riflessione si ritiene pienamente esplicito in uno degli esempi posti ad argomentazione della propria tesi: "Quando il giudice, per esempio, apprezza se un testimone debba essere creduto o se il contratto, affermato da una delle parti, sia stato o .no efficacemente conchiuso, è giusto, egli scriveva, che la sua libertà abbia da venir garantita anche a prezzo della sua irresponsabilità; ma quando egli cagiona la nullità della sentenza perché dimentica di metterci la data, domando perché questa trascuratezza meriti maggiore indulgenza che quella del cancelliere!"⁴³. In breve, il suo ragionamento pur partendo dalla correttezza del principio secondo cui l'*error in iudicando* non possa e non debba essere contestato al giudice laddove quest'ultimo versi in una situazione di colpa, si realizza del tutto con l'equiparazione del magistrato agli altri pubblici funzionari ed all'illogica differenziazione di disciplina in merito alla responsabilità nella quale incorrono gli uni rispetto agli altri; da ciò scaturisce la convinzione che gli *errores in procedendo* siano suscettibili di provocare il sorgere, in capo al giudice, di una vera e propria responsabilità civile.

Nonostante la grande forza persuasiva di cui Carnelutti era dotato, poca fortuna ebbe questa sua linea di pensiero e la responsabilità civile del giudice rimase chiusa all'interno di schemi ricorrenti che vengono tenuti a galla da niente più che da un effettivo disinteresse riguardo al tema di cui trattasi.

⁴³ CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile.*, 1933, vol. III, n. 273, p. 415.

2. I vari modelli di responsabilità nei diversi Stati europei

Come già accennato all'inizio di questo capitolo, la storia dell'Italia non è l'unica degna di essere ricordata nè la sola ad aver guadagnato un ruolo da protagonista per il delinearsi della responsabilità professionale del giudice così come la si conosce oggi. Anzi, si può tranquillamente affermare che la tradizione italiana possa essere meglio compresa solo riservando la giusta attenzione alle culture giuridiche da cui è circondata, poiché è da queste che trae continuo giovamento grazie al sano e reciproco confronto.

Si pensi alla dizione “paesi di Civil Law” e “paesi di Common Law”.

La *Civil Law* in quanto tale, così come la *Common Law*, si mostrano quali punti di incontro verso cui convergono tutte le popolazioni che, seppur in minima parte, condividono una particolare concezione del diritto. Da ciò scaturisce, inevitabilmente, che quantomeno fra paesi appartenenti alla stessa famiglia giuridica, nonostante le diversità, anche macroscopiche, riflesse nelle proprie carte costituzionali piuttosto che nei loro testi normativi o prassi giurisprudenziali, comunque vi sarà la certezza che il nucleo che dà vita all'esperienza giuridica in uno di questi paesi sia il medesimo di un'altra esperienza che, invece, nasce, si svolge e si rinnova in un altro luogo altrettanto affine all'ordinamento giuridico di riferimento.

Ancora, come è possibile, ed anzi, necessaria, una condivisione interna fra paesi appartenenti alla medesima famiglia giuridica, allo stesso modo sarà possibile che due tradizioni che si riferiscono ad ordinamenti differenti possano influenzarsi l'un l'altra trovando, nei metodi della controparte, soluzioni altrimenti irrisolvibili rimanendo stoicamente fedeli ai principi che caratterizzano il proprio sistema.

In sostanza, la *Civil Law* così come la *Common Law* non sono più, allo stato dei fatti, dei semplici scheletri che mantengono in piedi nazioni dando loro un'efficienza e costanza organizzativa non raggiungibile in altri modi, bensì si innalzano al di sopra del piano oggettivo, divenendo vere e proprie idee che si ramificano nelle varie peculiarità⁴⁴ che giustificano l'adesione all'una o all'altra linea di pensiero.

Chiarito ciò, risulta opportuno, al fine di meglio comprendere il ruolo della responsabilità del giudice e la sua portata applicativa, indagare sulle diverse concezioni che altri paesi hanno della stessa, sulla loro storia e sul modo in cui, la responsabilità in questione, è cresciuta all'interno della stessa.

Concentrandosi sugli elementi più importanti delle varie tradizioni giuridiche, appare necessario trattare: dell'irresponsabilità *tout court* del giudice ed il forte senso di indipendenza dello stesso affermatosi, nel tempo, nel Regno Unito; della travagliata vicenda spagnola e del completo sradicamento della responsabilità personale del magistrato a favore di una responsabilità solo indiretta; dell'*actio de syndicatu* tedesca e del *Richterprivileg*; infine, della *prise à partie* e della "duttilità" da essa acquisita a seguito degli anni dell'*Ancien Régime* e del dominio napoleonico.

a. (*Segue:*) l'esperienza inglese. Cenni alla responsabilità del giudice negli USA.

In Inghilterra il ruolo del giudice è molto diverso da quello che si è soliti attribuirgli nei paesi di *Civil Law*: non è più un individuo che si limita ad applicare oggettivamente la legge, bensì il vero creatore della stessa. E', infatti, la sussistenza dei c.d. "precedenti giudiziari" che, una

⁴⁴ Il sistema di *Civil Law* eleva il diritto legislativo dando al diritto giurisprudenziale un ruolo secondario. Quest'idea è invertita quando si parla di *Common Law*.

volta immessi nel fiume delle argomentazioni processuali, segna l'esito negativo o positivo della causa⁴⁵.

Partendo da questa premessa risulta più semplice capire la tendenza a concedere al giudice inglese, nonostante l'equiparazione formale dello stesso a qualsiasi altro funzionario statale, una serie di privilegi che si giustificano non solo per il potere giudiziario che, effettivamente, stringe nelle sue mani, ma anche e soprattutto per quella peculiare facoltà di trasformare le proprie decisioni in modelli di riferimento vincolanti.

I principali privilegi di cui godono, e che interessano ai fini dell'esame della responsabilità professionale degli stessi, sono due: la "*security of tenure*" e la "*judicial immunity from civil liability*".

La "*security of tenure*" è legata a doppio filo con il sistema delle nomine che è governato, in maniera assoluta, dalla politica. I giudici delle corti superiori, ad esempio, vengono nominati direttamente dalla Corona e ciò comporta, oltre l'inevitabile politicizzazione delle decisioni giurisprudenziali, l'impossibilità per i magistrati nominati in tal guisa di essere rimossi dal proprio ufficio salvo la sussistenza di una condizione particolare che si sostanzia nella tenuta di una "cattiva condotta". È questo il privilegio della "*security of tenure*". Esso trova, inoltre, disciplina effettiva nel *Constitutional Reform Act* che rivede il sistema delle nomine politiche ed approfondisce, dettando le linee guida della *judicial discipline*, gli aspetti essenziali della condizione che può dar luogo a rimozione del giudice dal proprio ufficio derogando, allora, alla garanzia in questione. Si prevede infatti che i giudici possono essere sottoposti a

⁴⁵ Vige, nei sistemi di Common Law, il principio dello "*stare decisis*" (dal lat. "rimanere su quanto deciso"). Tale principio comporta l'attribuzione di una grande incisività alle soluzioni giurisprudenziali antecedenti al caso che, in maniera simile, viene esaminato in un momento successivo e che, pertanto, vedrà la sua decisione inevitabilmente informata al dispositivo della fattispecie simile in precedenza risolta.

procedimento disciplinare “se assumono comportamenti sbagliati o sconvenienti nell’esercizio delle proprie funzioni [...] e così anche se, nell’ambito della loro vita privata, essi fanno qualcosa che è incompatibile con la loro posizione di giudice”.⁴⁶ Nello stesso testo normativo si dichiara espressamente che l’iniziativa, comunque, non possa essere presa da un qualunque cittadino, bensì solo ed esclusivamente dal *Lord Chancellor* e dal *Lord Chief Justice*⁴⁷.

Effettuando un cenno istantaneo a quanto accadde negli anni ‘70 si espone quanto segue: in quel periodo si dispose che per poter divenire magistrati ed esercitare la professione fosse necessario aver svolto un tirocinio ed aver avuto un apposita formazione; in questo senso vide la luce il *Judicial Studies Board* che è identificabile in un’organizzazione dedicata all’istruzione dei futuri giudici che, in un certo qual modo, potrebbe essere equiparata, salvo che per i soggetti da formare, alle scuole forensi attualmente operanti sul territorio italiano. La maggior parte dei magistrati reagì con intolleranza alla novità. John Ronson Spencer nel descrivere il loro atteggiamento lo giustificò affermando che “In Inghilterra è il giudice che crea la legge, il suo ruolo non si limita a quello della “bocca della legge” [...] Per definizione, dunque, i giudici sanno tutto”⁴⁸. Il clima di insofferenza, pertanto, era dovuto più ad un’orgogliosa, seppur parzialmente opinabile, consapevolezza che tutt’oggi pervade le aule dei tribunali non solo inglesi, ma anche italiani.

⁴⁶ Così, RONSON SPENCER J., *Il sistema giudiziario nel Regno Unito*, in *Studi Urbinati*, n.2, 2008, p. 288.

⁴⁷ Rispettivamente colui che dirige il Ministero della Giustizia ed il secondo magistrato nella magistratura inglese.

⁴⁸ Così, J. RONSON SPENCER, *Il sistema giudiziario nel Regno Unito*, cit., p. 284.

In merito al secondo privilegio, che è quello che più preme affrontare, bisogna iniziare con una semplice constatazione: il giudice inglese è sostanzialmente irresponsabile per quanto compiuto nell'esercizio delle proprie funzioni; al di fuori delle stesse risponde come ogni comune cittadino.

Il modello di riferimento per la tradizione inglese è quello della *sacrificial responsibility*: quest'ultimo si concentra sul problema della reale possibilità per il giudice di rispondere tramite il pagamento di una data somma o la rimozione dall'incarico per un comportamento tenuto dallo stesso individuo nell'esercizio delle proprie funzioni; la conclusione a cui si arriva passa inevitabilmente per il nodo, ormai stretto allo sfinimento, dell'indipendenza della magistratura. Lo Stato si tira fuori da ogni responsabilità per quanto attiene l'operato dei giudici argomentando che, proprio in ragione dell'indipendenza di cui godono, non è pensabile che un altro soggetto risponda per loro poiché ciò vorrebbe dire negare tale garanzia. Si ritiene, comunque, che sia necessario sacrificare la tutela collettiva in ragione dell'autorevolezza attribuita all'attività giudiziaria⁴⁹.

In un primo momento, ad essere esenti da qualsivoglia responsabilità⁵⁰, erano solo i giudici delle corti superiori, mentre permaneva per quelli delle corti inferiori la possibilità di essere chiamati a rispondere laddove abbiano posto in essere atti pregiudizievoli per eccesso di giurisdizione. Successivamente, nel caso *Sirros v. Moore*, l'esenzione totale si estese anche ai giudici delle corti inferiori e, nel *Courts Act 2003*, si dispose che nessuna azione risarcitoria potesse essere portata avanti nei loro confronti "salvi i casi in cui l'atto sia stato compiuto

⁴⁹ MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*. Cacucci Editore, Bari, 2020, pp. 26 ss.

⁵⁰ Vedi *Floyd v. Barker*.

dal giudice in malafede in relazione a materie non rientranti nella loro giurisdizione”⁵¹. Infine, bisogna tenere in debito conto la volontà dei vertici inglesi di tipizzare e regolamentare le condotte a cui è tenuto il giudice nell’esercizio delle proprie funzioni; ciò avviene mediante la redazione di una *Guide of judicial conduct*.

Questa concezione di responsabilità non trovò seguito solo in Inghilterra; influenzò anche altri paesi informati all’ordinamento di Common Law, in particolar modo gli Stati Uniti d’America.

Basti ricordare, per esempio, il caso *Stump v. Sparkman*: nel 1971 il giudice Harold D. Stump diede il suo beneplacito ad una madre di famiglia, la quale gli aveva richiesto di poter effettuare sulla figlia minore un’operazione chirurgica che l’avrebbe condotta alla sterilità allegando lo stato di infermità mentale della ragazza. A quest’ultima venne detto che si sarebbe dovuta sottoporre ad un’operazione per rimuovere l’appendice. Quando, ormai diventata donna, si sposò acquisendo il cognome Sparkman, rendendosi conto dell’inganno e dell’impossibilità di avere figli, intentò causa contro il giudice. In questo caso si ritenne applicabile il principio della *judicial immunity from civil liability* ed il magistrato restò, in concreto, impunito⁵².

Si contrappone, invece, a questo caso, quello che porta il nome di *Harris v. Harvey*: nel 1979 un uomo di colore, il tenente Harris, citò in giudizio il giudice Harvey lamentando un danno nei propri confronti a seguito di dichiarazioni perpetrate attraverso un mezzo di telecomunicazione inerenti alla sua persona. In questo caso si ritenne che il giudice non fosse

⁵¹ V. nota 48.

⁵² Cfr. Kessler, Laura T. (2014-03-30). "A Sordid Case': *Stump v. Sparkman*, *Judicial Immunity*, and the Other Side of Reproductive Rights". Rochester, NY: Social Science Research Network

coperto dal privilegio della *judicial immunity* in quanto il comportamento posto in essere è considerabile “*outside his jurisdiction*”⁵³.

b. (*Segue:*) l’esperienza spagnola.

Ritornando ai sistemi di Civil Law, fondamentale importanza acquisisce l’evoluzione e conseguente affermazione della responsabilità del giudice in Spagna.

Come già accennato il procedimento che si verificò nel cuore della penisola iberica fu decisamente periglioso: furono molti i provvedimenti che, da un momento all’altro, hanno stravolto completamente quanto disposto in precedenza, come se il lavoro portato avanti dagli organismi competenti spagnoli altro non fosse che quello di ricercare, anche e soprattutto mediante una continua e paziente sperimentazione, il giusto modo di regolare l’istituto di cui ora si tratterà.

Fortunatamente giunge in soccorso quanto detto in precedenza relativamente alla responsabilità disciplinare del giudice, più nello specifico quando si è trattato del medesimo argomento riferito all’Italia liberale, nella parte in cui ci si riferisce alla distinzione fra provvedimenti e pene disciplinari: anche qui, infatti, si attribuisce un potere di sorveglianza e di responsabilità in capo ai superiori gerarchici, nel caso di specie il *Ministro de Gracia y Justicia*, che potranno far sì che, de plano, senza alcun procedimento ossequioso delle garanzie fondamentali del diritto alla difesa e del contraddittorio, vengano irrogate determinate sanzioni ai loro sottoposti che possano aver adottato comportamenti discutibili e non conformi al loro status; al contempo, si prevede una responsabilità disciplinare che

⁵³ Cfr. *Harris v. Harvey*, 605, 1979, p. 330 e "*Slyvester Harris v. Richard G. Harvey, Jr.*, 605 Federal Reporter 2nd Series, p. 330 – *CourtListener.com*"

potrà trovare concreta applicazione solo ed unicamente previo svolgimento di un apposito processo.

L'attribuzione di poteri tanto vasti al *Ministerio de Gracia y Justicia* deriva, come rammenta utilmente M. J. Solla Sastre, da un'amministrativizzazione del ruolo del giudice e da un sempre più incisivo controllo sullo stesso che si realizza in diversi modi che si possono riassumere nella previsione, all'interno di ciascun tribunale, di organi di nomina e di controllo⁵⁴, piuttosto che nell'inglobamento, stavolta espresso, della magistratura tra le fila dei dipendenti pubblici o, ancora, nella tipizzazione degli illeciti disciplinari che, altrimenti, erano intesi in maniera estesa e flessibile come anche nell'obbligo della motivazione della sentenza quale strumento di controllo esterno.

Seppur in un primo momento andò ad affermarsi un tipo di responsabilità disciplinare la quale "oscurò completamente l'esigenza di una responsabilità che, come quella civile, era avvertita dai privati esterni all'apparato amministrativo"⁵⁵, si finì, successivamente, a ritornare sui propri passi teorizzando l'esistenza necessaria di una responsabilità professionale del giudice che si caratterizzasse per la personalità dell'azione; lo stesso, infatti, risponderebbe con tutti i beni presenti nel proprio patrimonio.

Alla formulazione di una tale teoria si giunge attraverso quel meticoloso lavoro di ricerca improntato all'efficienza della giustizia. Si volevano rendere concretamente utili il principio di indipendenza del giudice e la previsione della sua soggezione unicamente alla legge. Ecco,

⁵⁴ Si pensi alle *salas de gobierno* che altro non sono se non la testimonianza concreta dell'effettivo insediamento del potere politico nelle aule giudiziarie.

⁵⁵ Così SOLLA SASTRE M. J., *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricognizione storico - giuridica (1834 - 1870)*, in *Giornale di storia cost.*, 23/ I, 2012, p. 141.

allora, che si pervenne alla creazione di quest'istituto: come asserito da autorevole dottrina⁵⁶, d'altronde, la responsabilità personale altro non è che il “*trait d'union*” fra i due concetti, i quali trovano riscontro nella realtà moderna proprio grazie alla stessa. Grande influenza ha, inoltre, questo secondo tipo di responsabilità sulla garanzia di inamovibilità dei magistrati in quanto le dona prosperità evitando che questa “trasformi di fatto i giudici in uno Stato dentro lo Stato”⁵⁷ diventando, pertanto, più un problema da risolvere che uno strumento per rimediare a situazioni patologiche.

Accanto a questa responsabilità personale si andò sviluppando un sistema alternativo di tutela pubblica a fronte dell'inefficiente operato del magistrato o dell'erroneo funzionamento della macchina giudiziaria: l'azione di risarcimento intentata non più nei confronti dell'autore del fatto pregiudizievole, bensì contro lo Stato stesso che veste i panni del debitore in luogo del magistrato così da far salvo quest'ultimo dalla depauperazione del proprio patrimonio.

La scelta fra i due mezzi d'azione esperibili in ragione di un pregiudizio derivante dall'operato di un magistrato permane fino al 2015 ed è scandita dalla diversità delle ipotesi che possono giustificare la proposizione; queste ipotesi sono individuate nella *Ley Organica del Poder Judicial* del 1985: per l'azione di responsabilità personale si richiede niente più che un comportamento doloso o colposo del giudice nell'ambito delle proprie funzioni che abbia causato un danno al soggetto istante⁵⁸; per l'azione di responsabilità contro lo Stato, invece, la situazione è più complessa poiché vengono individuati solo tre casi in cui tale

⁵⁶ Così MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 40.

⁵⁷ Così, BLANCO VALDES R. L., *Introduzione alla Costituzione Spagnola del 1978*, 3° ed. it., a cura di M. Iacometti, Torino, 2017, p. 130.

⁵⁸ L'art. 413 LOPJ 1985 così dispone: “*Las acciones y omisiones que hayan dado lugar, en sentencia firme o en resolución firme dictada por el Consejo General del Poder Judicial, a una declaración de responsabilidad civil contraída en el ejercicio de la función por dolo o culpa grave conforme al apartado 2 del artículo 296*”.

azione potrà ritenersi utilmente esperita ovvero l'errore giudiziario, il funzionamento anomalo dell'Amministrazione della giustizia e l'ingiusta detenzione.

Si è già detto ciò che porta all'affermazione della responsabilità personale, dunque ora non resta che trattare degli aspetti più strettamente processuali rinviando agli articoli della *Ley Organica del Poder Judicial*.

Il procedimento volto al risarcimento del danno derivante da un comportamento doloso o colposo del giudice si svolge in via ordinaria seppur la causa venga esaminata dinnanzi a collegi giudiziari differenti a seconda del grado rivestito dal magistrato a cui il procedimento stesso si riferisce.

L'art. 56 della *Ley Organica del Poder Judicial* prevede che “*La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá [...] De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía*” piuttosto che, ancora, “*De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos*”. Vi è, come si può desumere dalla norma riportata, una competenza

estesa della Sezione Civile del *Tribunal Supremo* che, oltre a decidere sulle azioni di responsabilità eventualmente esperite avverso il presidente del Governo ed i *Consejeros* di una comunità autonoma a patto che ciò sia stabilito dallo statuto della stessa, decide anche su quelle intentate nei confronti dei magistrati della *Audencia Nacional* o dei *Tribunales Superiore de Justicia* per tutti quei fatti verificatisi nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

L'art. 61 della medesima legge dispone che “*Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá [...] de las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo*”, pertanto viene previsto che laddove ad essere chiamato a rispondere delle proprie azioni siano, traducendo quanto sopra, i presidenti di sezione del *Tribunal Supremo* o tutti o la maggior parte dei magistrati appartenenti ad una medesima sezione, a decidere dovrà essere una Sezione appositamente formata.

L'art. 85 funge da norma di chiusura affermando che in tutti gli altri casi la competenza spetterà al Tribunale di primo grado.

Si richiamano infine i dispositivi degli art. 412 e 413 i quali stabiliscono che la presentazione della domanda di risarcimento è subordinata al passaggio in giudicato della decisione che ne costituisce il fondamento oltreché, ancora, al reclamo effettuato dal danneggiato nel corso del procedimento in cui si è verificato il fatto pregiudizievole.

Chiarito ciò, resta da esaminare l'azione di responsabilità avanzata nei confronti dello Stato che si surroga, almeno in questa particolare situazione, al giudice.

L'art. 292 LOPJ oltre ad individuare nell'errore giudiziario e nel “*funcionamiento anormal*”

dell'amministrazione giudiziaria i motivi che giustificano la proposizione della domanda di risarcimento nei confronti dello Stato, si premura anche di chiarire che, pur essendo sussistenti tali condizioni, la domanda dovrà essere respinta laddove sussista uno stato di forza maggiore. Allo stesso modo si precisano le peculiarità che il danno deve avere per poter essere risarcito: dovrà essere, infatti, *“efectivo, evaluable economicamente e individualizado con relacion a una persona o un grupo de personas”*. Infine, si prevede che la sola revocazione o annullamento della decisione che ha provocato la proposizione dell'azione non bastano, per sè sole, a far sorgere il diritto al risarcimento⁵⁹.

L'art. 293, inoltre, chiarisce che, pur non potendo l'annullamento o la revocazione della decisione che ha dato vita al pregiudizio far sorgere un autonomo diritto al risarcimento del danno, comunque sarà necessario, laddove si fondi la propria istanza sulla sussistenza di un errore giudiziario, che lo stesso sia stato riconosciuto da un altro provvedimento giudiziale, vuoi che abbia la forma di una sentenza di un tribunale ordinario o quella redatta a seguito di un giudizio di revisione. L'istanza per l'ottenimento della dichiarazione di sussistenza dell'errore potrà essere richiesta entro tre mesi dalla pronuncia del provvedimento che è causativo del danno. Per quanto riguarda le regole in materia di competenza si rinvia a quanto disposto all'interno dell'art. 61 LOPJ. La disciplina processualistica, invece, è la medesima di quella dettata per il giudizio di revisione. Il tribunale competente dovrà decidere sulla

⁵⁹ V. Art. 292 LOPJ che così dispone: *“1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título.*
2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
3. La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización.”

domanda entro cinque giorni dalla sua proposizione ed in caso di esito favorevole l'istante potrà rivolgersi direttamente al *Ministerio de Gracia y Justicia* per ottenere quanto dovutogli.

La sola proposizione della domanda di risarcimento contro lo Stato, comunque, non sospende l'esecuzione del provvedimento da cui sorge il pregiudizio e che si ritiene viziato⁶⁰.

Dopo aver delineato i caratteri distintivi delle due azioni di responsabilità che hanno suscitato l'attenzione degli studiosi di diritto negli anni che vanno dal 1985 fino alla riforma del 2015, bisogna, sulla scia di alcuni chiarimenti, prendere in considerazione, seppur brevemente, la disciplina odierna.

Ad oggi l'azione di responsabilità indirizzata personalmente nei confronti del giudice è stata completamente abrogata, sopravvivendo, invece, solo quella nei confronti dello Stato.

⁶⁰ V. Art. 293 LOPJ che così dispone: “1. *La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión. En cualquier otro caso distinto de éste se aplicarán las reglas siguientes:*

a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.

b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error; y si éste se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el artículo 61. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala Quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

Inciso final de la letra b) del número 1 del artículo 293 redactado por L.O. 4/1987, 15 julio («B.O.E.» 18 julio), de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar.

c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

d) El Tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuye el error.

e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.

f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

2. Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. Contra la resolución cabrá recurso contencioso-administrativo. El derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse.”

Le motivazioni che spingono all'elisione del c.d. "doppio binario" in favore di un sentiero unico per ottenere tutela in sede civile si possono riassumere in un'infruttuosa applicazione delle norme in tema di responsabilità personale dovuta alla preferenza dei privati di agire nei confronti dello Stato che, a sua volta, è dettata dalla sicura solvenza di quest'ultimo e dallo spirito di casta dei magistrati che, laddove si fosse optato per l'azione personale, si sarebbero dovuti pronunciare contro o a favore di un membro delle loro fila.

c. (*Segue:*) l'esperienza tedesca. Dall'*actio de syndicatu* al *Richterprivileg*.

Un modello di responsabilità professionale molto simile a quello attualmente vigente in Italia, Spagna e Francia è rinvenibile anche in Germania.

A ben vedere, infatti, mediante la logica combinazione fra gli art. 34 GG e 839, comma 1, BGB con il principio del *Richterspruchprivileg* risulta una sostanziale irresponsabilità del magistrato. Mentre il primo dei due articoli citati si premura di chiarire una volta e per tutte che l'azione civile che trova fondamento in uno o più comportamenti "*contra ius*" del pubblico funzionario in genere debbano proporsi nei confronti dello Stato che, pertanto, si surroga a lui nella posizione di parte processuale ed il secondo articolo individua tutte le condotte che possono dar luogo legittimamente a tale azione, prescrivendo che esse si identificano in tutte quelle attività dolose o colpose compiute in violazione dei loro doveri professionali, il principio del *Richterspruchprivileg* trae spunto dalla disposizione secondo la quale laddove l'attività del pubblico funzionario che abbia recato pregiudizio trovi il suo concreto espletamento in una sentenza o qualsivoglia altro provvedimento giurisdizionale, il giudice che ha compiuto un tale atto potrà rispondere solo ed in quanto ciò costituisca espressamente reato. Riassumendo, allora, possiamo distinguere fra pubblici funzionari

comuni e magistrati: per accertare la sussistenza di una responsabilità civile a loro carico, nonostante facciano parte dell'amministrazione pubblica, non è sufficiente che il loro comportamento illecito sia caratterizzato da dolo o colpa grave, cosa che invece sarebbe bastevole laddove si tratti di qualunque altro individuo esercente pubbliche funzioni, ma è necessaria la possibilità di ricondurre lo stesso comportamento ad una fattispecie penale che lo qualifichi come reato.

Tale limitazione rende molto difficile l'attuazione di una vera e propria tutela privata a fronte dell'operato dannoso dei magistrati.

Bisogna precisare, comunque, che questo non è altro che il risultato di un lungo processo evolutivo che, in maniera prorompente, ha incominciato ad interessare le aule giudiziarie fin dal XVI secolo: tutto nasce, infatti, dal tentativo del legislatore tedesco di introdurre all'interno del proprio ordinamento un istituto che fosse equiparabile a quello del sindacato che, nello stesso periodo, stava affermandosi in Italia. Il risultato fu la teorizzazione, con conseguente regolazione normativa, del "*Syndikatsklage*", altrimenti conosciuto come *actio de syndicatu*.

Sebbene la funzione dell'istituto fosse, almeno inizialmente, la stessa della controparte italiana, la disciplina era profondamente diversa e ciò è da ricondurre alla diversa gestione dell'organismo giudiziario, dettata anche e soprattutto dalle distinte qualità e modalità di nomina dei giudici tedeschi da quelli italiani, ed ai differenti principi a cui si informa l'ordinamento tedesco.

Con l'ordinanza del 1532, come ricordato da Giuliani e Picardi nella loro disamina del tema di cui si sta trattando, si prevede che tale azione fosse esperibile nel caso di sentenza "*unrechtmässig*" oppure "*nichtig*", che rispettivamente si sostanziano in una mera irregolarità

o nel vizio più grave della nullità del provvedimento giudiziale.

Fin da subito, comunque, si intuì la diversa natura che era destinato ad avere l'*actio de syndicatu*; si asserisce a riguardo che “la responsabilità civile del giudice rappresentò soltanto una forma supplementare di responsabilità disciplinare” in quanto si era interessati maggiormente alla tutela dell'amministrazione giudiziaria piuttosto che alla tutela dei privati⁶¹. Basti pensare, semplicemente, che il controllo sui magistrati mediante l'esperimento dell'azione di sindacato era affidato ad un'apposita commissione di “Visitatori”⁶² la quale era anche titolare del potere di rimuovere coloro che avessero ritenuto inadeguati alla carica giudiziaria, e ancora si pensi all'esclusione dall'alveo dei comportamenti civilmente imputabili al magistrato di quelli compiuti con colpa. Già da queste precisazioni si riescono a trarre conclusioni importanti come, ad esempio, la limitazione dell'applicazione dell'*actio de syndicatu* ai soli casi di dolo, frode, concussione, parzialità così come riportati dalla *Kammergerichtsordnung*⁶³, negli altri casi si dovrà ricorrere al rimedio della revisione.

Con riguardo proprio al tema della punibilità o meno di un giudice laddove agisca con colpa, il presidente Bouhier ritenne che lo stesso non sarebbe potuto essere chiamato a rispondere neanche per colpa grave. A tale soluzione aderì persino Mysinger von Frundseck che si ritrovò a dover esprimere un parere in merito ad un caso in cui un magistrato, sulla base

⁶¹ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice*, cit., p. 128.

⁶² Da ciò si desume, fra l'altro, anche la volontà del legislatore di segnare una netta divisione tra il *gubernaculum* e la magistratura: non è l'Imperatore a dover esercitare un potere di sorveglianza sui giudici, bensì una commissione all'uopo creata.

⁶³ Ovvero il Regolamento della Camera di Giustizia vigente nel 1548. A riguardo si veda anche SINTENIS F., *Das praktische gemeine Civil Recht*, Leipzig, 1868, *zweiter Band*, p. 776.

soltanto di una confessione, aveva condannato a morte l'imputato.⁶⁴ Infine, la completa irrilevanza dei comportamenti colposi posti in essere dal giudice venne ribadita anche all'interno delle Pandette di Windscheid⁶⁵.

Ricordando poi quanto già esaurientemente esplicito in precedenza quando si trattò dei due orientamenti che giustificarono la sempre più crescente esenzione del magistrato da qualsiasi tipo di responsabilità sul piano civile, il pensiero tedesco affondava le proprie radici nella convinzione di un vero e proprio "primato del giudicato" che trovava vita in ragione, principalmente, della volontà di mantenere intatto il principio della certezza del diritto il quale altrimenti, accettando che il giudicato potesse essere travolto dall'instaurazione di un procedimento civile a carico del giudice che aveva dato vita al provvedimento che possiede tale qualità, risulterebbe pregiudicato.

Toccando poi il campo più strettamente processuale del tema, si chiarisce, come già accennato, che il giudice tedesco si distingue da quello che, nel XIV secolo, in Italia amministrava la giustizia: in primis, mentre la garanzia dell'imparzialità e dell'indipendenza del magistrato italiano era assicurata dalla sua qualità di straniero che, per definizione, era pertanto estraneo a qualsiasi vicenda interna alla città e suscettibile di coinvolgere le parti in causa, in Germania la nomina avveniva in ossequio ai criteri della ragione sociale e dell'allineamento politico. Ancora, decisivi furono la mancanza di pubblicità dei procedimenti come anche il peculiare sistema di risoluzione delle controversie. In merito

⁶⁴ V. nota 60.

⁶⁵ Una nota ivi contenuta così dichiara: "Dall'Ord. Giud. Imp. del 1555 l'azione di sindacato è però stata limitata espressamente al caso di dolo... lo si è negato facendo riferimento alle parole del § 5 cit. « od altre simili cause» che si dovrebbero riferire alla culpa lata-, quest'affermazione, sebbene, per quanto pare, adottata puramente e semplicemente nella sentenza in Scuff. Arch. XIV, 140, è a stento concepibile. Heffter nega che colla disposizione della legge del l'Impero sia stato costituito un diritto comune; ove ciò si ammetta, converrà risolversi a non considerare l'Ord. Giud. Imp. in genere come fonte del diritto comune".

all'ultimo punto si rinvia al *Kammergerichtsordnung* del 1495 che prevedeva la redazione di due atti che avrebbero dovuto essere presi come punto di riferimento dai membri del collegio giudicante per pervenire ad una risoluzione della fattispecie sottoposta al loro esame. Questi due atti, la “*Relation*” e la “*Korrelation*” venivano realizzati da due membri dello stesso collegio che fungevano rispettivamente da referente e coreferente. In seguito alla pubblicazione ed entrata in vigore, nel XVIII secolo, del *Codex Marchicus*, si modificò la disciplina attribuendo il compito della redazione in questione ad un solo individuo e non più a due.

Con la *Justizreform* operata da Federico II di Prussia, inoltre, vennero tipizzate le sanzioni comminabili ai magistrati, previsti i doveri incombenti sugli stessi⁶⁶, e si elevò il ruolo dei presidenti del Tribunale Camerale. Vennero loro attribuiti poteri di controllo non dissimili da quelli di cui era titolare il *Ministerio de Gracia y Justicia* in Spagna piuttosto che i superiori gerarchici in Italia nei confronti dei loro sottoposti, potevano infatti richiamare a sé i magistrati il cui operato ritenevano errato, ammonirli o far presenti direttamente la situazione al sovrano.

Il caso più emblematico è quello del mugnaio Arnold.

In breve, un cittadino di nome Arnold si rivolse al sovrano per ottenere giustizia in quanto aveva sofferto un danno a causa dell'operato di un collegio giudiziario. Il sovrano deferì la questione al Senato Criminale il quale dovette portare avanti a loro carico un giudizio penale

⁶⁶ Vedi, GIULIANI A., PICARDI N., *cit.*, pp. 129 ss., nella parte in cui afferma che “Il quadro veniva poi, completato da una descrizione dei doveri del Presidente e dei giudici: dal giuramento (I, 6, § 26) all'obbligo del segreto; dall'obbligo di seguire un complesso meccanismo di votazione. Va richiamata l'attenzione su quei doveri, che configurano il giudice come un funzionario: l'obbligo della residenza; la puntualità nell'orario di ufficio; i doveri di comportamento nell'espletamento del lavoro”.

che poi culminò nell'assoluzione. Come ricordano gli autori, già più volte citati, Giuliani e Picardi, al re "l'assoluzione dovette sembrargli dettata dallo spirito di casta dei giudici. Allora intervenne direttamente con la sua Kabinetsjustiz: li condannò ad un anno di prigione, li rimosse dall'ufficio, pose a loro carico il risarcimento dei danni nei confronti di Arnold". Questa è una considerazione molto importante poiché fa sì che emerga un problema che già in Spagna aveva portato al decadimento della responsabilità personale del magistrato a favore di quella indiretta dello Stato: la naturale tendenza dei magistrati a proteggersi l'un l'altro. Nel momento in cui si adiva il sovrano, comunque, era come trovarsi dinanzi al superiore gerarchico: non vi era nessuna garanzia del contraddittorio o di pubblicità del procedimento. Alla fine del XVIII secolo si arrivò ad avere un istituto originariamente inteso come strumento di cui i privati potevano disporre per ottenere la tutela civile a loro spettante tramutato in mezzo di controllo disciplinare e niente più.

Ad oggi il "*Syndikatsklage*" non trova più alcuna applicazione, nonostante sopravvivano numerosi riflessi dello stesso nella responsabilità disciplinare odierna⁶⁷; le norme a riguardo sono le medesime di quelle applicabili ai funzionari pubblici in genere e sono contenute all'interno del "*Deutsches Richtergesetz*", ovvero la legge tedesca sulla magistratura, rinviando alla *Bundesdisziplinargesetz*, identificabile nella legge federale sui procedimenti disciplinari nei confronti dei pubblici funzionari.

Per quanto attiene la responsabilità professionale, d'altro canto, si rinvia a quanto detto all'inizio del paragrafo: ormai è il principio del *Richterprivileg* ad impedire una concreta e prolifica tutela del privato danneggiato dall'operato del giudice.

⁶⁷ Si pensi ad esempio al potere di sorveglianza del superiore gerarchico nei confronti dei sottoposti.

d. (*Segue:*) l'esperienza francese. La progressiva "duttilità" della *prise à partie*.

Una storia giuridica altrettanto articolata, fatta di lotte di potere, tregue apparenti e traguardi importanti, si intreccia con le vicende socio-culturali, economiche e politiche che a partire dal XVI secolo si susseguono impetuosamente portando grandi cambiamenti in Francia.

Dall'*Ancien Régime* finanche alla legislazione napoleonica fu solo uno il tema di diritto su cui più si concentravano gli sforzi non solo dei giurisperiti, ma anche dei filosofi e politici dell'epoca: la *prise à partie*.

Infatti, mentre da un lato il potere regio tentava in ogni modo di assicurarsi un controllo sulla magistratura proprio tramite l'utilizzazione in chiave paradisciplinare, e pertanto non più solo ed unicamente civile, di questo istituto, dall'altro i *Parlements* tentavano in ogni modo di ostacolare una simile modificazione funzionale dello stesso.

A rendere tanto speciale quest'azione altro non era che la sua unicità: non esistevano, di fatto, altri mezzi per far valere, almeno dall'esterno⁶⁸, la responsabilità del magistrato. Per tale ragione si può desumere che al legislatore francese sia sembrato più opportuno far germogliare il seme del controllo paradisciplinare del giudice su un terreno già battuto piuttosto che su uno più arido che, invece, avrebbe richiesto di incominciare tutto da zero reinventando modalità d'azione in giudizio differenti che, tuttavia, sarebbero state facilmente

⁶⁸ Si tenevano, all'interno delle compagini giudiziarie, delle riunioni a porte chiuse dei vari organi giurisdizionali che portavano il nome di "*mercuriales*". La loro funzione era quella di valutare l'andamento dell'amministrazione della giustizia mediante un'attenta analisi del lavoro svolto dai funzionari a ciò destinati. Nel momento in cui si fosse rinvenuto un comportamento scorretto suscettibile di infangare il buon nome dell'ordine giudiziario, potevano essere comminate sanzioni di vario stampo quali, ad esempio, le "*remonstrances aux coupables*", l'"*information au Roi*", la "*privation ou la suppression des offices*" e, in casi limite, l'"*exauctoration*". Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 154 ss.

vittima dei *Parlements* che detenevano un potere di veto sulle leggi promulgate.

La disciplina della *prise à partie*, pertanto, fu più volte riformata. Alcune delle leggi più importanti in materia sono l'*Ordonnance de décembre* 1540 seguita dall'*Ordonnance de Blois* del 1573, l'*Ordonnances sur la réformation de la justice civile et criminelle* anche conosciuta con il nome di *Code Louis*, e la c.d. *grande loi* del 20 maggio 1810, che altro non è se non la *loi sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice*.

Prima di iniziare ad esaminare i contenuti dei testi normativi di cui sopra, al fine di comprenderli al meglio è necessario individuare le caratteristiche proprie dei *Parlements*.

Questi organismi, di fatto, altro non sono che corti d'appello i cui membri oltreché pronunciare il diritto ed amministrare la giustizia in nome del re, si premuravano anche di vigilare sull'operato del legislatore. A riguardo si ricordano alcuni dei diritti di cui disponevano: quelli di *vérification*, *enregistrement* e di *remonstrances*.

Sono proprio questi diritti a determinare il proliferarsi di un nuovo termine che vale a distinguerli dagli altri tribunali: corti sovrane.

Infatti, mediante l'utilizzo continuo di tali poteri i *Parlements* riuscivano ad esercitare una pressione non indifferente sul re, il quale, come manifestazione diretta del proprio status regnante, principalmente si occupava di promulgare leggi. È proprio questa facoltà ad essere ridimensionata: attraverso la fruizione congiunta dei diritti di cui sopra si determinò un controllo netto del potere legislativo ad opera dei magistrati.

Vérification, *enregistrement* e *remonstrances* sono strettamente collegati. Ai giudici veniva affidato il controllo legale su editti, ordinanze e qualsiasi altro provvedimento che fosse emanazione del re; tale controllo si fondava sulla rispondenza di quanto deciso dal re ai

principi che in quel tempo governavano il pensiero giuridico ed alle leggi⁶⁹. Pertanto, i componenti di queste corti in un primo momento si assicuravano, esercitando dunque il potere e diritto di *vérification*, che il testo normativo fosse in regola e successivamente, laddove l'esame avesse condotto ad esito positivo, procedevano con l'*enregistrement*, che costituisce il presupposto necessario affinché tali disposizioni divengano effettivamente vigenti. Un discorso differente bisogna farsi qualora si ipotizzi che la *vérification* abbia portato ad esito negativo: in questo caso si potrà avere un *refus de enregistrement* che sfocierebbe, poi, nell'esercizio dell'ultima facoltà attribuita all'organo giudiziario in questione, ovvero la *remonstrance*. In breve, i magistrati delle corti sovrane affidavano il compito a dei commissari⁷⁰ di preparare delle rimostranze, ovvero le motivazioni che hanno spinto alla determinazione negativa e le modifiche auspicabili, nonché necessarie, per ottenere l'*enregistrement*. Il re, comunque, poteva inviare ai *Parlements* una *lettre de jussion*. Quest'ultima, pur imponendo alla corte l'applicazione del provvedimento rigettato, poteva essere disattesa dal *Parlement* mediante la proposizione di "*remonstrances itératives*"⁷¹. Il re, allora, se davvero aveva intenzione di procedere con la promulgazione della legge, avrebbe dovuto unirsi lui stesso unirsi alla *Grand Chambre du parlement* ed ordinare la trascrizione della stessa.

⁶⁹ Si distinguevano, infatti, le leggi del re da quelle del regno: le prime erano modificabili e, pertanto, anche revocabili; le seconde, invece, erano immanenti e non potevano essere soggette a qualsivoglia modificazione. Sono queste ultime il metro adoperato dai *Parlements* nel momento in cui sono chiamati a "convalidare" o meno una pronuncia del re. Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, cit.*, pp. 66 ss.

⁷⁰ I soggetti che potevano ricoprire questo ruolo variavano da corte a corte: in quelle di Parigi la commissione era composta dai nove *président à mortier* assieme al primo presidente a cui si aggiungevano altri quattordici membri della *Grand Chambre*, mentre a Rouen era formata dal primo presidente e da quattro consiglieri della *Grand Chambre*.

⁷¹ Cfr. Olivier Chaline, "La pratique des remontrances au XVIII^e siècle – Paris, Rouen, Rennes", *Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest. Anjou. Maine. Poitou-Charente. Touraine*, n. 122-3, 31 ottobre 2015, pp. 89–105.

Da ciò si spiega, allora, il ruolo di contrappeso al potere regio rivestito dalla magistratura.

Ancora, volendo, richiamare alcune caratteristiche proprie dell'ordine giudiziario, si chiarisce che il sistema delle nomine, nonostante taluni tentativi infruttuosi di indirizzarlo verso una natura elettiva con conseguente equiparazione dei giudici a meri funzionari statali⁷², rimase fondamentalmente legato alla tradizione della venalità delle stesse. Da ciò discendono le garanzie dell'indipendenza ed inamovibilità.

Volendo ora tornare con la mente sulle *ordonnances* e *lois* inizialmente esposte e che, come è stato detto, scandiscono il lento mutamento strutturale della *prise à partie*, l'*Ordonnance de décembre* 1540 assieme all'*Ordonnance de Blois* del 1573 si premurarono di ampliare le fattispecie dalle quali poteva sorgere una responsabilità del giudice. Sul finire del XVI secolo, quindi, alle ipotesi di "*dol, fraude ou concussion*" si aggiunse quella di "*erreur évidente en fait ou en droit*" così come evidenziato in un primo momento con l'*Ordonnance* del 1540 e ribadito poi con quella del 1573 che a riguardo si esprime, all'art. 127, come segue: "*défendons à tour juges par devant lequel les parties tendront afin de non procéder de se déclarer compétents et de nier le renvoy des causes dont la connaissance ne leur appartient par nos édits et ordonnances, sous peine d'être pris à partie au cas qu'ils aient ainsi jugé par dol, fraude ou concussion, ou que nos cours trouvent qu'il ait faite manifeste du juge par laquelle il doive être condamné en son nom*". Insomma, si viene ad affermare la possibilità di una vera e propria responsabilità per "*faute manifeste*", e cioè per colpa grave, del magistrato.

In maniera più approfondita occorre trattare relativamente al c.d. *Code Louis*.

⁷² Ciò si provò a disciplinare mediante la riforma Moupeau. Essa trova spazio per breve tempo durante l'*Ancien Regime*.

Si dichiarò, mediante questo provvedimento regio, la sostanziale esenzione dei magistrati dai principi comuni in tema di responsabilità, affermando, di conseguenza, la limitazione della stessa ai soli casi di “*dol, fraude ou concussion*” nonché di “*déni de justice*”⁷³.

Nessun riferimento venne riservato alle disposizioni che la estendevano alle ipotesi di colpa grave contenute nell’*Ordonnance de Blois* del 1573. Tale omissione portò ad una divisione dottrinale: da un lato c’è chi sosteneva che essa fosse volontaria e che, per tale ragione, la responsabilità per colpa non fosse da prendere più in considerazione, dall’altro si riteneva che tale responsabilità fosse comunque in vigore a patto che si trattasse di “*faute grossière*” oppure, laddove vi fosse stato un errore di diritto, di una svista “*affectée et inexcusable*”.

Ancora, tramite questo “codice”, oltreché eliminare per i *Parlements* il potere di *remonstrances* che verrà poi reintrodotta successivamente, si tentò di attribuire l’iniziativa inerente all’esercizio dell’azione civile nei confronti dei magistrati anche ai privati, tuttavia come ricordato in dottrina “il conferimento di ampi poteri di iniziativa ai singoli utenti della giustizia non poteva raggiungere risultati utili [...] Del resto, la corona non perseguiva neppure l’intento di tutelare i diritti degli utenti del servizio, ma soltanto la propria pretesa all’organizzazione ed al controllo della funzione giudiziaria”⁷⁴.

Proprio con la promulgazione di questa *Ordonnance* nel 1667 molti emeriti giuristi si scontrarono sulla giustizia o meno della disciplina ivi delineata che, sostanzialmente, si sostanziava in una “burocratizzazione dell’ordinamento giudiziario”.

⁷³ L’istituto della “*déni de justice*” è configurabile come l’antecedente storico della *prise à partie*: in passato, infatti, prima che venisse risoprannominato come detto, era possibile adire i tribunali regi per far accertare la denegata giustizia. Nel momento stesso in cui la stessa fosse stata accertata il legame feudale si sarebbe ritenuto spezzato.

⁷⁴ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice. cit.*, p.55 ss., e ID., *I modelli storici di responsabilità del giudice, cit.*, pp. 131 ss.

Da un lato, il primo presidente del Parlamento di Parigi, De Lamoignon, che riteneva pericoloso questo nuovo quadro normativo; dall'altro, invece, Pussort, il quale all'epoca ricopriva il ruolo di portavoce del re, lo elogiava considerandolo un passo necessario verso un miglioramento consistente dell'ordinamento giudiziario.

Le motivazioni che spingono De Lamoignon a contrastare il provvedimento regio di cui trattasi sono principalmente due: il pregiudizio all'onore ed al prestigio della magistratura derivante dalla forza intimidatoria concessa ai privati sul giudice; le difficoltà in merito all'imputabilità del fatto al singolo componente del collegio giudicante in quanto vigeva la segretezza nelle deliberazioni.

D'altro avviso era Pussort che, diversamente, sulla scia di quanto affermato da D'Aguesseau, riteneva necessaria la previsione di una *discipline* della magistratura e contestava la motivazione di De Lamoignon fondata sulla difficoltà di imputazione del fatto al singolo giudice asserendo che ciò non avrebbe portato altro che un aumento nell'efficienza dell'operato in sede giudiziaria caratterizzandosi, l'accettazione di una responsabilità solidale dell'intero collegio in luogo di quella individuale, in uno strumento di deterrenza nelle mani del sovrano. Alla fine fu proprio la tesi di Pussort a prevalere.

Con l'avvento di Napoleone Bonaparte, soprattutto guardando alla c.d. *grande loi*, molte cose cambiarono: furono eliminati i poteri di *vérification* e di *enregistrement* in precedenza riconosciuti ai giudici rendendoli, di fatto, meri funzionari pubblici⁷⁵; venne istituito il *Tribunal de Cassation*, il quale era competente a decidere in tutti quei casi in cui si dubitava della conformità di un provvedimento giudiziale alla lettera della legge; venne istituito il

⁷⁵ Il giudice era stato ridotto a "bocca della legge". L'unico suo compito era quello di applicare la legge, nè più nè meno.

référé législatif che fungeva da tramite fra la magistratura ed il potere legislativo, potendo la prima, in situazioni di incertezza interpretativa, rivolgersi a questo nuovo soggetto per ottenere chiarimenti; la *prise à partie* fu limitata ai casi di dolo, frode, concussione, prevaricazione o omissione di atti d'ufficio, oltreché di colpa grave e, ancora, di denegata giustizia⁷⁶; in merito allo stesso istituto si prevede da un lato la sua accessorietà rispetto alle sanzioni eventualmente comminate nei confronti dei giudici in altre sedi, dall'altro l'introduzione nel meccanismo procedimentale di un'autorizzazione preventiva all'azione risarcitoria promossa contro di loro.

Ancora, si stabilì che la *prise à partie* potesse essere promossa avverso l'intero collegio, così evitando il problema dell'imputabilità del fatto, e la comminatoria di una sanzione pecuniaria a coloro che, pretestuosamente, esercitavano l'azione in questione.

In merito al profilo disciplinare la legislazione napoleonica optò per un'indeterminatezza relativamente alle fattispecie capaci di dar vita ad una siffatta responsabilità considerando la tipizzazione delle stesse controproducente. In ultima analisi si chiarì che potesse essere causa di una condanna disciplinare qualunque azione o omissione del magistrato idonea a pregiudicare la dignità dell'ordine giudiziario. Si rinvia, in merito alla procedura, a quanto detto nei paragrafi antecedenti ricordando il potere di sorveglianza dei superiori gerarchici e la previsione di sanzioni quali, ad esempio, l'*avertissement* la censura semplice, la censura con "*réprimande*" e la sospensione provvisoria⁷⁷.

⁷⁶ La denegata giustizia fu un'ipotesi la cui capacità di far sorgere una responsabilità in capo al giudice venne certificata dall'art. 505 del *code de procédure civile* del 1806.

⁷⁷ Laddove avessero dovuto essere irrogate le sanzioni della censura con "*réprimande*" o della sospensione provvisoria era richiesta comunque l'approvazione del *grand juge ministre de la justice* che avrebbe reso la condanna esecutiva.

Avendo chiarito ora il fondamento di tutta la tradizione giuridica in tema di responsabilità del magistrato in Francia, non rimane altro che esporre la disciplina ad oggi vigente in quel territorio.

La disciplina, a dire il vero, è assai simile a quella delineata nel sistema spagnolo.

Si prevede, infatti, un'azione di responsabilità diretta contro lo Stato in due ipotesi: *fautes personnelles* e il “*fonctionnement défectueux du service de la justice*”⁷⁸.

In merito alla prima fattispecie si chiarisce che in essa rientrano le condotte poste in essere con dolo o colpa grave dai magistrati. La sussistenza di quest'ultimo elemento soggettivo, preme precisare, si ritiene assicurata solo ed unicamente nel caso in cui si tratti di errore o ignoranza inescusabile, oltreché grave, dei doveri che gravano su di lui piuttosto che laddove sia posto in essere un “comportamento «*anormalement déficiente*»”⁷⁹.

Infine, la circostanza del “*fonctionnement défectueux du service de la justice*” conduce ad un'oggettivizzazione netta della nozione di responsabilità: a dar luogo a tale vizio possono essere la colpa grave del magistrato, dove per colpa si dovrà intendere la mancata realizzazione degli obiettivi che il servizio giudiziario si pone a causa di un'erronea utilizzazione dello stesso piuttosto che, in forza di una corretta fruizione, di un'incapacità intrinseca in tal senso, come anche, invece, la c.d. “*déni de justice*”.

⁷⁸ V. art. L 781-1.

⁷⁹ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 59.

CAPITOLO II

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE E PROFESSIONALE:

ASPETTI FISIOLÓGICI E PATOLOGICI

SOMMARIO: 1. La responsabilità disciplinare così come prevista dal d.lgs. 109/2006 - a. (*Segue:*) Presupposti per la responsabilità disciplinare dei magistrati: gli art. da 1 a 4 del d.lgs. 109/2006. - b. (*Segue:*) Il quadro sanzionatorio: gli art. da 5 a 13 del d.lgs. 109/2006. - c. (*Segue:*) Il procedimento disciplinare: gli art. 14 e seguenti del d.lgs. 109/2006. - d. (*Segue:*) Finalità del d.lgs. 109/2006. - 2. La responsabilità professionale e le sue molteplici espressioni. *Focus* sulla responsabilità civile. - 2.2. Le funzioni della responsabilità civile.

1. La responsabilità disciplinare così come prevista dal d.lgs. 109/2006.

La legge n. 150 del 2005 attribuisce al Governo giusta delega per la regolamentazione ed individuazione degli illeciti disciplinari la cui nozione, pertanto, non verrà più ad esternarsi in delle circostanze generiche quali quelle descritte nel r.d. n.12 del 30 gennaio 1941 piuttosto che nel n.511, emanato il 31 maggio 1946, bensì in fattispecie espressamente tipizzate dal legislatore che non ammettono eccezioni di sorta.

L'art. 232 del regio decreto per primo citato ed assoggettato a riforma più volte mediante l'emanazione di vari provvedimenti, da ultimo il d.lgs. 109/2006, così disponeva: "Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari secondo le disposizioni

degli articoli seguenti”. È palese che il carattere più eclatante di tale previsione è proprio la sua assoluta ed innegabile astrattezza; da questa peculiarità discende, inevitabilmente, una malleabilità della norma alquanto eccessiva, anche e soprattutto considerando che colui che sarà chiamato a decidere sulla condanna o l’assoluzione del magistrato incolpato dovrà effettuare un’attività interpretativa non di poco conto che sarà determinante dell’esito del giudizio. A titolo esemplificativo basti immaginare di trovarsi dinnanzi ad una violazione di regole procedurali posta in essere dal giudice: basandosi sulla normativa abrogata, in questo caso, si dovrebbe indagare sulla reale portata di questa violazione andando a verificare se questa possa comportare o meno una mancata adesione ai doveri imposti all’autore del fatto; ancora, non essendovi alcun riferimento alla necessità che sussista un certo tipo di elemento psicologico, si dovrebbe ritenere che qualsiasi omissione o azione suscettibile di essere calata nell’alveo della violazione di doveri giuridicamente imposti al magistrato possa dar luogo alla comminazione di una sanzione disciplinare indipendentemente dal fatto che l’azione o omissione sia stata compiuta con dolo, colpa grave o lieve. Lo stesso ragionamento può dirsi valido con riferimento alle altre ipotesi individuate in astratto nella disposizione in esame.

È, dunque, a causa di questa estrema flessibilità che il legislatore del 2005 ha inteso di dover rendere la previsione decisamente più concreta mediante una tipizzazione delle singole fattispecie capaci di dar luogo a responsabilità disciplinare del giudice. Ad onor del vero, infatti, uno dei problemi derivanti dalla forza travolgente che assumeva l’attività interpretativa in tale materia anteriormente al 2006 era quello della certezza del diritto. Poteva capitare, ad esempio, che una singola fattispecie fosse considerata da un giudice come rientrante nell’ambito applicativo dell’art. 232 r.d. 12/1941, piuttosto che nell’art. 18 del r.d.

511/1946, ed un altro, per la medesima circostanza, ritenesse il magistrato incolpato del tutto esente da responsabilità. Il conflitto tra decisioni era un pericolo reale, ma è stato limitato al minimo grazie all'intervento del legislatore del nostro secolo.

Oltre ciò è da notare che, oltre ad un'innovazione a livello nozionistico, i due regi decreti sopra citati seguiti da ultimo dal d.lgs. 109/2006 apportavano una modifica anche sul piano sanzionatorio e procedimentale. Mentre per la disciplina odierna si rinvia ai sottoparagrafi seguenti, per quanto riguarda, invece, quella vigente in passato è bene darne una breve esposizione.

In primo luogo, il r.d 511/1946 in ambito sanzionatorio, mediante l'art. 19, intende riformare l'art. 233 r.d. 12/1941 andando ad eliminare una delle sanzioni ivi previste, ovvero la perdita del diritto alla promozione.

In secondo luogo, in maniera più incisiva, si instaura un nuovo giudice competente a decidere sulle cause disciplinari in cui parte del giudizio sia un magistrato. L'art. 236 r.d. 12/1941 prevedeva che la competenza in tal materia fosse attribuita alla Corte disciplinare per la magistratura, ovvero un collegio composto dal primo presidente della Corte suprema di Cassazione, che la presiede, e da otto magistrati scelti tra i primi presidenti di corte di appello e magistrati di grado equiparato, in numero non minore di sei, e tra i consiglieri di Corte di Cassazione e magistrati aventi lo stesso grado. Tre di questi soggetti dovevano appartenere all'ufficio del pubblico ministero, prevedendosi inoltre che almeno due dovessero rivestire il ruolo di procuratore generale di corte di appello o equiparato. La nomina dei componenti di suddetta Corte avveniva con decreto reale su proposta del Ministro di Grazia e Giustizia e previa deliberazione del Consiglio dei ministri. La durata in carica dei giudici che la formavano era di due anni con la possibilità di una sola riconferma. Infine, chiarimento

importante oltretutto dovuto, la sede della Corte disciplinare per la magistratura è collocata presso il Ministero di Grazia e Giustizia.

Con il r.d. 511/1946, invece, la competenza era radicata, ai sensi dell'art. 22, principalmente presso i c.d. Tribunali disciplinari, ovvero i Consigli giudiziari presso le Corti di appello nei cui distretti si trovava l'ufficio al quale il magistrato apparteneva nel momento in cui commise il fatto per cui si procede, laddove incolpato fosse stato un soggetto che rivestiva il ruolo di giudice di primo grado; nel caso in cui, d'altro canto, chiamato in causa fosse stato un magistrato di grado superiore a quello di giudice di primo grado si sarebbe dovuti adire direttamente la Corte disciplinare.

Dopo questo velocissimo *excursus* sui testi di legge antecedenti quello attualmente vigente in tema di responsabilità disciplinare, non resta che approfondire quest'ultimo andando ad individuare, punto per punto, le novità dallo stesso apportate a livello sostanziale e processuale.

- a. (*Segue:*) Presupposti per la sussistenza della responsabilità disciplinare dei magistrati:
gli art. da 1 a 4 del d.lgs. 109/2006.

Affinché possa ritenersi effettivamente sussistente la responsabilità disciplinare di un magistrato è necessario che si ottemperi ad una condizione particolare ed al contempo fondante la cui irrealizzazione rende impossibile giustificare la comminazione di una sanzione di un certo tipo nei suoi confronti: la configurabilità di un illecito disciplinare posto in essere dal magistrato.

è il concetto di illecito disciplinare a dover suscitare curiosità ed interesse, in quanto, come già accennato in precedenza, non si rinvia più ad una norma astratta e suscettibile di essere

interpretata estensivamente, bensì si individuano dettagliatamente tutte le fattispecie rilevanti. L'attività interpretativa del giudice viene limitata per la sopravvivenza della certezza del diritto. È ovvio, d'altronde, che da questa regolamentazione e tipizzazione la magistratura stessa ne sia uscita maggiormente tutelata considerando la possibilità per i membri che ne assortiscono le fila di comprendere appieno le conseguenze che potrebbero derivare da un'attività dagli stessi compiuta, senza più correre il rischio di un'interpretazione stonata rispetto al resto del "coro giurisprudenziale" da cui potrebbero rimanere improvvisamente pregiudicati. Insomma, questa tipizzazione con conseguente delimitazione dell'ambito applicativo del d.lgs. 109/2006 ha reso il quadro normativo molto più ordinato e meno aleatorio, favorendo così l'efficienza dello strumento di controllo opportunamente approntato sull'operato degli organi giudiziari.

Detto ciò, si possono distinguere vari tipi di illeciti disciplinari: esistono quelli che si caratterizzano per l'essere stati commessi nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, altri che, di contro, trovano la loro peculiarità nella loro natura stragiudiziale, ed infine quelli che sono conseguenza di una condotta antiggiuridica rilevante penalmente e che costituisca reato.

Prima di iniziare a sviscerare ciascun gruppo di illeciti, pare opportuno soffermarsi sull'art. 1 del d.lgs. 109/2006. Questa disposizione funge da premessa essenziale alla materia disciplinare andando, di fatto, a scandire i motivi che rendono legittimo il perseguimento disciplinare di determinate condotte⁸⁰. Nel testo originario il comma 1 individuava i doveri del magistrato andando ad identificare l'attività compiuta nell'esercizio delle proprie funzioni che fosse conforme a legge in quella svolta dallo stesso "con imparzialità,

⁸⁰ Ovvero quelle tenute nell'esercizio delle funzioni giudiziarie o fuori. Il terzo gruppo di illeciti non ha bisogno di una legittimazione esterna che ne giustifichi l'esistenza: tale giustificazione è intrinseca.

correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo e equilibrio” rispettando, comunque, la dignità della persona sottoposta a giudizio. Il comma 2, ancora, stabiliva che il magistrato non dovesse tenere, anche fuori dall’esercizio delle proprie funzioni, comportamenti, ancorché legittimi, che compromettessero la credibilità personale, il prestigio e il decoro dello stesso o il prestigio dell’istituzione giudiziaria. Si potrebbe dubitare, leggendo e soffermandosi unicamente su questi due commi, che il pericolo di eccessiva flessibilità della norma da cui scaturisce la responsabilità disciplinare del giudice sia stato concretamente sventato; alla fine, comunque, margini interpretativi ancora ampi sussisterebbero considerando la necessaria verifica che una condotta tenuta dal magistrato sia violativa di suddetti doveri.

Ebbene, il terzo ed ultimo comma dell’art. 1 d.lgs. 109/2006 fugava ogni dubbio stabilendo che “le violazioni dei doveri di cui ai commi 1 e 2 costituiscono illecito disciplinare perseguibile nelle ipotesi previste agli articoli 2, 3 e 4”. Insomma, l’attività contraria a quanto disposto nei commi sopracitati sarà rilevante solo ed in quanto rientrante in una delle fattispecie dettagliatamente previste negli articoli seguenti, con ciò derivando una limitazione assai stringente dell’attività interpretativa di chi sarà chiamato a decidere sulla questione. Con la riforma immediatamente successiva del 24 ottobre dello stesso anno vengono abrogati gli ultimi due commi appena esposti e da ciò, inevitabilmente, consegue il ritorno del dubbio sulla reale portata innovativa della nuova normativa almeno per quanto attiene il problema dell’eccessivo margine interpretativo lasciato a colui che sarà chiamato a decidere nei singoli casi. Lo scioglimento di ogni perplessità a riguardo, tuttavia, non è da rinvenirsi in questo primo articolo, bensì in quelli successivi di cui ora si tratterà. L’art. 1 acquista rilevanza per l’individuazione e riaffermazione dei doveri al cui rispetto è obbligato il magistrato nell’esercizio delle funzioni che gli spettano, nonché dei criteri attraverso i quali valutare

l'efficienza dei loro comportamenti.

L'art. 2 d.lgs. 109/2006 tratta del primo gruppo di illeciti, quelli compiuti nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, e consta di due commi. Per comodità di esplicazione si preferisce iniziare con l'analisi del secondo per poi trattare con maggior consapevolezza il primo con la vastità di ipotesi prese in considerazione.

Nel secondo comma, infatti, il legislatore precisa che è da escludersi dall'alveo delle attività suscettibili di dar luogo a responsabilità disciplinare quella inerente all'interpretazione di norme di diritto; tale principio, tuttavia, viene derogato in taluni casi: laddove il giudice travisi i fatti o violi gravemente la legge a causa di una sua negligenza inescusabile; persegua fini estranei ai doveri impostigli ed alla funzione giudiziaria che gli compete; emetta provvedimenti privi di motivazione o mal motivati, dovendosi ritenere mal motivato quell'atto che rechi la mera dichiarazione della sussistenza o meno dei presupposti di legge senza alcuna indicazione degli elementi di fatto da cui essa risulti, se la motivazione è richiesta dalla legge; adotti, per negligenza grave ed inescusabile, provvedimenti in casi non consentiti dalla legge che abbiano leso diritti personali o, in misura rilevante, patrimoniali; non si conformi, reiteratamente ed in misura grave, alle norme regolamentari o alle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti; affidi indebitamente ad altri le attività rientranti nei propri compiti; adotti intenzionalmente provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita ed inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativo, ovvero al di fuori di ogni previsione processuale o sulla base di un errore macroscopico o di negligenza grave e inescusabile, o, ancora, che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi

costituzionali.

Da notare, già da ora, che fra gli illeciti disciplinari finora esposti sono ricomprese anche le due fattispecie di colpa grave⁸¹ che giustificano la condanna del giudice al risarcimento del danno in sede civile.

Il primo comma, ancora, espande l'ambito applicativo della responsabilità disciplinare prevedendo che in esso rientrino, oltre le situazioni precedentemente citate, anche i comportamenti del giudice che siano irrispettosi o addirittura pregiudizievoli non solo per le parti in causa, ma anche per i loro difensori, piuttosto che quelli che procurino loro un indebito vantaggio o un danno ingiusto⁸² o, ancora, quelli idonei a rallentare o addirittura sabotare la macchina della giustizia. In quest'ultimo caso basti pensare all'interferenza ingiustificata di un magistrato nell'attività di un altro, all'assentarsi abitualmente e senza alcun motivo rilevante dall'attività di servizio o, ipotesi maggiormente rappresentativa della disfunzione a cui si va incontro, al ritardo grave, ingiustificato e, soprattutto, reiterato nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni.

Vengono poi individuate molte altre situazioni patologiche per cui si ritiene necessaria, oltreché opportuna, l'iniziativa disciplinare del Ministro della giustizia e del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ma non serve ricordarle tutte essendo molto più pratico rinviare al testo della norma. E' importante, nonostante il rinvio appena effettuato, precisare però che già da questa prima scrematura si rileva la portata globale della disciplina: a differenza di quanto avviene a livello civile, dove il magistrato risponde solo ed unicamente

⁸¹ Si tratta di travisamento dei fatti e violazione grave di legge determinati da negligenza grave ed inescusabile.

⁸² In tal caso è necessario che il comportamento adottato violi i doveri di cui all'art. 1 d.lgs. 109/2006.

qualora agisca con dolo o colpa grave, qui l'elemento psicologico acquista incisività solamente se ciò viene espressamente dichiarato dalla lettera normativa, altrimenti si dovrà ritenere che persino la colpa lieve, a condizione che si sia verificata una delle ipotesi specificamente individuate, possa dar vita a responsabilità disciplinare del magistrato.

Più ristretto è l'elenco stilato dall'art. 3, il quale si premura di individuare tutte le condotte tenute al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie che possano valere come valido fondamento di un provvedimento disciplinare di condanna. Ritorna, qui, quell'egoismo statale di cui si è parlato in precedenza, seppur mutuato dall'esigenza di evitare la svalutazione della sentenza stessa in quanto prodotto diretto di quell'attività compiuta dall'organismo giurisdizionale. Si prevede dunque che debba essere sanzionato il giudice che usi indebitamente il proprio titolo⁸³ poiché ciò andrebbe a riflettersi sui caratteri essenziali di cui deve constare la sua attività, quali, ad esempio, l'imparzialità e la correttezza, oltreché sulla credibilità personale; un'evoluzione di questo enunciato si ha nelle lettere *e*) ed *i*) del medesimo articolo: da una parte si prevede che configurabile come illecito disciplinare sia “l'ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché ottenere, direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti”, dall'altro, invece, si stabilisce che rilevante in tal senso sia “l'uso strumentale della qualità che, per la posizione

⁸³ Per “indebitamente” si intende per fini diversi da quello per cui gli è stato conferito, ad esempio per ottenere un vantaggio ingiusto per sé o per altri.

del magistrato o per le modalità di realizzazione, è diretto a condizionare l'esercizio di funzioni costituzionalmente previste”.

Ancora, seguendo il corollario dell'imparzialità, si afferma alla lettera *b*) che improprio è altresì il “frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato, o persona che a questi consta essere stata dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza o aver subito condanna per delitti non colposi alla pena della reclusione superiore a tre anni o essere sottoposto ad una misura di prevenzione, salvo che sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'intrattenere rapporti consapevoli di affari con una di tali persone”. Parlandosi di frequentazione è lecito supporre che non sia sufficiente la mera conoscenza fra il giudice e l'altro soggetto, essendo invece necessario che questi siano, riprendendo un termine utilizzato nel codice di procedura civile, “commensali abituali”⁸⁴.

Acquisivano rilievo, inoltre, le dichiarazioni del giudice nel momento in cui tramite le stesse omettesse di tener fede al riserbo impostogli o laddove esse fossero state idonee ad influenzare la decisione di un collega nel procedimento al quale la dichiarazione indebita si sarebbe riferita, tuttavia con le modifiche apportate dalla legge 269/2006 tale fattispecie viene privata di rilevanza sul versante disciplinare.

Ovviamente, poi, dovendo i giudici essere terzi e l'attività posta in essere da questi ultimi indipendente, si prevede che non sia ammessa l'iscrizione o partecipazione degli stessi a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o operativi nel settore finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato. L'art. 3-bis, comunque, chiarisce che non è configurabile l'illecito

⁸⁴ Art. 51, comma 1, n.2, c.p.c.

disciplinare nel caso in cui il fatto che lo costituisce è di scarsa rilevanza⁸⁵.

Proseguendo con la trattazione dei diversi tipi di illeciti, non rimane altro che approfondire l'ultimo gruppo mediante l'analisi dell'art. 4 del d.lgs. 109/2006 denominato in rubrica "illeciti disciplinari conseguenti a reato". Si comprende fin dalla prima lettura del disposto come non sia sufficiente il mero esercizio dell'azione penale a carico del magistrato affinché possa essere iniziato, al contempo, un procedimento disciplinare, bensì risulta immancabile una sentenza che dichiari effettivamente la sussistenza del reato e l'imputazione dello stesso al giudice.

A seconda della pena comminatagli e del tipo di reato commesso muteranno i requisiti di configurabilità dell'illecito disciplinare: mentre per la condanna, con sentenza divenuta irrevocabile o ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p., per delitto doloso o preterintenzionale alla pena detentiva sola o congiunta alla pena pecuniaria non è prevista alcuna condizione da soddisfare a tal fine, laddove la condanna, con le stesse modalità, sia dichiarata per delitti colposi, qualsiasi sia la pena comminata, è necessario che, per le modalità e le conseguenze, i fatti accertati abbiano carattere di particolare gravità. Lo stesso dicasi per tutti quei casi in cui si sia condannati, allo stesso modo, alla pena dell'arresto, con l'unica differenza che il criterio attraverso cui verificare il carattere di particolare gravità muta riferendosi in tal caso alla modalità di esecuzione dell'arresto.

L'ultimo periodo dell'art. 4 stabilisce, poi, che costituisca illecito disciplinare quel fatto considerato come reato che sia "idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita".

⁸⁵ La scarsa rilevanza non rileva solo sotto il profilo disciplinare, bensì, ricordando il disposto dell'art. 1455 c.c., anche sotto quello contrattuale.

In questo caso, pertanto, si deroga al principio secondo cui presupposto per l'esercizio dell'azione disciplinare per fatti costituenti reato sia una sentenza penale di condanna o altro provvedimento ad essa equiparata che accerti una siffatta natura dei fatti, venendosi però a creare un problema di fondo: se non interviene una pronuncia giurisprudenziale che accerti il fatto, non si capisce come si possa verificare la reale qualificazione dello stesso come reato, posto che essa è necessaria per giungere ad un esito positivo del giudizio disciplinare.

b. (*Segue:*) Il quadro sanzionatorio: gli art. da 5 a 13 del d.lgs. 109/2006.

Il legislatore del 2006, sulla scia di quanto già avvenuto con i decreti succedutisi nel tempo⁸⁶, si premura di riformare il quadro sanzionatorio mediante la previsione di nuovi provvedimenti adottabili dalla Sezione disciplinare istituita presso il Consiglio Superiore della Magistratura, che come si vedrà è competente a conoscere e decidere in merito alla responsabilità disciplinare del magistrato. A differenza di quanto verificatosi in passato, le innovazioni in tale ambito non risultano, però, lievi ed a tratti insignificanti, anzi: le modifiche apportate sono ingenti e mettono ordine là dove prima era tutto lasciato alla discrezionalità dell'organo giudicante.

In primo luogo vi è un'elencazione, in ordine di gravità, delle sanzioni applicabili al magistrato che sia giustamente incolpato e condannato in sede disciplinare⁸⁷. Ciò non è nuovo considerando che anche nel secolo scorso veniva seguita questa schematizzazione. L'innovazione, tuttavia, sta nell'eliminazione della destituzione in favore di due nuove sanzioni: l'incapacità temporanea ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo e la

⁸⁶ Cfr. r.d. 511/1946 e D.P.R. 449/1988.

⁸⁷ Art. 5 d.lgs. 109/2006.

sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni. Vengono invece mantenute ferme quelle tradizionali dell'ammonimento, della censura, della perdita dell'anzianità e della rimozione. Molto spesso la somiglianza fra ammonimento e censura viene scambiata per un'identità fra i due provvedimenti, tuttavia una distinzione, seppur solo a livello formale, vi è.

Da un lato, l'ammonimento altro non è se non un richiamo verbale che viene rivolto al magistrato incolpato dal superiore gerarchico e che, di fatto, non produce alcuna conseguenza se non quella di avvertire il destinatario dell'illiceità a cui ha dato luogo e dell'eventuale condanna in sede disciplinare qualora dovesse reiterarla; dall'altro, la censura è una dichiarazione formale di biasimo, e pertanto scritta, in cui si precisa la condotta da cui scaturisce l'illecito disciplinare e l'avvertimento per cui in caso di reiterazione si procederà con sanzioni più gravi, la quale è contenuta nel dispositivo della sentenza di condanna.

Per quanto riguarda, poi, la perdita dell'anzianità, essa non può essere inferiore a due mesi o superiore a due anni. Tale previsione è importante poiché incide direttamente sulla progressione in carriera del magistrato⁸⁸.

Ancora, per l'incapacità temporanea dall'esercizio di incarichi direttivi o semidirettivi si prevede una durata dell'interdizione, per così dire, dai sei mesi ai due anni, con la garanzia per il soggetto che svolgeva questo tipo di incarichi prima della condanna a vedersi affidato un ruolo per cui debba svolgere funzioni non direttive o semidirettive, se l'incapacità attiene

⁸⁸ L'ordinamento giudiziario italiano stabilisce che la progressione economica dei magistrati si articola automaticamente per classi crescenti di anzianità, scandite dalle valutazioni periodiche di professionalità. È riconosciuta la possibilità di conseguire una classe retributiva superiore a quella spettante per anzianità, nel caso si ottenga l'attribuzione di funzioni superiori per concorso. La legge, ancora vigente, prevede in totale otto classi biennali con aumenti del 6 per cento. All'interno di ciascuna *classe* sono previsti degli *scatti biennali* che corrispondono al 2,50% dell'importo dello stipendio, e dove presente, della classe in godimento. I passaggi di classe prevedono il cosiddetto effetto *trascinamento*, in base al quale gli anni di carriera pregressa non possono essere persi ai fini economici e devono essere trascinati nelle posizioni e qualifiche successive, dal momento che non è possibile riconoscere un'anzianità economica inferiore a quella di servizio effettiva.

l'esercizio delle sole funzioni direttive, corrispondenti alla sua qualifica. Da notare, ancora, che la temporaneità inerisce solo ed unicamente l'incapacità generalmente considerata, poiché rimane invece fermo, e quindi permanente, il divieto di poter esercitare funzioni direttive o semidirettive, nell'ufficio presso cui le svolgeva prima della condanna disciplinare.

La sospensione dalle funzioni giudiziarie, invece, comporta non solo l'impossibilità per il magistrato di svolgerle, bensì anche quella di percepire integralmente lo stipendio, venendo il soggetto in questione collocato fuori dal ruolo organico della magistratura. È importante, tuttavia, chiarire che l'avverbio "integralmente" non è utilizzato con superficialità: il giudice, infatti, nonostante la sospensione continuerà ad essere pagato, seppur in misura inferiore, grazie all'erogazione di un assegno alimentare il cui valore è proporzionato alla classe stipendiale di appartenenza⁸⁹. La *ratio* di questa previsione si rinviene nella volontà di punire unicamente l'autore dell'illecito senza che da ciò possa derivare il coinvolgimento di persone estranee al fatto e, pertanto, innocenti; si pensi ai membri del nucleo familiare del magistrato che fanno affidamento sulle entrate da quest'ultimo riscosse per poter sostenere le spese essenziali. Nonostante la nobiltà della giustificazione appena esposta, tuttavia, appare comunque una soluzione con ampi margini di miglioramento, soprattutto ove si consideri che colui che viene colpito dalla sospensione cesserà, seppur temporaneamente, di svolgere l'incarico per cui, sebbene parzialmente, comunque viene pagato. Non pare convincente, allora, il tentativo del legislatore di mascherare questa retribuzione "pro bono" sotto la veste

⁸⁹ Se il magistrato sta percependo il trattamento economico riservato alla prima o seconda o terza classe stipendiale, l'assegno corrisponderà ad una somma pari ai due terzi dello stipendio; pari alla metà, se appartiene alla quarta o quinta classe; a un terzo, se invece appartiene alla sesta o settima classe.

dell'assegno alimentare.

Infine, la sanzione che supera tutte le precedenti in quanto a gravità è la rimozione. Con essa si determina, infatti, lo scioglimento del rapporto di servizio fra lo Stato ed il magistrato esonerando quest'ultimo dall'esercizio delle funzioni giudiziarie e privandolo di quei poteri che trovano giustificazione proprio in ragione della particolare attività professionale svolta. Proprio a causa della grande incisività del provvedimento in questione, se ne prevede l'adozione solo in casi limite come, ad esempio, quello sopra ricordato in cui il magistrato abbia ottenuto direttamente o indirettamente, prestiti o agevolazioni da soggetti che lo stesso sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza o presso altro ufficio che si trovi nel distretto di Corte d'appello nel quale esercita le funzioni giudiziarie, ovvero dai difensori di costoro, nonché laddove abbia ottenuto tali vantaggi, allo stesso modo, a condizioni di eccezionale favore, da parti offese o testimoni o comunque da soggetti coinvolti in detti procedimenti; oltre il caso appena esposto, la rimozione viene comminata qualora l'incolpato sia incorso, in sede penale, nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici piuttosto che in una condanna a pena detentiva per delitto non colposo non inferiore ad un anno la cui esecuzione non sia stata sospesa ai sensi degli articoli 163 e 164 del codice penale o per la quale sia intervenuto un provvedimento di revoca della sospensione ai sensi dell'articolo 168 dello stesso codice⁹⁰. Di fronte ad una previsione del genere la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura non è rimasta inerte, bensì ha sollevato questione di legittimità costituzionale all'apposita Corte che, prontamente, ha enunciato un principio rivoluzionario rispetto alla

⁹⁰ Vedasi l'art. 12 d.lgs. 109/2006 e, nel dettaglio, il rinvio da esso operato all'art. 3, comma 1, lettera e) del medesimo testo normativo.

sua precedente giurisprudenza. Il quesito postole, a differenza di quanto si possa ipotizzare, non si fondava su un presunto contrasto tra i principi e le garanzie consacrate nel titolo costituzionale dedicato alla Magistratura e la formulazione del comma 5 dell'art. 13 d.lgs. 109/2006, quanto più, invece, sull'illegittimità di cui la norma in questione peccerebbe in relazione al necessario ossequio del principio fondamentale contenuto all'interno dell'art. 3 della costituzione. Nonostante la scelta argomentativa adoperata possa sembrare curiosa, è in realtà perfettamente comprensibile il motivo che ha spinto il giudice disciplinare ad una tale determinazione qualora si prenda in considerazione l'obiettivo da essa perseguito: l'intenzione, o meglio, la richiesta era quella di estendere la giurisprudenza costituzionale volta a negare la legittimità costituzionale degli automatismi sanzionatori in ambito giurisdizionale⁹¹, specialmente penale, anche e soprattutto alla procedura disciplinare; un simile traguardo era stato già tagliato grazie alle sentenze n. 234 del 2015 e n. 268 del 2016 che, a loro volta, dichiaravano l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 1, d.lgs. 109/2006 nella parte in cui si stabiliva la sanzione del trasferimento obbligatorio ad altra sede o ad altro ufficio qualora venissero accertati gli illeciti disciplinari previsti dall'art. 2, comma 1, lett. a), dello stesso testo. A tale scopo si allegavano, dunque, le stesse motivazioni addotte dalla Consulta per contestare la conformità al testo fondamentale dei suddetti divieti. Il principio di ragionevolezza veniva allora declinato in termini di proporzionalità, ponendo all'attenzione della Corte la disparità di trattamento "interna" operata nei confronti di tre situazioni aventi un disvalore differente l'una dall'altra e che, pur tuttavia, venivano condannate allo stesso modo, nonché la sproporzione manifesta tra l'entità della sanzione

⁹¹ Cfr. LEONE S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Apostoli-Gorlani* (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, p. 223.

della rimozione e le condotte che ne obbligano la comminazione, e per finire una disparità di trattamento “esterna” che differisce da quella “interna” per il semplice fatto che in questo caso si effettua un paragone tra fattispecie non ricomprese tra quelle espressamente previste all’interno del comma 5 dell’art. 12 d.lgs. 109/2006, bensì tra comportamenti per cui sono state previste sanzioni di incisività inferiore e che, nonostante ciò, sono suscettibili di presentare un grado di disvalore maggiore rispetto alle tre che rendono obbligatoria la comminazione della rimozione⁹².

Con la sentenza n. 197 del 2018, comunque, la Corte costituzionale abbatte ogni contestazione in merito alla legittimità della disposizione in tema di rimozione negando, pertanto, la possibile estensione della propria giurisprudenza, sfavorevole agli automatismi sanzionatori, alla procedura disciplinare. Si argomenta nel seguente modo: le sanzioni penali tutte e quella disciplinare oggetto d’esame hanno diversa natura e funzioni. Le prime assurgono sì ad una funzione preventivo-punitiva, ma ai sensi dell’art. 27 Cost. ad esse viene attribuita un’ulteriore finalità consistente nella rieducazione del colpevole; la seconda, d’altro canto, non è informata a tale scopo avendo di mira solo ed unicamente la tutela dei diritti di ogni singolo consociato ed il ripristino della fiducia del popolo “nell’indipendenza, correttezza ed imparzialità del sistema giudiziario compromessa o anche solo messa in pericolo dalla condotta del magistrato”⁹³. Emerge, ancora una volta, una conferma della tendenza all’autopreservazione dei privilegi acquisiti nel tempo dalla magistratura: il procedimento disciplinare corrisponde, che lo si voglia ammettere o no, ad uno strumento di

⁹² Cfr. Cass. civ. 03 maggio 2019, n. 11747, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2019, p. 1540C, con nota di PENASA S., *Verso una razionalizzazione dell’attuazione della responsabilità disciplinare e civile dei magistrati? Spunti dalla giurisprudenza*.

⁹³ Così, Corte cost. n. 197/2018, § 9.

cui la magistratura si serve anche, seppur non esclusivamente, per veicolare l'opinione pubblica tentando di riequilibrarla laddove vacillante.

Dopo aver concluso la disamina sui vari provvedimenti sanzionatori individuati espressamente dall'art. 5 del d.lgs. 109/2006, occorre richiamare fin da ora quanto disposto dall'art. 13 il quale, per l'appunto, prevede l'esistenza di una sanzione ulteriore: il trasferimento d'ufficio del magistrato. Il motivo per il quale non lo si ricomprende all'interno dell'art. 5 è presto detto: il trasferimento in questione opera non come sanzione autonoma, bensì con funzione sostitutiva rispetto a quelle diverse dall'ammonimento e dalla rimozione, entrambe aventi un grado di gravità incompatibile con questa tipologia di provvedimento. Si può optare per questa via qualora, per la condotta tenuta, si ritenga necessario spostare il magistrato in un'altra sede o ufficio poiché la permanenza nei luoghi in cui si trova sarebbe in contrasto con il buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia. In ogni caso la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura dovrà sempre decidere in tal senso laddove l'incolpato, tenendo comportamenti non consoni e violativi dei propri doveri, arrechi un danno ingiusto o un indebito vantaggio ad una delle parti piuttosto che, ancora, laddove sia stata disposta la sospensione dalle funzioni.

Allo stesso modo, il trasferimento d'ufficio può essere utilizzato per fini, oltreché punitivi, anche cautelari. Il comma 2 dell'art. 13 dispone, infatti, che “nei casi di procedimento disciplinare per addebiti punibili con una sanzione diversa dall'ammonimento, su richiesta del Ministro della giustizia o del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ove sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, in via cautelare e provvisoria, può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre

funzioni del magistrato incolpato”.

Chiarito tutto ciò, bisogna ora soffermarsi sulla disposizione che, più di tutte, ha attribuito al quadro sanzionatorio un ordine ed organizzazione inesistenti prima del 2006. Si tratta dell’art. 12, norma all’interno della quale si batte il terreno sul quale il giudice disciplinare dovrà poi camminare per giungere alla decisione finale, andando ad individuare se, come e quando adottare un certo tipo di provvedimenti in luogo di altri. Torna qui, poi, il tema della gravità che funge da criterio fondamentale per l’individuazione, da parte del giudice, della sanzione da ingiungere per ciascun illecito disciplinare.

In primis, si stabilisce che dovrà essere applicata una sanzione non inferiore alla censura per gli illeciti di cui all’art. 2, comma 1, lettere *a), b), c), d), e), f)*, o ancora per quelli consistenti nel perseguimento di fini diversi dalla giustizia, nel reiterato o grave ritardo nel compimento degli atti⁹⁴, nel tenere comportamenti che, a causa dei rapporti comunque esistenti con i soggetti coinvolti nel procedimento ovvero a causa di avvenute interferenze, costituiscano violazione del dovere di imparzialità, nella scarsa ed abituale laboriosità, nella grave violazione del dovere di riservatezza, nell’uso della propria qualità di magistrato per conseguire vantaggi ingiusti e nello svolgimento di incarichi extragiudiziari senza avere richiesto o ottenuto la prescritta autorizzazione dal Consiglio superiore della magistratura, qualora per l’entità e la natura dell’incarico il fatto non si appalesi di particolare gravità.

Si prevede, in seguito, l’adozione di un provvedimento non inferiore alla perdita di anzianità per l’illecito di cui all’art. 3, comma 1, lettera *b)* e nel caso già richiamato in precedenza di

⁹⁴ Da notare che, in questo caso, a differenza di quanto previsto nell’art. 2, comma 1, lettera *g)*, gravità e reiterazione non devono necessariamente coesistere affinché il ritardo sia rilevante e suscettibile di giustificare la comminazione di una sanzione non inferiore alla censura. Ciò è ben chiaro dato l’utilizzo della congiunzione disgiuntiva “o” piuttosto che il connettivo “e”.

cui all'art. 2, comma 1, lettera *a*), con la precisazione, però, che il danno ed il vantaggio debbano essere, oltreché ingiusti, anche gravi. Lo stesso si chiarisce per la violazione di cui all'art. 12, comma 1, lettera *l*), dove non basta l'ingiustizia del vantaggio, bensì è necessario che sia anche grave ed abituale.

L'incapacità per lo svolgimento di incarichi direttivi o semidirettivi deve essere comminata nei casi di interferenza ripetuta o grave del dirigente dell'ufficio o del presidente della sezione nell'attività di un altro magistrato, mentre una sanzione non inferiore alla sospensione dalle funzioni è prevista laddove il magistrato accetti o svolga incarichi e uffici vietati dalla legge o per i quali non è stata richiesta o ottenuta la prescritta autorizzazione, se per l'entità e la natura dell'incarico il fatto si debba considerare di particolare gravità.

Per la rimozione si rinvia a quanto detto in precedenza.

L'ultimo quesito a cui rispondere è cosa accade se un magistrato viene chiamato in causa per aver compiuto più illeciti di diversa natura. Se il tipo di illeciti compiuti non differisce e i due non rientrano in diverse "categorie sanzionatorie", *nulla quaestio*. Nella più ostica delle ipotesi, invece, si tratterà di comportamenti tali da giustificare la condanna a diverse sanzioni, pertanto ci si chiede come sia possibile risolvere questo problema. La soluzione la si ottiene individuando l'illecito considerato più grave e per cui bisogna irrogare una sanzione più elevata rispetto agli altri illeciti per cui il magistrato sta in giudizio così da poter fare riferimento a quest'ultimo⁹⁵.

⁹⁵ V. art. 5, comma 2, d.lgs. 109/2006

c. (*Segue:*) Il procedimento disciplinare: gli articoli 14 e seguenti del d.lgs. 109/2006.

Fino alla riforma del 2006 l'azione disciplinare veniva esercitata, su richiesta del Ministro della giustizia, dal pubblico ministero presso il Tribunale disciplinare competente⁹⁶. Con la nuova regolamentazione, tuttavia, venendo radicata la competenza presso un organo giudicante differente, muta anche il soggetto che risulta essere titolare di tale facoltà.

Ad oggi, pertanto, munito di giurisdizione in tale materia, in quanto esercente il potere di sorveglianza sui magistrati, è il Consiglio superiore della magistratura, che a sua volta attribuisce la risoluzione di tali conflitti ad un'apposita sezione costituita al proprio interno⁹⁷.

Da tale cambiamento consegue la diversa previsione contenuta all'interno dell'art. 14 d.lgs. 109/2006 consistente nell'individuazione del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione e del Ministro della giustizia quali soggetti esclusivamente legittimati ad avviare un procedimento disciplinare a carico di un magistrato. Questi due individui possono promuovere l'azione disciplinare in modi diversi, infatti mentre il Procuratore generale, dopo essere venuto a conoscenza del compimento di uno dei fatti costituenti illecito disciplinare ai sensi dell'art. 2 del decreto più volte citato, ha l'obbligo di esercitarla⁹⁸ qualora le indagini preliminari si siano concluse con un esito positivo rispetto al sostenimento dell'accusa in giudizio, indicando sommariamente i fatti per i quali si procede e dandone comunicazione al C.S.M. ed al Ministro della giustizia, quest'ultimo dovrà, invece, dare impulso al procedimento mediante la richiesta scritta di avvio delle indagini al Procuratore generale

⁹⁶ V. art. 27 r.d. 511/1946

⁹⁷ Si tratta della c.d. Sezione disciplinare.

⁹⁸ Tale obbligo non dev'essere inteso in senso letterale in quanto si ritiene che esso sia adempiuto anche laddove il Procuratore generale richieda il non luogo a procedere. In breve, si può affermare che l'obbligo in sé e per sé rilevante consista nella doverosa attività di indagine che, dando un determinato esito, potrà giustificare vuoi la decisione di esercitare l'azione disciplinare, vuoi quella di non farlo.

presso la Corte di Cassazione, attenendosi alle medesime prescrizioni contenutistiche ed informative di cui sopra.

Il Procuratore generale può in ogni momento e senza ulteriori adempimenti, anche laddove l'azione sia stata promossa dal Ministro della giustizia, contestare nuovi fatti all'indagato; viceversa, il Ministro potrà estendere l'azione disciplinare a nuovi fatti solo facendone richiesta al Procuratore generale.

Si stabilisce, inoltre, un obbligo di informazione in capo al C.S.M., ai consigli giudiziari ed ai dirigenti dei singoli uffici che dovranno quindi avvisare i soggetti individuati nel primo comma dell'art. 14 d.lgs. 109/2006 della commissione di fatti suscettibili di poter acquisire rilevanza in sede disciplinare. I presidenti di sezione e di collegio devono altresì rendere noti tutti i fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare a coloro legittimati a promuovere l'azione disciplinare. Quest'obbligo assume un carattere di complementarità rispetto ai commi 2 e 3 dell'art. 14. Ciò avviene poiché il Procuratore generale ed il Ministro della giustizia tanto potranno adempiere alla facoltà o all'obbligo ad essi attribuito in quanto avranno avuto conoscenza del compimento di un illecito. Senza non sarà pensabile che possa essere avviata la fase d'indagine ed ecco spiegato perché l'onere della comunicazione ricada su quegli organismi che sono per natura destinati ad averne contezza.

è importante, poi, distinguere fra promozione del procedimento o dell'azione disciplinare ed esercizio della stessa: nel primo caso si dà inizio ad una fase di indagine entro la quale il Procuratore generale dovrà sincerarsi della possibilità o meno di sostenere l'accusa in giudizio, proprio come se si stesse svolgendo un procedimento penale, nella seconda situazione, invece, lo stesso soggetto richiederà al giudice di fissare la data dell'udienza per il dibattimento piuttosto che, invece, il non luogo a procedersi. A tali richieste l'organo

giudicante provvederà con decreto da comunicarsi agli interessati.

Allo stesso tempo occorre rammentare una distinzione fondamentale già scandita in ambito penale: procedimento e processo sono due cose diverse in quanto il secondo costituisce una *species* del primo ed il primo ingloba il secondo; il procedimento disciplinare inizia, ai sensi dell'art. 15, comma 3, d.lgs. 109/2006, con la richiesta di indagini al Procuratore generale se ad attivarsi è il Ministro della giustizia, in caso contrario con l'avvio di suddetta fase; il processo, invece, è la carne viva del giudizio e sorge a partire dalla prima udienza fissata per il dibattimento.

Ebbene, effettuata questa distinzione, si chiarisce che la fase delle indagini non può durare in eterno così come, d'altro canto, l'esercizio dell'azione disciplinare non è privo di limiti. Entro un anno dall'espletamento di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata bisognerà attivarsi, altrimenti non si potrà più procedere nei confronti del magistrato di cui si sospetta la condotta illecita. Si considererà circostanziata, ancora, quella denuncia che contenga in sé tutti gli elementi costitutivi di una fattispecie avente rilievo disciplinare. In ogni caso vige il termine di decadenza decennale. I termini appena ricordati si sospendono di diritto in sei casi: se per il medesimo fatto è stata esercitata l'azione penale, ovvero il magistrato è stato arrestato o fermato o si trova in stato di custodia cautelare, riprendendo a decorrere dalla data in cui non è più soggetta ad impugnazione la sentenza di non luogo a procedere ovvero sono divenuti irrevocabili la sentenza o il decreto penale di condanna; se durante il procedimento disciplinare viene sollevata questione di legittimità costituzionale, riprendendo a decorrere dal giorno in cui è pubblicata la decisione della Corte costituzionale; se l'incolpato è sottoposto a perizia o ad accertamenti specialistici, e per tutto il tempo necessario; se il procedimento disciplinare è rinviato su richiesta dell'incolpato o del

suo difensore piuttosto che per impedimento dell'incolpato o del suo difensore; se, nei casi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere *g*) e *h*), all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo; se il procedimento è sospeso a seguito del provvedimento di cui all'art. 16, comma 5-*bis*⁹⁹.

La struttura odierna del procedimento di cui trattasi, pur rimanendo per certi aspetti assolutamente originale ed innovativa, ha molti punti di contatto con quella delineata dal codice di procedura penale. Le somiglianze non si sprecano ed iniziano a palesarsi, come si è visto, fin dai primi atti da compiersi e dalle facoltà attribuite a determinati soggetti: la denuncia in prima battuta è atto tipico soprattutto del procedimento penale nonostante possa rinvenirsi anche in ambito amministrativo; l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare in capo al Procuratore generale che ricorda quella espressamente prevista, seppur in altra sede, per il pubblico ministero¹⁰⁰; la possibilità di richiedere il non luogo a procedere; la previsione di una fase antecedente al giudizio assimilabile alle indagini preliminari di cui agli art. 326 c.p.p. e seguenti. Queste sono solo alcune delle correlazioni presenti fra i due testi normativi. In un certo senso si potrebbe vedere la legge del 2006 come uno studente

⁹⁹ Il testo normativo così dispone: "Il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione procede all'archiviazione se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante ai sensi dell'articolo 3-bis o forma oggetto di denuncia non circostanziata ai sensi dell'articolo 15, comma 1, ultimo periodo, o non rientra in alcuna delle ipotesi previste dagli articoli 2, 3 e 4 oppure se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. Il provvedimento di archiviazione è comunicato al Ministro della giustizia, il quale, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, può richiedere la trasmissione di copia degli atti e, nei sessanta giorni successivi alla ricezione degli stessi, può richiedere al presidente della sezione disciplinare la fissazione dell'udienza di discussione orale, formulando l'incolpazione. Sulla richiesta si provvede nei modi previsti nei commi 4 e 5 dell'articolo 17 e le funzioni di pubblico ministero, nella discussione orale, sono esercitate dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione o da un suo sostituto. Il provvedimento di archiviazione acquista efficacia solo se il termine di cui sopra sia interamente decorso senza che il Ministro abbia avanzato la richiesta di fissazione dell'udienza di discussione orale davanti alla sezione disciplinare. In tale caso è sospeso il termine di cui al comma 1 dell'articolo 15".

¹⁰⁰ V. art. 50 c.p.p.

che mira al maestro, il codice di procedura penale, per trarne insegnamento. A rafforzamento di quanto detto finora si richiama anche l'atto in cui si sostanzia l'esercizio dell'azione disciplinare, ovvero la formulazione dell'incolpazione che è, fondamentale, il corrispettivo dell'imputazione differendo da quest'ultima per la sola denominazione, mentre per i caratteri essenziali vi rimane identica¹⁰¹.

Non appare strano, pertanto, che gli art. 16 e 17 del decreto legislativo rinviino a quanto disposto dal codice di procedura penale in tema di indagini preliminari¹⁰² e dibattimento. Per completezza, tuttavia, occorre chiarire alcuni passaggi peculiari del procedimento disciplinare che lo rendono leggermente dissimile rispetto a quello penale.

Nel dibattimento, infatti, si prevede che a poter svolgere determinati atti, come, ad esempio, depositare memorie, esaminare i testi, i periti o i consulenti qualora ve ne siano ed interrogare l'incolpato, sia il delegato del Ministro della giustizia. Nonostante non sia espressamente previsto dalla lettera della norma, comunque, si deve desumere che tali facoltà siano riconosciute in egual misura anche al Procuratore generale. Ancora, sebbene la regola generale sia quella della pubblicità dell'udienza, ad essa si deroga nel caso in cui ricorrano "esigenze di tutela della credibilità della funzione giudiziaria, con riferimento ai fatti contestati ed all'ufficio che l'incolpato occupa, ovvero esigenze di tutela del diritto dei

¹⁰¹ Nel formulare l'incolpazione, così come per l'imputazione, è necessario individuare l'autore dell'illecito, le norme di diritto violate e la fattispecie concreta imputabile all'indagato. Lo stesso, poi, acquisisce la qualità di incolpato solo a seguito dell'esercizio dell'azione disciplinare, proprio come avviene nel procedimento penale dove prima di tale momento l'imputato non è altro che indagato.

¹⁰² Anche qui, ad esempio, laddove il Procuratore generale richieda il non luogo a procedere, il giudice dovrà provvedere con decreto. Se esso avrà esito negativo e, dunque, rigetti l'istanza, ordinerà la formulazione coatta dell'incolpazione allo stesso modo in cui viene prevista quella dell'imputazione all'interno dell'art. 409 c.p.p.; un altro riferimento doveroso è al compimento degli atti di indagine: seppur non espressamente citati, nel d.lgs. 109/2006 viene trattato e disciplinato il tema dei c.d. "atti garantiti", ovvero atti per la cui validità è necessaria la presenza del difensore della parte o, comunque, l'avviso a quest'ultimo che si sta per procedere all'espletamento di uno di tali atti.

terzi”¹⁰³. Per l’ennesima volta viene sovrastimata la figura del magistrato a discapito del privato. Al fine di comprendere al meglio quest’ultima affermazione è sufficiente ricordare la *ratio* su cui si fonda il principio di pubblicità delle udienze: assicurare il controllo esterno sull’operato dell’organo giudicante verificando la conformità dell’attività da esso svolta al giusto processo così come regolato dall’art. 111 della carta costituzionale. Ora, se è vero che esistono in concreto casi in cui è possibile derogare a tale principio, vedasi le ipotesi in cui il giudice debba decidere in camera di consiglio¹⁰⁴, non appare logico che ciò debba avvenire in questa situazione. Tale considerazione è dettata dalla natura del rapporto intercorrente tra giudicato e giudicanti: ad essere sottoposto a giudizio è un magistrato che, a sua volta, verrà giudicato da altri individui aventi la stessa qualità. Ebbene, nonostante ciò non comporti necessariamente una distorsione e, quindi, un malfunzionamento della macchina giudiziaria, comunque rende più improbabile il raggiungimento dello scopo che ci si pone disponendo che l’udienza venga svolta a porte chiuse poiché i singoli individui, anche e soprattutto a causa di questa previsione, potrebbero pensare ad una concretizzazione del celebre detto popolare, nonché frase tristemente ricordata ed utilizzata da Andreotti, secondo cui “i panni sporchi si lavano in famiglia”, pensando alla possibilità non surreale che esista uno spirito di casta tale da poter svincolare l’inculpato da qualsivoglia responsabilità. Quello che sembra non comprendersi è che il problema della scorretta amministrazione della giustizia che inevitabilmente si traduce in comportamenti illeciti del magistrato non interessa solo l’autore del fatto, l’ordine giudiziario o lo Stato, ma anche il cittadino privato che ha diritto ad un’organizzazione efficiente in tal senso; nonostante questo, però, nel 2021 il singolo è

¹⁰³ V. art. 18 d.lgs. 109/2006.

¹⁰⁴ Si opta per il procedimento camerale laddove sussistano esigenze di celerità e riservatezza.

ancora rimesso alla volontà della Sezione disciplinare che potrà, a patto che sussistano le condizioni predette, privarlo di uno strumento fondamentale per l'esercizio di un proprio diritto.

Infine, ulteriore peculiarità di questo giudizio dibattimentale è la modalità di acquisizione degli atti da parte dell'organo giudicante. Ai sensi dell'art. 18, comma 3, d.lgs. 109/2006, infatti, si stabilisce che essa potrà assumere, anche d'ufficio, tutte le prove che ritiene utili, disporre o consentire la lettura di rapporti dell'Ispettorato generale del Ministero della giustizia, dei consigli giudiziari e dei dirigenti degli uffici, la lettura di atti dei fascicoli personali nonché delle prove acquisite nel corso delle indagini e consentire l'esibizione di documenti da parte del pubblico ministero, dell'incolpato e del delegato del Ministro della giustizia.

Alla conclusione del dibattimento il collegio giudicante pronuncia sentenza attraverso cui irroga la sanzione disciplinare o dichiara escluso l'addebito. Alla deliberazione, comunque, non può assistere il pubblico ministero. Al fine di renderli noti agli interessati, i motivi della decisione sono depositati presso la segreteria della Sezione disciplinare entro trenta giorni dalla deliberazione.

Il provvedimento finale è suscettibile di essere revocato mediante revisione quando, come chiarito dal primo comma dell'art. 25 alle lettere *a)*, *b)* e *c)*, i fatti posti a fondamento della sentenza risultano incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile ovvero in una sentenza di non luogo a procedere non più soggetta ad impugnazione, piuttosto che nel caso in cui siano sopravvenuti o si scoprono, dopo la decisione, nuovi elementi di prova che, soli o uniti a quelli già esaminati nel procedimento disciplinare, dimostrano l'insussistenza dell'illecito, o ancora qualora il giudizio di responsabilità e l'applicazione della

relativa sanzione siano stati determinati da falsità ovvero da altro reato accertato con sentenza irrevocabile. Gli elementi su cui si fonda la domanda di revisione devono essere tali da escludere l'addebito o, comunque, da giustificare l'irrogazione di una pena diversa dalla rimozione o dal trasferimento d'ufficio una volta che siano stati accertati; laddove non si rispetti questa prescrizione l'atto sarà affetto da inammissibilità. La decisione presa in sede di revisione, allo stesso modo delle sentenze che comminano una sanzione disciplinare e dei provvedimenti cautelari eventualmente emanati nel corso del procedimento, può essere soggetta a ricorso per cassazione qualora si lamenti la presenza di un *error in iudicando*, un *error in procedendo*, la manifesta illogicità o contraddittorietà della parte motiva, la mancata assunzione di una prova decisiva, l'eccesso di potere. Sul ricorso decideranno le sezioni unite penali della Cassazione. L'art. 24 del decreto del 2006, comunque, rinvia per la disciplina dettagliata a quanto disposto nel codice di procedura penale.

Si è fatto riferimento, parlando dei provvedimenti idonei a formare oggetto di ricorso in cassazione, a quelli cautelari. A tal riguardo occorre richiamare un concetto già esaminato in precedenza approfondendo il tema delle sanzioni disciplinari: la sospensione dalle funzioni. Ora, l'atto con il quale viene prodotto un effetto simile non dev'essere necessariamente considerato come volto esclusivamente ed in ogni momento al perseguimento del magistrato in quanto autore del fatto illecito; è ben possibile, invero, che un'altra sia l'esigenza che si vuole soddisfare e che essa possa consistere nella semplice volontà di preservare la macchina giudiziaria esente da ogni pregiudizio che, con la propria condotta, l'incolpato potrebbe arrecarle qualora continuasse ad esercitare le funzioni attribuitegli. Bisognerà distinguere pertanto tra la "sospensione-sanzione" e la sospensione "cautelare". Le modalità di esecuzione di quest'ultima sono le medesime di quelle riportate nell'art. 10 d.lgs. 109/2006

prevedendosi ancora una volta la corresponsione di un assegno alimentare durante il periodo d'inattività con tutte le conseguenze che da una siffatta previsione derivano. Gli art. 21 e 22, ancora, individuano due tipi di sospensione cautelare. Da un lato vi è quella obbligatoria: essa opera in tutti quei casi in cui l'incolpato sia stato sottoposto a misura cautelare personale nel corso di un procedimento penale; l'obbligatorietà consiste nell'assenza di discrezionalità da parte della Sezione disciplinare in merito al se irrogarla o meno, nel momento in cui il Ministro della giustizia o il Procuratore generale gliene facciano richiesta. Questo tipo di sospensione permane fintanto che si mantiene viva la misura cautelare, pertanto cesserà di avere effetto nel momento in cui sarà disposto, nell'apposito procedimento penale, il non luogo a procedere o la revoca del provvedimento cautelare¹⁰⁵ o, ancora, sarà emanata sentenza irrevocabile che concluderà il giudizio.

Dall'altro lato si prevede quella facoltativa: questo tipo di sospensione cautelare opera nel caso in cui il magistrato indagato o incolpato sia sottoposto a procedimento penale non colposo punibile con la pena detentiva o quando al medesimo possono essere ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare che, per la loro gravità, siano incompatibili con l'esercizio delle funzioni; si prevede qui una discrezionalità dell'organo giudicante che potrà legittimamente rifiutare la richiesta di sospensione avanzata dal Ministro o dal Procuratore generale laddove, a seguito di un'udienza svolta in contraddittorio fra le parti in cui dovranno essere convocati e sentiti il magistrato interessato ed il suo difensore¹⁰⁶, non ritenga

¹⁰⁵ La revoca del provvedimento di sospensione dovrà essere disposta, anche d'ufficio, dalla Sezione disciplinare qualora la misura cautelare personale sia venuta meno per l'assenza di gravi indizi di colpevolezza. Negli altri casi sussisterà una semplice facoltà di revoca.

¹⁰⁶ La convocazione del magistrato dinanzi alla Sezione disciplinare deve avvenire con un preavviso di almeno tre giorni dalla data dell'udienza. Inoltre, non poche somiglianze vi sono fra quest'udienza e l'interrogatorio di garanzia espletato in sede penale. La differenza principale fra le due udienze si rinviene nella circostanza per la quale l'interrogatorio di garanzia ha luogo dopo aver già eseguito la misura cautelare, mentre invece nel

sussistenti i presupposti per l'adozione del provvedimento in questione. Questo tipo di sospensione cautelare può essere revocata in qualsiasi momento ed anche d'ufficio dalla Sezione disciplinare.

L'art. 23, infine, stabilisce che alla revoca della sospensione cautelare per la pronuncia di sentenza irrevocabile che proscioglie il magistrato da tutte le accuse o per la dichiarazione del non luogo a procedere consegue il ripristino della situazione antecedente “con attribuzione, nei limiti dei posti vacanti, di funzioni di livello pari a quelle più elevate assegnate ai magistrati che lo seguivano nel ruolo al momento della sospensione cautelare, ad eccezione delle funzioni direttive superiori giudicanti e requirenti di legittimità e delle funzioni direttive superiori apicali di legittimità, previa valutazione, da parte del Consiglio superiore della magistratura, delle attitudini desunte dalle funzioni da ultimo esercitate”. Viene lasciata poi una scelta al magistrato ingiustamente sospeso qualora non siano disponibili posti di grado superiore rispetto a quello di cui era investito al momento anteriore alla sospensione e debba, per questo motivo, accontentarsi di essere assegnato al posto precedentemente occupato, ma anche quest'ultimo risulti vacante. In questo caso avrà diritto di scelta fra quelli disponibili, ed entro un anno potrà chiedere l'assegnazione ad un ufficio analogo a quello originariamente ricoperto, con precedenza rispetto ad altri eventuali concorrenti. Questa disposizione risulta particolarmente curiosa. Se si parla, infatti, di una misura cautelare personale eseguita nei confronti di una persona qualunque che sia sottoposta a procedimento penale, ad esempio, di certo non si può affermare che questa abbia diritto a privilegi di questo tipo laddove a seguito del giudizio si accerti l'insussistenza del fatto o

procedimento disciplinare tale “interrogatorio” costituisce attività preliminare per la disposizione della sospensione cautelare facoltativa.

l'innocenza della stessa: non sarà reintegrata nel luogo di lavoro nel caso in cui l'esecuzione della misura cautelare o la prosecuzione del processo sia stata la causa di un'inattività professionale, né tantomeno otterrà aumenti o promozioni; potrà al massimo avere diritto ad un risarcimento qualora sia stata ingiustamente detenuta, ma nulla più. Ci si chiede, allora, come mai, pur trovandosi in un contesto disciplinare, un magistrato abbia per il solo fatto di essere tale un tale vantaggio rispetto al privato. Con ciò non si vuole affermare che sia ingiusto il reintegro dello stesso nelle sue funzioni, quanto più la promozione implicita a cui avrebbe diritto per il solo fatto di essere stato ingiustamente sospeso.

In ogni caso, la sospensione cautelare cessa di diritto con la pronuncia della sentenza disciplinare che conclude il giudizio.

Finora è emerso prepotentemente il rapporto intercorrente tra procedimento penale e disciplinare, restando in ombra, invece, quello tra quest'ultimo e la disciplina processualcivilistica. In tal senso è opportuno soffermarsi sull'art. 20 del d.lgs. 109/2006, tentando di comprenderne la portata anche alla luce delle disposizioni di cui agli art. 6 e 9 della c.d. legge Vassalli¹⁰⁷ così come riformata dalla legge 18/2015.

L'art. 20 è diviso in tre commi: il primo opera come una sorta di dichiarazione d'intenti secondo la quale l'azione disciplinare, e quindi anche l'operato del C.S.M. in veste di giudice disciplinare, debba rimanere indipendente dalle azioni civili o penali che altri individui possano promuovere dinanzi agli organi competenti per le cause inerenti le suddette materie. Gli ultimi due commi, invece, fungono da norme regolatrici di quanto previsto dal primo comma, andando in concreto ad individuare le modalità attraverso le quali tale garanzia si

¹⁰⁷ Legge 117 del 1988.

esterna e prescrivendo, inoltre, un'indipendenza del procedimento disciplinare non solo rispetto alla proposizione dell'azione in sede civile, bensì anche rispetto agli atti che ivi vengono compiuti.

Partendo dal primo comma se ne riporta il testo integrale: “L'azione disciplinare è promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno o dall'azione penale relativa allo stesso fatto, ferme restando le ipotesi di sospensione dei termini di cui all'articolo 15, comma 8”. La lettera della norma sembra alquanto cristallina: viene espresso in termini chiari che l'azione disciplinare non può trovare la sua unica ragion d'essere in altra azione penale o civile che sia stata avanzata in prima istanza nei confronti del magistrato, precisando, poi, che allo stesso modo è prevista la sospensione dei termini di cui all'art. 15 d.lgs. 109/2006 solo nei casi indicati dal comma 8 dello stesso articolo.

Dei problemi si creano, tuttavia, qualora si prenda in considerazione, oltreché questa singola disposizione, quanto stabilito all'interno dell'art. 9, la cui rubrica riporta proprio la denominazione “azione disciplinare”. Viene disposto, infatti, che “Il procuratore generale presso la Corte di cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta”; sembra che le due norme cozzino fra loro, affermandosi in quest'ultima una sorta di obbligatorietà per il Procuratore generale di azionarsi disciplinarmente negli stessi casi in cui l'art. 20 d.lgs. 109/2006 lo esclude a prescindere. Un simile conflitto non sarebbe certo di facile soluzione laddove ci si impuntasse a volervi addivenire mediante la costruzione di un ragionamento volto a giustificare la coesistenza delle due norme di cui trattasi senza, però, minare l'efficacia dell'una o dell'altra. Richiamando quanto affermato da Fresa e Sgroi in una

relazione dagli stessi redatta durante lo svolgimento di un seminario del Consiglio Superiore della Magistratura sulla nuova responsabilità civile del magistrato, si ritiene, allora, che il termine “devono” debba essere visto come un mero residuo di una regolamentazione obsoleta che continua ad esistere solo formalmente, non trovando dunque alcuna applicazione concreta, a causa del mancato coordinamento tra l’originario testo del 1988, antecedente alla tipizzazione degli illeciti disciplinari del 2006, ed il nuovo testo del 2015, che ha previsto l’abrogazione dell’obbligo di comunicazione ai titolari dell’azione disciplinare nel caso di ammissibilità dell’azione risarcitoria. I motivi che portano ad avvalorare questa tesi sono vari.

In primo luogo, costituiscono illecito disciplinare solo quei fatti che siano esplicitamente individuati dagli art. 2, 3 e 4 del d.lgs. 109 del 2006. Laddove si desse per vero il disposto normativo dell’art. 9 della legge Vassalli si dovrebbe altresì ammettere l’esistenza di illeciti disciplinari atipici, il che risulta, ovviamente, improbabile dato che il motore della nuova disciplina prevista nel decreto legislativo in questione è stata proprio la volontà di circoscrivere dettagliatamente le fattispecie che possono dar vita a questo tipo di responsabilità.

In secondo luogo, poi, ad ostacolare una determinazione di senso contrario si pone la differente struttura processuale che regola i due procedimenti: come è stato detto, per quello disciplinare prevede l’esperimento di un giudizio prognostico in merito alla fondatezza della violazione che si suppone sia stata posta in essere dal magistrato; solo se l’esito di questo vaglio preliminare, che si sostanzia nella fase delle indagini, risulta positivo si potrà ritenere la sussistenza, in capo al Procuratore generale, dell’obbligo relativo all’esercizio dell’azione

disciplinare. Non si può omettere questa fase di analisi preventiva¹⁰⁸. In sede civile non viene eseguito alcun controllo preventivo sulla fondatezza e, dunque, sull'ammissibilità della domanda prima del giudizio, al massimo si verifica la regolarità della stessa nella prima udienza dove, ricordando l'art. 164 c.p.c., il giudice può rilevarne eventuali vizi e disporre di conseguenza; nonostante questa precisazione, tuttavia, tale controllo si svolge comunque dopo l'instaurazione del processo, di certo non prima. Per tale ragione, non esistendo un corrispettivo delle indagini preliminari in tale sede, si può ritenere che sia paradossale il far conseguire dalla proposizione dell'azione di risarcimento contro un giudice il necessario esercizio di quella disciplinare e ciò poiché, altrimenti, si finirebbe per ammettere la possibilità che una fase caratteristica ed imprescindibile per la procedura disciplinare possa essere omessa.

Si è pensato dunque, sulla scia di quanto detto finora, che, pur non potendo attribuire alla proposizione dell'azione di risarcimento il potere di produrre un effetto prorompente quale quello della creazione di un obbligo in capo al Procuratore generale, tale risultato possa essere raggiunto in un momento successivo rispetto all'instaurazione del giudizio e più precisamente in quello della pronuncia della sentenza in cui venga accertato il fatto pregiudizievole e l'imputabilità dello stesso al magistrato. Questa opzione presenta punti di forza e di debolezza: da un lato si risolvono i problemi in merito all'assenza di una fase d'indagine in quanto lo svolgimento del processo civile che dà causa al provvedimento definitivo fungerebbe da degno sostituto della stessa; dall'altro, però, si deve fin da ora

¹⁰⁸ Persino il codice di procedura penale, pur prevedendo dei procedimenti speciali che si discostano dalla procedura ordinaria, chiarisce che a potersi omettere sia solo l'udienza preliminare o il dibattimento, di certo non la fase delle indagini. Neanche nei casi di citazione diretta in giudizio si ritiene di poter fare a meno di essa, essendo anche qui considerata superflua la sola udienza preliminare.

accennare al fatto che il giudizio civile di responsabilità contro il magistrato si articola in due fasi distinte in cui parti sono soggetti differenti. Utilizzare il termine “fasi”, a dire il vero, è riduttivo, in quanto si tratta di veri e propri processi. Nel primo il danneggiato affronta lo Stato, il quale funge da garante e responsabile dell’operato del magistrato; nel secondo, dopo che sia stata accertata la sussistenza di tutti i requisiti necessari affinché si possa configurare la responsabilità extracontrattuale del giudice, lo Stato dovrà rivalersi nei confronti del funzionario di giustizia. Sul punto si tornerà in seguito, al momento questa breve spiegazione è sufficiente per comprendere il motivo per il quale si preferisce escludere la possibilità che la sentenza pronunciata contro lo Stato possa fungere da fondamento dell’azione disciplinare: ciò avviene poiché il giudice presunto responsabile, in questo caso, non è ancora parte necessaria. Il discorso è diverso per la sentenza di rivalsa che, una volta passata in giudicato, si è ipotizzato possa avere questo potere.

Appare opportuno, adesso, aprire una piccola parentesi sugli ultimi due commi dell’art. 20 d.lgs. 109/2006, al fine di semplificare la comprensione di quanto verrà detto in seguito come valutazione conclusiva della convenienza ed adeguatezza della proposta procedimentale di cui sopra.

Il secondo ed il terzo comma della disposizione già ricordata attribuiscono autorità di cosa giudicata all’interno del procedimento disciplinare alle sole sentenze penali irrevocabili di condanna, di assoluzione o quella pronunciata ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale. Sono escluse, pertanto, le sentenze civili.

Chiusa questa parentesi, sarebbe proprio questa esclusione, per Sgroi e Fresa, a rendere improbabile la realizzazione di una soluzione come quella proposta in precedenza. Ancora, gli stessi autori, giustificano questa presa di posizione richiamando un pericolo di pregiudizio

al principio di ragionevole durata del processo e l'assenza di pregiudizialità fra il procedimento civile e disciplinare.

Nel primo senso affermano che, laddove l'esercizio dell'azione disciplinare fosse subordinato all'emanazione della sentenza di rivalsa e di un suo passaggio in giudicato, essendo l'azione disciplinare subordinata a questo momento, sussisterebbe, consapevoli dei ritardi che affliggono il sistema giudiziario italiano, un concreto pericolo di rinvio *sine die* della causa considerando che non si ha certezza alcuna di quando e come si concluderà il giudizio di rivalsa. Potrebbe ben verificarsi, invero, il decorso del termine decennale di cui all'art. 15, comma 1-*bis*.

Nel secondo senso, invece, dichiarano convintamente che non possa ritenersi esistente un nesso di pregiudizialità tecnica fra i due procedimenti. Questa conclusione sarebbe avvalorata, secondo loro, dalla mancata corrispondenza tra gli elementi costitutivi dei fatti idonei a configurare illecito disciplinare e quelli che, d'altro lato, possono giustificare la condanna al risarcimento del danno del giudice.

Sulla base di queste criticità riaffermano l'indipendenza del Procuratore generale che non sarà quindi obbligato in alcun modo ad esercitare l'azione disciplinare.

Nonostante le considerazioni appena svolte, però, permangono delle perplessità.

Pur essendo vero quanto disposto implicitamente dall'art. 20 in merito all'inefficacia della sentenza civile, il testo di legge, in altri luoghi, sembra contraddirsi e discostarsi da questo principio. La norma che dà vita alla contraddizione è l'art. 15 del decreto del 2006 che, al comma 8, lettera *d-bis*), prevede la sospensione del termine annuale e decennale per l'esercizio dell'azione disciplinare “se, nei casi di cui all'articolo 2, comma 1, lettere g) ed

h), all'accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo". Tenendo conto di questa determinazione non possono non essere contestate le due argomentazioni di Sgroi e Fresa volte a demolire l'eventualità che la sentenza di rivalsa possa avere nel procedimento disciplinare una funzione propulsiva dello stesso.

Il pericolo a cui si faceva riferimento, ovvero quello inerente al decorso dei termini a causa di un ritardo della giustizia civile, viene completamente sventato dall'individuazione di un rimedio preciso: la sospensione dei termini. Mediante una sospensione, seppur di tipo cautelare¹⁰⁹, si potrebbe far fronte, ancora, al problema relativo all'impunità del magistrato¹¹⁰. L'assunto secondo cui tra procedimento civile e disciplinare non esista un rapporto di pregiudizialità come descritto dall'art. 34 c.p.c., inoltre, viene smontato dalla statuizione appena ricordata nella parte in cui ne prevede la sussistenza come condizione fondamentale della sospensione dei termini. Invero, oltre il testo normativo, a confutare l'argomentazione a favore dell'impossibilità di qualificare il procedimento civile come pregiudiziale in senso tecnico al giudizio disciplinare, sovviene un'ulteriore constatazione: i fatti di cui all'art. 2, comma 1, lettere g) e h), corrispondono in tutto e per tutto a quelli idonei a far sorgere in capo al giudice una responsabilità civile per colpa grave, pertanto è insensato e futile ritenere che, in questi casi, non vi sia una conseguente identità tra gli elementi costitutivi delle

¹⁰⁹ Vedi art. 22 d.lgs. 109/2006.

¹¹⁰ Prima che venga condannato in sede civile o disciplinare potrebbero passare anni senza che questo soggetto venga sanzionato. Ciò provocherebbe una diminuzione dell'efficacia di deterrenza della sanzione disciplinare ed un pericolo di reiterazione della condotta illecita.

fattispecie rilevanti. È ovvio, d'altro canto, che nei casi in cui il magistrato sia chiamato a rispondere civilmente per fatti dolosi, non necessariamente sussisterà il nesso in questione¹¹¹.

In definitiva, si osserva una tendenza contraria rispetto alla privazione di efficacia in sede disciplinare alla sentenza di rivalsa: il quadro procedurale così come disegnato dal decreto legislativo del 2006 originario, non prevedeva la lettera *d-bis*) al comma 8; questa disposizione è stata aggiunta solo successivamente, nello stesso anno, tramite la legge n.269. Questa modifica nello specifico porterebbe a ritenere che il legislatore, resosi conto dei dubbi dottrinali che l'art. 20 d.lgs. 109/2006 aveva suscitato, abbia voluto chiarire una volta per tutte la questione ponendosi favorevolmente rispetto alla possibile classificazione del giudizio civile come pregiudiziale a quello disciplinare. Nessuna aggiunta, però, è stata fatta al testo dell'art. 20, pertanto le sentenze civili continuano a non avere efficacia alcuna in tale sede. Questo grande silenzio risulta assordante per i giuristi che, soprattutto a seguito della riforma della legge Vassalli, sono rimasti abbandonati a loro stessi, senza una direzione chiara da seguire. Alcuni, comunque, si sono fatti strada nell'oscurità postulando che il rapporto di pregiudizialità a cui si fa cenno nella lettera *d-bis*) debba essere inteso solo ed unicamente in senso logico e non anche tecnico; pur essendo questa la via pratica che viene seguita nelle aule giudiziarie, nessuna conferma in merito alla sua conformità a giustizia si è ancora avuta dal legislatore.

¹¹¹ Si rinvia a quanto detto in merito all'impossibilità di un illecito disciplinare atipico.

d. (*Segue:*) Finalità del d.lgs. 109/2006.

Alla luce della regolamentazione finora esposta e come già chiarito all'inizio del capitolo, il decreto legislativo appena esaminato è stato fondamentale per raggiungere un'adesione pratica pressoché encomiabile al principio di certezza del diritto. La normativa passata, infatti, lasciava una discrezionalità disorientante agli organi competenti a decidere delle cause disciplinari e da ciò non poteva che generarsi il peggiore dei mali per un giurista: la casualità nell'applicazione ed interpretazione del diritto.

Con la tipizzazione delle fattispecie rilevanti sotto il profilo disciplinare, tuttavia, si riesce a limitare fortemente questa tendenza al disordine.

Il rispetto del principio di certezza del diritto, però, non è l'unico scopo a cui si tende. Oltre ciò viene in rilievo anche il tema della riorganizzazione del sistema giudiziario, verificandosi un allontanamento dei poteri di controllo dalla sfera dello Stato con conseguente accentramento degli stessi nelle mani della categoria magistratuale: è il Consiglio superiore della magistratura, adesso, l'epicentro del diritto per i funzionari della giustizia, la *longa manus* dello Stato, il giudice disciplinare dei giudici e degli altri magistrati. Questa è una conseguenza della sempre più incisiva rilevanza che la garanzia di indipendenza del potere giudiziario ha acquisito nel corso del tempo e che fin dall'antichità ha costituito il baluardo della magistratura contro le indebite ingerenze dello Stato.

Da precisare, però, che, nonostante i buoni propositi, la legge in questione presenta una criticità suscettibile di menomarne l'efficienza: non si applica, ai sensi dell'art. 30, ai magistrati amministrativi e contabili. Con il verificarsi di questa circostanza fortemente limitativa dell'ambito di applicazione del decreto datato 23 febbraio 2006, si può dire addio

alla grande importanza attribuita a questo testo normativo che, pur regolando la disciplina vigente per i magistrati ordinari, lascia scoperto il da farsi nei casi in cui fatti riprovevoli siano commessi da quelli speciali, non essendovi altrove, con riferimento agli stessi, alcuna traccia di una tipizzazione simile a quella operata nel d.lgs. 109/2006¹¹². Sebbene il Ministero di giustizia nel 2014 sia intervenuto proponendo l'estensione delle disposizioni contenute nel decreto di cui trattasi anche alle procedure avverso magistrati speciali, nessuna modifica o abrogazione dell'articolo in questione è ancora stata effettuata. Permane, dunque, una forte lacuna legislativa dalla quale originano inefficienze procedimentali, disomogeneità delle tavole deontologiche delle magistrature nonché un pregiudizio non irrilevante alla credibilità delle giurisdizioni ed all'imparzialità di tutti i giudici.

In ogni caso, nonostante la problematica sopra riscontrata, il connubio tra la regolamentazione vigente ed il diritto sostanziale rende molto più agibile il tentativo di dare una forma alla responsabilità disciplinare, essendo possibile ora individuarne con maggior consapevolezza la natura e le caratteristiche mediante una riflessione deduttiva che trae le sue origini direttamente dalle conclusioni messe per iscritto dal Governo.

La caratteristica distintiva della responsabilità disciplinare è la sua dedizione totale alla funzione preventivo-punitiva. Infatti, ripensando alla previsione di sanzioni conseguenti al compimento di illeciti disciplinari quali, per l'appunto, l'ammonizione, la censura, la perdita dell'anzianità, l'incapacità temporanea ad esercitare un incarico semidirettivo o direttivo, la sospensione dalle funzioni da tre mesi a due anni, il trasferimento d'ufficio e la rimozione, è

¹¹² I giudici amministrativi e contabili sarebbero assoggettati, come ricorda il Ministero della giustizia nella relazione tecnica del 2014 avente ad oggetto la riforma disciplinare, ad una responsabilità profondamente diversa ed anacronistica che già in passato aveva suscitato critiche: l'art. 32 della legge n.182 del 1986, infatti, rinvia la regolamentazione in materia a quanto disposto negli articoli da 18 a 38 del r.d. 511/1946.

semplice rendersi conto che il carattere comune a questi diversi provvedimenti è uno ed uno soltanto: nessuno di loro si premura della riparazione del danno, concentrandosi ognuno di essi a fungere da elemento di deterrenza e monopolizzando l'intera attenzione su un'unica figura che altra non è se non quella del magistrato. Ancora una volta, pertanto, l'area disciplinare si riavvicina a quella del diritto pubblico, essendo invece rimesso, come si vedrà in seguito, al giudice civile il compito di tutelare i danneggiati. Ovviamente, però, questo particolare tipo di funzionalità non è da condannare dovendosi altresì rammentare che il procedimento disciplinare, così come i provvedimenti che dallo stesso derivano, altro non è se non un'espressione del potere di vigilanza affidato allo Stato, che a sua volta lo delega al Consiglio superiore della magistratura, sull'operato dei propri funzionari. Insomma, bisogna comunque ricordare che ad essere valorizzato, in questa sede, è il rapporto di servizio intercorrente tra i magistrati e lo Stato: proprio in forza di questa relazione fra i due il primo può irrogare sanzioni al secondo; lo Stato, in qualità di datore di lavoro, vigila sul corretto adempimento degli obblighi gravanti sul dipendente pubblico. È il datore di lavoro che si attiva per prevenire o condannare comportamenti illeciti del proprio lavoratore, ciò poiché è consapevole che nel caso in cui dallo stesso conseguano danni sarà lui stesso, in prima battuta, a doversi ritenere responsabile civilmente di quanto accaduto, pertanto risulta necessario prevenirne la reiterazione.

2. La responsabilità professionale e le sue molteplici espressioni. *Focus* sulla responsabilità civile.

Come sussiste un rapporto di *genus ad species* tra il procedimento penale e quello disciplinare, allo stesso modo la responsabilità da cui origina quest'ultimo non è altro che una parte di un

insieme molto più ampio. La denominazione propria di questo macrosistema giuridico a cui ci si riferisce è, per l'appunto, "responsabilità professionale".

Ebbene, dal punto di vista semantico, per responsabilità professionale deve intendersi quell'obbligo, gravante su qualunque individuo esercente un'attività a scopo di lucro che richieda continuità, competenza e scrupolosità, di rispondere delle conseguenze derivanti dalle condotte illecite tenute *pretextu officii o favore officii*. Essendo questa la definizione cardine, non è pensabile ipotizzare un'esclusione dall'ambito applicativo della stessa della figura del giudice che, di fatto, come si è già visto nella disamina del profilo disciplinare, rientra perfettamente fra i soggetti suscettibili di incorrere in una o più delle forme attraverso cui la responsabilità professionale si esplica. Le forme a cui si fa cenno sono principalmente tre e rispondono ognuna ad esigenze differenti; ciò è dovuto anche e soprattutto alla diversa natura dei fatti che ne giustificano l'esistenza.

La prima di queste ramificazioni e specificazioni si rinviene nella responsabilità disciplinare. Risulta superfluo un approfondimento del tema potendosi, infatti, rinviare a quanto scritto nei paragrafi precedenti. Nonostante il rinvio appena operato, comunque, si rammenta che questo tipo di responsabilità si caratterizza per la specialità dell'organo giudicante, la forte somiglianza procedurale con il giudizio penale, l'individuazione puntuale delle fattispecie rilevanti e la funzione preventiva-punitiva realizzatasi mediante la previsione nonché irrogazione di particolari sanzioni.

La seconda modalità di attuazione coincide con la responsabilità penale. Il giudice, pertanto, non sarà esente dall'essere giudicato ed eventualmente condannato qualora ponga in essere comportamenti dotati di un fattore di anti-giuridicità tale da offendere un bene giuridico che il legislatore ha ritenuto meritevole di essere tutelato. Si utilizza volutamente una descrizione

quanto più generale possibile per la determinazione dei fatti rilevanti penalmente che possono essere commessi dal magistrato e questo poiché, a differenza di quanto accade sotto il profilo disciplinare, non vi è alcuna legge o norma che si premura di prevedere reati propri del giudice, così come nessun testo normativo scandisce una procedura *ad hoc* a riguardo. Sulla base di queste constatazioni, allora, si intuisce la necessità di rinviare alle norme sostanziali e processuali stabilite con riguardo al diritto penale per la corretta comprensione ed applicazione dell'istituto trattato in relazione con la figura del giudice. Quest'ultimo, dunque, risponderà alla stregua di un qualsivoglia cittadino qualora commettesse un reato, dovendosi individuare differenze di disciplina solo ed unicamente a livello procedurale e, più precisamente, nel momento in cui si sceglierà il giudice competente. L'art. 11 c.p.p. dispone, a conferma di quanto osservato, che laddove un magistrato ricopra il ruolo di imputato, indagato, persona offesa o danneggiata dal reato, e la competenza debba essere attribuita, seguendo le prescrizioni degli art. 8, 9 e 10 del medesimo codice, ad un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte d'appello in cui il magistrato esercita o esercitava le proprie funzioni nel momento in cui il fatto è stato commesso, la competenza dovrà invece essere radicata presso il giudice, egualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte d'appello determinato dalla legge. La stessa prescrizione opera anche nel caso in cui il giudice abbia esercitato le proprie funzioni, presso l'ufficio giudiziario originariamente competente, in un momento successivo al fatto. Da notare, comunque, che in dottrina si è discusso, spinti dal silenzio del legislatore, della necessità di una procedura specificamente regolamentata per la materia penale rapportata ai magistrati, tuttavia sembra ininfluente un intervento in tal senso considerando l'efficienza già elevata di cui è capace la normativa generalmente vigente.

Sotto il profilo concettuale, comunque, nulla muta: è valido quanto disposto nell'art. 27 della Costituzione in merito al carattere personale della responsabilità penale, pertanto non si potranno effettuare operazioni di traslazione del carico sanzionatorio sullo Stato; la presunzione di non colpevolezza permane come caposaldo inderogabile del giudizio penale così come invariato rimane il limite al potere dispositivo del giudice che decide a riguardo, essendo in tal senso vietati quei provvedimenti che siano contrari al senso di umanità piuttosto che quelli da cui non si possa avere, neanche in chiave potenziale, la rieducazione del condannato; i reati di cui potrà macchiarsi il giudice saranno quelli già sanciti dal codice penale, dovendosi aggiungere a quelli che possono essere definiti "impropri", in quanto eseguibili da chiunque, quelli che assumono rilevanza solo nel caso in cui a compierli sia un pubblico ufficiale¹¹³.

Infine, soffermandosi sulla maschera più dibattuta e controversa della responsabilità professionale, non si può prescindere dall'analisi dell'art. 2043 c.c., norma genitrice oltretutto cardine della disciplina volta a risolvere situazioni patologiche che si verifichino in un ambiente extracontrattuale e, pertanto, atta ad individuare, esplicitamente, gli elementi costitutivi di una fattispecie concretamente idonea, per il solo fatto di averla provocata, a far sorgere in capo all'autore del fatto un'obbligazione risarcitoria, e, implicitamente, quelli impeditivi. E' la responsabilità civile, dunque, il terzo ed ultimo aspetto sotto cui la responsabilità professionale potrà manifestarsi.

L'art. 2043 c.c. così dispone: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

¹¹³ Si pensi al reato di corruzione in atti giudiziari, abuso d'ufficio o, ancora, rifiuto di atti di ufficio.

Da questa disposizione sono rinvenibili tre elementi che fungono da presupposti ineluttabili per la configurazione di una situazione suscettibile di legittimare la sanzione pecuniaria: l'elemento soggettivo, il nesso di causalità e l'ingiustizia del danno.

L'atteggiamento psichico dell'autore del fatto è decisamente rilevante per potergli imputare le conseguenze negative che sorgono in ragione del compimento dello stesso. Laddove il fatto sia compiuto senza la presenza di colpa¹¹⁴ o dolo, infatti, la regola generale dispone che colui che ha commesso il fatto, anche qualora da questo sia derivato un pregiudizio grave, non sarà passibile di condanna al risarcimento del danno¹¹⁵; l'eccezione, tuttavia, è espressamente tipizzata dal legislatore e si presenta in vari modi: l'art. 2054 c.c. prevede la possibilità che un soggetto, pur avendo agito incolpevolmente, sia punito civilmente, salvo che non dimostri di aver fatto tutto quanto in suo potere per impedire il verificarsi dell'atto o dell'omissione pregiudizievole; gli art. 2046 e 2047 c.c., ancora, individuano il *discrimen* della scelta sull'imputabilità o meno del fatto ad un determinato individuo nella presenza o meno di una prova da cui si evinca che quest'ultimo non potesse impedire l'evento; infine, gli art. 2050, 2051 e 2052 c.c. stabiliscono che sia il caso fortuito la circostanza da dimostrare per vedersi liberati dall'onere risarcitorio. Tutte queste sono ipotesi di responsabilità oggettiva. Da ciò consegue che, anche in assenza del requisito psicologico minimo, e cioè della colpa, è possibile, seppur in casi espressamente determinati, la sussistenza della responsabilità civile.

Rimarchevoli sono due teorie fra loro contrastanti, le quali si occupano di ricercare il criterio

¹¹⁴ Si rinvia all'art. 1176, comma 1, c.c. per la definizione di colpa.

¹¹⁵ Si pensi, ad esempio, al caso dell'incapace di intendere o di agire, con l'appunto però che in questo caso l'incapacità in questione non dovrà essere stata provocata per colpa dal soggetto che ne era affetto al momento del verificarsi dell'evento.

di imputazione del fatto ad un determinato soggetto giungendo a due conclusioni distinte.

La prima è la teoria della colpa: l'elemento soggettivo che dà il nome a questa tesi viene visto dai sostenitori della stessa, rammentando il motto "nessuna responsabilità senza colpa", come il cardine del sistema del fatto illecito e, dunque, come criterio d'imputazione principale della responsabilità extracontrattuale; attraverso questa visione si mette in risalto la funzione prevalentemente sanzionatoria dell'istituto di cui all'art. 2043 del codice civile.

La seconda teoria, invece, è più articolata e trae giovamento dai precetti contenuti nelle norme attinenti la responsabilità oggettiva. E' conosciuta come la "teoria del rischio creato": in un primo momento Calabresi, successivamente Castronovo, ritengono di dover distogliere l'attenzione dalla colpa poiché non è questa il criterio d'imputazione della responsabilità civile, bensì è il rischio creato e poi verificatosi; in breve, se un individuo si comporta imprudentemente e da questa sua imprudenza, negligenza o imperizia scaturisce un danno nei confronti di altri, bisogna che quest'ultimo venga punito per il suo operato non tanto per il fatto che abbia agito con colpa, quanto più a causa della circostanza per cui attraverso lo stesso ha creato un rischio poi concretizzatosi per il danneggiato. Con ciò non si vuole affermare che si risponde sempre a prescindere dalla colpa, bensì che pur avendo tenuto un comportamento colposo il criterio di imputazione del fatto non è l'elemento soggettivo quanto più il potenziale pericolo sorto dal comportamento controverso.

La necessaria sussistenza del nesso di causalità che dovrà esistere tra il fatto illecito ed il danno ingiusto affinché possa ritenersi sorta in capo all'autore la responsabilità civile, poi, si desume dalla semplice congiunzione "che", la quale viene adoperata diligentemente dal legislatore. Un determinato evento rileva ed è idoneo a giustificare la condanna di colui che vi ha dato luogo solo se ed in quanto il verificarsi dello stesso abbia effettivamente e

direttamente cagionato il pregiudizio ad un altro soggetto; non è dunque l'ingiustizia del comportamento tenuto a rilevare, bensì l'effetto da questo prodotto. Senza l'effetto, che dev'essere diretto, l'art. 2043 c.c. non potrà in alcun modo trovare applicazione.

L'ingiustizia del danno, infine, presuppone che colui che lo ha cagionato abbia agito *non iure*, ovvero al di fuori dell'esercizio di un diritto a lui spettante in forza di una norma di legge. Si può desumere da una simile constatazione l'esistenza di danni giusti, nel senso di regolamentati espressamente dal legislatore ed al verificarsi dei quali lo stesso prevede la corresponsione di un indennizzo e non di una somma pecuniaria a titolo di risarcimento.

La nozione di fatto illecito, inoltre, è dibattuta in dottrina: da un lato si ritiene che essa possa coincidere con qualunque fatto che determina la violazione di una norma giuridica, dall'altro, come sostenuto anche da Schlesinger, si fa corrispondere una definizione più generale, e cioè quella di ogni comportamento che cagioni un danno ingiusto. Per quest'ultima concezione di fatto illecito bisogna chiarire che si prevede anche un secondo postulato in cui si dichiara che è il legislatore che ha il potere di rimuovere l'illiceità o meno del comportamento, se nulla dispone a riguardo si dovrà necessariamente rinviare alla nozione di fatto illecito così come ricordata da Schlesinger e dalla lettera dell'art. 2043.

Un ultimo accenno, poi, va fatto alla categorizzazione ormai molto ampia delle varie tipologie di danni risarcibili.

Il tipo di danno più diffuso e, soprattutto, più risalente è quello patrimoniale; esso si verifica qualora da un determinato comportamento derivi un depauperamento economico del danneggiato. In questo caso l'ammontare della somma dovuta a titolo di risarcimento dovrà essere calcolato, ai sensi dell'art. 2056 che, a sua volta, rinvia all'art. 1223 c.c., sulla base del danno emergente e del lucro cessante. Quest'ultimo criterio viene valutato equitativamente

dal giudice a seconda dei casi di specie.

Oltre dei danni patrimoniali, poi, è prevista la risarcibilità dei c.d. danni non patrimoniali che si manifestano anch'essi in varie forme: danno biologico, qualora dall'evento verificatosi sia derivata una lesione fisica o psichica al danneggiato; danno esistenziale, laddove il fatto comporti un peggioramento della qualità della vita determinando una menomazione dei valori dell'esistenza dell'individuo; danno morale, ovvero quel pregiudizio realizzantesi nei patemi d'animo sofferti a causa della condotta illecita.

Ognuna di queste fattispecie sopra richiamate è disciplinata dall'art. 2059 del codice civile.

2.1. Le funzioni della responsabilità civile.

All'epilogo di questa esposizione, i cui aspetti più strettamente processuali e caratteristici saranno ripresi nel prossimo capitolo, rimane da approfondire la portata funzionale della responsabilità aquiliana che, in effetti, si presenta già ad una prima lettura come un istituto singolare rispetto agli altri due che concorrono, assieme allo stesso, alla floridità ed efficienza del macrosistema noto con il nome "responsabilità professionale". Mentre questi ultimi istituti svolgono principalmente un'unica funzione, si deve rilevare, come sostenuto da vari studiosi, che la responsabilità civile ha carattere "polifunzionale" e pertanto il suo compito non si limita alla mera sanzione e condanna di comportamenti illeciti, bensì va oltre, volendo tendere al raggiungimento di mete che il diritto pubblico ha intenzionalmente deciso di ignorare per concentrarsi su altre necessità¹¹⁶.

¹¹⁶ Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile - Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, I, Torino, 1987; P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, ed. 2., Milano 2019; R. SIMONE, *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Questione giustizia*, 1/2018, 136; M.

Pur non abbandonando la finalità preventiva-punitiva già perseguita dalla responsabilità penale e disciplinare, questa acquisisce un ruolo secondario: è solo recentemente, con una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione¹¹⁷, che, traslando nell'ordinamento italiano la possibilità del c.d. risarcimento punitivo già affermata in Inghilterra mediante i *punitive damages*, si ottiene la conferma giurisprudenziale dell'attribuzione di una simile funzione alla responsabilità extracontrattuale. Si comprende, dunque, come questa finalità abbia carattere secondario e funga da contorno a quella originaria nonché principale e mai contestata di suddetta responsabilità. Lo scopo ultimo di quest'ultima è qualcosa che prescinde, come detto, dalla mera sanzione; è qualcosa che vuole affondare le proprie radici nel concreto fluire delle vite dei danneggiati e modificarle, quasi annullando del tutto il danno dagli stessi subito. In un certo senso, dunque, quella del legislatore appare una presa di posizione: nonostante il verificarsi dell'evento si può, ed anzi, si deve fare di tutto per limitarne quanto più possibile gli effetti pregiudizievoli. Insomma, ci si pone in un'ottica differente rispetto a quella penale o disciplinare: non ci si fossilizza solo sul passato, e cioè il realizzarsi del fatto, e sul futuro, ovvero il presumibile non reiterarsi dell'evento, bensì si prende in considerazione anche il presente in cui il danno continua a permanere nonostante la condanna ed andando a realizzare, inoltre, una correlazione tra futuro e passato così da renderli quanto più identici. Senza questo tentativo di avvicinamento tra futuro e passato il danno presente condizionerebbe inevitabilmente il futuro arrecando pregiudizio non solo al

GRONDONA, *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir.*, 2018, 45.

¹¹⁷ Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2613, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, P.G. MONATERI; E. D'ALESSANDRO, R. SIMONE.

danneggiato, ma potenzialmente anche ai terzi¹¹⁸.

Tutto quanto sopra si può riassumere nel concetto di funzione riparatoria che tende, per l'appunto, ad un ripristino della situazione antecedente al danno e non ad una mera sanzione. Con questa consapevolezza, però, è ovvio che al contempo da questa funzionalità consegua anche un effetto sanzionatorio e di deterrenza in quanto il soggetto che potrebbe provocare un evento dannoso sarà disincentivato dal farlo proprio in vista del risarcimento a cui potrà essere condannato altrimenti. Alla somma dovuta a titolo risarcitorio, quindi, ritornando sulla possibilità dei c.d. danni punitivi, si potrebbe aggiungere, laddove l'autore del fatto abbia agito con *malice* o *gross negligence*, un ulteriore importo la cui imposizione è giustificata dall'esigenza di punire un comportamento gravemente scorretto.

Si chiarisce, infine, che il ripristino della situazione *ex ante* sarà concretamente realizzabile solo qualora il danno provocato dal fatto illecito sia di tipo patrimoniale, altrimenti si potrà solo tentare di limitare quanto più possibile la portata pregiudizievole dello stesso. Rispondendo alla domanda relativa alle modalità di ottemperanza a tale funzione compensativa, si rileva che ciò avviene mediante un'allocazione scrupolosa del rischio: gli effetti dannosi, laddove prodottisi, dovranno essere sopportati dall'autore dell'evento che vi ha dato causa.

Oltre queste funzioni che si può dire siano immutabili e generali della responsabilità civile così come prevista all'interno dell'art. 2043 c.c., è possibile individuare, dovendosi applicare l'istituto della responsabilità civile ad un soggetto espressamente qualificato come è il

¹¹⁸ Si pensi al caso di danno patrimoniale. Da questo pregiudizio può sì derivare la diminuzione del patrimonio del danneggiato, ma al contempo, laddove quest'ultimo sia debitore di un terzo, il danno seppur indirettamente sarà sofferto dal creditore.

giudice, un'ulteriore ed importantissima funzione che viene definita "ideologica".

A riguardo viene affermato che la soggezione del giudice alla disciplina della responsabilità aquiliana possa essere vista come "una forma di controllo esterno sufficientemente ampio (esteso, cioè, al caso della colpa) che si ricollega all'idea di un giudice professionale, contribuendo a creare l'immagine di un magistrato che non gode di privilegi o esenzioni, di un giudice autorevole ma non autoritario (a differenza del giudice pubblico funzionario che, soggetto al controllo interno burocratico di tipo disciplinare e paradisciplinare, è tuttavia posto in posizione privilegiata rispetto alle parti)". Questo punto risulta decisamente rilevante ai fini dell'esame della responsabilità civile del giudice poiché ne valorizza l'esistenza e la soggezione del magistrato alla stessa. Pensando, infatti, alle altre vesti della responsabilità professionale nessuna di esse dà modo al cittadino di dire la propria e di attivarsi in giudizio contro azioni o omissioni ingiuste compiute dal giudice nei loro confronti. L'unica a rendere ciò possibile, invero, è proprio la responsabilità civile che, dunque, da semplice istituto di diritto civile si innalza a strumento di controllo amministrativo di cui il popolo può effettivamente disporre.

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA VIGENTE

IN TEMA DI RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE:

IL RUOLO DELLO STESSO ALL'INTERNO DEL PROCESSO,

LA CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA E LA GARANZIA DI INDIPENDENZA

SOMMARIO: 1. Il ruolo del giudice all'interno del processo: funzioni, rapporti con le parti e garanzie. —
2. La responsabilità del magistrato anteriore al 2015: la c.d. legge Vassalli. - 2.1. Fattispecie rilevanti di responsabilità civile del giudice così come configurate dalla Legge Vassalli. *Focus* sulla “clausola di salvaguardia”. - 2.2. Il procedimento nei confronti dello Stato, il vaglio di ammissibilità e la rivalsa. —
3. La successiva riforma del 2015: la legge n. 18 dello stesso anno. - 3.1. Il ripensamento della “clausola di salvaguardia” e l'ampliamento dei casi di colpa grave. - 3.2. Il nuovo procedimento: abolizione del vaglio di ammissibilità, l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa e la rimodulazione del tetto massimo entro cui essa può essere esercitata.

1. Il ruolo del giudice all'interno del processo: funzioni, rapporti con le parti e garanzie.

Calamandrei pronunciò, nel descrivere il ruolo del funzionario di giustizia, queste parole: “Il giudice è il diritto fatto uomo; solo da questo uomo io posso attendermi nella vita pratica quella tutela che in astratto la legge mi promette: solo se questo uomo saprà pronunciare a mio favore la parola della giustizia, potrò accorgermi che il diritto non è un'ombra vana”.

Quest'affermazione altisonante non può passare inosservata o essere gettata nel

dimenticatoio una volta e per tutte come se la sua esistenza non avesse alcuna influenza nella realtà concreta o, peggio, come se essa fosse negata a priori alla stregua di una chimera. Bisognerà, dunque, farne oggetto di scrupoloso approfondimento così da comprendere il motivo che ha indotto un giurista del calibro di Piero Calamandrei all'utilizzo di vocaboli così precisi e che, a primo impatto, sono capaci, per la loro prorompentezza, di far sgranare gli occhi ai privati che non masticano il diritto oltretutto ad alcuni *iuris prudentes*, i quali, seppur non colpiti dallo stupore, comunque potrebbero vedere con sospetto la scelta di una simile combinazione terminologica. Essa è emblematica, infatti, di un aumento dei poteri del giudice verificatosi a partire dagli anni '60 e da cui è conseguita, poi, l'elevazione di quest'ultimo ad un piano del tutto estraneo rispetto a quello su cui era stato collocato dal *Code Napoléon* dove, al massimo, si limitava ad essere niente più che la "*bouche de la loi*". Per effettuare un'utile disamina delle funzioni del giudice, da cui derivano inevitabilmente poteri e garanzie, e verificare la corrispondenza di tali aspetti con l'identità proposta da Calamandrei, non si può assolutamente prescindere dalla trattazione del rapporto fra la magistratura ed il corpo politico, poichè fare altrimenti non sarebbe diverso dallo studiare una norma senza comprenderne la *ratio*, ignorando il contesto socio-culturale entro il quale se ne inserisce la previsione e che ne costituisce la causa.

Tecnicamente parlando, e rinviando alla tripartizione dei poteri effettuata da Montesquieu, la magistratura funge da rappresentazione concreta del potere giudiziario il quale, a sua volta, dovrebbe operare come bilanciamento neutrale degli altri due che sono, rispettivamente, l'esecutivo, di cui dispone il Governo, ed il legislativo, generalmente riconosciuto al Parlamento in quanto portatore degli interessi popolari. Tuttavia, nel corso del secolo scorso, è stata proprio questa struttura ad uscirne stravolta ed oggi si potrebbe arrivare addirittura a

dubitare del persistere, nella pratica, di siffatta separazione. Il presupposto necessario affinché colui che risulta titolare del potere non sia portato ad abusarne è che vi sia un altro soggetto in grado di esercitare un potere di pari forza pronto a controbatterlo; se il bilanciamento fallisce, è la società sulla quale vengono esercitati i poteri di cui sopra a subirne le conseguenze. Ebbene, in Italia, venendo abbandonata del tutto la filosofia dell'obbedienza e, dunque, l'idea del giudice come "*homo burocraticus*", si assiste a partire dagli anni '80 alla proliferazione dell'idea del "giudice professionale"; in concreto, allora, si verifica il distacco della figura del magistrato giudicante dallo Stato-apparato, così dovendosi chiamare il complesso degli organi "governanti" e le attività facenti capo all'organizzazione di comando¹¹⁹, e un'annessione della stessa al c.d. Stato-istituzione, concetto onnicomprensivo non solo dei "governanti" bensì anche, e soprattutto, dei "governati"¹²⁰. L'allontanamento or ora individuato, tuttavia, presenta profili di discrezionalità ed opportunismo: la magistratura è alla ricerca di una propria personalità che si possa esplicitare al di fuori del controllo stringente dello Stato, ma parallelamente, nel perseguire tale obiettivo, non intende privarsi dei privilegi e delle garanzie di cui riesce a beneficiare proprio in ragione della natura di organo costituzionale facente parte della struttura statale nel senso amministrativo del termine. Si può asserire, pertanto, che i funzionari della giustizia vivano al confine tra due realtà differenti: da un lato si rendono intangibili rispetto alla sorveglianza eventualmente operata da Governo e Parlamento su altri organismi statali, dall'altro si

¹¹⁹ GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, cit.*, p. 223.

¹²⁰ È la collettività, dunque, ad essere messa in risalto. Lo Stato-istituzione, ancora, altro non è se non un termine molto più ampio che può, a sua volta, essere meglio circoscritto mediante i concetti di "Stato-comunità" e "Stato-ordinamento". La distinzione fra i concetti appena esposti è meramente funzionale: con il primo si tende ad evidenziare l'aspetto personale dello Stato ponendo l'accento sulla collettività di soggetti, giuridici e non, che lo compongono; con il secondo, d'altro canto, si vuole indicare lo Stato come insieme di norme che regolano l'intero impianto sociale.

confermano possessori di un potere comunque appartenente allo Stato e, in quanto tali, comunque destinatari di norme *ad hoc* che, secondo l'immaginario dell'assemblea costituente, dovrebbe permettere un esercizio dell'attività giudiziaria più efficiente e meno sensibile ad influenze esterne.

Una simile circostanza, in effetti, è capace, di per sé sola, di suscitare perplessità negli animi parlamentari e del Governo. Entrambi sono, in ragione del concretizzarsi della teoria divisoria di Montesquieu, perfettamente controbilanciati: il Parlamento è intrinsecamente sottoposto alla sorveglianza popolare ai sensi degli art. 56 e 57 del testo costituzionale, i quali attribuiscono l'onere della scelta dei componenti di Camera e Senato ai cittadini; della vigilanza del Governo, d'altro canto, si occupa il Parlamento.¹²¹ Per la magistratura, invece, non sussiste un vero e proprio organo di controllo estraneo alla stessa, anzi. L'art. 104 Cost. tenta di dare risposte all'interrogativo della vigilanza mancante proponendo l'istituzione di un nuovo organo il cui compito è, principalmente, quello di controllare l'operato dei magistrati esercitando quelle funzioni che, altrimenti, sarebbero di competenza dello Stato: il Consiglio superiore della magistratura, la cui composizione è prevalentemente determinata dalla volontà dei soggetti sui quali il controllo, la stessa, dovrebbe operare e soltanto in parte lasciata alla scelta del popolo, il quale, come già detto, trova la sua forma di rappresentanza diretta nel Parlamento. Dunque, come già rilevato nel capitolo precedente, quest'organo, in ragione del peculiare rapporto che lega Stato e magistratura, nonostante il tentativo di quest'ultima di discostarsene, agisce in luogo del primo comminando sanzioni disciplinari ai

¹²¹ Si prevede, infatti, che esso possa, mediante interpellanze, interrogazioni, mozioni ed inchieste porre un freno all'attività governativa. Oltre gli strumenti predetti, ovviamente, la più incisiva forma di controllo adoperata dall'organo parlamentare consiste nella dazione della fiducia o meno al Governo; essa funge da requisito immancabile affinché il Governo possa formarsi e permanere.

magistrati: in questa maniera si vuole realizzare una sostanziale estraneazione del potere statale dagli affari della giustizia che, invero, saranno gestiti internamente¹²².

Come se non bastasse, poi, alla condizione appena prospettata va aggiungendosi un progressivo aumento dei poteri del giudice. L'attività giudiziaria, infatti, a seguito di un'emanazione massiccia di disposizioni legislative ampiamente caratterizzate dall'astrattezza e genericità, piuttosto che ambiguità, com'è stata quella dell'ultimo lustro del secolo scorso,¹²³ diviene l'unico mezzo attraverso il quale è possibile riuscire a trovare chiarezza, risolvendo le contraddizioni che non raramente nascono dalle nuove normative.

Come ricordato da Picardi e Giuliani, “la caratteristica della c.d. inflazione legislativa non consiste tanto nella moltiplicazione delle leggi, quanto nella svalutazione della legge. Già la stessa moltiplicazione delle norme finisce per provocare un calo di effettività: esse sono, nello stesso tempo, meno conosciute e meno applicate”¹²⁴; è proprio su queste basi che si verifica l'aumento dei poteri del giudice che porterà, poi, all'affermarsi di diverse concezioni dello stesso: l'attività giudiziaria, infatti, è un'attività “combinatoria”, nel senso che il suo scopo è quello di riuscire a trovare la correlazione fra norme apparentemente in conflitto fra loro, o comunque estremamente silenziose, così da colmare le eventuali lacune che ne

¹²² Si ravviva, allora, l'annoso problema evidenziato dal famoso quesito latino posto da Giovenale che, per l'ennesima volta, non sembra trovare una risposta soddisfacente: “*quis custodiet ipsos custodes?*”

¹²³ Si pensi, a titolo meramente esplicativo, alla Legge 194/1978, la quale rivoluzionava il diritto regolando un tema caldo di quel periodo come poteva essere l'aborto; ancora, qualche anno prima, nell'ambito del diritto di famiglia si è assistiti all'introduzione nel nostro ordinamento dell'istituto divorzile con la Legge n.898 e, poi, nel '75, con la Legge n.161, si consacrò la parità tra uomo e donna all'interno del nucleo familiare suddividendo equamente diritti e doveri; furono emanate leggi del calibro di quella “Basiglia” volta a sensibilizzare maggiormente la società verso argomenti quali la disabilità mentale o, ancora, come la n.833 mediante la quale si operò una riforma sanitaria su larga scala. Non solo gli anni '70 furono prolifici sotto questo punto di vista: nel 1988, ad esempio, fu pubblicata la c.d. Legge Vassalli, mentre nel '96 fu il tempo della legge n.66 avente ad oggetto il tema della violenza sessuale.

¹²⁴ GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, cit.*, p. 191.

pregiudichino l'efficienza ed ottenere una loro applicazione agile e pulita; per tale motivo il rapporto tra il tasso di inflazione legislativa e l'incisività del ruolo del giudice risulta direttamente proporzionale.

Si verifica, allora, un fenomeno particolarmente complesso che va sotto il nome di "supplenza giudiziaria": il giudice tenta di rimediare all'inerzia, voluta o meno, del legislatore sostituendosi, in un certo senso, ad esso e mettendo ordine in quel corpo di leggi che, a volte in maniera troppo difficilmente comprensibile, presenta al suo interno un agglomerato di norme fra loro impercettibilmente interconnesse. Il passaggio appena svolto è fondamentale in quanto permette di comprendere l'introduzione, negli scritti giuridici, del termine "giudice-legislatore". Quest'ultima locuzione può causare confusione, soprattutto per chi, incolpevolmente, la ricolleggi alla figura del magistrato di *Common Law* che, nel decidere, fissa il precedente condizionante tutte le cause simili che potranno aver luogo successivamente; in Italia non si aderisce all'idea dello *stare decisis*, preferendosi il rimanere fedeli alla rigidità dei testi normativi, pertanto è erroneo ritenere sussistente la connessione sopra evidenziata. Nel nostro sistema, in verità, si giunge ad una conclusione simile, arrivando ad elaborare una funzione complessa del giudice, non tanto perchè a quest'ultimo sia attribuita una facoltà diretta di creazione legislativa, essendo questo potere necessariamente riservato al Parlamento, quanto più per il fatto che detti le concrete modalità applicative delle normative elaborate dal potere legislativo. Si potrebbe dire, utilizzando una metafora per rendere più accessibile il ragionamento, che il legislatore italiano molto spesso si limita a dipingere, sulla tela dell'ordinamento, niente più che il perimetro entro il quale si dovrà collocare l'immagine nitida che si vorrà realizzare: è ovvio che tale attività non è sufficiente, per sé sola, a sopperire alle esigenze della società tutta; è necessario che venga

corroborata da quella giurisprudenza creativa del giudice che, allora, riempie di contenuto l'opera, la quale, altrimenti, rimarrebbe assolutamente priva di valore, vuota. È in questo senso, dunque, che si deve intendere il crescente potere del magistrato ed una sua, almeno ideale, vicinanza al ruolo legislativo¹²⁵.

La funzione pseudo-legislativa, comunque, non fu l'unica a giustificare una trasformazione del giudice in qualcosa di diverso dal mero titolare di un potere di stampo applicativo come, in origine, si era ritenuto dovesse essere quello giudiziario¹²⁶; negli anni di piombo, caratterizzati come noto dalla forte diffusione di movimenti eversivi e terroristici culminati, almeno in Italia, con avvenimenti quali la strage di Piazza Fontana, il c.d. "sequestro Moro" poi evolutosi nell'omicidio dello stesso, la magistratura divenne il principale strumento politico nella lotta contro la criminalità proprio grazie ad una legislazione d'emergenza specificamente attuata a tal fine: si amplificò la fase istruttoria minimizzando, di contro, quella dibattimentale; nel clima di panico collettivo, la tendenza era quella di voler ridurre all'osso eventuali reiterazioni del reato, pertanto vennero impiegati sempre di più provvedimenti come, ad esempio, la carcerazione preventiva che all'epoca acquisì anche e

¹²⁵ Cfr. CASSESE S., *Elogio a Mauro Cappelletti*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Edizioni scientifiche italiane, Firenze, 2016, p. 237; qui Cassese scrive "Cappelletti esaltava l'espansione del ruolo dei giudici, la creatività giurisprudenziale, la subordinazione del diritto statutario alla Costituzione e al relativo giudizio di costituzionalità. Era ben consapevole della debolezza e dei rischi dell'attivismo giudiziale nonché dei problemi legati alla legittimazione democratica dei giudici. Tuttavia, egli credeva che tutto questo potesse essere superato grazie ad un modello "reattivo", capace di bilanciare indipendenza e responsabilità con l'inevitabile grado di politicizzazione e socializzazione della funzione giudiziaria. Un «sistema bilanciato di controlli reciproci» poteva risolvere il problema". Viene spontanea, allora, la conclusione secondo cui, in assenza di un bilanciamento corretto appena espresso, il potere creativo della giurisprudenza rimarrebbe privo di giustificazione. Si veda in tal senso TROCKER N., *Mauro Cappelletti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, A. LIX, 1, pp. 159 ss.; VARANO V., *In ricordo di Mauro Cappelletti (1927 – 2004)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, A. LI, 2, pp. 179 ss.

¹²⁶ Fin dal Code Napoléon il compito del giudice si sostanziava nella mera condizione di "bouche de la loi". Le sue decisioni non potevano avere carattere modificativo della legge, tantomeno al magistrato era data la facoltà di discostarsi dal dettato normativo ed usurpare il ruolo del legislatore creando nuove disposizioni.

soprattutto una funzione di tipo inquisitorio-preventivo. Allo stesso modo, si osserva come “sono entrati, così, anche fra i *topoi* ricorrenti, l’idea dell’imputato come nemico, quella del giudice che lotta contro qualcuno o contro qualcosa”¹²⁷. Insomma, si venne a creare una nuova teoria penale che distingueva tra soggetti meritevoli di tutela e no, concentrandosi, oltreché sulle azioni compiute, sulle qualità soggettive dell’individuo sottoposto a giudizio; inevitabilmente ciò portò ad una compressione decisamente rilevante delle garanzie processuali stabilite nella Costituzione andando a rendere inesistente il contraddittorio e ponendo l’imputato alla completa mercé di un giudice che aveva un totale controllo su di lui. Il processo, dunque, esorbitò dai confini ben delineati dall’art. 111 Cost., essendo, ormai, politicizzato in tutto e per tutto. Questa condizione di superiorità netta rispetto al cittadino, poi, diede adito ai magistrati di avanzare ulteriori pretese concretizzantesi nella richiesta, o meglio, nella “rivendicazione” contro i politici stessi del controllo sui pubblici poteri. Si rovesciò, allora, la situazione: lo Stato oltre a fronteggiare gli attentati terroristici che continuavano, nonostante tutto, a verificarsi, si dovette confrontare con le conseguenze delle proprie decisioni volte ad incrementare esponenzialmente le facoltà giudiziarie. Oggi il giudice mantiene, seppur in misura contenuta data la condanna pressoché inconfutabile della c.d. teoria penale del nemico, questa particolare posizione di vantaggio che si esprime, infatti, mediante l’emulazione dell’attività del Governo, non rimanendo, di fatto, passivo all’indirizzo politico dello stesso, ma influenzandolo concretamente¹²⁸.

¹²⁷ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, cit.*, p. 194; FERRAJOLI L., *L’imputato come nemico: un topos della giustizia dell’emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, n.3, pp. 581 ss.

¹²⁸ Cfr. CAPURSO M., *I giudici della Repubblica, giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano, 1977, pp. 81, ss.

Aspetti del legislativo e dell'esecutivo, quindi, sembrano confluire all'interno del potere giudiziario; questo fenomeno viene spiegato da Luhmann che, a riguardo, vede i tre vertici precedentemente citati come strettamente connessi l'uno all'altro. Secondo il famoso sociologo, infatti, "i problemi decisionali possono essere politicizzati o depoliticizzati, possono essere fatti scivolare dall'ambito politico dei partiti al legislativo, all'esecutivo, fino al giudiziario e viceversa, a seconda di dove si trovino le migliori possibilità di soluzione. L'apparato amministrativo, e persino quello giudiziario, possono così compensare parzialmente il cattivo funzionamento del sistema politico"¹²⁹. Da quest'asserzione si desume la previsione di una struttura di *problem solving* che fa dell'efficienza il proprio punto di riferimento: non è necessario che ciascun organo titolare del rispettivo potere fra i tre individuati in precedenza abbia la competenza esclusiva per l'esame ed eliminazione dell'ostacolo, bensì per raggiungere tale fine si reputa opportuno che, all'occorrenza, vi sia l'intervento degli altri due, i quali, sulla base delle osservazioni precedentemente effettuate dal titolare del potere alternativo, avranno più possibilità di riuscita. Si parla, in un certo senso, di "travasamento" di poteri da un organo all'altro che si verifica in automatico all'interno del sistema politico, che quindi possiede capacità autoequilibratrici, proprio per garantire il perfetto funzionamento dello stesso. Si osserva, comunque, che secondo alcuni autorevoli giuristi¹³⁰ un ragionamento in tal senso, pur presentando innegabili profili di utilità sociale, non può essere di certo visto positivamente: partendo dalla teoria del potere "a somma zero"¹³¹, che origina a sua volta dalla celebre teoria dei giochi ideata da Blaise

¹²⁹ Così, LUHMANN N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1979, p. 59.

¹³⁰ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., p. 196.

¹³¹ Cfr. PARSONS T., *Sistema politico e struttura sociale*, Milano, 1975, p. 495 ss.

Pascal e Pierre de Fermat, si intuisce che conseguenza naturale ed intrinseca del trasferimento di una data facoltà da un luogo all'altro è, necessariamente, un corretto bilancio tra il guadagno del ricevente e la perdita del trasferente; privando così dei poteri caratterizzanti un'istituzione quale può essere, appunto, il Parlamento o il Governo, la magistratura, beneficiaria degli stessi, ne dispone a proprio piacimento. È così, dunque, che si viene a creare una situazione di "sovraesposizione politica" attraverso la quale "il giudiziario tenderebbe ad alterare gli equilibri tradizionali ed a correggere, a proprio vantaggio, la ripartizione dei poteri, determinando una situazione endemica di conflittualità"¹³². Alla luce di quanto appena rilevato, dunque, ci si appresta a chiudere il discorso relativo al rapporto intercorrente tra politica e magistratura con un'ultima considerazione: la separazione tra i due termini è solo apparente avendosi, in concreto, la sola emancipazione del giudice rispetto allo Stato; da questa liberazione da vincoli di tipo statale, comunque, il magistrato non subisce contropartite, anzi, ottiene unicamente vantaggi tra cui, appunto, l'acquisizione di caratteri propri del potere legislativo ed esecutivo da parte del giudiziario, la crescente importanza del proprio ruolo all'interno della società ed un sistema di controllo "autogestito".

Chiarito ciò, si intende ora individuare nello specifico le facoltà di cui il giudice dispone all'interno del proprio ambiente, e cioè il tribunale, così da definire, parallelamente, il tipo di atteggiamento che quest'ultimo assume, o dovrebbe assumere, rispetto alle parti.

In primo luogo occorre precisare che l'attività del giudice non si sostanzia unicamente in quell'oculato lavoro di immissione dell'astrattezza giuridica nella concretezza della

¹³² Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., p. 197; RODOTÀ S., *Attuali "asimmetrie" del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario*, in *Poteri e giurisdizione, Atti del sesto congresso nazionale*, Napoli, Jovene, 1985, p. 183.

fattispecie reale che trova il suo prodotto ultimo nella sentenza, essendo il suo compito molto più ampio: è il “signore del processo”, colui che ne dirige lo svolgimento mediante l’emanazione di decreti ed ordinanze, provvedimenti, questi, che ricoprono un ruolo importante anche e soprattutto dal punto di vista strettamente organizzativo; si pensi, a titolo esemplificativo, alla fissazione delle udienze, all’ammissibilità delle prove, finanche al concreto ampliamento dal lato soggettivo che, per l’appunto, può derivare da una presa di posizione del magistrato. Ovviamente, quest’attività di conduzione processuale non può prescindere dall’ossequio del principio di collaborazione tra parti e giudice. I provvedimenti pronunciati da quest’ultimo, in linea generale, traggono la loro forza, ai sensi del disposto degli artt. 99 e 112 c.p.c., proprio dalla richiesta delle parti, le quali, al momento della stessa, implicitamente riconoscono all’eventuale decisione presa in merito dal giudice adito carattere vincolante nei loro confronti.

Esistono tuttavia delle eccezioni. È nota, infatti, la ricorrente distinzione tra poteri esercitabili dal giudice solo su richiesta di parte e i c.d. poteri d’ufficio: i primi trovano il loro presupposto necessario nel comportamento dei soggetti partecipanti al giudizio che, dunque, non dovranno rimanere inerti nel corso dello stesso; i secondi, invece, prescindono da tale condizione e si elevano rispetto ad essa a causa dello scopo di affermato rilievo pubblicistico. Alla stregua di quanto previsto in tema di intervento doveroso del pubblico ministero nel processo civile nei casi in cui la sua presenza è indispensabile, e cioè quando sussiste un’esigenza di particolare rilevanza, quale quella di garantire la più completa istruttoria al fine di giungere, rispetto alla controversia in esame¹³³, ad una risoluzione in fatto ed in diritto

¹³³ Ai sensi dell’art. 70 c.p.c. il pubblico ministero esercita l’azione civile nei soli casi stabiliti dalla legge. Essi vengono concretamente esplicitati nell’art. 71 il quale gli individua nelle cause che il p.m. potrebbe proporre,

priva di condizionamenti esterni dovuti a scelte processuali operate dalle parti, la *ratio* che sostiene le capacità officiose del giudice consiste proprio nella ricerca di una giustizia che si ritiene non debba, in casi ben determinati, essere influenzata dai litiganti. Ovviamente ulteriore motivazione posta a giustificazione di siffatti poteri è l'efficienza organizzativa di cui di certo non si può fare a meno. Il rispetto del principio di collaborazione, in questo caso, opera nel processo civile mediante l'attuazione estensiva dell'enunciato di cui all'art. 101 c.p.c. in combinazione con l'art. 24 Cost.: il giudice dovrà, pertanto, prima di emanare un determinato tipo di provvedimento, prospettare la possibilità alle parti stesse del giudizio che, dunque, laddove si trattasse di un rilievo di merito, potranno disporre di un termine *ad hoc*¹³⁴ per depositare in cancelleria memorie contenenti osservazioni a riguardo; se così non fosse, allora, si violerebbe il principio del contraddittorio che funge da uno dei principali corollari del giusto processo così come esposto dall'art. 111 Cost.¹³⁵; se la disposizione adoperata d'ufficio dal giudice attiene a meri rilievi di carattere organizzativo, permane il dovere dello stesso di comunicare alle parti e ai relativi difensori di siffatta attività fornendo alle stesse, laddove sia necessaria, la possibilità di far presente al magistrato eventuali situazioni che rendano impossibile il dar seguito alle prescrizioni adottate dando impulso,

in quelle matrimoniali comprensive di giudizi di separazione personale, quelle riguardanti lo stato e la capacità delle persone ed in tutti gli altri casi espressamente previsti o, laddove ne ravvisi un pubblico interesse, anche in quelli non esplicitamente riportati. Il carattere comune a tutti i giudizi sopra ricordati e che si tratta, in ognuno di essi, di controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili.

¹³⁴ Il termine, decorrente dal giorno della comunicazione, è compreso tra i 20 e i 40 giorni ed è stabilito a pena di nullità.

¹³⁵ Così CIVININI M. G., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio*, in *Il Foro Italiano*, 1999, Vol. 122, No. 1, Società Editrice Il Foro Italiano ARL, p. 8, nella parte in cui scrive "Deve essere anzi con forza ribadito che se l'attribuzione di poteri di iniziativa ufficioso al giudice è oggi un mezzo necessario per garantire il sollecito e corretto svolgimento del processo, solo l'esercizio dei medesimi nel contraddittorio delle parti, cui siano riconosciuti diritti processuali conseguenti, costituisce valido antidoto a forme di autoritarismo processuale".

pertanto, ad un'eventuale revoca e modifica del provvedimento¹³⁶. L'ascolto delle parti, in verità, dovrebbe, per ragioni di efficienza, avvenire prima dell'emanazione del provvedimento adottabile *ex officio*, tuttavia nella prassi non è raro che attore e convenuto arrivino a poter dire la loro solo a conti già fatti. Non manca, comunque, un'opinione contraria sostenuta dalla giurisprudenza che, in merito, ritiene che la mancata comunicazione alle parti delle questioni di fatto e di diritto rilevate d'ufficio non integri un *error in procedendo* suscettibile di essere fatto valere in appello. Partendo da questa posizione tutt'altro che condivisibile, si coglie l'opportunità di esaminare più attentamente uno dei poteri del giudice all'interno del processo: il rilievo d'ufficio di questioni di fatto e di diritto. Relativamente al potere di ampliamento dell'oggetto processuale, occorre preliminarmente mettere in chiaro che non tutte le questioni, di fatto o di diritto che siano, soggiacciono ad una simile modalità di rilievo. Esisteranno, dunque, situazioni suscettibili di essere introdotte all'interno delle spire processuali solo ed unicamente per il tramite della volontà e di un comportamento a ciò idoneo tenuto dalle parti stesse, ed altre che, invece, sono più "vulnerabili", con ciò intendendosi che, per la loro particolare natura, potranno essere assoggettate alla cognizione dell'organo giudicante non solo mediante l'iniziativa dei controvertenti, bensì anche a causa di una volizione di quest'ultimo.

All'interno del processo civile, invero, la disciplina si differenzia nettamente rispetto a quanto accade in campo processualpenalistico, mentre pochi sono i caratteri di peculiarità riguardanti il tema in questione rispetto a quello processualamministrativistico.

¹³⁶ Una delle caratteristiche che distingue decreto ed ordinanza dalla sentenza è, infatti, la propria idoneità alla revoca ed alla modifica in via officiosa, e cioè senza che si svolga, in tal senso, un ulteriore giudizio in sede di impugnazione per ottenere il risultato elidente.

Nel procedimento civile ed in quello amministrativo, allora, si distinguerà tra eccezioni in senso lato, rilevabili anche d'ufficio, ed eccezioni in senso stretto, rilevabili solo dalle parti; la distinzione fra i due tipi di giudizio, in realtà, attiene solo al raggruppamento di una data eccezione, di diritto o di fatto, all'interno dell'una o dell'altra categoria. Le sezioni unite della Corte di cassazione n. 1099 del 3 febbraio 1998, hanno aderito alla posizione di Oriani, ritenendo che rilevabili esclusivamente ad istanza di parte siano solo quelle fattispecie “espressamente previste dalla legge e quelle in cui elemento integrativo della fattispecie difensiva sia la manifestazione di volontà dell'obbligato”, e quindi “eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva”¹³⁷, e che la regola generale è quella del “rilievo *ex officio* di fattispecie modificative, impeditive o estintive, risultanti dal materiale istruttorio legittimamente acquisito”¹³⁸. Nello specifico, comunque, sono pacificamente determinate nella prassi quelle eccezioni che debbono essere riqualificate come eccezioni *lato sensu* o *stricto sensu*: la novazione, l'avvenuto pagamento, la rinuncia al diritto, il concorso del fatto colposo del creditore ex art. 1227, comma 1, c.c., la simulazione del contratto, la presupposizione, la nullità in generale, il difetto di giurisdizione e l'incompetenza vengono globalmente ed incontestabilmente ricomprese nella categoria delle eccezioni, in ambito civile, considerate suscettibili di rilievo d'ufficio; ad esse si dovranno aggiungere, in materia amministrativa, tutte quelle altre situazioni che conducano ad una pronuncia di inammissibilità del ricorso amministrativo ai sensi dell'art. 38 c.p.a.; le eccezioni che, invece, possono essere sottoposte all'esame del giudice esclusivamente per effetto della volontà delle

¹³⁷ Così CIVININI M. G., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, cit., p. 4.

¹³⁸ Cass. Sez. Un. 1099/1998.

parti si identificano nella prescrizione o nella decadenza¹³⁹, piuttosto che nell'annullabilità, nella compensazione, nella rescindibilità dal contratto, nelle garanzie nella vendita e nell'appalto laddove risulti prescritta l'azione in tal senso.

Di recente, inoltre, si è espressa la Corte di cassazione che, in un'ordinanza pronunciata recentemente, ha fugato i dubbi che molti giuristi, fra cui lo stesso Giuliano Scarselli, avevano posto in merito all'opportunità del giudice di poter plasmare l'oggetto del processo e che sorgevano dal divieto posto al magistrato di extrapetizione o ultrapetizione, dichiarando che l'attività dello stesso è del tutto legittima essendo riprovevole solo ed unicamente nel caso in cui la stessa porti ad una sostituzione integrale della domanda posta dall'attore piuttosto che dal convenuto oppure qualora "ecceda dai limiti della domanda medesima modificandone i fatti costitutivi o fondandosi su una realtà di fatto non dedotta o allegata in giudizio"¹⁴⁰.

Ulteriori poteri esercitabili d'ufficio sono quelli che vanno ad ampliare non solo il *thema decidendum*, bensì anche il complesso di soggetti nei cui confronti la sentenza produrrà i propri effetti. Ai sensi dell'art. 107 c.p.c., il giudice può ordinare la chiamata in causa di un terzo rispetto al quale ritiene comune la causa qualora lo ritenga opportuno; nonostante il legislatore non abbia riconosciuto allo stesso la facoltà di operare autonomamente la chiamata in causa, prevedendo invece che a lui competa solo l'impulso alla stessa e debbano essere invece le parti già stanti in giudizio a procedere con le formalità di cui all'art. 269 c.p.c., comunque è possibile parlare di una forte incisività dell'iniziativa del giudice, anche

¹³⁹ L'art. 2969 c.c. dichiara che la titolarità esclusiva spetta alle parti "salvo che, trattandosi di materia sottratta alla disponibilità delle parti, il giudice debba rilevare le cause d'improponibilità dell'azione".

¹⁴⁰ Così l'ordinanza n. 7467 del 19 marzo 2020 pronunciata dalla Sezione civile della Corte di cassazione.

e soprattutto considerando le conseguenze che potrebbero derivare dall'inerzia delle parti che non volessero conformarsi a tale ordine: l'art. 270, infatti, dispone che "se nessuna delle due parti provvede alla citazione del terzo, il giudice istruttore dispone con ordinanza non impugnabile la cancellazione della causa dal ruolo".

Il ruolo del giudice all'interno della fase probatoria civile o amministrativa, ancora, risulta mitigato rispetto a quello che assume all'interno di quella penale.

Pertanto in sede civile: può essere disposto d'ufficio l'interrogatorio non formale delle parti al fine di stimolarne una confessione, in questo caso sarà il giudice stesso a decidere quali domande porre all'interrogato, ma nonostante la facoltà di scelta non potranno essere poste domande volte ad ottenere risposte su fatti diversi da quelli della causa; può essere ordinata, poi, l'ispezione di persone o di cose in attuazione della prescrizione contenuta nell'art. 118 c.p.c. che prevede una siffatta possibilità in tutti quei casi tale attività sia da ritenersi indispensabile e a patto che non si pregiudichino gravemente le persone o le cose sulle quali l'ispezione viene effettuata e che non si interferisca con i segreti previsti dal codice di procedura penale.

Nel processo amministrativo, inoltre, vige il c.d. principio dispositivo con metodo acquisitivo, che si concretizza nell'imputazione al ricorrente del solo onere di immettere nel processo un principio di prova; una volta assolto questo compito, spetterà alla pubblica amministrazione l'adempimento riguardante la completa dimostrazione dei fatti controversi¹⁴¹. Il Consiglio di

¹⁴¹ Cfr. MIGLIORINI L., *I problemi dell'istruzione nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Ammin.*, 1988, p. 27; MAZZAROLLI L., *Considerazioni sulla fase dell'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. e società*, 1996, II, p. 467; LIPARI M., *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, f. 10, p. 55; LOMBARDI P., *L'istruttoria nel processo amministrativo secondo la più recente giurisprudenza amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 1998, II, p. 697; MARCHIANÒ G., *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 10 della legge n. 10 del 1977*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 126.

Stato precisò che “nel processo amministrativo il ricorrente non è tenuto a fornire la prova completa dei profili in fatto delle proprie doglianze, essendo sufficiente che all'uopo adduca elementi di seria consistenza e potendo e dovendo sopperire, alle eventuali manchevolezze, l'organo giudicante, attraverso l'esercizio dei poteri istruttori di cui all'art. 44 del R.D. n. 1054 del 1924”¹⁴². Il regio decreto a cui si fa riferimento, a sua volta, precisa che laddove necessario il giudice amministrativo può, oltretutto stimolare la pubblica amministrazione ad effettuare nuove verificazioni, anche ordinare che venga effettuata una consulenza tecnica al fine di accertare i fatti da porre a completamento di quelli già allegati dalle parti in causa. Parallelamente, autorevole dottrina precisa come il giudice amministrativo goda di una posizione di assoluto rilievo proprio in ragione del principio sopra enunciato: si afferma, infatti, che “dal momento che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale della prova [...] esso è libero nello stabilire se vi è un principio di prova, o nel distribuire l'onere della prova; parimenti libero esso si ritiene nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni”¹⁴³; con ciò si pone, nuovamente, l'accento sulla percezione del magistrato, la quale è in grado di influenzare l'intero andamento del procedimento decidendone, in taluni casi, le sorti.

Passando ad un esame generale delle facoltà attribuite al giudice penale, è possibile riscontrare l'esercizio di un potere d'ufficio esercitato dal giudice per le indagini preliminari nel momento in cui, in sede di udienza in camera di consiglio, dispone con ordinanza che il pubblico ministero proceda con la formulazione dell'imputazione facendo sorgere un obbligo

¹⁴² Cons. Stato Sez. VI, 9 maggio 1983 n. 345.

¹⁴³ Così NIGRO M., *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Il Foro Italiano*, 1997, Società Editrice Il Foro Italiano ARL, pp. 9 ss.

in tal senso in capo a quest'ultimo, precludendogli, dunque, la via dell'archiviazione. Bisogna comunque precisare che, in realtà, il magistrato non fa altro che prescrivere, ai sensi dell'art. 409, comma 5, che il pubblico ministero rediga l'imputazione entro dieci giorni, di certo non potrà, in virtù del principio della separazione delle funzioni, disporre egli stesso d'ufficio il rinvio a giudizio o imporre la formulazione di una determinata imputazione¹⁴⁴. È in ambito probatorio, però, che l'organo giudicante penale spicca rispetto a quello civile e amministrativo. A sostegno dell'affermazione appena resa si espongono alcuni esempi: l'art. 422, comma 1, c.p.p. prevede la possibilità di un'integrazione probatoria nel corso dell'udienza preliminare effettuata direttamente dal g.u.p., con ciò volendosi intendere che, rinviando al dettato normativo, "può disporre, anche d'ufficio, l'assunzione delle prove delle quali appare evidente la decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere"¹⁴⁵; l'art. 511, comma 1, c.p.p. conferisce al giudice del dibattimento il potere di ordinare la lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, da cui, com'è noto, consegue la facoltà di porre quegli atti, dichiarazioni o qualsivoglia altra attività suscettibile di essere utilizzata per l'accertamento dei fatti, a fondamento della decisione¹⁴⁶; il presidente del collegio giudicante può, ex art. 506, comma 1, c.p.p., "anche su richiesta di altro componente del collegio", indicare alle parti nuovi o più ampi temi di prova che siano utili per la completezza

¹⁴⁴ La scelta del contenuto ricadrà comunque sul pubblico ministero.

¹⁴⁵ Cfr. sul tema TONINI P., *Manuale di procedura penale*, ed. XXI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 635; doveroso aggiungere che tale facoltà viene attribuita al giudice dell'udienza preliminare nei soli casi in cui non sia in grado di decidere allo "stato degli atti" e non abbia, al contempo, ordinato un supplemento di indagine al pubblico ministero.

¹⁴⁶ La lettura delle dichiarazioni, ai sensi dell'art. 511, comma 2, c.p.p., può essere disposta solo una volta che la persona che le ha rese sia stata sentita. Ciò vale sempre, salvo che nel caso in cui l'esame non possa svolgersi.

dell'esame e che, pertanto, le stesse avranno l'onere di approfondire¹⁴⁷; allo stesso modo il comma 2 del medesimo articolo gli consente di rivolgere spontaneamente domande ai testimoni già esaminati subito dopo che l'esame ed il controesame abbiano trovato giusto e completo espletamento¹⁴⁸; l'art. 507, comma 1, c.p.p., ancora, stabilisce che "terminata l'acquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova; il comma 1-*bis*, inoltre, consente di poter ricomprendere nell'assunzione in via officiosa delineata nel comma precedente anche gli atti acquisiti nel fascicolo per il dibattimento su accordo delle parti.

Vige, allora, un principio dispositivo, per così dire, "attenuato", considerando che viene conservata la libera esplicazione del diritto alla prova facente capo alle parti, ma al contempo non viene precluso al giudice l'esercizio di poteri di iniziativa probatoria d'ufficio¹⁴⁹.

Tutto ciò porta, inevitabilmente, ad un ripensamento della posizione del giudice rispetto alle parti che, dunque, ne usciranno, sotto un certo punto di vista, "degradata" in confronto alla dignità che veniva loro riconosciuta in epoca alto-medievale: al c.d. ordine "isonomico", della cui validità tratta prima di tutti ed in tempi non sospetti Aristotele, ma che poi attrae la curiosità di molti altri giuristi soprattutto grazie al fascino di cui gode la comparazione dello stesso con la sua controparte a cui ora si farà riferimento, si sostituisce già agli albori dell'Età moderna il c.d. ordine "asimmetrico"¹⁵⁰. Le due conformazioni appena esposte vengono

¹⁴⁷ Si tratta, in verità, di un potere di "suggerimento" ed in quanto tale le parti potranno decidere di accoglierlo o meno; fatto sta che, in caso di accoglimento, le stesse possono decidere quale mezzo di prova utilizzare per l'ampliamento del *thema probandum*.

¹⁴⁸ Viene fatto salvo, comunque, il diritto per le parti di procedere secondo l'ordine consueto e cioè mediante l'interrogatorio condotto dalla parte che lo ha richiesto e seguito, eventualmente, dal controesame ad opera dei controinteressati.

¹⁴⁹ Cfr. sul tema TONINI P., *Manuale di procedura penale, cit.*, p. 744.

¹⁵⁰ GIULIANI A., *Ordine Isonomico e ordine asimmetrico - Nuova retorica e teoria del processo*, in "Sociologia del diritto", 1986, nn. 2-3, pp. 81 ss.

poste, giustamente, agli antipodi dagli studiosi, i quali rinvergono nel livellamento delle posizioni di parti e giudice la caratteristica principale del primo ordine, mentre il secondo si distingue dal primo proprio a causa della particolare sopraelevazione del magistrato giudicante che, così facendo, guarda dall'alto i litiganti, i quali, dalla posizione di inferiorità a cui sono destinati, molto spesso non possono far altro che avanzare deboli richieste a quest'ultimo sperando nell'accoglimento delle stesse, vedendosi spogliati del ruolo di protagonisti del procedimento ed acquisendo, in verità, niente più che la sedia dello spettatore. In ogni caso, l'assemblea costituente mediante la redazione dell'art. 111 Cost. ha tentato di approntare le opportune cautele affinché questo sistema intrinsecamente contraddistinto dalla diseguaglianza potesse essere ricondotto ad una parvenza di equità. Il giusto processo, allora, si prospetta come unica soluzione e strumento per i controvertenti per appianare le differenze intercorrenti fra loro e l'organo giudicante.

Infine, per completare il discorso, non si può escludere dalla trattazione almeno un cenno al tema delle garanzie del magistrato che sarà poi ripreso in seguito.

L'art. 104 del testo costituzionale individua nell'indipendenza e nell'autonomia del giudice le due garanzie principali: con indipendenza si deve intendere la soggezione esclusiva alla legge¹⁵¹, mentre con autonomia, termine utilizzato volutamente in stretta connessione con il precedente, a mo' endiadi, si vuole rafforzare il concetto così da rimuovere ogni interferenza di qualsivoglia altro potere, specie quello esecutivo, sull'attività dell'organizzazione giudiziaria¹⁵². Come corollario logico di indipendenza ed autonomia, ancora, all'art. 107 del medesimo testo normativo il costituente consacra l'inamovibilità dei magistrati, i quali,

¹⁵¹ Cfr. Corte Cost., Sentenza n.22 del 1959.

¹⁵² Cfr. Corte Cost., Sentenza n.142 del 1973.

pertanto, avranno la certezza di conservare il proprio grado a patto di non provocare, attraverso l'adozione dei comportamenti di cui si è già parlato nel capitolo precedente, una decisione di segno avverso del Consiglio superiore della magistratura.

Avendo posato un occhio critico sulle risorse principali di cui dispongono i singoli giudici il quadro acquisisce maggiore vividezza così come vivido risulta il pensiero di Calamandrei racchiuso all'interno della frase riportata nell'*incipit*: il giudice è il "diritto" fatto persona proprio grazie alla somma di tutte le circostanze sopra descritte; per diritto, infatti, è comune intendersi la risposta ai problemi della società; ebbene, laddove vi sia una crisi ci si rivolgerà al giudice per trovare soddisfazione, in quanto è lui l'unico individuo a tenere lo scettro della giustizia che, come è stato assodato, eredita le caratteristiche preminenti degli altri due grandi poteri, legislativo ed esecutivo, senza però essere affetto dall'influenza dei loro titolari; solo lui, ancora, sarà in grado di dare pragmaticità al *fumus* disseminato nell'aria dal legislatore che, altrimenti, pur essendo presente, rimarrebbe impalpabile.

2. La responsabilità del magistrato anteriore al 2015: la c.d. legge Vassalli.

È proprio per le motivazioni su menzionate che il legislatore decise di consultare l'opinione popolare in merito alla possibilità dell'introduzione all'interno del sistema giuridico di una normativa che disciplinasse in maniera più impattante, e soprattutto proficua, l'istituto della responsabilità civile del giudice. L'oggetto del voto consisteva nell'abrogazione degli articoli precedentemente contenuti nel codice di procedura civile relativi al tema in questione¹⁵³, i

¹⁵³ Ovvero, l'art. 55 di cui si riporta il testo integrale ed oggi abrogato:
"Il giudice è civilmente responsabile soltanto:
1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione;

quali attribuivano rilevanza ai soli comportamenti caratterizzati dal dolo, dalla frode o dalla concussione del magistrato, piuttosto che da una sua condotta omissiva quale poteva essere il diniego di giustizia, con conseguente formulazione di una nuova regolamentazione. Nel 1987 il referendum popolare diede esito positivo, manifestando l'insofferenza dei cittadini nei confronti di una magistratura che sempre più spesso, quasi essendone divenuta immune a causa del decorso del tempo non accompagnato da interventi penetranti in materia, finiva per divenire, utilizzando un'espressione ormai notoriamente conosciuta, "giudice e giuria", valutando ogni situazione di fatto o di diritto discrezionalmente senza quella giusta accortezza che sarebbe stata loro provocata, invece, dalla presenza di strumenti utilmente azionabili contro la stessa laddove pecchi nell'esercizio di attività idonea a pregiudicare i diritti delle parti stanti in giudizio o dei terzi. Nonostante il risultato riscosso, però, la legge promulgata successivamente ha disatteso le aspettative concentrandosi più che sulla figura del giudice-responsabile, su quella dello Stato-giudice¹⁵⁴, provocando, di fatto, niente più che

2) quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero.

Le ipotesi previste nel numero 2 possono aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito".

L'art. 56 c.p.c., a sua volta, dispone:

"La domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia.

A richiesta della parte autorizzata la corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda.

Le disposizioni del presente articolo e del precedente non si applicano in caso di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in seguito a condanna penale."

Infine, l'art. 74 c.p.c., relativamente alla responsabilità del pubblico ministero, stabiliva che:

"Le norme sulla responsabilità del giudice e sull'esercizio dell'azione relativa si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione."

¹⁵⁴ Cfr., per tutti, FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1026 ss.; BUSNELLI F.D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 670; CORSARO L., POLITTI M., *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1989, disp. 8°-9°, parte IV; in quest'ultimo testo gli autori sottolineano come "la legge n. 117 non ha l'obiettivo di definire le ipotesi di responsabilità del magistrato, ma soprattutto, se non esclusivamente, quello di definire ed affermare la responsabilità dello Stato per alcuni illeciti del magistrato".

un'ulteriore e sostanziale irresponsabilità dell'esercente le funzioni giurisdizionali. Contro le critiche avanzate dall'opinione popolare riguardo l'infedeltà al voto parlamentare vengono prese delle posizioni nette in una fase preliminare rispetto al sollevamento delle stesse: nella fase dei lavori preparatori, infatti, l'On. Rodotà aveva già messo le mani avanti, quasi preventivando le contestazioni che sarebbero state mosse avverso la legge di cui si stava discutendo in Parlamento, dichiarando che in ogni caso la volontà referendaria “non può andare contro il quadro costituzionale: nella specie, non può violare la normativa costituzionale che garantisce l'indipendenza della magistratura”¹⁵⁵; ancora, affermò che “la previsione del risarcimento da parte dello Stato non è una forzatura dei risultati referendari, ma costituisce una garanzia per il cittadino, poiché svincola la risarcibilità del danno dalle disponibilità economiche del singolo magistrato”¹⁵⁶; allo stesso modo il Sen. Acone non si fece sfuggire l'opportunità di aggiungere che “al cittadino, alla cui tutela vogliamo apportare un rimedio effettivo, interessa il risarcimento, non la punizione del magistrato. La punizione del magistrato deve essere una risposta a livelli diversi”¹⁵⁷.

Insomma, il clima era teso: l'esigenza di un temperamento tra funzione preventivo-punitiva e compensativo-satisfattoria della responsabilità civile relativa ai magistrati si rendeva sempre più opportuna, animando osservazioni di vario genere fra le fila parlamentari delle quali non tutte si distinguono per la loro condivisibilità. Taluni, infatti, proponevano di privare di “significato” la responsabilità civile nella parte in cui dovesse fungere da strumento

¹⁵⁵ RODOTÀ S., (*Atti Camera, X Legislatura*, seduta del 19 dicembre 1987, 67° Res. somm. 7)

¹⁵⁶ Vedi nota precedente.

¹⁵⁷ ACONE M., (*Atti Senato, X Legislatura*, seduta 4 febbraio 1988)

sanzionatorio piuttosto che da rimedio¹⁵⁸; altri, invece, sostenevano una coesistenza dei due profili funzionali¹⁵⁹, senza però tenere in debito conto la funzione ideologica che pure caratterizza suddetta responsabilità qualora la si ricolleggi alla figura del giudice. La mancata attenzione su quest'ultimo profilo funzionale, invero, non è da sottovalutare in quanto, come acutamente osservato da Giuliani e Picardi, è proprio l'esistenza di una siffatta funzione che rende verosimile la creazione di un giudice responsabile, che non goda di privilegi o esenzioni; di un giudice, quindi, "autorevole ma non autoritario"¹⁶⁰. Alla fine di una gestazione durata poco più di sette mesi, comunque, vide la luce la legge n. 117 conosciuta anche come "legge Vassalli", la quale, in definitiva, sulla scia dei mutamenti susseguitisi principalmente in ambito amministrativo e riguardanti lo scardinamento dell'ormai datato principio secondo cui "*The King can do no wrong*", chiama lo Stato a rispondere, a titolo di responsabilità oggettiva, in luogo del magistrato che nell'esercizio delle proprie funzioni abbia posto in essere un determinato tipo di condotte pregiudizievoli, spostando, di fatto, l'incidenza del danno non sul giudice-persona, come era logico intuire sarebbe stato dal quesito referendario, bensì sulla collettività.

Da questa conclusione, dunque, si verrebbe a concretizzare una situazione surreale: lo stesso individuo pregiudicato dall'attività pregiudizievole del magistrato, seppur vincitore in sede processuale, di fatto ne uscirebbe sconfitto, ed anzi doppiamente danneggiato essendo lui stesso parte di quella collettività che fornisce allo Stato le risorse necessarie per poter

¹⁵⁸ Nell'intervento già citato alla nota 151. In ogni caso occorre rilevare come, nonostante il riferimento alla disciplina vigente negli altri paesi, pur rinviandovi espressamente l'On. Rodotà non consideri che, proprio in altri ordinamenti, la responsabilità civile del giudice non viene caratterizzata dall'impersonalità automatica della relativa azione. Vedasi, ad esempio, quanto accade in Spagna con la *Ley Organica del Poder Judicial*.

¹⁵⁹ LIPARI N., (*Atti Senato, X Legislatura*, seduta 4 febbraio 1988, 72° Res. somm. 7)

¹⁶⁰ Così GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., p. 254.

sostenere gli oneri economici derivanti da una condanna al risarcimento del danno provocato dal giudice; per farla breve, ci si ritroverebbe intrappolati in un circolo vizioso entro il quale il danneggiato ne uscirà sempre privo di tutele aventi un effettivo riscontro: invero, si verifica un susseguirsi di eventi che rendono l'agire al fine dell'ottenimento di una tutela in sede giudiziale, così come garantita dall'art. 24 Cost., più pregiudizievole rispetto all'inerzia del danneggiato¹⁶¹.

Addirittura, rendendo ancora più ardente il dibattito cittadino che si diffuse in quel periodo relativamente alla mancata corresponsione tra l'esito referendario e quanto statuito dal potere legislativo, la giurisprudenza dichiarò fermamente la propria convinzione a che la responsabilità dello Stato-giudice venisse costruita sulla medesima linea di quanto precedentemente disposto negli articoli abrogati, rendendo di fatto irrilevante l'opinione espressa poc'anzi dal popolo.

Seppure il Consiglio superiore della magistratura abbia tentato di svincolarsi completamente da qualsivoglia tipo di onere, quasi standole stretta la nuova normativa da poco emanata, proponendo un'imputazione totale allo Stato della responsabilità del giudice laddove quest'ultimo abbia agito con colpa grave, ciò non trovò riscontro su carta: il legislatore, infatti, aveva previsto un sistema, vigente tuttora, composto da una pluralità di fasi, dove la prima assurgeva a fase di accertamento del fatto svolgentesi nei confronti dello Stato e la seconda, invece, era il tramite mediante il quale quest'ultimo poteva operare la rivalsa nei confronti dell'autore del fatto, ovvero il giudice. Nella prassi, ad onor del vero, occorre

¹⁶¹ E ciò poichè, in concreto, si verifica il paradosso secondo cui il danneggiato è, di fatto, colui che si autorisarcisce del danno subito.

rendere noto che a causa dell'eventualità della fase di rivalsa, oggi parzialmente superata, non è raro che, in molti casi, la proposta avanzata dal Consiglio superiore della magistratura trovi concreta applicazione a dispetto di quanto disposto nel testo di legge.

E' opportuno prestare attenzione, prima di approfondire la disciplina precipua, sulle giustificazioni che alcuni giuristi hanno posto alla base del c.d. *Richterprivileg*, in quanto potranno essere utili per una comprensione più completa della disamina effettuata nei prossimi paragrafi: si riteneva, infatti, come il suddetto principio, nonostante l'origine antica, potesse trovare giustificazione e valido fondamento nelle "radici della funzione stessa del giudicare che esclude ogni responsabilità"¹⁶², o ancora che il giudice sarebbe "al di sopra dell'obbligo di rendere conto alle parti della delicatezza e della perizia con cui esercita la sua funzione"¹⁶³, anche e soprattutto considerando che un suo errore sarebbe "irrilevante", poiché non ostacolerebbe la formazione del giudicato e verrebbe da questo assorbito¹⁶⁴. Il pensiero or ora esposto, nonostante il tentativo effettuato dal legislatore di superarlo, continua ad influenzare celatamente la progressiva formazione della regolamentazione sul tema.

2.1. Fattispecie rilevanti di responsabilità civile del giudice così come configurate dalla Legge Vassalli. *Focus* sulla "clausola di salvaguardia".

Il legislatore italiano degli anni '80, ritrovandosi a dover delineare una regolamentazione nuova da zero, avendo come unica certezza i principi costituzionali rimasti

¹⁶² Così SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, *sub* art. 55, p. 211. Cfr. anche ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 1966, p. 22 ss.

¹⁶³ BATTAGLINI, *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in *Giust. pen.*, 1949, III, p. 210.

¹⁶⁴ Così GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, *cit.*, p. 262.

inequivocabilmente saldi e la volontà di effettuare un giusto e ragionevole contemperamento fra la necessaria tutela dei privati e l'ossequio di suddetti principi, operò una scelta organizzativa logica: seppur possa sembrare un discorso futile e privo di significato, è emblematico che l'art. 1 della Legge Vassalli si occupi di circoscrivere il campo di applicazione in cui essa vigerà; basti pensare, a riguardo, che nel già a fondo esaminato d.lgs. 109/2006 questo punto viene trattato per ultimo, in coda all'elencazione dei vari passaggi che bisogneranno osservarsi prima di giungere ad una decisione avente effetto sanzionatorio per il magistrato e delle fattispecie rilevanti. Da ciò emerge la manifestazione di volontà che grida alla distinzione, sin dal principio, tra le due normative. Mentre la regolamentazione disciplinare si premura di accantonare una delle disposizioni che suscita il maggiore sconcerto fra i giurisperiti, quella civile si propone, invece, di mettere immediatamente in chiaro che "le disposizioni della presente legge si applicano a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria", precisando ulteriormente che tali disposizioni si applicano "anche ai magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali". Non esisteranno, dunque, soggetti esercenti la professione giudiziaria che dovranno intendersi esclusi da tale disciplina, anzi, nel comma 2 dell'art. 1 della già citata legge si scioglie un nodo che per moltissimo tempo, a partire dal Medioevo e trovando il suo svolgimento più significativo nel dibattito tra De Lamoignon e Pussort che, con il senno di poi, vede vincitore quest'ultimo, consistente nella perennemente irrisolta, almeno fino al 1988, domanda relativa al se e soprattutto in che modo il giudice in composizione collegiale possa ritrovarsi a rispondere per la negligenza o il malaffare doloso di uno dei suoi

componenti considerando la sussistenza del segreto nelle deliberazioni che impedirebbe l'imputazione del fatto nocivo in capo al singolo magistrato, così provocando, in caso di risposta affermativa, l'estensione della responsabilità all'intero collegio. Mediante il combinato disposto dell'articolo 1 con il 16 della medesima legge, infatti, si dichiara la sussistenza di responsabilità anche nel caso in cui il danno patrimoniale o non patrimoniale, a patto che quest'ultima tipologia di danno derivi da privazione della libertà personale, sia stato provocato da un provvedimento adottato da un organo collegiale; ciò è stato reso possibile grazie ad un lavoro di rimodulazione ed aggiornamento eseguito dall'art. 16 della legge 117/1988 sulle norme contenute all'interno dei codici di procedura civile e penale¹⁶⁵. Il prodotto di una simile attività si sostanzia in un avvicinamento all'istituto inglese della “*dissenting opinion*”, infatti modificando in maniera pressoché identica, ai sensi dei primi due commi dell'art. 16, le disposizioni di cui agli art. 148 c.p.p. e 131 c.p.c., si pone come regola generale la responsabilità dell'intero collegio laddove nel sommario processo verbale, compilato in merito alla formazione dei provvedimenti adottati, non risulti alcuna dichiarazione di astensione, in termini non necessariamente pratici, bensì anche morali¹⁶⁶,

¹⁶⁵ L'art. 16 della legge 117/1988 così dispone:

“All'articolo 148 del codice di procedura penale dopo il comma terzo è aggiunto il seguente: «Dei provvedimenti collegiali è compilato sommario processo verbale il quale deve contenere la menzione della unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i componenti del collegio stesso, è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio».

All'articolo 131 del codice di procedura civile è aggiunto, infine, il seguente comma: «Dei provvedimenti collegiali è compilato sommario processo verbale, il quale deve contenere la menzione dell'unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i componenti del collegio stesso, è conservato a cura del presidente in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio»”

¹⁶⁶ Si pensi al caso in cui un magistrato ritenga non rispondente a giustizia la soluzione maggiormente condivisa dagli altri componenti del collegio giudicante: in questo caso, ai sensi del nuovo comma aggiunto

dalla decisione presa, pur facendo salva la possibilità per coloro che hanno un'opinione discordante rispetto alla maggioranza di farlo mettere per iscritto dal meno anziano dei componenti togati; in questa maniera si riempie di significato un pensiero dissenziente che, altrimenti, sarebbe risucchiato nel vortice della maggioranza senza più avere alcuna utilità. Ci si distacca lievemente, dunque, da quell'idea del diritto come unico che può dar vita ad una decisione altrettanto univoca, aprendosi invece ad una concezione più ampia che la stessa Corte europea dei diritti umani sembra favorire¹⁶⁷. Da notarsi che una parte della dottrina ritiene che un tale cambiamento di rotta non sia da incoraggiare e ciò poiché ammetterlo significherebbe privare di autorevolezza la sentenza¹⁶⁸; tuttavia, rispetto a questa giusta, ma insufficiente, argomentazione, si pone la seguente contestazione: pur non potendo la sentenza essere vista come un atto di sovranità, quanto piuttosto come un provvedimento che, sebbene dotato di una particolare forza in quanto enunciante il diritto, risulta idoneo alla regolazione dei rapporti individuali, fungendo da strumento attraverso il quale il diritto astratto trova effettivo riscontro nella realtà¹⁶⁹, non si può ritenere che l'autorevolezza dello stesso trovi la propria fonte unicamente nell'unanimità in sede di delibera giurisprudenziale; bisogna ricordare, invero, che, seppure non possa in alcun modo negarsi l'importanza del ruolo che un simile atto è chiamato a ricoprire, quest'ultimo resta pur sempre il prodotto di un'attività umana sicché sarebbe anacronistico, mistificatorio e fuori luogo asserire che regola generale

agli art. 131 c.p.c. e 148 c.p.p., l'individuo in questione potrà far mettere per iscritto la sua contrarietà a quel determinato risultato.

¹⁶⁷ DE ALBUQUERQUE P. P., CARDAMONE D., *Efficacia della dissenting opinion*, in *Questione Giustizia*, 2019, §1-2.

¹⁶⁸ Cfr. CASSESE S., *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009, pp. 973-986.

¹⁶⁹ MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., pp. 77-83.

debba sempre essere, almeno in apparenza, l'unanimità della delibera collegiale¹⁷⁰, nonostante sia comprensibile il fascino che può suscitare l'idea del provvedimento in questione come il baluardo del pensiero che fra tutti è sopravvissuto alla lotta dialettica ed è riuscito a conciliare ogni singolo individuo che ha partecipato alla decisione. Il dissenso, invero, nonostante sia concepito dai più come fonte di pregiudizio, in realtà può essere pensato, citando il sociologo Hubert Horatio Humphrey, come uno degli elementi fondamentali, insieme al dibattito ed alla discussione, che formano l'incudine che dev'essere battuta per forgiare la libertà. In questo senso, infatti, è molto più il dissenso a dare autorevolezza alla sentenza rispetto all'assenza dello stesso, e ciò in ragione del fatto che la sua presenza lascia intuire una sua logica evoluzione in discussione e solo in ultima istanza in decisione. È quest'ultimo, essendo indizio di uno svolgimento razionale e ponderato del problema, a dare significato e valore al provvedimento. In ogni caso, anche laddove non si fosse convinti di ciò, sarebbe futile contestare l'introduzione di una *dissenting opinion* attenuata all'interno dell'ordinamento giuridico italiano per la sola ragione del pregiudizio all'autorevolezza della sentenza, in quanto esistono altri principi che, com'è noto, contribuiscono in tal senso¹⁷¹.

¹⁷⁰ Con ciò, ovviamente, non si intende negare che il fine ultimo a cui tendere sia proprio la conciliazione della pluralità di posizioni che certamente contraddistinguono i componenti del collegio, quanto più che non ci si può aspettare che ciò accada sempre ed in ogni caso, e questo per vari ordini di ragioni come: la delimitazione temporale stabilita dalla legge ed entro la quale si dovrà pervenire alla risoluzione del caso che, pertanto, potrebbe a volte non essere sufficiente per ottenere un tale risultato; la complessità delle singole fattispecie, che in quanto tali sono aperte ad una pluralità di interpretazioni e modi di porsi rispetto al problema; infine, il fattore umano presente in ogni giudice che lo porta a non scegliere fra le opzioni quella necessariamente più efficiente, bensì quella che ad egli sembra più giusta. In questo senso rileva, allora, l'idea di giustizia che è sì informata alla legge scritta che funge da guida, ma che comunque rimarrà autonoma rispetto a quella che un altro collega potrebbe possedere.

¹⁷¹ È la legge stessa, ad esempio, ad attribuire autorevolezza al provvedimento decisorio anche in chiave percettiva: la legge è di per sé autorevole e, dunque, essendo l'atto in questione uno dei modi di esplicazione della medesima sarebbe sminuente ritenere che il suo valore possa uscirne pregiudicato dalla sola opinione dissidente che pure è logico si possa avere e possa permanere in capo ad uno dei magistrati giudicanti alla

Concluso questo excursus incentrato sulla possibile utilità e giustizia di cui la *dissenting opinion* potrebbe o meno godere all'interno di un ordinamento giuridico di *Civil Law* qual è quello italiano, si prosegue con l'esame dell'art. 16 della legge 117/1988.

Il comma 3 della stessa disposizione chiariva che l'applicazione delle prescrizioni contenute all'interno dei primi due commi si sarebbe estesa, rispettivamente, ai provvedimenti adottati dagli altri giudici collegiali in materia penale e di prevenzione, piuttosto che a quelli aventi giurisdizione in ogni materia; si continua, inoltre, con la precisazione esplicita nel comma 4, il quale dichiara che responsabile personalmente in sede di rivalsa potrà essere il componente del collegio qualora, per inosservanza di obblighi di sua specifica competenza, abbia provocato un danno ingiusto mediante un'attività omissiva o commissiva sostanziatesi in un diniego di giustizia che pure, come si vedrà, costituisce causa di insorgenza della responsabilità civile del giudice ai sensi dell'art. 3 della legge di cui trattasi. Infine, gli ultimi commi vengono dedicati agli aspetti più tecnici come, ad esempio, la necessità che il tribunale competente per il giudizio di responsabilità veda consegnarsi in un plico sigillato il verbale, redatto dal componente meno anziano del collegio e sottoscritto da tutti i membri dello stesso, "della decisione alla quale si riferisce la dedotta responsabilità". Una volta ricevuto ne dovrà ordinare l'acquisizione agli atti del giudizio. Al Ministro di grazia e giustizia è affidato il compito di determinare le modalità di conservazione di suddetti plichi e di dirigerne, laddove ciò risulti opportuno, le operazioni volte alla distruzione degli stessi.

L'art. 2 della legge Vassalli rappresentava il punto più controverso della disciplina.

Il primo comma così disponeva: "Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un

conclusione del procedimento. Si pensi, inoltre, agli appositi strumenti approntati dal legislatore per dare effettiva esecuzione alla sentenza.

comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale”; si prevedeva, dunque, un’importante delimitazione di responsabilità: pur residuando dall’art. 55 c.p.c. ormai abrogato la possibile insorgenza della stessa derivante dall’adozione di un comportamento caratterizzato da dolo¹⁷² e pregiudizio nei confronti del singolo individuo, ad esso vennero aggiunte due ulteriori fonti che il legislatore dell’88 prontamente decide di trattare in sedi differenti seppur ravvicinate; rispettivamente, infatti, si decise di riservare ai commi seguenti la precisazione delle situazioni suscettibili di essere poste a fondamento di un’argomentazione volta a sostenere la colpa grave del magistrato, mentre per il diniego di giustizia si optò per una trattazione separata, probabilmente per ragioni meramente organizzative, all’interno dell’art. 3.

Preliminarmente alla descrizione delle condotte colpose rilevanti, comunque, venne effettuata una premessa importante e che avrebbe assorto, come dichiarato da alcuni grandi personaggi dell’epoca, al ruolo di “bandiera ideologica” della nuova legge¹⁷³: in ogni caso, di qualsiasi mole sia il danno cagionato alle parti o ai terzi, il giudice non potrà mai essere

¹⁷² Dove per dolo, ricorda MARTINO R., in *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 12, si dovrà intendere “l’intenzione di nuocere: rileva, a tal fine, la circostanza che il giudice è direttamente consapevole di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo, in pregiudizio dei diritti della parte soccombente. In merito vedi anche Cass. 16 gennaio 2004, n. 540, in *Archivio civ.*, 2004, p. 14; Cass. 16 novembre 2006, n. 24370; Cass. 6 ottobre 2007, n. 21618, in *Giust. civ.*, 2008, I, 924; SCOTTI L., *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n.117*, Milano, 1988, p. 112; COLOMBINI E., *Responsabilità civile dei magistrati per fatti costituenti reato. Parte prima*, in *Archivio civ.*, 2000, p. 153 ss.

¹⁷³ Vedi Intervento del sen. Acone, in Atti Senato, X Legislatura, Resoconto Sommario, seduta 4 febbraio 1988, p. 8 ss.

condannato al risarcimento qualora il pregiudizio derivi da un'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione delle prove. La disposizione del secondo comma dell'art. 2 l. 117/1988 è conosciuta con il nome di "clausola di salvaguardia" dell'indipendenza della magistratura. E' palese come una siffatta limitazione si presti facilmente ad essere oggetto di critiche fondate: non sbaglia, invero, chi nota che negare la sussistenza della responsabilità civile del magistrato in tali ipotesi significa negarla del tutto, e ciò poiché è in tale attività che si sostanzia la professione giudiziaria, non certo in un'applicazione meccanica del diritto¹⁷⁴; al contempo, lo stesso senatore Acone, il quale ha partecipato attivamente alla formazione della legge, sostiene che "il guaio è [...] che il magistrato questo fa, non fa altro. Fa interpretazione del diritto e valutazione del fatto, sicché se noi prendessimo per oro colato quello che è stato scritto nel secondo comma dell'art. 2 [...] faremmo una legge puramente teorica, buona per l'accademia, per far scrivere decine di articoli e qualche monografia agli studiosi della materia, avremmo completamente vanificato la responsabilità civile del magistrato. Ecco che quindi io avevo suggerito che si dicesse sì, quello che si dice nel secondo comma dell'art. 2, ma si dicesse anche «salvo i casi di colpa grave», che sono i seguenti: a), b) e c)".

Le parole del senatore Acone sono rimaste inascoltate: si determinarono certamente le condotte caratterizzate da colpa grave, ma con l'asserzione secondo cui tali attività fossero tutte collocate al di fuori della dimensione interpretativa entro cui si può spingere il giudice. Il comma 3 prevedeva, pertanto, che ipotesi di colpa grave potessero sostanziarsi in: grave

¹⁷⁴ Se così fosse a nulla servirebbe la tutela dell'indipendenza del giudice e si ritornerebbe alla filosofia largamente diffusa in Francia negli anni dell'avvento di Napoleone Bonaparte consistente nell'idea di un giudice che dovesse essere schiavo del diritto e, pertanto, mera "*bouche de la loi*".

violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; l'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Sono due gli aspetti che saltano all'occhio.

In primo luogo, si affianca alla semplice negligenza, che solitamente è già di per sé bastevole a dar vita a colpa¹⁷⁵, un *quid pluris* che è costituito dall'aggettivo "inescusabile". Bisognava, dunque, che essa fosse "non spiegabile": era proprio tale caratteristica che esonerava il giudice da qualsivoglia responsabilità e che faceva sì che all'esterno l'errore del magistrato, seppur pregiudizievole, risultasse, per così dire, "accettabile"; insomma, era necessario che non ci si distaccasse da quel *minimum* di accortezza che ci si aspetta dal professionista¹⁷⁶. La Cassazione, poi, nel trattare della grave violazione di legge in correlazione a suddetta particolare tipologia di negligenza affermava che essa rilevasse solo ed unicamente laddove si fosse sostanziata in una "violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa", piuttosto che nel caso in cui fosse stata effettuata "una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico" o, ancora, qualora fossero state adottate "scelte aberranti

¹⁷⁵ L'attività del giudice è generalmente equiparata, seppur con le dovute precisazioni, a quella del prestatore d'opera; pertanto, è da ritenersi applicabile l'art. 2236 c.c. che dispone: "Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave".

¹⁷⁶ Cfr. Cass. 6 ottobre 2000, n. 13339; Cass. 20 settembre 2001, n. 11859, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3556 ss., con nota di SCARSELLI G., *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*; Cass. 29 novembre 2002, n. 16935; Cass. 7 novembre 2003, n. 16669; Cass. 27 novembre 2006, n. 25133, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, p. 317 ss., con nota di PANTANO E., *La responsabilità civile del magistrato ai sensi della l. n. 117/1988*; Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, in *Danno resp.*, 2008, p. 1119 ss., con note di DELLACHÀ P, BONACCORSI F, FRATA L., *C'è ma non si vede: la responsabilità civile per fatto del magistrato*; Cass. 6 novembre 1999, n. 12357, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2054.

nella ricostruzione della volontà del legislatore”, o in caso di “manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo” o, infine, se il giudice avesse posto in essere un’attività caratterizzata dallo “sconfinamento dell’interpretazione nel diritto libero”¹⁷⁷. Una piuttosto recente sentenza della Corte di cassazione anteriore alla riforma del 2015, inoltre, sosteneva che si versasse in una situazione capace di suggerire l’imputazione a titolo di responsabilità civile in capo all’organo giudicante qualora lo stesso avesse disatteso “soluzioni normative chiare, certe e indiscutibili, o siano stati violati principi elementari di diritto, che, il magistrato non può ignorare”¹⁷⁸.

Il secondo aspetto che pretende un adeguato approfondimento è il seguente: le lettere *b)* e *c)* dell’art. 2, comma 3, pur essendo nell’enunciazione identici ai motivi di revocazione così come individuati all’interno del n. 4 dell’art. 395 c.p.c., di fatto assumevano un significato completamente diverso, più ristretto in un certo senso; mentre le condotte vevoli per la revocazione consistono anche in attività di c.d. “malinterpretazione”, quelle ritenute idonee all’instaurazione del giudizio di responsabilità presupponevano la totale assenza dell’attività accertativa e dell’analisi degli atti da cui risultasse “incontrastabilmente” l’esistenza o l’esclusione di determinati fatti¹⁷⁹, e ciò per l’ovvia ragione che il pensiero diverso avrebbe determinato un contrasto con la clausola di salvaguardia poc’anzi esposta.

Proprio alla luce dell’art. 395 c.p.c., il quale prevede uno strumento di riparazione dell’errore giudiziario in suddette ipotesi, si rendeva ancora più sfocata la *ratio* di una simile scelta del legislatore, sollevandosi d’istinto, nella mente di un qualsiasi individuo, la domanda, la cui

¹⁷⁷ In questi termini si pronunciò la Cass. 26 maggio 2011, n. 11593.

¹⁷⁸ Cass. 14 febbraio 2012, n. 2107, in *Danno resp.*, 2012, con nota di BONACCORSI F., *Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l’illecito del magistrato*.

¹⁷⁹ Cass. 20 ottobre 2006, n. 22539.

risposta in termini di indipendenza risulterebbe insoddisfacente data la semplicità con cui viene utilizzata per incatenare e trattenere con sempre più forza la portata funzionale della responsabilità civile, “perchè la negligente attività interpretativa del magistrato è considerata un problema da estirpare in quanto suscettibile di pregiudicare la giustizia della sentenza ai sensi dell’art. 395 c.p.c., n. 4, ma al contempo viene esclusa dal novero di condotte rilevanti per radicare la responsabilità civile del giudice *ex art. 2, l. 117/1988?*”. Le risposte a cui si pervenne nel tempo furono varie: nuovamente venne citata l’indipendenza come principio assolutamente inderogabile e posto a fundamenta delle tesi della magistratura; il principio del giudicato, ancora, fu rielaborato così che potesse fungere da utile contestazione al problema; infine, taluni arrivarono a dichiarare che la chiave di volta fosse da ricercare nell’impersonalità della sentenza e nella contrapposizione tra il giudizio sulla stessa, prodotto dell’attività del magistrato, e giudizio sulla persona che ha posto in essere il provvedimento¹⁸⁰. Di questi temi, comunque, si dirà di più nel prossimo capitolo.

Nella pronuncia n. 12215 datata 18 maggio 2018, e quindi successiva alla riforma del 2015, ma avente ad oggetto un principio consolidatosi anteriormente a tale data ed una fattispecie altrettanto precedente, le Sezioni Unite, con ordinanza, dichiararono salva la clausola di salvaguardia in tutti quei casi in cui il magistrato nel decidere compie un errore sulla “disposizione” intesa come mero “elaborato linguistico” privo di qualsivoglia contenuto semantico. Nello stesso atto, poi, individuarono tre casi in cui la grave violazione di legge esorbita concretamente dall’attività interpretativa e, pertanto, può essere posta a fondamento di un’azione risarcitoria; ciò avviene qualora si erri: nell’individuare la norma concretamente

¹⁸⁰ Cfr. SEVERINI G., *I “due corpi del giudice”, ovvero dell’impersonalità delle decisioni giudiziarie*, in *federalismi.it riv. dir. pub. comp. eur.*, 2018, pp. 1-3.

applicabile al caso concreto; nell'applicazione della norma esattamente individuata alla fattispecie concreta, laddove alla prima siano fatti produrre effetti giuridici che non le competono; nell'attribuzione alla norma di un significato "extratestuale" ed impossibile, cioè che contrasta con il fine ultimo della disposizione stessa. In quest'ultimo senso le Sezioni Unite chiariscono, nella successiva pronuncia del 3 maggio 2019, n. 11747, che "se una disposizione può avere vari possibili significati, nessun significato, neanche quello più desueto e meno utilizzato, può essere fonte di responsabilità, purché si rimanga nell'ambito del possibile, ovvero della possibile scelta interpretativa [...] Può essere fonte di responsabilità invece predicare ad una disposizione un non-significato, un significato che essa, né linguisticamente né giuridicamente può avere o che non è il suo perché è proprio di un'altra norma, di un altro istituto, un significato che va oltre il significante"; rileggendo quanto scritto in questo provvedimento, tuttavia, appare palese un errore di fondo: le stesse Sezioni Unite dichiarano che anche in questo caso è presente una "possibile scelta interpretativa". Ma allora, se così è, come mai in precedenza si è affermato che l'attribuzione di un non-significato ad una norma fosse suscettibile di fondare la domanda risarcitoria avverso un giudice sulla convinzione che questa corrispondesse ad attività diversa dall'interpretazione? Una rivisitazione del principio anteriormente enunciato dalle Sezioni Unite è comunque possibile, certo, ma alla luce di queste nuove risultanze è opportuno un ripensamento del secondo comma dell'art. 2, l. 117/1988, che al momento non è stato integralmente effettuato neanche dalla più recente riforma del 2015.

Il diniego di giustizia, come preannunciato, viene esaurito all'interno dell'art. 3 della legge Vassalli il quale lo definisce come l'omissione, il rifiuto o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio. Tuttavia, nonostante questo primo periodo, si aggiunge

che rilevante ai fini della responsabilità civile del giudice sarà solo quel diniego di giustizia che sia seguito da un comportamento attivo della parte che, per l'appunto, deve stimolare il magistrato mediante la presentazione di un'istanza con la quale si richiede l'ottenimento del provvedimento e dall'inutile decorso del termine di trenta giorni dal deposito della stessa. Si prevedono, poi, delle proroghe e delle riduzioni di termini in specifici casi: *in primis*, il dirigente dell'ufficio può, con decreto motivato, postergare la scadenza del termine a tre mesi in luogo dei trenta giorni originariamente previsti; vi può essere un'ulteriore proroga di tre mesi qualora si adduca la particolare complessità della causa; infine, si prevede una riduzione del termine fino a cinque giorni qualora il provvedimento richiesto concerna la libertà personale dell'imputato. Un simile utilizzo di parole, nuovamente, fa nascere delle perplessità soprattutto nella parte in cui si richiede alla parte la reiterazione di un atto che ha già compiuto ed avente le medesime funzioni rispetto all'istanza volta ad ottenere il provvedimento¹⁸¹ affinché la condotta omissiva piuttosto che commissiva del magistrato venga considerata biasimevole.

Infine, nel periodo iniziale dell'art. 13, comma 1, l. 117/1988, si prevede che a dar vita a responsabilità civile del magistrato possa essere anche il compimento di un fatto previsto dalla legge come reato qualora esso sia stato posto in essere nell'esercizio delle funzioni giudiziarie. Effettuata quest'ultima precisazione, e rinviando in seguito la trattazione del procedimento che si discosta, seppur in minima parte, da quello generalmente svolto in caso di azione civile esercitata in sede penale ai sensi degli art. 74 ss. del codice di procedura

¹⁸¹ Nel processo civile a stimolare l'attività decisoria del giudice è l'atto di citazione piuttosto che la comparsa di costituzione e risposta contenente una domanda riconvenzionale; in quello penale è, d'altra parte, l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero; nel procedimento amministrativo coincide, ancora, con il ricorso al TAR o al Consiglio di Stato.

penale, si osserva che il dispositivo precedentemente vigente e contenuto nell'art. 55 c.p.c. non ha perso di efficacia: il giudice, invero, risponde comunque per dolo, *ex art. 2, comma 1, della legge dell'88*, ed altresì risponde per frode e concussione dato che tali fattispecie possono essere inglobate all'interno delle fattispecie rilevanti individuate dall'art. 13 del medesimo testo normativo. Pertanto, risulta chiaro che la nuova regolamentazione amplia significativamente i presupposti necessari per la comprovata sussistenza della responsabilità civile del giudice, ma non li trasforma totalmente.

2.2. Il procedimento nei confronti dello Stato, il vaglio di ammissibilità e la rivalsa.

A differenza di quanto accade con il giudizio disciplinare, informato principalmente a modalità processuali comuni, oltreché caratterizzanti, a quello penale, la legge 117/1988 di cui ora si sta discutendo si proponeva di delineare un procedimento volto all'ottenimento del risarcimento del danno ad opera del magistrato autore del fatto lesivo, che, accostandosi a quello disciplinare, saldasse le proprie radici nella regolamentazione tipica dell'azione in sede civile per l'accertamento della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. ed al contempo riuscisse a ramificarsi in maniera più complessa rispetto alla stessa: l'elemento scriminante, in questo caso, è proprio la funzione svolta dal convenuto sostanziantesi nel potere, tra quelli statali, più completo¹⁸².

Premesso ciò, le novità procedurali introdotte dalla legge Vassalli rispetto alla disciplina previgente sono le seguenti: la peculiare modalità di determinazione del foro competente; il ristretto termine per la proposizione dell'azione risarcitoria; la previsione di specifiche

¹⁸² Il riferimento è chiaramente al potere giudiziario che, come precedentemente rilevato (vedi §2), in talune situazioni presenta riflessi tipici di quello esecutivo e legislativo.

condizioni di ammissibilità dell'azione risarcitoria e di un vaglio preventivo funzionale all'accertamento del soddisfacimento delle stesse; la divisione del processo in due fasi distinte che, in ogni caso, vedranno mutare, l'una rispetto all'altra, i partecipanti, l'oggetto in esame e i termini entro i quali esperire le azioni idonee all'instaurazione delle stesse.

Incominciando con la prima fase, come anticipato già nello scorso capitolo¹⁸³, essa si propone di verificare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie rilevante e l'assenza di quelli impeditivi o estintivi della stessa così da poter dichiarare o meno la legittimità della pretesa risarcitoria avanzata. La peculiarità di suddetta fase, comunque, si rinviene nella persona del convenuto e nella funzione alla cui realizzazione essa tende: non sarà il soggetto al quale il fatto viene imputato a costituirsi per il tramite di un difensore in tribunale né parimenti sarà indirizzato al giudice della cui responsabilità si discute l'atto di citazione, bensì parte sarà lo Stato rappresentato dal Presidente del Consiglio dei Ministri¹⁸⁴; in contrapposizione al giudizio successivamente esperibile¹⁸⁵, la funzione da esso svolta è quella compensativo-satisfattoria¹⁸⁶. E' superfluo, in quanto tautologico, chiarire che lo svolgimento della fase successiva, e cioè la rivalsa, dipende direttamente dall'esito positivo di quella antecedente.

Nonostante la separazione del giudizio complessivamente esaminato in due distinte fasi, il

¹⁸³ V. Cap. II, §1, lettera c).

¹⁸⁴ Cfr. art. 4 l. 117/1988.

¹⁸⁵ La rivalsa tende, d'altro canto, alla realizzazione della funzione preventivo-punitiva. A riguardo vedi MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità del giudice per dolo o colpa grave*, cit., pp. 91 ss.; *Relazione al ddl n. 1626*, in Atti Senato n. 1626 - XVII Legislatura, p. 4.

¹⁸⁶ Mediante la previsione del doppio giudizio, invero, si eleva l'efficienza dell'azione civile dal punto di vista del soddisfacimento patrimoniale del danneggiato: quest'ultimo non dovrà più preoccuparsi di un eventuale indisponibilità di liquidità da parte del convenuto, avendo la garanzia, invece, che qualora ne uscisse vincitore avrà quanto gli spetta. A riguardo vedi MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità del giudice per dolo o colpa grave*, cit., pp. 91 ss.; *Relazione al ddl n. 1626*, in Atti Senato n. 1626 - XVII Legislatura, p. 4.

criterio di determinazione del giudice competente rimane sostanzialmente invariato; dovrà, infatti, adirsi il giudice normalmente competente per territorio ai sensi dei vari articoli dei codici di procedura penale, civile ed amministrativa, salvo che nel caso in cui il magistrato della cui responsabilità si discute abbia esercitato, antecedentemente o posteriormente alla realizzazione del fatto, o eserciti al momento in cui l'azione viene esperita, le proprie funzioni esattamente all'interno del distretto di corte di appello in cui ha sede il tribunale individuato ai sensi degli art. 8 e 9 c.p.p., 18 ss. c.p.c., 13 c.p.a. In questo caso la causa dovrà essere esaminata, *ex art. 11 c.p.p.*, dal giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di corte di appello determinato dalla legge.

Al comma 2 dell'art. 4 della medesima legge, ancora, si subordina il possibile esperimento dell'azione civile avente ad oggetto la responsabilità del magistrato derivante dal compimento di fatti dolosi o colposi all'esaurimento di tutti i mezzi ordinari di impugnazione o degli altri strumenti preposti dalla legge a tutela della parte qualora venissero pronunciati provvedimenti cautelari e sommari, chiarendo che qualora il danno sia derivato da un atto non soggetto ad impugnazione o altro mezzo di contestazione l'azione sarà esercitabile a partire dal momento in cui si concluderà il giudizio che lo ha originato; a ciò, ancora, si aggiungeva la previsione del termine massimo di due anni, ora aumentati dalla legge 18/2015 a tre, stabilito a pena di decadenza per il fruttuoso esercizio dell'azione civile in questione. Al comma 3, inoltre, si acconsente ad una deroga rispetto al principio enunciato nel comma 2: si prevede, *invero*, che si sarà esonerati dal necessario esaurimento degli strumenti riparatori concessi alle parti dal legislatore laddove siano decorsi tre anni dal compimento del fatto pregiudizievole ed il relativo grado del processo non ha ancora trovato un epilogo. In ogni caso il termine in questione non potrà mai iniziare a decorrere qualora il danneggiato

non abbia avuto conoscenza del fatto pregiudizievole a causa del segreto istruttorio. Laddove, invece, si lamenti la sofferenza di un danno derivato dall'omissione, rifiuto o ritardo del giudice nell'emanazione del provvedimento richiestogli, il termine era diminuito a due anni, ma tale differenza rispetto a quello ordinariamente previsto nelle altre ipotesi è stata eliminata con l'avvento della riforma del 2015 che ha livellato la situazione rendendo applicabile, anche in tal caso, il termine triennale che, però, incomincerà a decorrere dal momento in cui potrà dirsi scaduto quello entro il quale il giudice è chiamato a provvedere.

Finora non si è discusso in dottrina della decisione di prevedere termini stabiliti specificamente e consapevolmente a pena di decadenza nonché di molto ridotti rispetto alla prescrizione quinquennale individuata dall'art. 2947 c.c., ciononostante sembra incauto ignorarla, e ciò per tre ordini di ragioni: la particolare "gravità" della decadenza rispetto alla prescrizione; il riquadro temporale più ristretto entro il quale agire; l'attuale vigenza di questa disposizione nell'ordinamento italiano e l'incompatibilità della stessa con il disposto dell'art. 2947 del codice civile. Invero, il legislatore del 2015 non si è soffermato sulla disposizione di cui trattasi lasciandola pressoché invariata salvo un aumento minimo del limite temporale di riferimento, continuando, pertanto, a rendere insignificante il possesso del diritto al risarcimento del danno provocato dall'attività giudiziaria da parte dei singoli eventualmente danneggiati dalla stessa; la normativa del 1988, così come quella del 2015, infatti, soffrono la mancanza di una precisazione importantissima relativa al destino del termine di prescrizione quinquennale poc'anzi ricordato. Nel silenzio della legge appare lecito ritenere che anch'esso, in concomitanza con quello di decadenza, trovi applicazione, ma è proprio questo il problema: nonostante i logici motivi che possono giustificare la decisione di un termine di decadenza in luogo di uno prescrittivo, i quali verosimilmente saranno legati alla

particolare autorità che si vede garantita al presunto danneggiante, si potrebbe facilmente incorrere in una situazione paradossale secondo la quale il diritto al risarcimento del danno risulti prescritto prima ancora che possa iniziare a decorrere quello di decadenza. L'art. 4, comma 3, a ben vedere, esonera dall'esperimento dei relativi mezzi di gravame o di contestazione del provvedimento quale condizione per l'esercizio dell'azione civile solo ed unicamente coloro che si ritrovino intrappolati nello stesso grado di giudizio nell'ambito del quale il provvedimento sia stato pronunciato dopo che siano decorsi tre anni dal verificarsi del fatto. La patologia viene in risalto qualora si combini l'affermazione appena reiterata con la comune consapevolezza delle lungaggini processuali che attanagliano il sistema italiano e che, più volte, è stata evidenziata negativamente dall'UE portando, non di rado, a vere e proprie sanzioni. Non sarebbe impossibile, date le premesse, che un giudizio, ramificatosi in più gradi, si dilungasse in sede civile, penale oppure amministrativa per più di cinque anni. In questo caso, allora, come si dovrà procedere? È giusto ritenere che, essendo queste ipotesi teoricamente marginali¹⁸⁷, non sia necessario porsi il problema facendo gravare il pericolo di una tutela inefficiente sul privato danneggiato? Al momento non è ancora pervenuta nessuna risposta a questi interrogativi.

La sanzione prevista qualora le prescrizioni di cui agli artt. 2, 3 e 4 fossero rimaste inosservate era costituita, precedentemente al 2015, dall'inammissibilità della domanda, la quale doveva essere deliberata in camera di consiglio da un collegio che avrebbe dovuto decidere, dopo

¹⁸⁷ Nel pratico, tuttavia, la lentezza della macchina giudiziaria italiana è riconosciuta ovunque sia esplicitamente che implicitamente. In maniera espressa attraverso pronunce della Corte di Strasburgo simili a quella del 28 luglio 1999, caso *Bottazzi c. Italia*, n. 34884/97; in maniera indiretta dall'iniziativa presa dallo Stato italiano che, per ostacolare i continui ricorsi indiscriminati alla Corte europea, ideò la c.d. Legge Pinto, la quale prevedeva come passaggio necessario per adire la suddetta Corte l'esercizio dell'azione volta al risarcimento del danno derivante dall'irragionevole durata del processo dinanzi ad una Corte di appello italiana.

aver sentito le parti, non oltre i quaranta giorni decorrenti dalla rimessione delle stesse dinanzi ad esso operata dal giudice istruttore. Qualora si fosse dovuta dichiarare l'inammissibilità della domanda sarebbe stata necessaria l'emanazione di un decreto motivato impugnabile mediante reclamo delle parti portato all'attenzione della Corte di appello che, a sua volta, avrebbe deciso in camera di consiglio e con decreto motivato nello stesso termine di quaranta giorni decorrente dalla proposizione del reclamo. Se l'appello si fosse concluso con la conferma dell'inammissibilità dichiarata in primo grado si sarebbe potuto esperire il ricorso per cassazione; tale atto avrebbe dovuto essere notificato all'altra parte entro trenta giorni dalla notificazione del decreto impugnato da effettuarsi "senza indugio" a cura della cancelleria e comunque non oltre dieci giorni. Il ricorso avrebbe dovuto essere depositato nella cancelleria della corte d'appello nei successivi dieci giorni, cosicché si potesse approntare tutto il necessario per la trasmissione degli atti di causa alla Suprema corte¹⁸⁸, e l'altra parte avrebbe dovuto costituirsi nei dieci giorni successivi depositando memoria e fascicolo presso la cancelleria. La Corte di cassazione avrebbe avuto a disposizione per la decisione un termine di sessanta giorni dalla ricezione degli atti stessi e, ove avesse annullato il provvedimento di inammissibilità della Corte d'appello, avrebbe dichiarato ammissibile la domanda. Si precisava, poi, che scaduto il quarantesimo giorno la parte avrebbe potuto presentare, rispettivamente al tribunale o alla Corte d'appello o, scaduto il sessantesimo giorno, alla Corte di cassazione, secondo le rispettive competenze, l'istanza di cui all'articolo 3. Laddove si fosse ritenuta, d'altro canto, già in primo grado ammissibile la domanda, si sarebbe dovuta disporre la prosecuzione del giudizio; qualora ad una soluzione identica si

¹⁸⁸ Si provvede alla trasmissione degli atti di causa "dopo la costituzione delle parti o dopo la scadenza dei termini per il deposito e comunque non oltre dieci giorni".

fosse pervenuti in sede di impugnazione le rispettive corti avrebbero dovuto rimettere gli atti ad altra sezione del tribunale e, ove questa non fosse stata costituita, al tribunale che avrebbe deciso in composizione interamente diversa. Si prevedeva, infine, un'incompatibilità tra i magistrati che avevano fatto parte del collegio che aveva pronunciato l'inammissibilità e quelli che potevano far parte della corte nel giudizio di appello; ciò, ovviamente, per ragioni relative alla garanzia di terzietà del magistrato. L'ultimo periodo dell'art. 5, comunque, fungeva da raccordo tra il procedimento civile e quello disciplinare disponendo che, una volta dichiarata l'ammissibilità della domanda, il tribunale avrebbe dovuto ordinare la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare, mentre per gli estranei che partecipavano all'esercizio delle funzioni giudiziarie la trasmissione degli stessi sarebbe dovuta essere indirizzata agli organi muniti degli eventuali poteri di sospensione o revoca della loro nomina. Indagando sull'esigenza a cui la norma voleva dar soddisfazione, non si può fare a meno di evidenziare come essa trovasse la sua ragion d'essere nella volontà di tenere sotto controllo il libero esercizio di un'azione di tal guisa nei confronti del magistrato; si pensava che una disposizione di questo tipo fosse necessaria non solo per scoraggiare l'abuso dello strumento di tutela in esame alla stregua di quanto accade oggi con gli artt. 360-*bis* e 375 c.p.c., i quali, allo stesso modo, mirano alla deflazione del contenzioso, quanto anche per evitare che le parti potessero condizionare negativamente il giudice nella formazione della decisione¹⁸⁹. Il vaglio di ammissibilità, il cui esito negativo non avrebbe comportato, tuttavia, alcuna conseguenza pecuniaria per l'attore, mentre quello positivo avrebbe permesso la prosecuzione del processo nel merito, è stato abrogato come gran parte della legge Vassalli a

¹⁸⁹ Cfr. gli interventi dei Senn. Misserville, Strik Lievers e Pollice nella seduta del 5 febbraio 1988.

seguito della riforma del 2015.

Salvo l'esperimento di quest'analisi preventiva, il processo contro lo Stato seguiva, e segue ancora adesso, le medesime regole vigenti per qualsivoglia altro procedimento inerente alla responsabilità civile. Ciò si evince vuoi dall'assenza di norme che attestino il contrario, vuoi dal dispositivo dell'art. 6 l. 117/1988 che, pur negando l'applicabilità dell'art. 269 c.p.c. per quanto concerne la chiamata in causa del magistrato della cui responsabilità si discute, consente a quest'ultimo di entrare volontariamente in giudizio come interventore adesivo-dipendente in ogni stato e grado del giudizio con la garanzia, inoltre, dell'incompatibilità con l'ufficio di testimone. Nel secondo comma del medesimo articolo si pone l'attenzione sul tema dell'efficacia della sentenza contro lo Stato in sede di rivalsa; la produzione degli effetti della stessa nella fase successiva viene subordinata, infatti, all'intervento volontario del magistrato nel giudizio da cui è originata la sentenza. In ogni caso quest'ultima non potrà mai fare stato all'interno del procedimento disciplinare. Chiarito ciò, tuttavia, si osserva che l'intervento volontario nel giudizio di danni è stato classificato come un metodo attraverso il quale, pur non ampliando l'oggetto del procedimento, comunque si potrà avanzare una domanda di accertamento degli elementi soggettivi indefettibili per la declaratoria di responsabilità civile del giudice; un'istanza avente queste fattezze viene elaborata come domanda pregiudiziale *ex art. 34 c.p.c.*, con la precisazione, però, che un suo esito positivo non potrà essere fatto valere in sede di rivalsa contro il magistrato, mentre quello negativo potrà essere utilizzato a suo favore¹⁹⁰. Si sfiora, allora, il limite che separa l'intervento adesivo-dipendente da quello adesivo-autonomo o in via principale.

¹⁹⁰ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave, cit.*, p. 161.

Questi tre articoli appena esaminati chiudono il cerchio dei tecnicismi che contraddistinguono, o almeno nel 1988 lo facevano, il giudizio contro lo Stato da quello contro il giudice. Prima di passare all'approfondimento della rivalsa, tuttavia, è opportuno puntualizzare un ulteriore aspetto del procedimento finora trattato: l'interesse del privato danneggiato si dovrà ritenere soddisfatto, qualora venga dichiarato sussistente il fatto ed al contempo gli vengano attribuiti gli elementi idonei a farli acquisire rilevanza ai fini della responsabilità civile del giudice, mediante lo svolgimento di suddetta fase, in quanto dall'atto conclusivo della stessa corrisponde una liquidazione del danno in denaro a titolo di risarcimento; nessuna ulteriore pretesa, dunque, potrà avanzare nei confronti del giudice-responsabile.

La conseguenza dell'ultima constatazione risiede in un mutamento delle parti del processo. Mentre in quello contro lo Stato, infatti, esse si identificano nelle persone del danneggiato o dei danneggiati e del Presidente del Consiglio dei Ministri, nel giudizio di rivalsa, ai sensi dell'art. 7 l. 117/1988, così come confermato dall'art. 4 l. 18/2015, il ruolo di protagonista precedentemente occupato dal privato o dai privati viene trasferito al giudice-responsabile, che, pertanto, dovrà difendersi direttamente in questa sede dalle pretese avanzate in regresso dallo Stato nei suoi confronti. Il primo comma dell'art. 7, comunque, stabiliva che l'azione di rivalsa avrebbe potuto essere esercitata entro l'anno dalla conclusione del primo giudizio che vedeva soccombente lo Stato a seguito del risarcimento ritenuto dovuto sulla base di un atto giudiziale o stragiudiziale; la titolarità del potere d'impulso, ex art. 8 l. 117/1988, spettava, proprio come avviene oggi, al Presidente del Consiglio dei ministri. In ogni caso la transazione non è mai opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa o in quello disciplinare. A queste previsioni se ne aggiunge una specifica secondo cui "i giudici conciliatori e i giudici

popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo e nei casi di colpa grave di cui all'articolo 2, comma 3, lettere *b)* e *c)*”.

Per quanto riguarda, invece, la competenza, non furono pensati cambiamenti nella determinazione dei criteri utili a tal fine tra quelli adoperati per il giudizio contro lo Stato e quello di rivalsa; invero, la particolarità dell'art. 8 della legge Vassalli non si rinviene nelle nuove prescrizioni attinenti al presupposto processuale in questione, quanto più nella delimitazione del *quantum* che può costituire oggetto della rivalsa. Un limite di questo tipo opera qualora il fatto che ha dato adito alla pronuncia attestante la legittimità del risarcimento del danno ed imputato al magistrato sia stato compiuto con colpa grave, mentre in caso di dolo non verrà effettuato alcuno “sconto di pena”, per così dire, essendo idoneo, quest'ultimo elemento soggettivo, alla provocazione di un maggiore risentimento sociale e, soprattutto, di un biasimo di gravità superiore rispetto a quello che potrebbe derivare dall'adozione di un comportamento colposo. Scendendo nel dettaglio, comunque, il limite preannunciato era fissato entro il terzo dell'annualità dello stipendio complessivamente percepito dal giudice, al netto delle trattenute fiscali, al momento in cui l'azione di risarcimento fosse stata proposta; si precisa, e questo può dare adito a numerosi quesiti, che il confine appena segnato non può essere superato neanche “se dal fatto è derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità”, pertanto ben potrebbe aversi un magistrato che, pronunciando un unico atto lesivo dei diritti di più individui, si ritrovi a rispondere come se ne avesse pregiudicato solo alcuni. Seppure sia intervenuto l'aumento dal terzo alla metà dell'annualità a seguito della riforma del 2015 e nonostante le motivazioni dettate, ormai in maniera alquanto prevedibile, dall'ossessiva ottemperanza della garanzia di indipendenza

della magistratura, non si può non riflettere sulle conseguenze che si ripercuotevano, in passato in misura più incisiva, oggi in modo più contenuto, non solo sulla società complessivamente intesa, quanto più sul singolo individuo che la compone: le risorse dalle quali lo Stato attinge per risarcire i danneggiati sono ad esso conferite direttamente dal popolo mediante il pagamento dei tributi; venendo pacificamente condivisa questa attestazione, si comprende come la limitazione di cui trattasi viene concessa, a titolo di “privilegio”, al giudice, ma da ciò consegue l’aggravio del peso, derivante dalle uscite statali non reintegrate, sui cittadini, che pagheranno questo mancato rientro con il sacrificio in termini di qualità o introduzione dei servizi. Ovviamente di ciò risente la funzione stessa del giudizio di rivalsa che, come già affermato, si sostanzia in quella preventivo-punitiva. Il quadro è reso ancora più problematico dalla possibilità di una rateizzazione del pagamento a cui è condannato il magistrato in sede di rivalsa mediante trattenuta dallo stipendio che, comunque, non può superare il quinto di quello mensile al netto delle spese.

Nell’ultimo comma, infine, si dispone che il “privilegio” di cui sopra si applica anche agli estranei che partecipano all’esercizio delle funzioni giudiziarie, con la differenza che per questi ultimi la misura della rivalsa “è calcolata in rapporto allo stipendio iniziale annuo, al netto delle trattenute fiscali, che compete al magistrato di tribunale; se l’estraneo che partecipa all’esercizio delle funzioni giudiziarie percepisce uno stipendio annuo netto o reddito di lavoro autonomo netto inferiore allo stipendio iniziale del magistrato di tribunale, la misura della rivalsa è calcolata in rapporto a tale stipendio o reddito al tempo in cui l’azione di risarcimento è proposta”.

Ancora, rinviando l’esame dell’art. 9, comma 1, della legge Vassalli, così come modificato

successivamente dalla legge 18/2015, a quanto detto nel capitolo precedente¹⁹¹, non resta che ricordare che il giudice civile, al quale è affidata la trattazione della causa avente ad oggetto la rivalsa nei confronti del magistrato, può decidere di acquisire, su istanza di parte, atti del procedimento disciplinare ai fini della decisione.

Infine, per quanto attiene il procedimento penale avverso il magistrato rimane fermo il disposto dell'art. 13 della legge Vassalli, il quale prevede la possibilità per il danneggiato di costituirsi parte civile chiamando in giudizio il responsabile civile, e cioè lo Stato, ed ottenere il ripristino della situazione antecedente il danno laddove possibile; qualora l'esito dell'azione civile in sede penale desse esito positivo, lo Stato potrà rivalersi normalmente nei confronti del giudice responsabile.

3. La successiva riforma del 2015: la legge n. 18 dello stesso anno.

Che la disciplina della responsabilità civile del giudice così come espressa dalla legge Vassalli non potesse sopravvivere a lungo era cosa tanto nota quanto inevitabile; oltre le fondate obiezioni mosse alla c.d. "clausola di salvaguardia" da parte di numerosi giuristi, fra cui persino il senatore Acone, le cui parole a riguardo, già richiamate anteriormente, non celavano una malsopportazione¹⁹² della disposizione di cui all'art. 2, comma 2, della medesima legge, interviene la Corte di giustizia dell'Unione Europea che con apposito provvedimento dichiarava l'Italia colpevole di aver violato il diritto comunitario prevedendo

¹⁹¹ V. Cap. II, §1, lett. c), p. 90.

¹⁹² In termini prettamente sistematici ed organizzativi: non negava l'efficienza di una suddetta clausola in assoluto, quanto più affermava che essa potesse esserne priva in mancanza di una puntuale deroga allo stesso principio in caso di adozione di taluni comportamenti caratterizzati da colpa grave esplicitamente individuati dal legislatore.

un'esclusione della responsabilità del magistrato nel caso in cui quest'ultimo, nell'esercizio di attività interpretativa o di valutazione delle prove, avesse violato suddetto diritto¹⁹³.

Nel 2015, allora, il legislatore italiano tenta di porre rimedio al clima di insofferenza interno generatosi a seguito dell'introduzione nel sistema della "clausola di salvaguardia" ed ai richiami della Corte di Lussemburgo attraverso rimodulazioni, modificazioni ed abrogazioni opportunamente effettuate dalla legge n. 18 di quello stesso anno. Quest'ultima, inoltre, non ha l'unico scopo di aggiustare il quadro applicativo lavorando sul concetto espresso dalla "clausola di salvaguardia", bensì si propone di rinnovare e perfezionare lo schema sostanziale e procedimentale. Ricordando le parole di Verde, la legge Vassalli rappresenta soltanto una "tappa di un tortuoso e impervio cammino"¹⁹⁴, un percorso che, pertanto, è destinato a continuare e a non trovare una propria conclusione nel breve termine, neanche, come si vedrà, con la riforma più recente.

A tal proposito appare opportuno riportare il disposto del primo articolo della legge di riforma che, trattando dell'oggetto e delle finalità della stessa, dichiara quanto segue: "La presente legge introduce disposizioni volte a modificare le norme di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e

¹⁹³ In questo senso vedi Corte giust. UE 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4717, con nota di PACE A., *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, secondo cui la previsione contenuta nell'art. 2, comma 2, contrastava con il principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale; per questa ragione, dunque, si riteneva l'Italia colpevole di aver commesso un'infrazione. Allo stesso modo CONTI R., *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 187. Ancora, cfr. Corte giust. UE 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Riv. dir. int.*, 2006, p. 1115; Corte giust. UE 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, in *Riv. dir. int.*, 2004, p. 230, dove si afferma che il passaggio in giudicato di un provvedimento giurisdizionale che abbia arrecato danni e che sia stato adottato da un organo di ultima istanza non esclude la responsabilità risarcitoria dello Stato.

¹⁹⁴ Così, VERDE G., *La legge n. 18 del 2015: una tappa di un tortuoso ed impervio cammino*, in FERRI G., TEDOLDI A. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2019, p. 121.

dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea". Da quest'affermazione emerge chiaramente la consapevolezza del legislatore in merito alle lacune presenti nella legge Vassalli e che fungevano da elementi impeditivi per una tutela concreta dei diritti dell'individuo; al contempo, ancora, è esplicitata la spinta europea dalla quale è conseguita la redazione della nuova normativa.

Infine, prima di passare all'esame approfondito delle novità apportate dalla riforma, si chiarisce che, come si desume dalla sentenza n. 11474 del 2019 pronunciata dalla Cassazione, esse non avranno alcun tipo di efficacia retroattiva.

3.1. Il ripensamento della "clausola di salvaguardia" e l'ampliamento dei casi di colpa grave.

L'art. 2 della legge di riforma, oltre ad eliminare dal comma 1 del rispettivo articolo contenuto nella regolamentazione precedente il riferimento alla fondamentale derivazione del danno non patrimoniale da privazione della libertà personale affinché un risarcimento dello stesso potesse essere considerato legittimo, modifica profondamente il dettato normativo del comma 3 ed introduce un nuovo comma, il 3-*bis*. Ora, mentre il nuovo comma 3 vuole essere indice di effettiva rispondenza della disciplina italiana in tema di responsabilità civile del giudice all'ordinamento europeo, il comma 3-*bis*, assieme con il secondo, tenta di modulare questa rispondenza, prevedendo un contemperamento tra l'esigenza di attenersi alle raccomandazioni provenienti dall'Unione Europea e quella di mantenere invariata la garanzia di indipendenza del giudice realizzantesi attraverso una riaffermazione, seppur maggiormente contenuta rispetto al passato, della clausola di salvaguardia. Da questa osservazione consegue una trattazione su due sponde: l'una relativa alla soluzione del

problema sollevato dal giudice europeo, l'altra riguardante le specifiche modalità di esecuzione della stessa. Partendo dalla prima risalta all'occhio il recepimento di un nuovo modo di intendere la colpa grave, un concetto che tende a svincolarsi, in una certa misura, dalle catene ad esso solidamente agganciate dalla clausola di salvaguardia, venendo aggiunte alle ipotesi suscettibili di essere raggruppate nell'alveo di quest'ultima la violazione manifesta del diritto europeo e, come si approfondirà in seguito, il travisamento del fatto o delle prove. Da notare, tra l'altro, che nella nuova formulazione si prescinde da qualunque menzione di "negligenza inescusabile", quasi come si fosse voluto riscrivere in chiave diversa il concetto di colpa grave; nonostante la mancanza, dal punto di vista testuale, del neo-introdotta art. 2, comma 3, l. 117/1988, di suddetto riferimento, dovrà considerarsi comunque plausibile, al fine di evitare paradossi particolarmente gravi come si vedrà in seguito, la circostanza per la quale i due termini sopra esposti, ovvero negligenza inescusabile e colpa grave, possano coincidere in talune situazioni¹⁹⁵. A tale conclusione, infatti, si giunge grazie alla contestuale lettura dell'art. 4 l. 18/2015, il quale, modificando la disposizione in tema di rivalsa, persiste nel citare una negligenza di tal genere in contrapposizione con l'elemento soggettivo del dolo come fondamento dal quale emerge l'obbligatorietà dell'azione dello Stato nei confronti del magistrato.

Il richiamo al diritto europeo, che si configura certamente come un elemento di novità per la regolamentazione inerente alla responsabilità del giudice, non è di per sé bastevole: perché il diritto dell'Unione possa trovare concretezza nel fluire processuale della macchina giudiziaria italiana e la sua osservanza non rimanga, invece, un mero principio astrattamente

¹⁹⁵ Se così non fosse ci si troverebbe di fronte all'ennesima lacuna normativa.

previsto e mai applicato, è essenziale che la sua violazione venga appositamente disciplinata con riguardo al soggetto che la pone in essere. A ciò, prontamente, ovvia il combinato disposto del comma 3 con il 3-*bis*; infatti, mentre il primo qualifica il tipo di violazione idoneo a giustificare l'azione risarcitoria avverso il magistrato, il secondo si occupa di chiarire in quali modi si esterna questa evidenza della violazione che, per l'appunto, dev'essere "manifesta". Per la valutazione di quest'ultima condizione si dovrà tenere conto "del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza". Ulteriormente, poi, si prevede che da prendere in considerazione, a tal fine, siano l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex art. 267 t.f.u.e.* ed il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. In definitiva, dunque, viene a disegnarsi un sistema entro il quale l'esclusione della rilevanza civile dell'attività interpretativa dei fatti e delle prove svolta dal giudice, seppur fortemente contenuta, non è del tutto estirpata. La clausola di salvaguardia, invero, si applicherà in tutti quei casi in cui la violazione del diritto europeo non risulti manifesta secondo i canoni appena esplicitati.

Pertanto, rilevante sarà l'erronea interpretazione di una norma dell'ordinamento comunitario piuttosto che quella di una norma nazionale qualora a causa di una simile attività essa acquisti un significato non conforme al diritto europeo, o ancora sarà chiamato a rispondere quel giudice che pur ritrovandosi costretto, poiché il dato testuale non lascia spazio ad equivoci, ad interpretare una disposizione in un certo modo, derivando da ciò un mancato ossequio ai principi comunitari, non abbia optato per la disapplicazione della legge non conforme,

essendo questo un potere espressamente attribuitogli¹⁹⁶. In breve, può dirsi delineato un rapporto proporzionale tra l'idoneità del magistrato ad essere soggetto ad un giudizio avente ad oggetto un suo comportamento che abbia provocato ad altri un danno patrimoniale o non patrimoniale ed il grado di chiarezza della disposizione: quanto più il dato normativo sarà equivoco, tanto meno rilevante sarà l'attività compiuta dal magistrato in termini di responsabilità; viceversa, all'aumentare della limpidezza semantica corrisponde un maggior rilievo dell'erronea interpretazione. L'inosservanza del rinvio pregiudiziale, che è obbligatorio per gli organi di ultima istanza e facoltativo per quelli di grado inferiore, rileva come già detto ai fini della gravità ed inescusabilità del fatto, tuttavia la giurisprudenza ha ritenuto che si possa derogare all'obbligo in questione qualora la questione non sia rilevante ai fini della decisione o se la Corte di Lussemburgo sia già stata chiamata in causa per l'ausilio in sede interpretativa della norma interessata o, ancora, quando l'applicazione corretta di quest'ultima sia evidente ed oltre ogni ragionevole dubbio¹⁹⁷. Per quanto attiene il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, invece, bisogna effettuare un discorso più ampio discutendo sull'efficacia endoprocessuale ed extraprocessuale della pronuncia della suddetta Corte. L'efficacia endoprocessuale sembra innegabile, tant'è vero che, salvo i peculiari casi di contrasto tra le norme fondamentali della Costituzione italiana ed i principi enunciati a livello comunitario¹⁹⁸, il giudice che abbia richiesto il rinvio pregiudiziale ed ottenuto una risposta

¹⁹⁶ Così MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 114.

¹⁹⁷ BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria*, Padova, 1996, pp. 192 ss.; D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012, p. 294.

¹⁹⁸ Si ricorda, infatti, la c.d. teoria dei contro-limiti. Grazie ad essa il corpo essenziale della Costituzione riesce a resistere da influenze esterne.

non può disattendere l'interpretazione comunicatagli. È fatta salva, comunque, la possibilità di un ulteriore rinvio pregiudiziale per ottenere la corretta interpretazione di una norma già oggetto del medesimo rinvio nel caso in cui venga fondato su nuovi elementi di diritto o su fatti sopravvenuti. Dal punto di vista extraprocessuale, allora, bisogna riflettere sulla reale sussistenza di un'efficacia *erga omnes* o meno delle pronunce europee. Ebbene, seppure la dottrina sia divisa, come opportunamente conferma autorevole dottrina¹⁹⁹, tra chi sostiene tale posizione e chi invece ne è contrario, risulta chiaro che nel nostro ordinamento debba prevalere il principio secondo il quale i provvedimenti emanati quali ausilio interpretativo al giudice dalla Corte di Lussemburgo non possano avere efficacia *erga omnes*, poiché affermare il contrario implicherebbe un "eccessivo onere ricognitivo per il giudice"²⁰⁰.

A conclusione della disamina riguardante il rapporto intercorrente tra diritto europeo e la responsabilità civile dei magistrati si pone l'attenzione sulla decisione del legislatore italiano di superare il concetto espresso nel caso *Köbler* estendendo non solo ai giudici di ultima istanza l'applicabilità della disposizione contenuta nel restaurato art. 2 l. 117/1988, quanto anche, e soprattutto, alla magistratura globalmente intesa e quindi comprensiva di quelli aventi grado inferiore.

Abbandonando la materia comunitaria per dedicarsi ad un esame incentrato maggiormente sul comma 3 in generale: oltre a richiamare nuovamente l'assenza tra le cause di colpa grave della c.d. "negligenza inescusabile", che a seguito della legge 117/1988 era stata tradotta dalla giurisprudenza come "negligenza inesplicabile", occorre approfondire i concetti di

¹⁹⁹ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., pp. 116 ss.

²⁰⁰ Così DE SANTIS DI NICOLA F., *Responsabilità per dolo o colpa grave*, in AULETTA F., BOCCAGNA S., RASCIO N., *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, 2017, pp. 30 ss. e p. 106.

violazione manifesta della legge e travisamento del fatto o delle prove.

Nonostante possa sembrare superfluo tornare sul discorso della manifesta violazione di legge dopo aver appena finito di trattare quella del diritto europeo, è in realtà necessaria una riflessione di questo genere e ciò a causa della filosofia, a cui si è già fatto cenno nei paragrafi precedenti, che, a partire dall'88, aveva iniziato a diffondersi nelle aule dei tribunali e secondo cui fonte di responsabilità per colpa grave potessero essere solo ed unicamente quegli errori che cadono sulla "disposizione" e non anche sulla "norma"²⁰¹; la distinzione fra i due termini, per quanto sottile, è equiparabile a quella tra il significante ed il suo significato, pertanto mentre per "disposizione" si dovrà intendere il mero enunciato linguistico privo di qualsiasi contenuto semantico, per "norma" dovrà intendersi la somma tra dato testuale e contenuto giuridico. La corda che lega i due concetti è proprio l'interpretazione che consente la trasformazione da uno stato all'altro, per così dire²⁰². Ebbene, questa *forma mentis* non appare ancora sradicata del tutto dall'immaginario collettivo, emblematica ne è la sopravvivenza di sostenitori della perdurante separazione fra i due concetti non solo in dottrina, quanto anche e soprattutto nella giurisprudenza che, per l'appunto, persiste nel dichiarare il precedente giurisprudenziale come non vincolante in termini assoluti²⁰³. Le

²⁰¹ Cfr. Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, in *Danno resp.*, 2019, pp. 516 ss., (par. 11.3), con nota di RUGGIERO F., *Il difficile equilibrio tra indipendenza dei giudici e principio di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*. In merito vedi anche AMATO C., *Quando l'errore condanna il giudice alla responsabilità per illecito civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, pp. 1310 ss.

²⁰² Così, SCODITTI E., *Quale responsabilità civile del magistrato dopo la legge n. 18 del 2015*, Editoriale, in *Giustizia civile.com*, n. 3/2015, 16 marzo 2015, p. 6; ID., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Foro it.*, V, 2015, pp. 317 ss., spec. 322; ID., *Responsabilità civile del magistrato per inosservanza di orientamento giurisprudenziale consolidato*, in www.questionegiustizia.it (10.12.2018), spec. § 2; vedi, per un'illustrazione più precisa della distinzione tra "norma" e "disposizione", CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss., spec. 196; in quest'ultimo testo si chiarisce che per "disposizione" si intende la proposizione normativa contenuta in un testo, mentre per "norma" il prodotto dell'attività interpretativa di una disposizione.

²⁰³ Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, *cit.*

argomentazioni che tenderebbero, a detta di coloro che ritengono vera l'applicazione di una siffatta separazione concettuale nell'ambito della responsabilità civile del giudice, ad avvalorare la suddetta tesi sarebbero le seguenti: *in primis*, il legislatore del 2015 nel riformulare il comma 3 ha utilizzato i termini "diritto" e "legge" come fossero fra loro slegati e, dunque, dovrebbero essere intesi esattamente come "norma" da una parte e "disposizione" dall'altra, con l'ovvia conseguenza di una disparità di tutela per il cittadino nel caso in cui il danno subito gli sia stato provocato da un atto violativo del diritto interno piuttosto che di quello comunitario²⁰⁴; ancora, si osserva che un ragionamento contrario volto ad espandere l'errore anche alla "norma" qualunque sia l'ambito entro il quale si stia svolgendo l'attività interpretativa porterebbe inevitabilmente ad una crisi del sistema delle impugnazioni; si rinvia, poi, all'idea secondo la quale l'orientamento giurisprudenziale in sé e per sé non è mai considerato vincolante, salvo che non si sia consolidato nel tempo²⁰⁵.

Nonostante le motivazioni appena esposte, comunque, non sembra il caso di assecondare una soluzione del genere per vari ordini di ragioni. Vari autori, invero, hanno sostenuto l'inefficienza di una disposizione volta a ridurre a tal punto la rilevanza degli errori di diritto da renderli nulli²⁰⁶. Al contempo, inoltre, è lecito contestare ai sostenitori della vigenza della distinzione di cui sopra il disposto del nuovo comma 3-*bis* che, proprio trattando di

²⁰⁴ Secondo l'argomentazione predetta, infatti, l'erronea attività interpretativa rilevarebbe unicamente qualora si fosse violato il diritto europeo e non anche quando l'errore ricade su una norma dell'ordinamento nazionale.

²⁰⁵ SCODITTI E., *Responsabilità civile del magistrato per inosservanza di orientamento giurisprudenziale consolidato*, in www.questionegiustizia.it (10.12.2018), § 4.

²⁰⁶ Cfr. MARTINO R., *Separazione dei poteri, ruolo del giudice e responsabilità civile del magistrato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, p. 305 (e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, II, 1683), pp. 328 ss.; ID., *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 632 ss.; TOTA G., *Sulla responsabilità civile del magistrato per inosservanza di principi giurisprudenziali consolidati*, in *Giust. proc. civ.*, 2019, pp. 561 ss. e 569 ss.

“violazione manifesta della legge”, individua come indici identificatori il grado di chiarezza e precisione delle “norme” violate, e non delle “disposizioni”. Come se ciò non bastasse, si ritengono infondati i rischi che sono stati paventati in relazione al pericolo di una crisi del sistema delle impugnazioni poiché, in maniera assolutamente pacifica, già il legislatore del 1988 aveva previsto il preventivo esperimento di tutti i rimedi approntati appositamente dai diversi codici di procedura affinché potesse essere esercitata l’azione civile avverso il magistrato; non si corre, pertanto, rischio di sorta per il sistema delle impugnazioni che piuttosto ne esce rafforzato e di certo non deteriorato. Infine, per quanto riguarda il discorso della non vincolatività dell’orientamento giurisprudenziale da cui deriva una sostanziale irresponsabilità del giudice laddove nel decidere non si attenga a quest’ultimo, si osserva come, sebbene le Sezioni Unite della cassazione assieme alla maggior parte degli *iuris prudentes* aderiscono tutt’oggi a questa linea di pensiero, in realtà a nulla vale “trincerarsi dietro assunti di carattere formale”, riferendosi in tal caso alla circostanza che il precedente giudiziale, conformemente alla filosofia che governa i sistemi di *Civil Law*, non abbia efficacia vincolante; è anacronistico ed illusorio asserire nel 2021 che gli organi giudiziari, nel risolvere controversie in fatto e in diritto, non esercitino quella funzione creativa che è stata loro riconosciuta implicitamente in plurime occasioni e che vale ad attribuire alle loro deliberazioni una certa autorevolezza, la quale, tra l’altro, è confermata da previsioni come l’art. 374 e 360-*bis* c.p.c.: il primo, infatti, stabilisce che le Sezioni semplici sono obbligate, laddove non condividano il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite o una loro risoluzione, a rimettere alle stesse la decisione del ricorso; il secondo, in maniera ancora più pregnante, prevede l’inammissibilità del ricorso qualora il provvedimento impugnato sia conforme all’orientamento della cassazione e non siano adottati elementi nuovi idonei a

modificare o confermare quest'ultimo²⁰⁷. La capacità creativa del giudice di ultima istanza, inoltre, si desume dall'abrogazione implicita di norme come, ad esempio, l'art. 37 c.p.c., il quale precedentemente stabiliva la possibilità per il giudice di rilevare il difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del giudizio, ed ora, a seguito di una pronuncia giurisprudenziale²⁰⁸, risulta sostanzialmente svuotato dato che il difetto di giurisdizione potrà essere rilevato solo entro il primo grado di giudizio per questioni di economia processuale²⁰⁹. Ciò, ovviamente, non significa che il giudice non possa in assoluto discostarsi dalla pronuncia anteriormente resa dalla cassazione, sarebbe completamente impensabile un risultato di questo tipo, tuttavia è necessario che nel farlo "interpreti la legge compiendo un'attività in linea con le tecniche ermeneutiche condivise"; si prosegue, poi, affermando che "il giudice che adotta soluzioni inedite senza alcuna motivazione e senza una cognizione adeguata (risultante dagli atti) del quadro interpretativo esistente e consolidato, o avendolo ricostruito in modo palesemente lacunoso, si colloca invece manifestamente al di fuori dei principi che presiedono alla corretta interpretazione della norma"²¹⁰. In definitiva, allora, può dirsi completamente scardinata l'opinione attraverso la quale si adoperava un'esclusione delle attività di interpretazione dal novero delle condotte capaci di dar vita a responsabilità civile

²⁰⁷ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 123.

²⁰⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, I, 2009, p. 806.

²⁰⁹ Cfr. BARLETTA A., *I limiti al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 1193; BASILICO G., *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 263; CAPONI R., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 380; CARRATTA A., *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, p. 1464; CUOMO ULLOA F., *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 386; PICCININNI L., *Il regime di rilevazione del difetto di giurisdizione ed il «giusto processo» civile*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2009, p. 897, POLI G. G., *Le Sezioni Unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, I, 2009, p. 810.

²¹⁰ Così, TROIANO S., *Colpa grave del magistrato e c.d. clausola di salvaguardia: considerazioni a margine della riforma della legge Vassalli*, in FERRI G., TEDOLDI A., *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., p. 155.

del magistrato in relazione ad una violazione del diritto interno, dovendosi invece confermare l'estensione del principio consacrato nel comma 3 in tema di violazione manifesta del diritto europeo anche a quella individuata nel 3-*bis*. A dare sicurezza a quest'ultimo orientamento è proprio la nuova formulazione della clausola di salvaguardia che, per l'appunto, si ritiene inapplicabile nei casi specificamente individuati nei commi in esame.

Non resta, dunque, che affrontare l'ultima novità immessa dalla riforma del 2015 all'interno del meccanismo risarcitorio di cui alla legge 117/1988: il travisamento del fatto e delle prove. Questo argomento è stato sviscerato da molti esperti del diritto, i quali, in conclusione, sono giunti a dichiararlo il "*punctum dolens*" della riforma²¹¹. Prima dell'intervento legislativo, infatti, l'attività di valutazione dei fatti e l'apprezzamento delle risultanze processuali finivano per essere considerati del tutto estranei alla responsabilità civile del giudice e ciò come corollario di quella forma di privilegio costituita dalla clausola di salvaguardia che, come si è compreso, oggi viene vista più come un'eccezione piuttosto che come una regola generalmente applicabile²¹². Allo stesso tempo, ancora, la Corte di cassazione restringeva le ipotesi di colpa grave deroganti il principio enunciato nel vecchio art. 2, comma 2, a quei casi in cui il magistrato avesse mancato totalmente di esperire le attività poc'anzi individuate, negando in assoluto, quindi, che potesse aversi una responsabilità civile del magistrato derivante da un comportamento non informato alla diligenza delineata dall'art. 1176 c.c.;

²¹¹ Cfr. RICCI G. F., *Il «travisamento» del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 1155 ss., spec. pp. 1164 ss.; VERDE F., *La responsabilità del magistrato*, Bari, 2015, pp. 82 ss.; BIONDI F., *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, pp. 165 ss., p. 170; AULETTA F., VERDE G., *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 898 ss.; TRIMARCHI P., *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. giur.*, 2015, pp. 895 ss.

²¹² La clausola di salvaguardia, invero, si applica nei soli casi in cui non ricorrano dolo o colpa grave del giudice e ciò, a ben vedere, ne restringe di gran lunga la portata d'efficacia.

quest'ultimo articolo, oltre ad identificare il giusto grado di diligenza da adottare in quella del “buon padre di famiglia”, chiarisce, nel secondo comma, che “nell’adempimento di obbligazioni inerenti all’esercizio di un’attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell’attività esercitata”. Ebbene, nonostante i tentativi del Consiglio superiore della magistratura di affiancare al “travisamento del fatto o delle prove” l’aggettivo “inescusabile” o “manifesto”, così “da ricondurre la colpa grave nei confini dell’errore di percezione o della mera svista materiale”²¹³, il principio che emerge dal nuovo testo normativo e sostanziandosi in un’affermazione di un’idea molto più affine al concetto espresso dall’art. 1176, comma 2, c.c. porta ad un rigetto da parte del legislatore di un orientamento di questo tipo ed alla formulazione in chiave estensiva della rilevanza della colpa grave, la quale, pertanto, sembra oggi ricomprendere nel suo significato anche le condotte interpretative e valutative di prove e fatti che siano viziate ed abbiano arrecato un danno patrimoniale o non patrimoniale ad una delle parti o ad un terzo. Non si può, dunque, separare il fatto dalla prova, poiché è attraverso quest’ultima che si giunge alla comprensione del fatto, pertanto ci potrà essere errore sul fatto solo ed unicamente se vi sia stato, preliminarmente, un errore sulla valutazione degli elementi probatori. Chiarito ciò bisogna indagare sul reale significato da attribuire al peculiare termine utilizzato dal legislatore. Secondo alcuni, infatti, il “travisamento” e l’errore di fatto costituirebbero un’endiadi, in quanto il primo concetto includerebbe “ogni possibile ipotesi di errore di fatto, valutativo non meno che percettivo, sulle prove acquisite o per non averle punto ammesse, purché tale *error*

²¹³ V. CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Richiesta del Ministro della Giustizia di parere sul disegno di legge concernente «Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati»* (Delibera consiliare del 29 ottobre 2014), in www.csm.it, § 3, lett. d), 10; MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 132.

in iudicando de facto sia connotato da grave colpa [...] a tal segno che nessun giudice mediamente e normalmente diligente, prudente ed esperto avrebbe potuto commetterlo”²¹⁴; altri aggiungono, ancora, che si abbia travisamento del fatto o delle prove ogni qualvolta il magistrato alteri, mediante la propria attività interpretativa, la verità processuale²¹⁵.

Quanto detto fa riflettere sulla mole di situazioni che contribuirebbero alla declaratoria di responsabilità del giudice. Tra di esse, infatti, spiccherebbero quelle caratterizzate da una presa di posizione dell’organo giudicante che, però, trova le sue fondamenta solo ed unicamente nelle conclusioni esposte da una delle due parti senza che venga aggiunto o tolto alcunché, quasi adagiandosi sulle argomentazioni parziali di uno degli interessati tralasciando un approfondimento del tema oggetto di indagine; o, ancora, quella che si verifica ogni qualvolta il giudice decida di acquisire nuove prove nel corso del giudizio e poi si basi solo su quelle risultanze appena ottenute ignorando quelle acquisite in precedenza; allo stesso modo, allora, rilevarebbe la condotta del giudice dell’impugnazione che non tenga conto delle prove acquisite in primo grado piuttosto che quella tenuta da un qualsiasi organo giudicante che nel risolvere una controversia faccia ricorso alla propria conoscenza privata.

3.2. Il nuovo procedimento: abolizione del vaglio di ammissibilità, l’obbligatorietà dell’azione di rivalsa e la rimodulazione del tetto massimo entro cui essa può essere esercitata.

Come accennato anche in precedenza, la riforma del 2015 contribuisce all’evoluzione della

²¹⁴ Cfr. TEDOLDI A., *Profili processuali della responsabilità civile del giudice*, in FERRI G., TEDOLDI A., *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., p. 93.

²¹⁵ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 134.

disciplina prevista in tema di responsabilità civile del giudice non solo dal punto di vista sostanziale, bensì anche sotto quello processuale. Alcune norme, a dire il vero, si riducono a meri aumenti numerici aventi nella realtà dei fatti poco impatto, vedasi ad esempio il disposto dell'art. 3, comma 1, l. 18/2015, grazie al quale vengono portati a tre gli anni il cui decorso è necessario affinché il danneggiato possa dirsi decaduto dall'azione risarcitoria nei confronti dello Stato; altre, invece, concernono aumenti più significativi poiché inerenti l'ampliamento della misura della rivalsa che, pertanto, non sarà più limitata entro il terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, come stabiliva il vecchio art. 8 l. 117/1988, ma si protrarrà fino alla metà mantenendo fede alle medesime condizioni delineate nella legge Vassalli. Per quanto un simile emendamento possa risultare sterile è, in verità, fortemente incisivo ed idoneo a rafforzare la funzione preventivo-punitiva a cui tende la rivalsa stessa. Tra le abrogazioni di maggior rilievo, tuttavia, un posto d'onore lo occupa quella dell'art. 5 l. 117/1988, il quale prevedeva al suo interno quella fase prognostica indispensabile per la prosecuzione del procedimento volto all'ottenimento del risarcimento conosciuta sotto il nome di "vaglio di ammissibilità". L'abolizione di questa "sotto-fase" non è stata accettata di buon grado dalla magistratura e la stessa dottrina si divide tra chi ne è favorevole, vedendo in essa un indicatore di consapevole lungimiranza del legislatore, e chi, d'altro canto, la vede con sfavore lamentando un pregiudizio alla "serenità di giudizio del giudice" e, dunque, alla sua indipendenza ed autonomia. Per quanto riguarda i sostenitori di quest'ultima tesi, si rileva come essi attribuiscono al filtro di ammissibilità una funzione cautelativa dell'operato dei magistrati in quanto era suscettibile di porli al riparo da azioni pretestuose portate avanti da soggetti risentiti dalle conclusioni tratte dal giudice o, ancora, da quei soggetti che, per

forzare la determinazione dello stesso, si servano dello strumento risarcitorio a sfondo intimidatorio. Per le ragioni appena esposte, dunque, fu rimessa la questione alla Corte costituzionale che, tuttavia, optò per una conservazione dell'abolizione ritenendo nelle facoltà del legislatore l'effettuazione del corretto bilanciamento tra l'esigenza di assicurare al magistrato indipendenza ed autonomia ed il diritto delle parti all'ottenimento del ristoro del danno subito in conseguenza di un cattivo funzionamento della macchina giudiziaria²¹⁶. Si replicò all'abolizione del filtro di ammissibilità, ancora, mediante l'allegazione di precedenti giurisprudenziali quali quelli costituiti dalla sentenza n. 18 del 1989 e dalla n. 468 dell'anno successivo, ma il giudice costituzionale, per l'ennesima volta, si ritrovò a dover abbattere simili contestazioni argomentando nei seguenti modi: *in primis*, la sentenza n. 18 del 1989 parla del giudizio prognostico in termini di "garanzia adeguata", non escludendo, pertanto, la possibilità di altre soluzioni atte ad assicurare l'indipendenza ed autonomia della cui lesione si obietta; *in secundis*, il provvedimento del 1990, pur affermando "l'indispensabilità di un filtro a garanzia della indipendenza ed autonomia della funzione giurisdizionale", dev'essere contestualizzato in quanto fu pronunciato per risolvere una volta e per tutte la disputa dottrinale avente ad oggetto la retroattività applicativa dell'art. 5 l. 117/1988 ai fatti suscettibili di giustificare l'azione risarcitoria nei confronti del magistrato verificatisi anteriormente a tale data; con questo chiarimento sembra ovvio che una pronuncia di questo genere fosse sembrata opportuna per evitare che dai fatti anteriori al 1988 si potesse risalire ad un diritto del danneggiato di agire direttamente e personalmente nei confronti del giudice, senza passare, dunque, dal giudizio contro lo Stato.

²¹⁶ V. Corte cost., 12 luglio 2017, n. 164.

Risulta, peraltro, infondato il timore di azioni pretestuose. A tale conclusione non si giunge negando la possibilità che ciò accada, bensì constatando che a ciò il legislatore del 2015 ha già posto rimedio attraverso il disposto contenuto nell'art. 4 l. 18/2015, il quale, nel comma 1, prevede che si abbia l'obbligo di agire in rivalsa nei confronti del magistrato unicamente nel caso in cui il fatto lesivo sia stato provocato con dolo o negligenza inescusabile, così aumentando, invero, il *minimum* necessario per l'espletamento della funzione preventivo-punitiva della rivalsa e privilegiando gli organi giudicanti. Ancora, a contrapporsi ad una visione chiusa del problema, vi sono gli articoli in tema di ricasazione del giudice: anche in queste situazioni vi potrebbe essere il pericolo di azioni temerarie, eppure nessuno osa mettere in dubbio la legittimità di siffatti strumenti nonostante, a differenza dell'azione civile che può essere esperita solo una volta che il giudizio sia stato definito, esso possa essere utilizzato anche in corso di causa.

In ogni caso l'incisività di questo tipo di intervento legislativo, nonostante quel che viene scritto per giustificarlo, è rimarchevole non tanto per la realizzazione di una ragionevole durata del processo, considerando che il tempo risparmiato rispetto al passato è decisamente esiguo, quanto più per le conseguenze a livello sostanziale e procedimentale: da un lato, infatti, si rinsalda la funzione ideologica dell'azione civile nei confronti del magistrato, dall'altro, invece, si evita l'ineluttabile "frantumazione dei giudizi" conseguente dall'eventuale impugnazione dei provvedimenti di inammissibilità emanati dall'apposito collegio. In concreto, comunque, con l'abolizione del vaglio di ammissibilità, laddove si palesi una manifesta infondatezza della domanda o anche una violazione delle condizioni per la proposizione della stessa, si dovrà agire in modo differente, ma di certo non particolare.

L'art. 187 c.p.c., infatti, viene applicato integralmente al caso in esame. Si prevede, dunque, una rimessione diretta al collegio considerando la causa sufficientemente matura per la decisione.

Abbandonando il campo del giudizio contro lo Stato, sede in cui si esplica completamente ed in assoluta certezza la funzione compensativo-satisfattoria della responsabilità civile del giudice nei confronti del danneggiato o dei danneggiati, occorre spostare l'attenzione su un aspetto di non secondaria importanza, e cioè le nuove condizioni, temporali e non, previste per la proposizione della rivalsa. Da un lato, il perimetro d'azione all'interno del quale si può muovere il Presidente del Consiglio dei Ministri risulta più ampio: viene esteso, infatti, a due anni il termine entro il quale promuovere la suddetta istanza. Dall'altro, però, si aggiunge una previsione che suscita molteplici dubbi a causa della formulazione che l'identifica. La disposizione problematica coincide con la seguente affermazione: "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". Oltre il richiamo già effettuato alla modifica del termine temporale, ciò che risalta incontrovertibilmente agli occhi è altro: l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa in determinati casi; il dolo di cui trattasi si riferisce solamente al diniego di giustizia, violazione manifesta della legge e al travisamento del fatto o delle prove; la resurrezione di un concetto andato perso nell'emendamento dell'art. 2 quale è quello della negligenza inescusabile e l'assoluta assenza di alcuni fatti rilevanti ai fini della colpa grave precedentemente

individuati dall'art. 2, comma 3.

In merito all'obbligatorietà dell'azione di rivalsa si osserva come, mediante codesta imposizione, si renda finalmente molto meno aleatorio l'espletamento della funzione preventivo-punitiva a cui è finalizzato il giudizio di rivalsa. Richiamando il ragionamento svolto nei paragrafi precedenti, invero, una discrezionalità incontrollata nell'esercizio dell'azione di rivalsa porterebbe inevitabilmente, laddove la tendenza a non rivalersi sul magistrato si tramutasse in una prassi diffusa, ad un pregiudizio non tanto per lo Stato in sé e per sé, quanto più per la collettività che subisce il decremento patrimoniale in termini di minore efficienza dei servizi offerti loro a causa del mancato investimento derivato dallo spreco dei proventi delle imposte riscosse. Nonostante il grande passo avanti effettuato dal legislatore attraverso l'imposizione di suddetto obbligo in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri, la cui violazione fa sorgere responsabilità contabile²¹⁷, permangono criticità di non poco conto derivanti dalla subordinazione di tale obbligo a condizioni ben precise che, tuttavia, danno adito a contestazioni di rilievo costituzionale. Secondo il nuovo art. 7 l. 117/1988, infatti, l'esercizio della rivalsa è obbligatorio solo laddove vengano compiuti determinati atti quali la violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione, il travisamento del fatto o delle prove ed il diniego di giustizia²¹⁸. Già qui emergono problemi considerando che l'elenco casistico in esame non comprende molte delle fattispecie citate nel comma 3 dell'art. 2 l. 117/1988, infatti risulta assente il riferimento all'errore di tipo

²¹⁷ All'art. 13 della legge Vassalli viene aggiunto, a seguito della riforma, il comma 2-*bis*, il quale recita "Il mancato esercizio dell'azione di regresso, di cui al comma 2, comporta responsabilità contabile. Ai fini dell'accertamento di tale responsabilità, entro il 31 gennaio di ogni anno la Corte dei conti acquisisce informazioni dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro della giustizia sulle condanne al risarcimento dei danni per fatti costituenti reato commessi dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, emesse nel corso dell'anno precedente e sull'esercizio della relativa azione di regresso".

²¹⁸ La disciplina a riguardo è rimasta invariata.

revocatorio o a quegli atti da cui sia derivata una lesione della libertà personale dell'individuo²¹⁹; ad aggiungersi a tale rilievo, tuttavia, vi è un ulteriore elemento: tutti gli atti specificamente individuati, affinché possano far sorgere un'obbligazione inerente alla proposizione della rivalsa in capo al titolare della stessa, devono essere stati causati da dolo o "negligenza inescusabile". A questo punto si aprono molteplici scenari.

La prima consiste nella logica esclusione della rivalsa in tutti quei casi in cui non si possa ritenere sussistente né il dolo né tantomeno la negligenza inescusabile; dal perseguimento di una simile linea di pensiero, però, si giungerebbe inevitabilmente ad una violazione del principio di uguaglianza²²⁰ oltretutto, ovviamente, ad una disfunzione stessa del sistema del doppio giudizio dato che nessun tipo di provvedimento sanzionatorio, per quanto limitato possa essere quello pronunciato nei confronti del magistrato che abbia agito con negligenza inescusabile, potrà essere emanato laddove sopravvengano situazioni che pure danno vita al diritto al risarcimento del danno. Ma come si è visto in precedenza, l'istituto del risarcimento del danno è naturalmente predisposto alla polifunzionalità: per quanto si voglia far prevalere una sua espressione compensativa su quella punitiva piuttosto che su quella ideologica, non è pensabile che ci si spinga a tal punto da assolutizzare una di esse provocando la riduzione fino alla totale cancellazione delle altre. Se così fosse si smetterebbe di parlare di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* e si ipotizzerebbe un nuovo tipo di istituto estraneo da quelli finora esistenti. Tale è, infatti, il legame intercorrente fra il carattere della polifunzionalità della responsabilità civile e l'istituto stesso.

²¹⁹ Ovvero provvedimenti cautelari personali o reali emanati al di fuori dei casi previsti dalla legge o senza motivazione.

²²⁰ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave, cit.*, p. 150.

Il secondo percorso pone un ordine di problemi simile al primo, nonostante la sfumatura concettuale meno rigida che lo caratterizza. Non si esclude, seguendo questa seconda interpretazione, la possibilità che lo Stato agisca nei confronti del giudice in via di regresso negli altri casi non espressamente previsti all'interno del nuovo art. 7 della legge n. 117 del 1988, semplicemente si attesta che il Presidente del Consiglio dei Ministri, in suddette situazioni, avrebbe la mera facoltà, e non l'obbligo, di decidere se esperire o meno il mezzo messo a sua disposizione dalla nuova normativa. Permane il problema della violazione del principio costituzionale dell'uguaglianza, ma si affiancano ad esso quelli derivanti dalla discrezionalità, i quali non si esauriscono nel rilievo anteriormente formulato sostanziandosi in un logico pregiudizio per la collettività, bensì si estendono al quesito relativo all'effettiva sopravvivenza dell'indipendenza ed autonomia della magistratura che potrebbe vedersi condizionata dallo Stato, in quanto quest'ultimo detiene uno strumento in grado di metterle pressione.

Alla luce di quanto osservato, autorevole dottrina²²¹ ha postulato che, per evitare problemi di tale gravità, conviene dare una lettura costituzionalmente orientata del nuovo art. 7 della legge Vassalli. Questa nuova interpretazione conforme al dettato costituzionale si concretizzerebbe nell'affermazione secondo la quale il legislatore abbia voluto individuare le precipue condotte rilevanti al solo fine esplicativo e pertanto debba estendersi anche a tutte le altre ipotesi di colpa grave l'idoneità a far sorgere in capo al titolare della rivalsa l'obbligo di esercitarla, pena la declaratoria di responsabilità contabile. Allo stesso modo, ancora, si ritiene di poter fugare ogni dubbio relativo all'esplicito collegamento dell'elemento

²²¹ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., pp. 150-151.

soggettivo intenzionale ai soli tre casi sopra citati: come si desume anche dall'art. 8, comma 3, l. 117/1988, il dolo dev'essere inteso in senso generale.

È ovvio, comunque, che una simile interpretazione si distacca nettamente dall'enunciato normativo e ancora nessuna pronuncia giurisprudenziale è intervenuta a chiarire la reale soluzione delle problematiche evidenziate. Si può dire, allora, con ponderata certezza, che la riforma del 2015, nonostante le innovazioni senz'altro rilevanti, continua a presentare lacune alla stregua del predecessore. La menzione della “negligenza inescusabile”²²² quale condizione necessaria per l'azione di rivalsa, spoglia del contemperamento euristicamente effettuato da autorevole dottrina²²³, rievocerebbe i c.d. “tempi bui” che sono seguiti all'emanazione della legge Vassalli e che sono stati contraddistinti da una sostanziale irresponsabilità dei giudici derivante proprio dalla loro intoccabilità salvo che in casi limite il cui verificarsi, seppur frequente, non era di per sé bastevole essendo indispensabile una prova valevole ad avvalorarne l'esistenza sul piano processuale che, però, risultava, e risulta tuttora, molto difficile da procurarsi.

²²² La definizione della stessa, malgrado la riduzione di efficacia operata sulla clausola di salvaguardia, non è ancora stata esplicitamente modificata, pertanto modello di riferimento dovrà essere l'opera di SCODITTI E., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Foro it.*, 2015, V, p. 322.

²²³ Vedi nota 220.

CAPITOLO IV
PROBLEMI E GIUSTIFICAZIONI
ATTINENTI ALL'ATTRIBUZIONE DI UNA SOSTANZIALE
IRRESPONSABILITÀ CIVILE AL GIUDICE

SOMMARIO: 1. Le giustificazioni in merito alla sostanziale irresponsabilità civile del giudice. - 1.1. La garanzia di indipendenza e la pronuncia costituzionale n. 164 del 2017. - 1.2. La certezza del diritto e l'effetto del giudicato. — 2. I problemi che sorgono dalla consacrazione dall'esonero sostanziale del giudice da ogni responsabilità civile. - 2.1. Efficienza vs. Irresponsabilità: i problemi di armonizzazione dell'esclusione dell'imputabilità di una responsabilità civile sul giudice con il giusto processo previsto dalla legge.

1. Le giustificazioni in merito alla sostanziale irresponsabilità civile del giudice.

Il diritto non è altro che una risposta alle problematiche sociali, la *regula*²²⁴ che riesce a dare continuità alla linea sottile della vita relazionale dei singoli individui senza che situazioni patologiche ne blocchino il normale flusso. Ebbene, affinché possa realizzare quest'aspirazione, il diritto, sotto forma di legge, deve effettuare dei temperamenti fra

²²⁴ Ci si riferisce al suo significato letterale di “riga” intesa come strumento di misurazione delle lunghezze. Ad esso è equiparato il termine latino “norma” al quale corrisponde la traduzione italiana di “squadra”, tant'è vero che non è raro che la locuzione latina in questione venga utilizzata ancora oggi riferendosi a quest'ultimo strumento. Il loro ampliamento semantico a concetti prettamente giuridici che addirittura costituiscono le fondamenta del diritto è dovuto ad un'idea primordiale secondo la quale i comportamenti umani possono ed anzi debbono essere “misurati” affinché vengano garantiti la pacificità dei rapporti e l'ordine pubblico. È attraverso il diritto che si riesce a distinguere il giusto dall'ingiusto nell'*obscuritas* che caratterizza la molteplicità delle relazioni sociali.

plurimi interessi poiché non sempre la tutela di uno di essi garantisce quella degli altri. Il discorso in questione vale anche per il tema della responsabilità civile del giudice, anzi, si può asserire in maniera pressoché certa che sia proprio questo il punto nodale da sciogliersi per l'esperimento di una concreta valutazione di legittimità o meno dell'istituto; a lungo, infatti, la politica e la magistratura si sono scontrate a riguardo sostenendo due posizioni opposte: la prima vedeva nell'indiscriminata estensione dell'istituto della responsabilità civile, *ex art. 2043*, al magistrato un adeguato strumento per contrastare il crescente potere, a cui si è già fatto cenno all'inizio del terzo capitolo²²⁵, esercitato dai giudici e pertanto tentava in ogni modo di articolarne più incisivamente la disciplina²²⁶ ignorando, però, le "relazioni rilevanti connesse all'istituto della responsabilità del giudice"²²⁷, e cioè quelle inerenti l'ordinamento giudiziario in *toto* e gli aspetti prettamente processuali; il corpo giudiziario, dall'altra parte, opponeva una strenua resistenza avverso l'iniziativa di ampliamento della regolamentazione di cui trattasi, argomentando mediante l'elencazione di gravi pregiudizi che un suo asseccamento avrebbe potuto causare soprattutto con riguardo alla violazione di principi espressamente sanciti dalla Costituzione italiana e con l'affermazione inerente alla superfluità di un simile rimedio potendo il problema essere risolto attraverso la previsione approfondita di un istituto alternativo, nonché maggiormente

²²⁵ V. Cap. III, pp. 113-132.

²²⁶ In passato vigeva l'art. 55 c.p.c. che disponeva quanto segue:

“Il giudice è civilmente responsabile soltanto:

- 1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione;
- 2) quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero.

Le ipotesi previste nel numero 2 possono aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito.”

Avendo contezza della marginalità dei casi fondanti la responsabilità civile del giudice è comprensibile l'assenza di ricorsi volti a farla valere

²²⁷ GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, cit.*, p. 231.

cautelativo delle garanzie costituzionali attribuite al magistrato, quale è quello della responsabilità disciplinare²²⁸. Insomma, mentre da un lato si puntualizzava sulla necessità di assicurare un controllo esterno dei magistrati, dall'altro si proponeva un sistema incentrato sull'autogoverno dell'organo giurisdizionale e, dunque, esente da qualsivoglia influenza esterna nel giudizio disciplinare che avrebbe potuto vedersi instaurato laddove un magistrato avesse posto in essere condotte ingiuste e suscettibili di danneggiare le parti o i terzi.

Ad oggi il dibattito appena presentato non ha ancora trovato un epilogo concreto nonostante l'emanazione di molteplici testi normativi volti specificamente allo spegnimento delle polemiche in tal senso. Il motivo di un risultato del genere consiste nelle "mezze misure" adottate dal legislatore che, nel trattare il tema, si è sempre mostrato fin troppo prudente evitando, ogni volta se ne presentasse l'occasione, di effettuare quel passo abbastanza lungo da portare al raggiungimento dell'obiettivo; a conferma di quanto detto vedasi i traguardi raggiunti, e cioè le criticità presenti nella disciplina interna a ciascun tipo di responsabilità in grado di inficiare l'intera struttura istituzionale a fronte di una convivenza problematica tra la responsabilità disciplinare e civile caratterizzata da norme fra loro non conformi²²⁹.

Per comprendere al meglio l'entità delle difficoltà incontrate, oggi ed in passato, dal legislatore nella creazione di una regolamentazione che riesca a delineare un *corpus* di norme omogeneo ed efficiente occorre, allora, indagare le giustificazioni alla sostanziale irresponsabilità del giudice addotte non solo dal potere giudiziario, bensì anche dalla dottrina

²²⁸ Cfr. Cap. I, pp. 52-60, dove si traccia il percorso della *prise à partie* in Francia e l'infruttuoso esito che ha avuto il tentativo di utilizzare quest'istituto in termini disciplinari.

²²⁹ Cfr. il rapporto tra l'art. 20 d.lgs. 109/2006 e l'art. 9 l. 117/1988 così come modificato dalla riforma del 2015; per approfondimenti vedi *retro* p. 92. Per quanto attiene le criticità delle due discipline, vedi ad esempio quanto detto relativamente all'art. 30 d.lgs. 209/2006 a p. 99, piuttosto che il discorso inerente alla sospensione dalle funzioni così come prevista dall'art. 10 d.lgs. 109/2006 trattato a p. 74, o, ancora, l'inutilità implicitamente attribuita all'intera regolamentazione avente ad oggetto la responsabilità civile del giudice di cui a p. 154.

in generale e da alcuni parlamentari che contribuiscono, o hanno contribuito, alla sopravvivenza di un istituto il quale, sebbene affondi la propria essenza nel dispositivo dell'art. 2043 c.c., resta fuori dalla portata del singolo cittadino in termini di effettiva fruizione del diritto piuttosto che di parità di posizioni tra le parti stanti in causa. Delle problematiche sorgenti dall'accoglimento delle tesi a favore di una sostanziale irresponsabilità del giudice conseguente dal mantenimento invariato della disciplina odiernamente prevista a riguardo, comunque, si discuterà nei paragrafi successivi.

Ad alcune motivazioni che tendono alla realizzazione di una regolamentazione *ad hoc* per il giudice caratterizzata dai forti limiti oggettivi e soggettivi che riducono il margine d'azione dell'eventuale danneggiato si è già fatto riferimento nei capitoli precedenti, pertanto ci si propone di riprendere i ragionamenti lasciati in sospeso e sviscerarli. I temi che si andranno ad approfondire in questo senso sono principalmente due: la garanzia di indipendenza ed autonomia della magistratura con annesso pericolo di un abuso dell'azione risarcitoria ad opera delle parti ed il principio del giudicato e della certezza del diritto.

Prima di procedere con la trattazione di questi ultimi, però, bisogna precisare che fuori dalla lente di ingrandimento verrà posta la questione relativa la possibilità di estendere o meno la responsabilità civile per fatto illecito del giudice all'intero collegio laddove, a titolo esemplificativo, l'atto lesivo non sia il prodotto di un'attività dell'organo in composizione monocratica; ciò non è dovuto, si badi bene, alla scarsa rilevanza della problematica, quanto più al fatto che di suddetta materia si è discusso ampiamente durante l'*excursus* dedicato all'esame dell'art. 1, comma 2, l. 117/1988²³⁰. Lo stesso ragionamento è da farsi

²³⁰ V. *retro* Cap. III, pp. 137 ss.

relativamente al tema del c.d. “egoismo statale”, ovvero la volontà di preservare la credibilità e la dignità dell’organo giudiziario dai pregiudizi che potrebbero derivare dalla proposizione di eventuali azioni risarcitorie nei suoi confronti piuttosto che da una condanna in tale sede²³¹, con l’unica precisazione che, a differenza della possibilità o meno dell’estensione della responsabilità civile al collegio, in questo caso non ci si ritrova dinanzi ad una difficoltà tecnica e sostanziale, bensì ad una *forma mentis*, per così dire, fondata sul principio secondo il quale dalla credibilità consegue l’autorità, dimenticandosi che al medesimo risultato si giunge a prescindere dal riflesso che di un determinato individuo esercente la professione giurisdizionale si ha all’esterno²³²; tale pensiero è il frutto di una visione istituzionale della magistratura e non è ancora stato sradicato dall’ordinamento giuridico italiano²³³ continuando, invece, ad informare il potere legislativo nell’istante in cui quest’ultimo viene esercitato.

²³¹ V. *retro* Cap. I, pp. 19-22-29; Cap. II, p. 69.

²³² Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 18-20, nella parte in cui si rinvia a KANTOROWICZ H. U., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906, p. 41, il quale scriveva: “Non ci si obietti che la decisione giudiziale risulterebbe incontrollabile e che pertanto le nostre affermazioni aprono la strada all’arbitrio del giudice. Se non possiamo fidarci del giuramento del giudice, che in effetti richiede una convinzione seria, non esiste nessuna garanzia... Contro gli eccessi della soggettività ci protegge sufficientemente la molteplicità dei magistrati ed il sistema dei ricorsi contro le decisioni giudiziali”. Da ciò, allora, emerge l’erroneità del parallelismo credibilità-autorità poiché il giudizio civile pendente nei confronti del singolo giudice non può ritenersi inficiante dell’intera categoria magistratuale che, quindi, conserverà quell’autorità che gli è propria ed attribuitale direttamente dal diritto in quanto titolare del potere giudiziario. Ammettendo la molteplicità dei soggetti esercenti la funzione giurisdizionale per giustificare la superfluità di una disciplina risarcitoria applicabile al magistrato, non se ne può prescindere qualora si discuta del parallelismo di cui sopra che dovrebbe essere ripensato, alla luce di quanto espresso, in termini di giudice-persona e giudice-organo: il pregiudizio alla credibilità del primo non si traduce automaticamente in un danno per la dignità della magistratura in generale. A riguardo, ancora, si veda quanto detto nel Cap. I, p. 8 laddove si ragiona sul rapporto intercorrente fra l’ingiustizia del singolo giudice e quella del provvedimento dallo stesso emanato.

²³³ Come già visto nel capitolo III, l’art. 1, comma 2, l. 117/1988 scioglie definitivamente il dubbio inerente alla responsabilità del giudice facente parte di un collegio. Lo stesso non può dirsi relativamente al c.d. “egoismo statale” che, invece, è dato per assolutamente legittimo e nessuna contromisura è stata adottata.

1.1. La garanzia di indipendenza e la pronuncia costituzionale n. 164 del 2017.

La responsabilità civile per colpa, lieve o grave che sia, del magistrato è sempre stata rifiutata da gran parte della dottrina e dall'organo giurisdizionale stesso a causa delle ripercussioni in termini di indipendenza ed autonomia di quest'ultimo, le quali si reputano essere eccessivamente nocive e, dunque, sproporzionate rispetto all'esigenza di tutelare il privato qualora si dovesse acconsentire alla permanenza di un siffatto istituto all'interno dell'ordinamento giuridico. Invero, in passato allegando la medesima violazione si contestava non solo la rilevanza dell'elemento soggettivo della colpa per l'accertamento della responsabilità extracontrattuale del giudice, bensì anche quella dell'attività interpretativa svolta da quest'ultimo, nonché, in maniera più drastica, l'esistenza stessa di un diritto al risarcimento del danno derivato dal compimento dell'attività giudiziaria e spettante al privato. Allo stesso modo, ancora più nettamente, si è fatta valere la garanzia originante dal combinato disposto degli articoli 101 e 104 della Costituzione per fondare l'opposizione all'abolizione del filtro di ammissibilità in precedenza previsto dall'art. 5 della legge Vassalli. Mentre per le opinioni contrastanti in tema di concreta possibilità di rendere idonei alla legittimazione della pretesa risarcitoria avanzata dal danneggiato i fatti compiuti con colpa, o comunque consistenti in attività aventi carattere giurisdizionale, si sono pronunciate, una volta e per tutte, la Corte europea, che implicitamente, condannando l'Italia per la sostanziale irresponsabilità del magistrato laddove quest'ultimo, nell'esercizio delle funzioni caratterizzanti la funzione ad esso affidata, causasse un pregiudizio ad altri, riconosce la necessità di un tale ampliamento delle fattispecie individuate dall'art. 2 l. 117/1988, e la Corte costituzionale. La sentenza n. 164 del 2017 già richiamata nei capitoli antecedenti a questo, inoltre, risolve l'ulteriore disputa, relativa all'innovazione apportata dalla legge n. 18 del

2015 con l'abrogazione dell'art. 5 l. 117/1988, intercorrente fra i sostenitori della riforma e gli oppositori. È proprio quest'ultimo provvedimento la base su cui si intende poggiare l'esame del rapporto, più volte considerato patologico, tra la responsabilità civile del giudice e la garanzia di indipendenza ed autonomia così come delineata nel testo costituzionale.

Aprondo una parentesi, necessaria al fine di una maggiore trasparenza espositiva, si precisa che per "indipendenza" dovrà intendersi la sostanziale sottoposizione del giudice unicamente alla legge con conseguente ininfluenza dell'operato compiuto da altri poteri statali sull'operato dell'organo giudicante; effettuando un rinvio alla legislazione europea, ancora, si riesce ad estendere la portata concettuale della garanzia oggetto d'esame venendo quest'ultima definita dal Consiglio d'Europa come quella circostanza auspicabile grazie alla quale al giudice viene assicurato di poter "agire senza alcuna restrizione, impropria influenza, istigazione, pressione, minaccia o interferenza, diretta o indiretta, di qualunque provenienza o per qualunque ragione"²³⁴, piuttosto che dichiarando quanto segue: "L'indipendenza della magistratura è una condizione preliminare dello Stato di diritto e una garanzia fondamentale di un processo equo. I giudici sono incaricati della decisione finale sulla vita, le libertà, i diritti, i doveri e le proprietà dei cittadini [...] La loro indipendenza non è una prerogativa o un privilegio nell'interesse proprio, ma nell'interesse dello Stato di diritto e di coloro che cercano e si aspettano giustizia"²³⁵.

Da quanto appena espresso fuoriesce chiaramente l'intenzione dell'Unione Europea di attribuire al potere giudiziario una posizione di rilievo senza precedenti giustificandola con

²³⁴ Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa sull'indipendenza, l'efficienza ed il ruolo dei magistrati, raccomandazione CM/Rec 12, 2010.

²³⁵ Cfr. CCJE, Parere n. 1 del 2001.

il peculiare scopo a cui è destinato l'esercizio dello stesso e con l'entità, completamente fuori scala, degli effetti che un singolo provvedimento potrebbe avere sulla vita delle persone i cui diritti formano oggetto del giudizio. Il quadro strutturato dal diritto europeo sembrerebbe apparentemente chiaro e senza alcuna macchia, tuttavia, a ben vedere, è possibile scorgere una contraddizione di fondo macroscopica fra quanto scritto nel parere emanato dal CCJE e le parole del presidente Guido Raimondi che, sulla falsariga di quanto teorizzato dal famoso studioso legale Alexander Bickel, per l'appunto, descrisse il potere giudiziario come il "meno pericoloso" dei tre poteri statali²³⁶. Ci si chiede, allora, come si possa conciliare una descrizione di questo genere con le inevitabili e disastrose conseguenze che certamente, come già rilevato, comporterà il compimento di errori giudiziari. È vero che il giudice deve essere libero di svolgere le funzioni di propria competenza senza alcun tipo di condizionamento esterno, ma ciò, comunque, dovrebbe riuscire a conciliarsi con la moltitudine di altri diritti di cui può godere il singolo evitando una lesione significativa degli stessi.

Approfondendo maggiormente il concetto, poi, si pone l'attenzione sul collegamento intercorrente tra la suddetta garanzia ed una condizione essenziale per la sussistenza del "giusto processo" disciplinato, e posto a tutela di chiunque si trovi nella situazione di doversi difendere in giudizio per tutelare i propri diritti o per affrontare le pretese infondate eventualmente rivolte nei suoi confronti, dall'art. 111 Cost., e cioè l'imparzialità. Si ricorda, invero, che un'indebita influenza nello svolgimento della funzione giudiziaria può tradursi in un vantaggio per l'una o l'altra delle parti stanti in causa, ed il verificarsi di un avvenimento

²³⁶ Alexander Bickel, invero, nella sua teoria costituzionale attribuì al potere giudiziario il ruolo meno pericoloso rispetto ai poteri legislativo ed esecutivo poiché non è titolare né della "borsa", di cui dispone il primo, né tantomeno della "spada", spettante invece al secondo.

di questo tipo è proprio ciò che il legislatore vuole evitare soprattutto considerando che da esso deriverebbe una violazione non solo degli artt. 101 e 104 Cost., bensì anche dell'art. 111 del medesimo testo costituzionale²³⁷.

La sentenza n. 164 del 2017 costituisce la risposta del giudice di legittimità costituzionale alle questioni sollevate da plurimi organi giudiziari. L'insieme delle criticità poste all'attenzione della Corte racchiude i punti salienti del perenne scontro indipendenza-responsabilità giurisdizionale; in ragione di ciò, dunque, si intende procedere all'elencazione, con conseguente analisi, delle domande costituenti oggetto del procedimento costituzionale e delle relative posizioni assunte dall'organo adito.

In primo luogo, il Tribunale ordinario di Verona, mediante ordinanza del 12 maggio 2015 (r.o. n. 198 del 2015), evidenziò alla Corte costituzionale i seguenti temi: il contrasto tra l'art. 3 del testo fondamentale e gli artt. 2, comma 1, lett. c), e 4, comma 1, della legge 27 febbraio 2015, n. 18, nella parte in cui, riformando gli artt. 2, comma 3, e 7 della legge 13 aprile 1988, n. 117, includono il "travisamento del fatto o delle prove" tra le ipotesi di colpa grave che possono dar luogo a responsabilità civile dello Stato e del magistrato, e gli artt. 101 e 111 Cost.; il contrasto tra il principio di ragionevolezza esplicito nell'art. 3 Cost. e l'art. 2, comma 1, lett. b) della legge n. 18 del 2015; il mancato ossequio della garanzia d'indipendenza, della disciplina del giusto processo, del principio di ragionevolezza e del diritto al giudice naturale precostituito per legge derivante dall'introduzione dell'art. 3, comma 2, l. 18/2015; il contrasto tra l'art. 9, comma 1, della legge Vassalli, come modificata dall'art. 6 della riforma

²³⁷ Cfr. CIVININI M. G., *Indipendenza ed imparzialità dei magistrati*, in *Questione giustizia*, §1-2, con particolare attenzione all'opinione espressa dal giudice europeo all'interno delle sentenze *Agrokompleks c. Ucraina* e *Moiseyev c. Russia*.

del 2015, e gli artt. 25, comma 1, 101, comma 2, e 111, comma 2, Cost.; l'inconciliabilità dell'art. 4 della legge n. 18 del 2015, nella parte in cui, rimodulando l'art. 7, comma 1, della normativa dell'88, stabilisce che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa verso il magistrato, e gli artt. 3 e 24 Cost.; la non previsione di mezzi idonei a far fronte ai nuovi o maggiori oneri²³⁸ disposti dall'art. 2, comma 1, lettere *a), b) e c)*, e dall'art. 4 l. 18/2015, quest'ultimo nella parte in cui stabilisce che il Presidente del Consiglio dei Ministri ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa verso il magistrato.

Prescindendo in tale sede dall'esposizione della risoluzione dei conflitti che non interessano gli artt. 101, 104 e 111 del testo costituzionale, si rileva come il giudice costituzionale abbia ritenuto infondate le questioni sollevate dal tribunale ordinario di Verona poiché basate su mere ipotesi psicologiche e, dunque, per natura astratte e che non trovano un vero e proprio riscontro nella realtà effettiva in quanto, relativamente al travisamento del fatto, non si può negare che, nonostante la preferenza di una sua aggiunta alla fattispecie dell'errore di tipo revocatorio tra i fatti fondanti l'azione civile avverso il magistrato piuttosto che una sua "sovrapposizione" alla stessa, tale ipotesi conservi un proprio margine di autonomia ed al contempo vacui e solo potenziali sono i pericoli postulati dall'organo giudiziario che potrebbero derivare dall'attribuzione di rilevanza a codesta fattispecie. Invero, seppur sia stata contestata l'indeterminatezza del concetto di "travisamento del fatto o delle prove", non può ritenersi illegittima la disposizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. *b)*, l. 18/2015 per la sola eventualità astratta che una simile previsione pregiudichi la serenità del giudizio e l'imparzialità del giudice; a questa conclusione si giunge grazie alla definizione data al

²³⁸ Art. 81, comma 3, Cost.

“travisamento” in questione nella sentenza di cui si sta trattando²³⁹. Per quanto riguarda il dibattito inerente al filtro di ammissibilità e la sua abolizione vedasi quanto detto nel capitolo III²⁴⁰.

Un altro ricorrente, poi, fu il Tribunale ordinario di Treviso che con l’ordinanza dell’8 maggio 2015 (r.o. n. 218/2015) excepì la riformulazione della clausola di salvaguardia, un tempo “baluardo” della magistratura contro le indebite ingerenze esterne, allegando la sua contrarietà al principio secondo cui il giudice dev’essere sottoposto soltanto alla legge ed a quello che sancisce l’indipendenza ed autonomia dell’ordine giudiziario; a tal proposito argomentò affermando il sostanziale svuotamento di significato della clausola in questione data la presenza di un’eccezione “totalizzante” per effetto della quale il divieto di rilevanza in sede civile dell’attività interpretativa esperita dal giudice non opera nei nuovi casi espressamente previsti dal legislatore del 2015 come, ad esempio, il travisamento del fatto o della prova. Questa circostanza rende, a detta dell’organo giudiziario, praticamente inesistente il secondo comma dell’art. 2 della legge Vassalli. A ciò, inoltre, si allega il pericolo consistente nel fatto che il giudice potrebbe essere portato «a preferire, tra due opzioni ermeneutiche o tra due ricostruzioni probatorie dei fatti, quella che appare meno rischiosa sul piano di una eventuale responsabilità risarcitoria, tenuto conto anche del “peso” delle parti in causa [...] sarebbe indotto – sempre per limitare i rischi – ad uniformarsi agli indirizzi della Corte di cassazione e della giurisprudenza europea, con una surrettizia elusione della regola, desumibile dal citato art. 101, secondo comma, Cost., che esclude l’efficacia

²³⁹ Il travisamento del fatto o della prova non è da intendersi solo ed unicamente come “svista rappresentativa”, bensì anche come “stravolgimento del dato fattuale, dovuto ad una macroscopica omissione nella percezione di fatti secondari decisivi, ovvero della regola di inferenza logica applicata”.

²⁴⁰ V. pp. 175 ss.

vincolante dei precedenti giurisprudenziali». Sebbene vi sia un gran numero di giuristi che sostengono la posizione appena delineata, quest'ultima risulta palesemente infondata non solo rinviando all'esito negativo della sentenza del 2017, la quale si limita a liquidare la questione semplicemente con l'affermazione secondo cui la clausola di salvaguardia, seppur modificata, continua ad essere presente nell'ordinamento giuridico italiano, e pertanto è da ritenersi vano il tentativo di dibattere sulla legittimità costituzionale della riforma se la discussione si basa su fondamenta inesistenti, ma anche ricordando il principio consacrato nell'art. 101, comma 2, Cost. che prevede che il giudice sia sottoposto unicamente alla legge. Ebbene, per quanto se ne voglia discutere è assolutamente impensabile che possa sussistere una violazione dell'articolo ora esplicito dato che la legge Vassalli è di per sé legge e quindi è considerabile del tutto giustificato il condizionamento dell'attività del magistrato alle disposizioni ivi contenute. Laddove si fosse accolta la contestazione in questione si sarebbe implicitamente creato un terreno fertile per la coltivazione di un pensiero assai rischioso e consistente nell'idea del giudice *legibus solutus*.

In terzo luogo, si discute sulla conformità ai principi espressi dagli artt. 3 e 101 della Costituzione del nuovo art. 7, il quale prevede un ampliamento dell'oggetto della rivalsa dal quinto dello stipendio netto annualmente percepito dal magistrato al terzo, ovviamente laddove venga proposto un pagamento rateizzato; una contestazione di questo tipo poggia sulla presunta diseguaglianza e sproporzione del trattamento riservato ai magistrati rispetto agli altri dipendenti pubblici che, di fatto, percepiscono entrate maggiori e, nonostante ciò, rispondono in misura inferiore. A riguardo non c'è molto da aggiungere venendo considerata completamente errata la strutturazione del problema poiché la previsione di maggiori oneri risarcitori gravanti dal giudice non è dovuta all'eccessiva quantità di denaro ad essi spettante

per l'esercizio della funzione giurisdizionale, quanto più, invero, dalla delicatezza caratterizzante un'attività di questo tipo avendo riguardo delle conseguenze derivanti da un erroneo compimento della stessa. Ricordando il disposto dell'art. 1223 c.c., l'ammontare del risarcimento dovrà essere direttamente proporzionale al danno provocato mediante il compimento del fatto illecito; la previsione in questione tende ad un ripristino della situazione antecedente al pregiudizio che altrimenti sarebbe irraggiungibile.

Se il danno ha un'incisività maggiore, i limiti di risponsenza in termini di responsabilità civile dell'organo giudicante dovranno essere necessariamente ampliati rispetto a quelli del dipendente pubblico; un ragionamento di questo tipo risponde perfettamente all'essenza del principio di ragionevolezza contenuto nell'art. 3 della Costituzione.

Infine, si ribadisce per l'ennesima volta l'apparente violazione della garanzia di indipendenza dovuta all'abolizione del filtro di ammissibilità; il risultato non cambia.

Il ricorso unitamente presentato dal Tribunale ordinario di Catania con ordinanza del 6 febbraio 2016 (r.o. n. 113/2016) non presenta molte novità rispetto alle questioni sollevate dai due organi giudiziari antecedentemente individuati²⁴¹. L'unica vera contestazione che appare contenere un *quid pluris*, e dunque necessitante uno sviluppo ulteriore del

²⁴¹ Cfr. Corte Cost., Sentenza del 3 aprile 2017, n. 164, §3. Il Tribunale ordinario di Catania, invero, dubita della legittimità costituzionale: dell'art. 7 della legge n. 117 del 1988, come sostituito dall'art. 4, comma 1, della legge n. 18 del 2015, nella parte in cui prevede che l'azione di rivalsa sia esperibile anche nelle ipotesi di ritenuto «travisamento del fatto o delle prove di cui all'art. 2, commi 2, 3», per contrasto con gli artt. 3, 24, 28 e «101-113» Cost.; dell'art. 3, comma 2, della legge n. 18 del 2015, che ha abrogato l'art. 5 della legge n. 117 del 1988, per contrasto con gli artt. 3 e «101-113» Cost.; dell'art. 9, comma 1, della legge n. 117 del 1988, come modificato dall'art. 6, comma 1, della legge n. 18 del 2015, nella parte 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 proposizione dell'azione risarcitoria, indipendentemente dall'esito della domanda, per contrasto con gli artt. 3, e «101-113» Cost.; dell'art. 8, comma 3, della legge n. 117 del 1988, come sostituito dall'art. 5, comma 1, della legge n. 18 del 2015, nella parte in cui prevede che la rivalsa, ove effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, possa comportare il pagamento per rate mensili fino ad importo corrispondente ad un terzo dello stipendio netto, anziché ad un quinto, per contrasto con gli artt. 3, 101 e 111 Cost.

ragionamento, è quella relativa alla presunta disarmonia dell'art. 3 e gli artt. da 101 a 113 del testo costituzionale con il disposto dell'art. 4, comma 3, l. 117/1988, come modificato dall'art. 6 della riforma del 2015, nella parte in cui prevede la possibilità di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno anche a prescindere dal soddisfacimento della condizione sostanziantesi nell'esaurimento dei mezzi di impugnazione concessi dal legislatore a tutela dell'interessato per quel determinato provvedimento che si ritiene lesivo di uno dei suoi diritti e che abbia cagionato un danno effettivo all'individuo; ciò avviene solo ed unicamente laddove il grado di giudizio all'interno del quale abbia trovato origine il provvedimento causante il danno non abbia ancora trovato un epilogo dopo che siano decorsi tre anni. Il giudice siciliano, infatti, oltre ad affermare che una deroga di tal guisa sarebbe idonea a “a turbare la serenità, l'indipendenza e, dunque, l'imparzialità del giudice”, accostandosi in questo modo alla motivazione addotta dal Tribunale ordinario di Verona per valorizzare il discredito degli artt. 101 e 111 Cost. derivante dall'introduzione del “travisamento” del fatto e della prova tra le fattispecie rilevanti, aggiunge che il pregiudizio alla serenità, indipendenza ed imparzialità del giudizio e del magistrato si verificherebbe in quanto il processo nei confronti del danneggiato è ancora pendente e, pertanto, dovendo essere ancora pronunciata una sentenza definitiva nel merito sarebbe logico aspettarsi una compromissione della libertà giurisdizionale dato che il magistrato sarebbe indotto ad optare per la soluzione meno pregiudizievole per lo stesso piuttosto che per quella maggiormente conforme alla legge. Insomma, si apre qui un sentiero molto difficoltoso relativo al pericolo concreto di un abuso dell'azione risarcitoria ad opera del privato che, appunto, verrebbe posto nella condizione di esercitare un'eccessiva pressione su colui che è chiamato a risolvere la controversia. La giurisprudenza costituzionale ha negato la fondatezza del rilievo posto alla

sua attenzione ritenendo “comprensibile e ragionevole che, a tutela del danneggiato, sia prevista la possibilità di agire per il risarcimento quando il grado di giudizio non si sia concluso nel termine di tre anni”, argomentando con il riconoscimento del radicamento della facoltà attribuita al danneggiato nell’irragionevole durata del processo. Nonostante basti il disposto della Corte costituzionale a risolvere i dubbi di legittimità sul punto, è comunque necessario precisare che ad una soluzione soddisfacente del problema si può giungere anche mediante un efficiente bilanciamento di interessi: da una parte, si ha l’esigenza di tutelare l’indipendenza del magistrato; dall’altra, si vuole garantire il godimento di un effettivo diritto risarcitorio per il privato pregiudicato dall’attività giudiziaria. Quale dei due interessi prevale considerando che il termine di prescrizione quinquennale del diritto al risarcimento del danno inizia a decorrere dal momento del fatto illecito e, quindi, non sarebbe assurda la tesi che vedrebbe, in mancanza di una previsione di questo genere, una completa affermazione, nella maniera più esplicita possibile, dell’irresponsabilità civile del giudice derivante dall’impossibilità del privato di far valere il diritto a causa del decorso del periodo temporale individuato dall’art. 2948 del codice civile?

La risposta sembra essere scontata considerando che la stessa Corte costituzionale, con la pronuncia n. 385 del 1996, ribadisce che i principi esposti dagli artt. 101, 102, 104 e 108 Cost. “non consentono di ritenere assicurato al giudice uno status di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione”²⁴².

In conclusione, tralasciando il ricorso del Tribunale ordinario di Genova in quanto nulla

²⁴² Cfr. CELENTANO C., *L'autonomia e indipendenza della magistratura e del Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza costituzionale*, marzo 2015, §1.

aggiunge a ciò che è stato approfondito finora, bisogna focalizzarsi sull'ordinanza del 25 febbraio 2016 (r.o. n. 126/2016) attraverso cui il Tribunale ordinario di Enna rimette al giudizio della Corte costituzionale la compatibilità dell'art. 2, commi 2 e 3, l. 117/1988, così come modificati dalla riforma del 2015, e le disposizioni della carta fondamentale.

Il provvedimento si concentra su due punti egualmente pertinenti e che, al contempo, senza destare troppa confusione in dottrina, attecchiscono sulla disciplina risarcitoria in questione e ne indagano la capacità di coordinamento con il principio di non vincolatività del precedente giurisprudenziale, nel caso di specie quello enunciato dalla Corte costituzionale, sull'operato del magistrato.

In primis, si rileva come l'art. 2, comma 3, nella parte in cui prevede che si possa configurare la responsabilità civile del giudice qualora quest'ultimo adotti un'interpretazione di norme di diritto contrastante con quella adottata dal giudice costituzionale in una pronuncia interpretativa di rigetto e resa in un altro procedimento, si ponga in contrapposizione con il principio di soggezione del giudice unicamente alla legge e di indipendenza della magistratura; la fattispecie poc'anzi esposta, invero, viene messa in risalto tenendo conto della "violazione manifesta del diritto" che, ex art. 2, comma 3, l. 117/1988, costituisce una fattispecie di colpa grave del magistrato e pertanto suscettibile di venire sanzionata civilmente. La struttura argomentativa di questo punto si fonda sulla rivendicazione del diritto ad un'interpretazione giudiziaria libera da ogni condizionamento. Proprio questo sarebbe lo scopo degli artt. 101, 104 e 107 della Costituzione. Laddove si dovesse ritenere sussistente il vincolo interpretativo posto dalla pronuncia interpretativa di rigetto resa in un diverso processo dalla Corte costituzionale, si violerebbe l'art. 134 Cost. attribuendo all'organo in questione una funzione "nomofilattica" che non gli appartiene; a tal proposito,

addirittura, si arriva ad affermare che un'opinione contraria a quella proposta nell'ordinanza in esame riconoscerebbe implicitamente un "monopolio interpretativo della compatibilità tra la legge e la Costituzione" al giudice costituzionale.

In secundis, si obietta la conformità agli artt. 101, 104, 107 e 134 Cost. della disposizione contenuta all'interno dell'art. 2, comma 2, l. 117/1988, così come modificata dalla legge n. 18 del 2015. L'obiezione in questione trova le proprie fondamenta sulla constatazione secondo la quale il nuovo articolo 2, comma 2, della legge in tema di responsabilità civile del magistrato, "non estenderebbe la clausola di esclusione della responsabilità per l'«interpretazione delle norme di diritto» anche all'ipotesi in cui l'interpretazione accolta dal giudice sia in contrasto con quella adottata dalla Corte costituzionale in una pronuncia interpretativa di rigetto, resa in un diverso processo"²⁴³.

Il giudice costituzionale risponde ad entrambi i quesiti con un'unica precisazione: il giudice ordinario non è certo vincolato all'interpretazione che di una norma dà la Corte costituzionale, ammettendo invece che quest'ultimo possa benissimo ricorrere a soluzioni interpretative di terze parti; il provvedimento di rigetto con il quale il giudice speciale risolve i dubbi di legittimità costituzionale è vincolante solo nella parte dispositiva che, generalmente, assume forma negativa essendo tesa a chiarire la non applicabilità di una norma in quanto non conforme alla Costituzione. È qui che si rileva la vincolatività della decisione, non in ambito interpretativo.

Si percepisce in modo pressoché immediato, dopo questa disamina dettagliata della pronuncia costituzionale del 3 aprile 2017, come il dibattito sulla legittimità della disciplina

²⁴³ Corte Cost., Sentenza del 3 aprile 2017, n. 164, §4.

in tema di responsabilità civile del magistrato abbia trovato, e continui a trovare ancora oggi, il proprio epicentro nella garanzia di indipendenza ed autonomia del giudice che rappresenta il più grande ostacolo ad un'evoluzione significativa dell'istituto e, parallelamente, un faro di speranza per i magistrati che ne fanno il loro scudo difensivo contro il tentativo statale di disciplinarne la responsabilità.

1.2. La certezza del diritto e l'effetto del giudicato.

Nel capitolo dedicato all'evoluzione storica della responsabilità civile del giudice si è effettuata una distinzione che risulta opportuno richiamare ai fini della trattazione imminente. Qui, infatti, si sono specificati gli aspetti contenutistici delle due principali linee di pensiero che hanno accompagnato la crescita degli Stati preunitari e di quello liberale: il filone francese, basato sulla necessità di tenere al sicuro il giudice da condizionamenti esterni anche a costo del riconoscimento allo stesso di una sostanziale irresponsabilità; ed il filone tedesco di orientamento completamente opposto al primo.

È proprio il filone tedesco che, nonostante il trasformarsi degli eventi ed il susseguirsi delle epoche, non ha mai perso di originalità, anzi, si può affermare con relativa certezza che continui ad interessare un numero elevato di giuristi nutrendone gli immancabili scontri dialettici. Riassumendo celermente quanto esposto nel capitolo I, l'orientamento tedesco si asteneva dal giustificare il sempre più crescente riconoscimento dell'irresponsabilità civile del giudice con l'allegazione di una mera esigenza di tutela dello stesso derivante dalla particolare natura della funzione affidatagli; al contrario, precisava che la causa di ciò fosse da rinvenire nel principio del giudicato e della certezza del diritto: la sentenza, si ribadisce, è considerata come una dichiarazione del diritto e la cristallizzazione degli effetti da essa

prodotti come sintomo di una corretta adesione al principio di certezza del diritto; se ciò è vero, si aggiunge in seguito, impensabile dovrebbe ritenersi la sindacabilità del provvedimento della cui giustizia non si può più discutere in quanto non più impugnabile. Un'opinione differente porterebbe ad una situazione paradossale in cui, esercitando l'azione civile nei confronti del giudice responsabile dell'emanazione del provvedimento passato in giudicato e pregiudizievole per una delle parti in causa o per i terzi, si potrebbe giungere ad una risoluzione giudiziale dalla quale potrebbe emergere l'ingiustizia di una sentenza della cui giustizia non può più discutersi. Si subordinava, alla stregua di quanto dispone ora l'art. 4, comma 2, l. 117/1988, nonché di quanto dichiarato da Chiovenda seppur in misura meno estrema²⁴⁴, l'esercizio dell'azione civile all'esaurimento dei mezzi di impugnazione, o degli altri strumenti idonei al sindacato, di cui le parti o i terzi possono disporre per contestare la legittimità del provvedimento.

Non è raro dunque, alla luce di quanto detto, confrontarsi con individui che, aderendo a suddetta teoria, neghino la legittimità della normativa attualmente vigente, vedasi ad esempio le parole spese da Carnelutti in tempi non sospetti, quando ancora la responsabilità civile del giudice per colpa era rilegata su un piano prettamente teorico e fortemente criticata in dottrina. Quest'ultimo, infatti, si pronunciò contro la previsione di un istituto caratterizzato da un elemento soggettivo che prestava il fianco al verificarsi di una moltitudine di occasioni che,

²⁴⁴ Chiovenda sosteneva che per agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivato dal fatto illecito compiuto dal giudice bisognasse prima di tutto far venir meno la sentenza o comunque il provvedimento causativo del danno. Da ciò consegue che non sia sufficiente la mera proposizione dell'impugnazione, ma è necessario che essa abbia condotto ad un esito favorevole al ricorrente grazie al quale il provvedimento impugnato viene annullato o riformato (Così CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 2015, p. 482). Allo stesso tempo si rinvia a ROCCO A., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1902, p. 255, dove si ribadisce che essendo la sentenza espressione di un potere sovrano non può dar luogo a responsabilità civile, parallelamente, poi, sempre in relazione alla sentenza considerata come atto dichiarante il diritto, si afferma che essa “non può mai violare il diritto altrui”.

se colte, avrebbero potuto portare non solo all'esercizio di un'indebita pressione sulla persona del giudice, bensì anche al pregiudizio della certezza del diritto; argomenta, allora, affermando che la responsabilità civile del magistrato "deve essere ristretta al dolo, che altrimenti ne rimarrebbe scossa la cosa giudicata: anzi, perfino quando vi sia dolo si può dubitare della sua convenienza perché, se la decisione può essere impugnata, è questa la via per eliminare il danno subito dalla parte, e se non può e perciò *pro veritate habetur*, mal si concilia con ciò la ipotesi di una *iniuria* commessa dal giudice"²⁴⁵.

A posizioni di questo tipo, tuttavia, c'è stato chi ha contrapposto delle contestazioni capaci di far maturare il dibattito portandolo ad un livello successivo. Infatti, Giuliani e Picardi obiettano, in primo luogo, la portata d'efficacia del giudicato, la quale non dovrebbe lasciar dubbi in merito all'inconsistenza dei timori relativi alla lesione del principio in questione: la sentenza non più soggetta ad impugnazione fa stato unicamente fra le parti; per tale ragione è da escludersi che questa condizione di cui beneficia il provvedimento possa incidere in qualche maniera sul giudizio portato avanti nei confronti dello Stato o in quello di rivalsa²⁴⁶. Il giudicato, invero, si caratterizza per la capacità di far acquisire ad un dato provvedimento una stabilità tale da renderlo praticamente intoccabile, salvo casi specificamente previsti dal legislatore quali possono essere il ricorso straordinario in Cassazione o la revocazione straordinaria, sia sul piano formale che su quello sostanziale. Sul piano formale si rileva che la proposizione dell'azione civile avverso il magistrato che ha emanato il provvedimento lesivo non intacca in alcun modo la stabilità del giudicato: l'accertamento della responsabilità civile del funzionario giudiziario non si traduce in un giudizio di impugnazione della sentenza,

²⁴⁵ Così CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, n. 278, pp. 671-672.

²⁴⁶ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., p. 232.

pertanto il giudicato formale ne rimane illeso. Sul versante sostanziale, pur essendo vero che il provvedimento passato in giudicato conserva perennemente i suoi effetti nei confronti delle parti, degli eredi e degli aventi causa, si può effettuare lo stesso discorso: con la proposizione dell'istanza risarcitoria non si pretende la cancellazione degli effetti prodotti dal provvedimento lesivo, ma semplicemente il riconoscimento del danno ingiusto derivato dall'esecuzione della sentenza o di qualsivoglia altro atto posto in essere dal giudice. Si deve distinguere, per completezza di esposizione, tra sentenze processuali e sentenze di merito. Nel primo caso, il provvedimento ha ad oggetto la valutazione di sussistenza dei c.d. presupposti processuali, la quale è essenziale per l'ammissibilità e procedibilità della domanda; nel secondo, l'atto scende in profondità andando ad immergersi nel fatto, trovandone, in questo modo, l'elemento fisiologico o patologico richiesto cosicché il giudice possa, infine, pronunciarsi positivamente o negativamente sulla domanda civile piuttosto che sull'azione penale dichiarando la norma giuridica di riferimento. In entrambi i casi non si vede in che modo l'istituto della responsabilità civile del magistrato potrebbe mai incidere sul passaggio in giudicato di questi atti: l'azione civile in caso di successo non travolgerà il provvedimento divenuto stabile, sia esso di rito o di merito; ciò si può dire con certezza poiché oggetto del giudizio risarcitorio in questione non è il dispositivo dell'atto, il quale riveste un ruolo marginale, bensì l'effetto da esso derivante. Riassumendo celermente il discorso, si deve ritenere che l'atto giurisdizionale non rileva poiché decisivo per la risoluzione di questioni di rito o di merito, bensì acquista importanza per la sola circostanza di essere il prodotto dell'attività giudiziaria da cui è scaturito il danno e, quindi, sarà tale atto a costituire il punto di riferimento per coloro che vorranno far valere la pretesa risarcitoria

nei confronti del giudice²⁴⁷.

Sul tema, tra l'altro, la sentenza *Köbler* approfondisce statuendo che “l'insindacabilità del provvedimento del giudice non ha nulla di necessario e di consequenziale rispetto ai principi. È, pertanto, un mero problema di politica legislativa quello di stabilire se, e in quali limiti, vada circoscritta la sindacabilità del provvedimento”²⁴⁸. In secondo luogo, ancora, contro il principio secondo cui l'errore del giudice sia da ritenersi assorbito dal giudicato²⁴⁹, si obietta la previsione del mezzo di impugnazione straordinario consistente nella revocazione: dalla disposizione di cui all'art. 395 c.p.c., per l'appunto, si deduce limpidamente l'infondatezza della tesi dell'assorbimento ad opera del giudicato poiché se così fosse lo stesso ragionamento dovrebbe farsi anche con riguardo all'istituto in questione. Si aggiunge, inoltre, che il giudizio nei confronti del magistrato e l'eventuale impugnazione assurgono a due scopi differenti poiché mentre nel primo caso si tende al risarcimento del danno, nel secondo si vuole ottenere la riparazione della sentenza. I due termini, per quanto generalmente confusi, sono differenti l'uno dall'altro e come tali devono essere considerati.

Sulla base di queste osservazioni vengono messe in crisi le posizioni sostenute da Chiovenda e consistenti nell'affermazione per cui “la cosa giudicata in sé non può considerarsi un fatto dannoso ingiusto” e non “si può provare che il giudice, se non fosse stato in colpa o in dolo, avrebbe giudicato diversamente” poiché “non solo ciò sarebbe quasi impossibile a provare, ma a quella prova osta la cosa giudicata stessa”²⁵⁰. Oltre che dalla dottrina, queste tesi pur

²⁴⁷ È sul provvedimento giurisdizionale che la parte lesa fonderà la propria strategia processuale ed è da quest'ultimo che tenterà di trarre la prova dell'erroneo esercizio dell'attività giudiziaria da parte del giudice.

²⁴⁸ Così GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., p. 233.

²⁴⁹ Cfr. SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 212.

²⁵⁰ Così CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 482

trovando grande seguito risultano completamente bocciate dalla giurisprudenza europea che, nella famosa sentenza sopra individuata, disconosce il giudicato come atto di sovranità statale e lo pone sullo stesso livello valutativo di “qualsiasi fatto causativo di danno, così che il sindacato della Corte di giustizia dell’Unione europea non lo intacca, ma interviene per neutralizzarne gli effetti nocivi”²⁵¹. Attraverso la pronuncia appena rammentata si smonta del tutto la teoria della necessaria irresponsabilità civile del giudice per l’emanazione di una sentenza pregiudizievole dei diritti delle parti o dei terzi, in quanto quest’ipotesi deriva integralmente dalla correlazione del provvedimento risolutivo e la natura statale dello stesso, equazione, quest’ultima, che, laddove fosse data per corretta, comunque non potrebbe condurre automaticamente ad un risultato come quello preventivato, essendo venuto meno, ormai da tempo, il principio sostanziatesi nello slogan “*The King can do no wrong*”²⁵².

La posizione adottata dal legislatore si pone a metà strada: da un lato si vuole accontentare i sostenitori dell’orientamento tedesco attraverso la previsione, all’interno dell’art. 4, comma 2, l. 117/1988, del preventivo esaurimento di ogni mezzo di impugnazione o altro strumento di contestazione di cui può disporre il danneggiato affinché quest’ultimo possa legittimamente esercitare l’azione civile nei confronti dello Stato; dall’altro, però, non si vuole concedere troppo e quindi si nega la sussistenza del c.d. *Richterprivileg* fondato sull’ossequio del giudicato.

2. I problemi che sorgono dalla consacrazione dall’esonero sostanziale del giudice da ogni

²⁵¹ Così VERDE G., *La legge n. 18 del 2015: una tappa di un tortuoso e impervio cammino*, in FERRI G., TEDOLDI A. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., pp. 121 ss., 124.

²⁵² Cfr. Cap. I, p. 26; Cap. III, p. 135.

responsabilità civile.

La riformata legge Vassalli, che trova il proprio scopo nella regolamentazione di una responsabilità civile venuta alla luce grazie principalmente ad uno sforzo della giurisprudenza comunitaria teso ad un'intensa tutela dei singoli individui, nonostante venga contestata dalla dottrina favorevole ad una visione della magistratura sciolta da ogni tipo di vincolo, influenza o condizionamento, sembra essere una tappa importante per l'ordinamento giuridico italiano, riuscendo a mitigare l'efficacia ampiamente nullificante della clausola di salvaguardia rispetto al testo legislativo in questione. Infatti, prevedendo l'art. 2, comma 2, dell'originaria legge dell'88, l'irrelevanza ai fini risarcitori di ogni attività giudiziaria sostanziatesi in attività di interpretazione o valutazione di fatti, prove o norme, la vecchia normativa finiva con il restringere di gran lunga la propria utilità, al punto che, di fatto, essa non trovò mai reale applicazione date le condizioni poste dal legislatore per l'esercizio dell'azione civile nei confronti del giudice: queste ultime vengono in rilievo non solo per la difficoltà esorbitante della prova richiesta all'eventuale attore nel giudizio contro lo Stato²⁵³, bensì anche, e soprattutto, per la circostanza secondo la quale si sarebbero dovute escludere dall'alveo di riferimento tutte quelle condotte, pur suscettibili di pregiudicare il privato, compiute nell'esercizio della funzione giudiziaria, ma diverse da quelle individuate

²⁵³ Si richiedeva, invero, di provare il dolo del giudice inteso come l'intenzione specifica di quest'ultimo di nuocere, mediante il compimento di un determinato atto, ad una delle parti o a terzi. Ancora, laddove non fosse stato ritenuto sussistente il dolo, si prevedeva si potesse agire in giudizio nei confronti dello Stato, al fine dell'ottenimento del risarcimento del danno provocato dal fatto illecito posto in essere dal magistrato nello svolgimento di attività interpretativa di norme di diritto o della valutazione di fatti o prove, qualora si dimostrasse la colpa grave del funzionario giudiziario. Ma questa, a ben vedere, è una prova "diabolica" in quanto si imporrebbe alla parte l'onere di allegare fatti dai quali emerga non la mera negligenza del magistrato, bensì la negligenza "inescusabile" dello stesso.

esplicitamente dall'art. 2, comma 3, l. 117/1988, come fattispecie di colpa grave²⁵⁴.

Con la legge 18/2015 si limita l'efficacia del divieto, stabilendo che ad esso dovrà derogarsi qualora ricorrano specifiche ipotesi caratterizzate dalla colpa grave del magistrato, la quale, è questa una delle peculiarità della riforma, non viene più identificata mediante la sussistenza o meno di una negligenza "inescusabile", rimuovendo così uno dei più grandi ostacoli per la proposizione dell'istanza risarcitoria²⁵⁵.

Sebbene vi sia stato indubbiamente un miglioramento di condizioni per il soggetto eventualmente ed ingiustamente pregiudicato dal compimento di attività giudiziarie, permangono dei problemi di non facile soluzione di cui si dirà meglio nell'ultimo capitolo; qui, invece, interessa mettere in luce quelle patologie conseguenti dalla negazione della responsabilità civile del giudice, le quali non devono essere considerate avendo riguardo unicamente delle parti, ma anche dei risvolti giuridici che l'irresponsabilità civile del giudice,

²⁵⁴ Si pensi all'art. 1176, comma 2, c.c., il quale prevede che la diligenza richiesta all'esercente un'attività professionale dovrà essere valutata tenendo conto della natura dell'attività esercitata. Analizzando questa disposizione e combinandola con quanto stabilito nell'art. 2, comma 3, l. 117/1988, dove si affianca alla negligenza l'aggettivo "inescusabile", si ottiene un risultato che non potrebbe trovare una giustificazione abbastanza solida da evitare che si dubiti della sua logicità; invero, attraverso questa combinazione, è possibile rinvenire all'implicita affermazione secondo la quale la diligenza richiesta al magistrato nell'esercizio delle proprie funzioni è più bassa rispetto a quella richiesta a qualunque altro individuo generalmente considerato. Questa osservazione, però, si pone in contrasto con la natura della professione giudiziaria che in realtà si caratterizza proprio per il fatto che i "giudici sono incaricati della decisione finale sulla vita, le libertà, i diritti, i doveri e le proprietà dei cittadini" (CCJE, Parere n. 1 del 2001).

²⁵⁵ Questa soluzione, a ben vedere, non è dirimente della problematica che fin dalla prima stesura della legge Vassalli ha interessato proprio il concetto di "negligenza inescusabile"; infatti, guardando all'art. 4 della riforma, il quale si occupa della riformulazione dell'art. 7 della normativa precedente, ricompare improvvisamente questa particolare forma di negligenza: essa, pur non essendo citata minimamente nel nuovo art. 2 l. 117/1988, viene rivestita qui di nuova forza considerando che la dimostrazione di questa situazione è necessaria affinché possa sorgere, in capo allo Stato e, quindi, al Presidente del Consiglio dei Ministri, l'obbligo della rivalsa. La previsione in questione, comunque, oltre a presentare i medesimi profili critici in ambito probatorio, è affetta da un ulteriore vizio. Mentre per il dolo non si pongono particolari problemi anche e soprattutto per il fatto questo elemento psicologico potrebbe essere venuto in rilievo nel corso del giudizio contro lo Stato instaurato su istanza del danneggiato, per la negligenza inescusabile non è chiaro in quale momento essa possa essere efficacemente provata dato che il danneggiato è esonerato dalla dimostrazione della stessa qualora il danno gli sia pervenuto da un comportamento caratterizzato da colpa grave.

esplicita o implicita che sia, potrebbe avere sull'intera comunità nazionale globalmente intesa, compresi, quindi, gli organi di governo e parlamentari, interessando la questione anche tutti coloro che vogliono assicurare all'interno degli Stati membri dell'UE un diritto statale conforme ai principi espressi dal Trattato sull'Unione europea. Alcune di queste problematiche, alla stregua di quanto è stato preannunciato trattando delle giustificazioni adottate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per legittimare l'irresponsabilità civile del giudice, sono state già evidenziate in altre sedi²⁵⁶; altre, invece, costituiscono nient'altro che il frutto di un ragionamento logico originante dalle osservazioni svolte finora. Si tenterà, allora, di approfondire nelle pagine seguenti l'unica criticità delle posizioni contrarie alla vigenza nell'ordinamento italiano della responsabilità civile del magistrato che, oltre ad essere rilevante in quanto una sua ignoranza potrebbe essere di intralcio ad una corretta esplicazione dei diritti fondamentali, non ha ancora trovato un adeguato spazio di trattazione in questa sede: il rapporto primordiale responsabilità-potere e le conseguenti ricadute sul piano dell'efficienza nell'esercizio di quest'ultimo termine del binomio.

2.1. Efficienza vs. Irresponsabilità: i problemi di armonizzazione dell'esclusione dell'imputabilità di una responsabilità civile sul giudice con il giusto processo previsto dalla legge.

Nel terzo capitolo si è avuta la premura di concentrarsi, con dovizia di particolari, sui vari aspetti del potere giudiziario, indagando sulla sua portata in termini di effetti nonché sulla progressiva liberazione dello stesso da ogni tipo di catena che lo potrebbe in qualche modo

²⁵⁶ Cfr. Cap. III, p. 116, nota 120, nella parte in cui si fa riferimento al quesito latino "*quis custodiet ipsos custodes?*".

frenare dal perseguimento dell'obiettivo a cui tende. Si è rilevato, a seguito di un percorso segnato dagli avvenimenti che hanno condotto all'aumento delle facoltà del giudice e, conseguentemente, ad un sensibile incremento del potere da esso esercitato, il mutamento di suddetto scopo che, dall'avere una natura meramente applicativa della legge²⁵⁷, è venuto ad identificarsi con la necessità di dare sostanza al prodotto dell'attività legislativa che, altrimenti, rimarrebbe fine a sé stesso, stipato entro i limiti letterali della norma e fondamentalmente vuoto di significato esplicito o implicito che sia. Proprio per adempiere a questa finalità, il ruolo del giudice all'interno dell'ordinamento giuridico italiano ha continuato ad accrescersi anche oltre quanto non si ritenesse possibile. Arriva, quasi come avviene nelle *Metamorfosi* di Ovidio, nel momento in cui il poeta diviene esso stesso parte della propria opera fondendosi con questa ed elevandosi allo stato più puro della poesia²⁵⁸,

²⁵⁷ Cfr. Cap. III, pp. 113-118.

²⁵⁸ Traducendo dal latino all'italiano i versi contenuti all'interno dell'opera, invero, si ricava questo:

«Ormai ho compiuto un'opera che né l'ira
di Giove né il fuoco
potranno distruggere, né il ferro o il
vorace passare del tempo.
Quando vorrà, ponga fine al corso
incerto della mia vita
quel giorno che solo sul mio corpo ha
dei diritti:
ma con la parte migliore di me stesso
per sempre volerà
oltre le stelle e il nostro nome resterà
immortale;
e fin dove si estende, sulle terre
conquistate, la potenza di Roma,
il popolo mi leggerà e per tutti i secoli,
se ha qualche verità il presagio dei poeti,
vivrò, per la mia fama.» (Ovidio, *Metamorfosi*, XV.871-9)

Ovidio si riferisce qui all'immortalità acquisita grazie alla propria opera e, in particolar modo, afferma implicitamente una sua fusione simbiotica alla stessa poiché la sorte che lo attende è strettamente correlata a quella del frutto del proprio intelletto. Alla stregua di quanto accade qui, seppur in un ambito del tutto differente, si verifica a partire dagli anni '60, un fenomeno di egual natura che porta all'apoteosi della qualità di giudice: quest'ultimo non è più "bocca della legge", non rimane più in disparte nella formazione del diritto, bensì vi

ad essere egli stesso diritto vivente. Un'aggettivazione così netta, si rammenta, è dovuta principalmente alla duttilità del potere giudiziario nel senso di plurime applicazioni²⁵⁹ per le quali risulta idoneo e, anzi, può rivelarsi di estrema importanza, riuscendo a non isolarsi all'interno di una dimensione astratta, avvenimento che certamente è probabile avvenga all'interno delle Camere parlamentari data la necessità di una normativa che raccolga in sé l'idoneità alla regolamentazione del maggior numero di situazioni possibile e, pertanto, si ricercano caratteristiche quali "generalità" e "astrattezza", quanto più ad entrare nel vivo delle questioni, osservando da vicino le problematiche sociali ed analizzandole grazie all'aiuto di giuristi esperti che pongono all'attenzione del giudice tutti i crismi del caso concreto. Seguendo questo ragionamento risalta immediatamente l'incredibile intensità dello strumento che l'organo giurisdizionale ha tra le mani, soprattutto se a tutto ciò si aggiunge la constatazione, già effettuata, secondo la quale la giurisprudenza medesima ha assunto ormai una dimensione non più relegata alle vecchie concezioni considerate ormai anacronistiche; viene condotto su tutto un altro livello il concetto della stessa come potere che deve fungere da perno della bilancia fra l'esecutivo ed il legislativo, avendo acquisito, infatti, talune delle facoltà tipiche dei due termini del cui equilibrio dovrebbe essere la custode²⁶⁰. Un corretto esercizio del potere giudiziario garantisce la realizzazione del diritto, contrariamente una superficialità nell'adempimento delle funzioni attribuite al magistrato comporta delle ripercussioni che non possono essere ignorate: il processo è il luogo dove si decide il destino di due o più individui; in gioco non vi è solo l'accoglimento o il rifiuto di una pretesa avanzata

contribuisce attivamente; il suo contributo è talmente importante che, rinviando a quanto detto nell'*incipit* del terzo capitolo, Carnelutti lo identifica completamente nel diritto stesso.

²⁵⁹ Applicazioni del potere giudiziario in chiave legislativa o esecutiva, per esempio.

²⁶⁰ Vedi *retro* Cap. III, pp. 119 ss.

dall'una o dall'altra parte, bensì la vita di quest'ultime, che, in un attimo, con un semplice provvedimento che accerta la sussistenza di obblighi in capo ad una di esse in ragione di un diritto facente capo all'altra, piuttosto che con una sentenza attraverso cui si decide di condannare penalmente un determinato individuo per il compimento di un fatto configurabile come reato, o, ancora, con atti non necessariamente risolutivi quali possono essere quelli cautelari, possono essere indirizzate verso un binario del tutto diverso da quello inizialmente imboccato dai privati.

Le situazioni sopra elencate non costituiscono un *numerus clausus*, anzi, molti altri possono essere i prodotti giurisprudenziali che hanno l'incredibile facoltà di incidere in maniera significativa sul futuro dei singoli, si pensi ad esempio a quell'ordinanza anticipatoria di condanna suscettibile di essere pronunciata ai sensi degli artt. 186-*bis*, 186-*ter* e 186-*quater* del codice di procedura civile.

Ebbene, a fronte di un potere così grande, quale è quello della decisione sulle sorti di una controversia, è necessario che si preveda un limite non superabile dallo stesso, ché altrimenti lo Stato di diritto fondato sul governo popolare finirebbe per regredire a niente più che un'oligarchia dei magistrati. Il legislatore, quindi, subito si occupa di individuare quelli che sono i principi che dovranno essere presi in considerazione e successivamente attuati per garantire la maggiore efficienza possibile del potere giudiziario: l'art. 111 Cost., invero, chiarisce che la giurisdizione dovrà esplicarsi mediante il "giusto processo regolato dalla legge"; la locuzione in questione viene riempita di significato nei commi seguenti dove, nella maniera più trasparente possibile, si sanciscono i doveri di terzietà ed imparzialità del magistrato, il diritto delle parti all'instaurazione del contraddittorio ed alla ragionevole durata del processo; ancora, si precisa che un processo per dirsi giusto deve acconsentire a ché

l'imputato possa disporre di tutto il tempo necessario per approntare una strategia difensiva volta alla constatazione della propria innocenza alla stregua del pubblico ministero o della parte civile che, pur tendendo alla dimostrazione contraria, dovranno vedersi riconosciuti pari poteri istruttori; bisogna, inoltre, che a quest'ultimo venga garantita la riservatezza del procedimento²⁶¹; infine, si individuano nell'obbligo di motivazione della sentenza e nel diritto al doppio grado di giudizio le garanzie ultime per un corretto esercizio della funzione giudiziaria.

Oltre la previsione dell'art. 111 Cost., ovviamente, si richiama la garanzia d'indipendenza ed autonomia dell'ordine giudiziario essendo anch'essa una precauzione che il costituente ha voluto introdurre per evitare condizionamenti esterni ad opera dell'esecutivo sul giudiziario e, al contempo, per assicurare un maggior rispetto del principio di imparzialità e terzietà del magistrato. La concezione di indipendenza dell'organo giudicante, tuttavia, si è liberata dall'originaria esigenza di voler evitare indebite ingerenze provenienti principalmente dal governo nel momento stesso in cui ha incontrato il concetto di "professionalità". Si è ipotizzato, infatti, che "la garanzia di una piena autonomia ed indipendenza del magistrato, non solo nei rapporti con gli altri poteri ma anche all'interno del suo status, richieda una professionalità forte"²⁶². Questa tipologia di professionalità viene intesa come "autonomia di giudizio, fondato su regole e tecniche che costituiscono un patrimonio comune degli operatori giudiziari e, quindi, sono controllabili da parte di altri soggetti"²⁶³. In breve, si estende il

²⁶¹ Questa previsione costituisce un corollario della disposizione secondo cui "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva" (art. 27, comma 2, Cost.).

²⁶² Cfr. *Relazione di base* predisposta per la conferenza nazionale della giustizia, Bologna, novembre 1986, in «Quad. Giustizia», 1986, n. 63, p. 11.

²⁶³ Cfr. GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., p. 200; *Relazione di base*, cit., p. 11.

divieto di ingerenza negli affari giudiziari anche verso i privati che, dunque, dovranno astenersi in ogni modo dall'esercitare indebite pressioni sul giudice²⁶⁴.

Chiarito ciò, non è da criticare il tentativo di preservazione dell'indipendenza ed autonomia dei magistrati effettuato da parte della dottrina piuttosto che dalla giurisprudenza stessa, anzi, encomiabile è la volontà di questi ultimi e del legislatore di creare un ambiente di lavoro che agevoli lo svolgimento della funzione giudiziaria; ciononostante, però, non si può far dipendere tutto dall'ossequio di questo principio, evitando in questo modo al giudice l'obbligo gravante su di esso di mantenere un elevato grado di diligenza nel momento in cui si trova a svolgere le proprie funzioni. Il concetto che si tenta di esprimere attraverso quest'affermazione è il seguente: non si può esonerare il giudice da qualsivoglia responsabilità in ragione dell'assicurazione della serenità del giudizio così ponendo sulle spalle del singolo individuo tutto il peso di una pronuncia giurisprudenziale errata; oltre a non essere giusto moralmente, infatti, è anche pregiudizievole della stessa immagine della magistratura che lo Stato vuole mantenere illibata²⁶⁵. Si rammenta, comunque, che “se il giudice si comporta da giudice, non ha nulla da temere”; questo è il principio che dovrebbe essere assimilato, prescindendo dalla pressione eventualmente esperita da una delle parti sull'organo giudicante²⁶⁶.

²⁶⁴ Da notare, comunque, che l'affermazione della c.d. “professionalità forte” del magistrato viene opposta solo ed unicamente alla responsabilità civile del giudice; ciò, però, contrasta con il controllo esterno suscettibile di essere operato dalle parti sulla sentenza e che viene consacrato dal legislatore nell'art. 111, comma 6, Cost.

²⁶⁵ Chi mai, invero, affiderebbe una decisione che potrebbe cambiare radicalmente la propria vita nelle mani di un individuo che non è spinto in alcun modo ad agire con la diligenza che un incarico come quello giurisdizionale richiede? Quale tipo di rispetto nei confronti della magistratura può mai sbocciare negli animi dei privati dalla consapevolezza che qualora insorgesse una controversia che li coinvolga a risolverla sarebbe un giudice che rifugge dalla responsabilità che a loro più interessa in quanto l'unica a garantire loro tutela effettiva?

²⁶⁶ Cfr. MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*, cit., p. 167; il pericolo di un abuso dell'azione civile è sicuramente da condannarsi, ma non si ritiene che possa essere

La responsabilità civile del giudice, parimenti alle altre disposizioni finora enunciate, nonché ai diritti contenuti all'interno degli artt. 24, 25 e 27 Cost., funge da corollario indispensabile per assicurare l'efficienza del processo. La negazione del diritto risarcitorio del danneggiato implicherebbe un grave danno per il giusto processo di cui all'art. 111 Cost., in quanto a nulla varrebbe il doppio grado di giudizio garantito al comma 7, così come annullato sarebbe il valore della motivazione delle sentenze ritenuta obbligatoria dal comma 6: le due disposizioni sono indissolubilmente collegate dallo scopo di voler affidare ai soggetti estranei alle file magistratuali un potere di controllo sull'operato giurisdizionale cosicché possa essere reso molto più concreto l'istituto della riparazione degli errori giudiziari disciplinato certamente all'interno del codice di procedura penale, ma il cui diritto viene sancito nell'art. 24, comma 3, della Costituzione; ma come si potrebbe mai giustificare sul piano logico l'assenza di un diritto risarcitorio del danneggiato nei confronti del giudice, quando negli articoli appena menzionati si ammette la previsione di strumenti idonei alla riparazione dell'errore giudiziario? Il controllo esterno a cui tende l'obbligo della motivazione verrebbe inevitabilmente compromesso attraverso l'incomprensibile limitazione dello stesso ad un solo possibile sbocco, e cioè alla mera proposizione di un'istanza volta all'annullamento del provvedimento illecito il cui accoglimento comporterà solo l'annullamento formale di quest'ultimo o una sua riforma, mentre gli effetti pregiudizievoli fino a quel momento prodotti, ravvisabili non solo nella causazione di un danno di natura patrimoniale, bensì anche

sufficiente, data la sua aura meramente potenziale ed il fatto che non possa verificarsi generalmente in corso di causa (vedi *retro*, Cap. III, pp. 176-177), per giustificare un'irresponsabilità del giudice; un'opinione contraria equivarrebbe a negare il dovere del giudice di agire con scienza e coscienza.

morale²⁶⁷, non verranno in alcun modo toccati dalla pronuncia di secondo grado.

All'osservazione ora effettuata si è obiettato più volte allegando la sempiterna garanzia di indipendenza ed autonomia del magistrato, la quale si vedrebbe violata qualora si permettesse alle parti di abusare dell'azione civile messa a loro disposizione spingendo l'organo giudicante ad una "giurisprudenza difensiva", che, tuttavia, in questo caso non può in alcun modo giustificare una così palese contraddizione normativa. È semplicemente paradossale pensare ad un detentore di un potere così incisivo come privo di responsabilità²⁶⁸. Se quest'ultima osservazione non convincesse così come non persuadesse l'impossibilità di proposizione, salvo che in casi eccezionali, dell'azione civile nel corso del giudizio, si potrebbe aggiungere un ulteriore punto all'argomentazione. La parte, di regola, non sta in giudizio personalmente, bensì si serve di un rappresentante tecnico, e cioè un avvocato, per riuscire a difendersi al meglio. All'avvocato, invero, è attribuito l'arduo compito di vigilare sul corretto andamento del processo in luogo della parte che, poiché sfornita delle specifiche conoscenze processuali e sostanziali, non può esperire le azioni di cui dispone in maniera efficiente. È lui, come chiarito dalla dottrina, "la sentinella dei diritti, [...] colui che garantisce con la sua presenza che il processo si svolga secondo le regole, affinché il giudice addivenga ad una decisione che sia giusta ed aderente alle risultanze processuali. A lui è demandato il compito di "controllare che le prove siano assunte secondo le regole processuali e che la decisione trovi il suo fondamento nella prova, formatasi nel contraddittorio tra le parti"²⁶⁹.

²⁶⁷ È questa una delle ipotesi in cui più spesso il danno cagionato ad una delle parti in causa risulta essere irreversibile e, quindi, è necessaria senza ombra di dubbio la previsione di una tutela risarcitoria di cui può godere il danneggiato così da compensare, per quanto possibile, la perdita subita.

²⁶⁸ Vedi nota 262.

²⁶⁹ D'ERRICO E., *Funzione e responsabilità sociale dell'avvocato penalista*, in *BolognaForense*, 2019.

Con riguardo al ruolo del difensore, inoltre, si dichiara che sia lui a farsi carico delle “ansie e delle preoccupazioni del suo assistito, dei suoi familiari, [...] che proprio in ragione dei principi di autonomia ed indipendenza, che devono orientare il suo operato, deve essere libero, non solo rispetto ai poteri forti ma anche rispetto all’assistito ed in tale modo deve essere percepito dalla collettività”²⁷⁰.

Ebbene, anche nei suoi confronti viene prevista una garanzia di indipendenza ed autonomia dall’art. 2 della “Nuova disciplina dell’ordinamento della professione forense”²⁷¹, ciononostante non viene in alcun modo impedita la sussistenza su quest’ultimo di una responsabilità civile, anzi, la stessa risulta di certo molto più incisiva sulla persona del difensore rispetto a quella del magistrato. Si rammenta, infatti, che l’avvocato potrà essere chiamato a rispondere del danno eventualmente causato al cliente derivante dalla semplice negligenza professionale. Proprio in ragione di un margine di errore così stretto il difensore è spinto a valutare con scrupolosità ogni azione esercitata, ogni eccezione proposta, ogni indagine effettuata.

Mettere in dubbio la legittimità dell’introduzione nella regolamentazione attinente la responsabilità extracontrattuale del giudice sulla base di un possibile abuso dell’azione civile ad opera delle parti, dunque, non solo è sintomo di aver ignorato completamente quello che è il ruolo dell’avvocato nel processo, bensì anche di assoluta sfiducia nello stesso. Si parte dal presupposto errato secondo il quale difensore e cliente siano la stessa persona e, pertanto, il primo sarà spinto, pur di vincere la causa, ad assecondare le proposte del secondo

²⁷⁰ Vedi nota 265.

²⁷¹ Legge n. 247 del 31 dicembre 2012.

qualunque esse siano²⁷²; il *punctum dolens* della premessa appena citata, però, è che le cose non stanno in questo modo: il difensore persegue la tutela dei diritti dei singoli che compongono la collettività e la realizzazione del giusto processo; il suo obiettivo ultimo non è necessariamente la pronuncia favorevole del giudice alla domanda avanzata, quanto più il corretto svolgimento del procedimento che ha condotto ad una determinata decisione. A ciò, infatti, tende il principio secondo il quale ogni parte può utilizzare, anche se provenienti dall'avversario, fatti già allegati e provati in giudizio per sostenere la giustizia delle proprie pretese. Come afferma Paolo Borgna, sostituto procuratore alla Procura della Repubblica di Torino, "l'avvocato conosce, più di chiunque altro, il piccolo mondo che sta dietro ad ogni fascicolo e che noi spesso non riusciamo ad intravedere. [...] Ebbene, io penso che la frequentazione degli avvocati sia, per il magistrato, uno degli strumenti più utili - non certo il solo - di collegamento con la realtà sociale; l'antidoto più immediato per contrastare il rischio di leggere ogni fatto sottoposto al nostro giudizio con la lente, a lungo andare deformante, delle norme giuridiche e del linguaggio processuale"²⁷³.

Insomma, tornando al fulcro del discorso, molto ristretto è il pericolo di un abuso dello strumento risarcitorio nei confronti del giudice dato che il verificarsi dello stesso è subordinato allo svolgimento di un'attività negligente dell'avvocato da cui quest'ultimo si

²⁷² Cfr. D'ERRICO E., *Funzione e responsabilità sociale dell'avvocato penalista, cit.*, dove si afferma che "Troppo spesso assistiamo ad una errata ed inaccettabile identificazione dell'avvocato con l'assistito, che rende una immagine buia e torbida della sua attività professionale e finisce per dipingere l'avvocato come complice dell'assistito. Questa rappresentazione, che purtroppo è causata anche da una informazione che troppo spesso è finalizzata più a perseguire esigenze di mercato che ad informare, nonché da un linguaggio quantomeno inadeguato proveniente anche dalle istituzioni, alimenta le pulsioni più becere dell'essere umano, scatena odio e produce insulti, a volte anche minacce nei confronti del difensore di soggetti imputati di gravi fatti. Credo che su questo punto la società civile dovrebbe prendere posizione, in quanto l'avvocato difendendo un qualsiasi imputato difende i diritti di tutti noi".

²⁷³ Così, BORGNA P., *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Edizioni Laterza, Roma, 2008, pp. 116 ss.

guarderebbe bene dal porre in essere date le ripercussioni che potrebbero esserci nei suoi confronti.

La previsione di fattispecie, anche ampie, suscettibili di dar vita ad un diritto risarcitorio azionabile nei confronti del magistrato, alla luce di quanto espresso, non può essere negata poiché, similmente a quanto accade per il difensore, è essa che ne garantisce la responsabilizzazione e, pertanto, una maggiore efficienza nell'attività giudiziaria²⁷⁴.

Riassumendo, allora, un'assenza di responsabilità civile del giudice, come più volte rilevato, sarebbe altamente lesiva dei diritti delle parti, nonché controproducente per quanto attiene il mantenimento di un'immagine della magistratura “autorevole, ma non autoritaria”²⁷⁵.

²⁷⁴ Vedi *retro*, Cap. I, p. 58.

²⁷⁵ Vedi nota 158.

CAPITOLO V
PROSPETTIVE FUTURE
DELLA DISCIPLINA INERENTE ALLA RESPONSABILITÀ
CIVILE DEL GIUDICE

Sommario: 1. Speculazioni sul tema in esame. — 2. Possibile regressione alla regolamentazione precedente? — 3. Uno stagnamento nella disciplina attuale... — 4. ...o una progressione dell'istituto della responsabilità civile del giudice alla luce della riforma degli ultimi anni in materia?

1. Speculazioni sul tema in esame.

Dopo aver analizzato il passato della disciplina risarcitoria vigente nei confronti del giudice, segnata da tutta una serie di importanti avvenimenti che hanno portato dall'originaria separazione della magistratura dall'organo di governo²⁷⁶ ad una sua completa identificazione nello stesso²⁷⁷ e, solo in ultima analisi, ad un'affermazione nell'ordinamento italiano di essa come elemento ibrido²⁷⁸, ed il suo presente, caratterizzato fortemente dalla nuova legge di

²⁷⁶ Cfr. Cap. I, §1, lett. *a*), dove si prende in considerazione la natura contrattuale della funzione giudiziaria in epoca comunale e la totale estraneazione del soggetto al quale era affidato un tale compito dalle fila politiche; non vi era neanche bisogno di una previsione espressa di indipendenza dell'attività giudiziaria dato che non risultava in alcun modo collegata al potere esecutivo e, quindi, era in un certo senso implicita. Eppure, nonostante ciò, spiccava come non mai la responsabilità professionale del magistrato che tutto poteva essere fuorché illegittima.

²⁷⁷ Cfr. Cap. I, §1, lett. *b*) e *c*), dove emerge chiaramente il rapporto simbiotico intercorrente fra Stato e magistratura. Da questa relazione fra i due termini derivava il riconoscimento dell'irresponsabilità del giudice quale logica conseguenza dell'ormai decaduto principio secondo cui lo Stato non poteva, per definizione, commettere un atto *contra legem*.

²⁷⁸ Cfr. Cap. III, §1: qui si chiarisce la natura complessa del potere giudiziario che smette di essere un potere fine a se stesso e, cercando una realizzazione al di fuori dei confini della mera attività enunciativa entro i quali

riforma di recente emanazione, non resta che raccogliere i frutti seminati con i ragionamenti svolti, i rinvii e le citazioni effettuate, nonché con le criticità individuate, e porli alla base di un'ultima importante riflessione.

Quest'ultimo pensiero indagherà gli eventuali sviluppi futuri di uno degli istituti più ostici da inquadrare e, soprattutto, largamente dibattuto in dottrina al punto da dividerla in due tra chi sostiene che non ci sia spazio per esso all'interno dell'ordinamento italiano e chi, invece, ritiene la sua presenza indispensabile.

Le alternative suscettibili di venire in rilievo negli anni che seguiranno su cui si intende concentrarsi, esaminando in tal modo la loro auspicabilità in termini di corretto contemperamento tra l'esigenza di una tutela effettiva del privato e la garanzia del giusto processo nella sua dimensione più autentica e, dunque, rivolta non solo all'assicurazione della difesa della parte, bensì anche alla previsione di un'imparzialità e terzietà del giudice, sono principalmente tre ed ognuna di esse presenta peculiarità e problemi di diverso tipo; l'unica cosa che hanno in comune è la seguente: l'esame di ognuna di esse renderà più chiara la direzione da seguire e, magari, riuscirà ad essere uno stimolo interessante per coloro che, com'è normale che sia, si pongono in prospettiva rispetto alla normativa attualmente vigente, non rimanendo ad essa attaccati, bensì lungimirando sulle possibili evoluzioni della stessa.

2. Una possibile regressione alle regolamentazioni antecedenti la riforma del 2015?

È inutile negare che la magistratura ha in ogni modo ed in ogni tempo presentato forti propensioni verso un ritorno della responsabilità civile che la interesserebbe alla

era stata fino ad allora relegato il suo esercizio, si appropria di alcune delle funzioni peculiari degli altri due poteri che si suppone esso debba andare a bilanciare.

regolamentazione in auge non solo a partire dall'88 a seguire, bensì, addirittura, a quella vigente prima della legge Vassalli, informata sul principio, conosciuto come *Richterprivileg*, secondo il quale in tanto il giudice potrà essere ritenuto suscettibile di venire chiamato a rispondere delle condotte, proprie dell'attività giudiziaria, lesive dell'altrui diritto, in quanto esse siano state poste in essere tramite dolo, frode e concussione, piuttosto che in caso di denegata giustizia.

In breve, alcuni trovano nell'abrogazione dei dispositivi contenuti negli artt. 55 e 56 c.p.c. una sostanziale violazione delle garanzie dell'organo giudicante, altri, invece, acconsentendo ad uno svecchiamento di una disciplina a lungo fondata sul richiamo ad altre filosofie provenienti da differenti Stati europei²⁷⁹, ritengono non idonea la nuova casistica introdotta dalla recente riforma e ne rifiutano un'evoluzione a causa dell'applicazione altamente ristretta riservata alla c.d. "clausola di salvaguardia".

Le domande da porsi sono: queste proposte di riforma approssimate, per così dire, per difetto è concretamente possibile, allo stato degli atti e delle nuove linee di pensiero sviluppatesi nel corso del nuovo secolo, che vengano accolte? Oppure devono ritenersi volontà non suscettibili di essere assecondate? E soprattutto, a prescindere da qualsiasi risposta attribuita ai quesiti appena enunciati, quali sarebbero gli effetti derivanti da una auspicata regressione all'una o all'altra normativa?

Ebbene, mentre per il ritorno alla filosofia del *Richterprivileg*, che si tradurrebbe, in caso di accoglimento, ad un ripensamento sull'abrogazione degli artt. 55-56 c.p.c. e la loro conseguente sostituzione con le norme emanate nella legge 117/1988, è opportuno mettere

²⁷⁹ Vedi *retro*, Cap. I, §2, lett. c); Cap. I, §2, lett. d).

subito in chiaro l'impossibilità che ciò avvenga. Il motivo di una presa di posizione così netta è dovuto alla particolare natura del fatto che, specificamente, ha dato vita ad una modificazione della responsabilità civile del giudice e, quindi, allo stravolgimento del principio sopra espresso, il quale, radicando nel testo costituzionale la portata indiscutibile degli effetti da esso prodotti, ne impedisce l'automatica revocazione. Si rammenta, invero, che la legge Vassalli è stata emanata come conseguenza di un risultato referendario che ha visto prevalere l'80,21% di voti favorevoli ad una riforma dell'istituto in questione dalla quale potesse essere reso più agevole l'esercizio dell'azione civile ad opera dei singoli nei confronti del magistrato che, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, abbia pregiudicato uno dei loro diritti, contro una percentuale esigua di volontà contrarie alla proposta legislativa. Ora, pur essendo vera la non conformità integrale della legge 117/1988 con la promessa di una responsabilità effettiva, e non solo paventata, del giudice, comunque resta, seppur in minima parte, uno strumento di tutela sicuramente più efficace rispetto a quello messo a disposizione dei privati *ex artt.* 55 e 56 del codice di procedura civile, nonché il frutto, per quanto peculiare, degli intenti popolari. Data la particolare origine della legge 117/1988 e dell'abrogazione delle disposizioni precedentemente vigenti sul tema, si ritiene applicabile il divieto di ripristino della normativa ormai decaduta²⁸⁰.

In ogni caso, anche laddove non vi fosse un simile impedimento, sarebbe inaccettabile un'adesione alle posizioni volte ad un ritorno al principio del *Richterprivileg*: è, infatti, un principio anacronistico ed assolutamente non coincidente con la maturità intellettuale

²⁸⁰ Cfr. Corte Cost., Sentenza del 20 luglio 2012, n. 199, nella parte in cui afferma che "La Corte ribadisce il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare espressa mediante referendum desumibile dall'art. 75 Cost."

presente nell'epoca odierna; se si accettasse una simile soluzione, inoltre, non solo ciò comprometterebbe in maniera decisiva la tutela delle parti rendendole schiave del provvedimento giurisdizionale, ma causerebbe anche una reazione dell'Unione europea che, in modo sicuramente più severo rispetto a quanto fatto con la legislazione dell'88, di certo non lascerebbe che una tale violazione dei principi contenuti all'interno del Trattato sull'Unione europea permanga impregiudicata.

Per quanto riguarda, invece, la legge Vassalli ed una regressione normativa alla versione originaria della disciplina risarcitoria magistratuale, il discorso si sviluppa su diversi piani.

In primis, bisogna tenere conto delle motivazioni che hanno spinto il legislatore del 2015 a riformare la regolamentazione in questione; invero, oltre alla sostanziale ed implicita irresponsabilità civile del magistrato desumibile dal testo legislativo dell'88 che, nonostante il risultato referendario, continuava ad impedire una tutela effettiva del privato, intervenne addirittura la Corte di giustizia dell'Unione europea che, a riguardo, si pronunciò a sfavore della permanenza nell'ordinamento giuridico italiano di una disposizione che limitasse a tal punto, fin quasi ad escluderla, la responsabilità dello Stato per le condotte tenute dai propri funzionari esercenti la funzione giurisdizionale²⁸¹.

In secundis, invece, è necessario chiedersi quali conseguenze deriverebbero dalla scelta di effettuare un passo indietro rispetto all'attuale legge 18/2015.

Fra esse, inevitabilmente, spiccherebbe la riaffermazione della clausola di salvaguardia più

²⁸¹ Cfr. Corte giust. UE 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*, cit., p. 4717, con nota di PACE A., *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*; CONTI R., *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, cit., p. 187. Ancora, cfr. Corte giust. UE 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, cit., p. 1115; Corte giust. UE 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, cit., p. 230

volte censurata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e contenuta all'interno dell'art. 2, comma 2, l. 117/1988 che comporterebbe l'insorgenza delle problematiche già evidenziate nei capitoli precedenti rinviando alle parole del Senatore Acone²⁸².

Il “baluardo” della magistratura contro indebite ingerenze nell'attività giurisdizionale, privo dei contemperamenti adottati dalla riforma del 2015, ritornerebbe al suo antico splendore, esonerando il giudice da ogni responsabilità civile per il compimento di azioni consistenti nell'interpretazione di norme di diritto o nella valutazione di fatti o prove; il ché, come rammentato, equivale ad una dichiarazione implicita di irresponsabilità considerando che è proprio nell'interpretazione di norme o nella valutazione di fatti o prove che si sostanzia l'attività giurisdizionale stessa. Ancora, con un ritorno alla vigenza dell'originario disposto della legge Vassalli, si vedrebbe di gran lunga aggravata la condizione del danneggiato che solo in apparenza potrà esercitare l'azione civile nei confronti del magistrato qualora quest'ultimo abbia agito con colpa grave data la circostanza secondo la quale a contraddistinguere un siffatto elemento psicologico sia la negligenza “inescusabile”: pur essendo stato chiarito dalla Cassazione la coincidenza di questo termine con la violazione “evidente, grossolana e macroscopica” di una disposizione di legge, con la lettura della stessa in termini “contrastanti con ogni criterio logico”, con l'adozione di “scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore”, con la “manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo” o con lo “sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero”²⁸³, dare la dimostrazione della sussistenza di simili situazioni sembrava essere, e sembra tuttora, un qualcosa di assolutamente arduo per il privato pregiudicato dal provvedimento adottato dal

²⁸² Vedi *retro*, Cap. III, §3, pp. 161 ss.

²⁸³ Così, Cass. 26 maggio 2011, n. 11593.

giudice.

Come se non bastasse, poi, nel caso di accoglimento della proposta ora esaminata, si dovrebbe fare i conti con le problematiche derivanti non solo dalla riconduzione al limite del terzo di “un’annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l’azione risarcitoria è proposta”²⁸⁴, diminuzione decisamente impattante sulla collettività tutta, bensì anche, e soprattutto, dalla reintroduzione del c.d. vaglio di ammissibilità da esperirsi nel corso del giudizio contro lo Stato; in tal modo, infatti, si deciderebbe di aderire ad un sistema sicuramente meno efficiente rispetto a quello delineato dalla riforma di recente emanazione, incontrando, invero, ostacoli quali, ad esempio, la frantumazione delle impugnazioni ed una superfluità di suddetta fase causata dall’esame che comunque il giudice adito, per valutare l’opportunità di un risarcimento dovuto dallo Stato al danneggiato, dovrà verificare la sussistenza di tutti presupposti necessari per un esperimento legittimo dell’azione civile.

Un ulteriore criticità, inoltre, sarebbe comportata dalla previsione contenuta nell’art. 7, comma 1, l. 117/1988, la quale, pur dichiarando l’esistenza di un termine ben preciso di cui dispone il Presidente del Consiglio dei ministri per agire in regresso nei confronti del giudice che ha posto in essere, nell’esercizio delle proprie funzioni, un fatto rientrante nelle fattispecie indicate negli artt. 2 e 3 della normativa in questione, non sancisce la doverosità dell’azione di rivalsa, rilegandola a mera eventualità. In questa maniera, come precedentemente rilevato, si viene a creare una responsabilità diversa da quella disciplinata dall’art. 2043 c.c., e ciò avviene poiché si separano due funzioni dell’istituto civilistico che

²⁸⁴ Così, art. 8, comma 3, l. 117/1988.

sono tra loro indivisibili in quanto entrambe concorrono a renderlo tale.

Dalle constatazioni appena effettuate, allora, risulta esservi, oltre ad un impedimento di tipo comunitario, un impedimento sostanziatesi essenzialmente nell'inefficienza della vecchia normativa; pertanto, l'adesione a quelle posizioni che vorrebbero che la legge Vassalli tornasse in vigore è da considerarsi improbabile.

3. Uno stagnamento nella disciplina attuale...

Avendo escluso la possibilità di una regressione alla normativa in tema di responsabilità civile del giudice vigente in Italia dalla fine degli anni '80 e mantenuta invariata per i successivi ventisette anni, si indagherà, adesso, sul destino della legge n. 18 del 2015, analizzando approfonditamente la sua capacità di rimediare alle disposizioni volutamente equivoche della legge Vassalli.

È indubbio che la recente riforma abbia dato risposta ad alcuni degli interrogativi che la dottrina ha avanzato a seguito della pubblicazione della legge dell'88 nonché abbia funto da tramite per l'armonizzazione di quest'ultima regolamentazione con i canoni comunitari. Basti ricordare, in tal senso, l'introduzione all'interno dell'art. 2, tra le fattispecie che possono dar vita a responsabilità civile del giudice, della "violazione manifesta del diritto dell'Unione europea", così esentandosi, lo Stato, da qualsivoglia rischio che la Commissione europea instauri una procedura di infrazione nei suoi confronti²⁸⁵.

Allo stesso tempo, inoltre, è stata ampliata la nozione di colpa grave del magistrato, sottraendo dal divieto di rilevanza delle attività di interpretazione delle norme e di

²⁸⁵ Si rinvia a quanto esaminato nel capitolo III, §3, nota 192.

valutazione dei fatti o delle prove tutte quelle fattispecie che, pur non essendo contraddistinte da negligenza inescusabile, si sostanziano nella sussistenza di errori di tipo revocatorio, nella violazione della legge e, soprattutto, nel travisamento del fatto o delle prove. Vengono ampliati, poi, i limiti temporali entro i quali il danneggiato può esercitare l'azione e le somme suscettibili di essere rimosse, in sede di rivalsa, dal magistrato colpevole di aver commesso il fatto illecito nell'esercizio delle proprie funzioni. Inoltre, per sopperire alle problematiche tecniche derivanti dal giudizio prognostico di ammissibilità della domanda risarcitoria²⁸⁶, si abroga l'art. 5, l. 117/1988. Ancora, infine, si tenta di eliminare l'eventualità della rivalsa imponendo l'obbligatorietà della stessa.

Nonostante quanto appena detto, però, è opportuno porsi una domanda: tutto ciò è bastevole per assicurare un'effettiva tutela al danneggiato? Si è davvero riusciti, con la riforma in questione, a creare una normativa uniforme e priva di vizi idonei a far dubitare dell'efficienza della stessa?

Il responso al quesito sopra esposto è meno immediato rispetto a quello relativo alla proposta di un eventuale ritorno all'originario testo legislativo in tema di responsabilità civile del giudice e ciò, ovviamente, poiché non vi sono, in questo caso, impedimenti di tipo comunitario dato che il legislatore si è guardato bene dal non incorrervi. Pertanto, allora, bisognerà ritornare sulle due importanti criticità approfondite nell'apposito capitolo²⁸⁷ e valutarne la portata compromissiva dell'efficienza della regolamentazione risarcitoria in questione.

²⁸⁶ Ci si riferisce, ovviamente, al sistema impugnatorio estremamente complicato inerente alla contestazione del provvedimento attraverso il quale si dichiarava l'inammissibilità dell'istanza risarcitoria in precedenza prescritto dalla legge Vassalli.

²⁸⁷ Vedi *retro*, Cap. III, pp. 153 ss., 174-180.

In primis, si rileva come la legge 18/2015, seppure si occupi di porre rimedio alle problematiche sorgenti dall'applicazione della precedente regolamentazione, manca di prestare attenzione al peculiare disposto dell'art. 4, comma 2, del medesimo testo normativo, limitandosi, a riguardo, semplicemente ad un aumento dei termini temporali senza, però, curarsi di indagare la natura degli stessi che, pertanto, restano previsti a pena di decadenza ed incominciano a decorrere, salvo quanto stabilito dal comma 3, dal momento in cui sono esauriti tutti i mezzi messi a disposizione della parte per contestare il provvedimento produttivo del danno; l'avvenuto esperimento di suddetti mezzi di contestazione, inoltre, costituisce condizione necessaria affinché possa essere legittimamente esercitata l'azione civile. Ciò, come rilevato, espone il privato ad un rischio molto alto consistente nella concreta, e di certo non marginale, probabilità che l'acquisizione della capacità di poter avanzare la pretesa risarcitoria nei confronti dello Stato si verifichi troppo in là nel tempo, quando, ormai, il periodo di cinque anni individuato dall'art. 2948 c.c. è ormai trascorso ed il diritto al risarcimento, per questa ragione, è da ritenersi prescritto.

In secundis, il tentativo effettuato dal legislatore del 2015 di aderire alle posizioni di coloro che vedevano nella mera eventualità del giudizio di rivalsa un problema da risolvere, in quanto è da considerarsi impensabile la cancellazione di una delle funzioni caratteristiche della responsabilità civile quale è quella preventivo-punitiva, oltretutto una violazione di norme costituzionali²⁸⁸, è stato solo in apparenza un successo: invero, l'art. 4 della legge del

²⁸⁸ L'art. 28 Cost., invero, stabilisce che "la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici" qualora essa sorga dal fatto illecito compiuto da un funzionario o dipendente dello Stato o di un ente pubblico. Si parla di "estensione" e non di "esclusione", pertanto è logico ritenersi che l'assemblea costituente, nel formulare questa norma, abbia voluto intendere che sì, lo Stato e gli enti pubblici possono rispondere in prima battuta per il risarcimento dei danni, ma ciò non toglie che gli stessi, una volta aver risarcito il danno, debbano rifarsi nei confronti di chi lo ha effettivamente cagionato.

27 febbraio 2015, n. 18, modificando il vecchio art. 7 l. 117/1988, sancisce sì l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa, ma solo in casi specifici che, tra l'altro, risultano rispecchiarsi solo in alcuni di quelli già richiamati nell'art. 2, comma 2 e 3, della nuova legge Vassalli; come se non bastasse, poi, lo specchiamento in questione risulta anche distorto dato che ritorna qui, d'improvviso, un concetto che era stato eliminato proprio allo scopo di evitare una "*probatio diabolica*" in capo al danneggiato²⁸⁹ e per garantire una forma di responsabilità non solo formale del magistrato, e cioè la "negligenza inescusabile".

Rispetto al passato, dunque, si è avuto un passaggio dall'assoluta certezza della facoltatività della rivalsa ad un'ambigua disposizione di legge che, nella migliore delle ipotesi prospettata dalla dottrina sopra ricordata²⁹⁰, sarà idonea ad attribuire un'obbligatorietà universalmente intesa all'azione di regresso, mentre nella peggiore, che è quella che emerge in maniera più spiccata dal testo della riforma e meno influenzata da manovre interpretative volte a mitigarne la viziata fisiologia, imporrà il dovere dell'esercizio della rivalsa in capo al Presidente del Consiglio dei ministri nelle sole fattispecie indicate, mentre per quelle a cui non si rinvia espressamente è da ritenersi assolutamente esclusa anche la possibilità che il giudice possa ritrovarsi a rispondere dei danni cagionati da un provvedimento da lui adottato. Ebbene, alla luce di quanto appena esposto, si considera che non possa essere avvalorata

²⁸⁹ Invero, in assenza di una qualsiasi disposizione di legge che chiarisca il momento nel quale si dovrà dimostrare la negligenza inescusabile ed il dolo qualora il danneggiato abbia agito nei confronti del magistrato per comportamenti da lui commessi con colpa grave, esso dovrà ritenersi ricondotto, inevitabilmente, al giudizio contro lo Stato imponendo, ancora una volta, ai soggetti pregiudicati dall'illecito esperimento dell'attività giudiziaria l'onere di provare la sussistenza di due elementi psicologici assurdamente complessa da dimostrare, al punto che, per l'appunto, si è eliminata l'essenzialità di questi due elementi psicologici per la qualificazione della colpa grave del magistrato che può dar luogo a responsabilità civile del magistrato. In questa maniera, dunque, si arriva a rendere nullo, in parte, il lavoro di riforma effettuato dal legislatore sull'art. 2, comma 2, della legge del 13 aprile 1988, n. 117.

²⁹⁰ Vedi nota 220.

quella tesi secondo cui la normativa oggigiorno in vigore in ambito risarcitorio per la magistratura sia in grado di assicurare al danneggiato ed alla collettività in generale, la quale ha un interesse concreto a ch  il potere giudiziario venga esercitato con l'adeguata diligenza²⁹¹, una tutela effettiva. Ci si ritrova, dunque, in un limbo, una via mediana che di certo offre spunti di corretta innovazione, ma al contempo presenta problematiche tali da non permettere lo stagnamento normativo della disciplina in questione. Rinviando alle parole di Verde, allora, occorre pensare alla legge del 27 febbraio 2015, n. 18, come ad una "tappa di un tortuoso ed impervio cammino" che, per l'appunto, non   un punto di arrivo, ma semplicemente un nuovo inizio su cui si dovranno fondare i nuovi orientamenti volti al raggiungimento del traguardo finale: una regolamentazione giusta che non si nasconda dietro i principi costituzionali o processuali per assecondare gli interessi di una corporazione, una disciplina in grado di empatizzare con le necessit  della societ  tutta e di essere pi  fiduciosa nell'operato dei suoi componenti, una legge che, in definitiva, riesca a riassetare gli equilibri tra i tre poteri statali.

4. ...o una progressione dell'istituto della responsabilit  civile del giudice alla luce della riforma degli ultimi anni in materia?

In questo paragrafo conclusivo ci si pone in una prospettiva pi  audace, slanciandosi verso il futuro con la consapevolezza di quanto sperimentato in passato ad informare, equilibrandole, le proposte di riforma che sembrano essere idonee ad apportare un miglioramento sensibile della regolamentazione attualmente prevista relativamente alla responsabilit  civile del

²⁹¹ Diligenza che, in ragione della particolare delicatezza dell'attivit  giudiziaria, dev'essere considerata maggiore rispetto a quella del "buon padre di famiglia" (art. 1176 c.c.).

giudice, attribuendo a quest'ultima quella coesitiva intrinseca ed estrinseca che le è sempre mancata.

In primo luogo, rinviando a quanto esposto nei precedenti sottoparagrafi e nel terzo capitolo, risulterebbe necessario, invero, che il legislatore prendesse provvedimenti in merito a tutte quelle problematiche già evidenziate. Sarebbe auspicabile, ad esempio, una formulazione più chiara dell'art. 7, l. 117/1988, così come riformata dalla recente normativa, che eliminasse definitivamente ogni tipo di dubbio in merito alla possibilità o meno che la disposizione delineante la regolamentazione della rivalsa possa essere, sotto un certo punto di vista, violativa del principio costituzionale enunciato all'interno dell'art. 3 Cost.²⁹² nonché dell'art. 28 del medesimo testo di legge. Un simile risultato può essere raggiunto mediante l'emanazione di un'ulteriore riforma all'interno della quale si preveda espressamente la portata estensiva della disposizione in questione, affermando che la doverosità della rivalsa sorga in tutti i casi indicati dall'art. 2 della stessa normativa senza che ad essi venga aggiunta l'ostica condizione che essi siano caratterizzati dalla negligenza inescusabile dell'organo giudicante. L'ipotesi della mera facoltà attribuita al Presidente del Consiglio dei ministri di agire in regresso nei confronti del diretto responsabile del danno qualora si versi in situazioni differenti da quelle contenute nel nuovo art. 7 della legge Vassalli, a dire il vero, sembra dunque da scartare considerando che, anche in questa circostanza, si incorrerebbe in una violazione delle norme costituzionali sopra ricordate.

²⁹² Si rileva, in effetti, come il principio di uguaglianza, sostanziale e formale, sancito da questo articolo risulti violato nel momento stesso in cui si attribuisca ad un individuo, per la sola circostanza di aver esercitato il potere giudiziario, il privilegio di veder limitata, se non esclusa completamente in ragione della sussistenza di presupposti il cui soddisfacimento richiede una prova assolutamente ardua e fuori dalla portata di una persona comune, la propria responsabilità civile laddove ponga in essere un comportamento dal quale derivi un danno ingiusto, patrimoniale o non patrimoniale, ad un altro individuo.

Aderendo alla proposta estensiva dell'obbligatorietà della rivalsa, inoltre, si eliminerebbero anche tutti quei quesiti sull'assenza di chiarezza in merito al luogo o al tempo in cui si dovrebbe o potrebbe dedurre la sussistenza delle condizioni essenziali per far sorgere in capo allo Stato l'obbligo di agire direttamente nei confronti del giudice per riappropriarsi di quanto è stato costretto a pagare in luogo dello stesso, piuttosto che, ancora, sulla sostanziale inutilità delle manovre innovatrici poste in essere dal legislatore del 2015 con la riformulazione dell'art. 2 della legge Vassalli; ciò, infatti, avverrebbe per la logica ragione per la quale le condizioni in questione non esisterebbero più.

Ancora, un ulteriore miglioria sarebbe di certo costituita da una norma di coordinamento tra il termine di decadenza contenuto all'interno dell'art. 4, l. 117/1988, così come modificata dalla riforma del 2015, e lo speciale termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 2948 c.c.; per ottenere un simile risultato, invero, basterebbe semplicemente differire la decorrenza di uno dei due termini sopra richiamati così da evitare un malfunzionamento *ab origine* dell'istituto risarcitorio in questione. Volendo mantenere invariata la condizione dell'esaurimento dei “mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari”²⁹³ contenuta all'interno del secondo comma della disposizione disciplinante i limiti temporali per l'esercizio dell'azione civile ed il radicamento della competenza per quanto attiene al giudizio contro lo Stato, ben si potrebbe optare per una logica coincidenza tra il momento in cui la prescrizione in suddette ipotesi inizia a decorrere con lo stesso istante in cui può essere concretamente esercitata l'azione civile.

²⁹³ Così, art. 4, comma 2, l. 117/1988.

Infine, poi, uno sviluppo altrettanto auspicabile sarebbe costituito da un ripensamento della prassi inerente al meccanismo di intervento del magistrato all'interno del giudizio instaurato dal privato contro lo Stato: come visto in precedenza, infatti, l'art. 6, l. 117/1988, stabilisce che il giudice può entrare nel processo come interventore adesivo-dipendente in ogni stato e grado del giudizio vedendosi garantita l'incompatibilità con l'ufficio di testimone oltretutto, soprattutto, l'inefficacia, all'interno del giudizio di rivalsa, della sentenza pronunciata in questa sede; dalla previsione del primo comma, ovvero quella inerente unicamente alla possibilità che il giudice intervenga ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c., la dottrina giunge alla conclusione che il magistrato intervenuto nel giudizio contro lo Stato possa, a patto che non ampli l'oggetto del processo, richiedere l'accertamento incidentale della sussistenza del dolo o della colpa grave che, in via presuntiva, il danneggiato dichiara aver caratterizzato la condotta dell'organo giudicante, con la precisazione, però, che laddove quest'accertamento desse esito positivo il provvedimento non farà stato nel giudizio di rivalsa, al contrario dovrà dirsi efficace nel giudizio di rivalsa qualora lo stesso attesti l'insussistenza del dolo o della colpa grave²⁹⁴.

Una simile previsione, però, come si può intuire, finirebbe per violare la stessa norma da cui trae spunto dato che la stessa stabilisce implicitamente che in caso di intervento volontario del giudice la sentenza pronunciata nel procedimento che vede parti il Presidente del Consiglio dei ministri facente le veci dello Stato ed il danneggiato avrà piena efficacia in quello di rivalsa; ancora, aderire ad un orientamento di questo tipo aprirebbe le porte al pericolo assai temuto del contrasto tra giudicati. Per tali motivi, allora, si ritiene che

²⁹⁴ Cfr. PROTO PISANI A., CIPRIANO F., *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il giudizio nei confronti dello Stato*, in *Il Foro it.*, 1988, Vol. 111, pp. 425 ss.

giurisprudenza e dottrina mediante uno sforzo congiunto debbano adoperarsi per sradicare una tale interpretazione, la cui esistenza non può più tollerarsi poiché altrimenti ne verrebbe lesa la certezza del diritto.

L'accoglimento delle proposte poc'anzi esposte, comunque, non assicura certo la nascita di una normativa idilliaca e priva di contestazioni, sproporzioni e difetti di sorta, tuttavia può essere uno spunto da cui ripartire alla ricerca dell'equilibrio tra garanzie della magistratura e diritti del cittadino. È giusto, ed anzi doveroso, riflettere ancora oggi sulle introduzioni legislative che potrebbero riuscire a rendere l'istituto della responsabilità del giudice più omogeneo e solido di come non sia ora. Infine, per concludere questa lungo percorso tra passato, presente e futuro, si ricordano le parole di Giuliani e Picardi che nel 1995, prima ancora che una qualunque riforma venisse effettuata a riguardo, analizzando il testo di legge a quel tempo innovativo in materia di responsabilità civile dei magistrati, avevano centrato pienamente i punti critici della disciplina utilizzando in maniera lungimirante parole che risultano attuali tutt'oggi: "la legge sulla responsabilità del giudice, di per sé, non risolve i mali della giustizia. La nuova normativa potrebbe, però, rappresentare un primo — anche se timido passo verso un nuovo modello di giurisdizione. In larga misura dipenderà, oggi, dal lavoro di interpretazione e di razionalizzazione che, su tale testo, verrà intessuto dalla giurisprudenza teorica e pratica; domani, dal legislatore, nella speranza che non abbia dimenticato la giustizia ed i suoi problemi"²⁹⁵.

²⁹⁵ Così, GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice, cit.*, p. 273.

CONCLUSIONI

Alla fine di questo lungo viaggio tra le filosofie che attecchiscono nei vari territori europei, i tecnicismi propri della responsabilità disciplinare, il cui esame è stato decisivo per permettere un lecito paragone fra quest'ultima e la sua controparte civile, ovvero l'art. 2043 c.c., nonché per fornire una visione complessiva del più ampio sistema dell'istituto professionale, gli avvenimenti che hanno portato ad una sopraelevazione del ruolo del giudice da ciò conseguendo la venuta alla luce di una normativa *ad hoc* che ne regolamentasse, per quanto fittiziamente, la responsabilità, le reazioni dell'UE alle scelte legislative dello Stato italiano, lo spirito cautamente rivoluzionario della riforma del 2015, le vuote contestazioni della magistratura e le fondate obiezioni mosse dai privati e dalla dottrina avverso la disciplina odierna, ed infine, lo sguardo al futuro dell'ultimo capitolo, dunque, cosa resta? Ebbene, ciò che sopravvive è la consapevolezza di un'ambiguità normativa che non giova a nessuno se non alla magistratura che, nel frattempo, è messa nella posizione di potersi adagiare su principi di grande clamore che a ben vedere, però, non vengono affatto intaccati dalle tesi che i giudici intendono abbattere facendo valere l'esistenza degli stessi, bensì ne escono rafforzati in caso di adesione a suddette tesi; permane, ancora, una sostanziale irresponsabilità civile del giudice che, come uno spettro, pervade la legge mettendo in pericolo il fondamentale diritto del singolo ad ottenere una giustizia effettiva, sia essa esercitata nei confronti di un individuo qualunque, sia essa rivolta ad un soggetto che si fregia del titolo di giudice; per ultima, comunque, rimane la speranza della cessazione di futuri opposizioni da parte dei magistrati, di una più decisa scelta legislativa, di una normativa che raggiunga lo scopo che si prefigge.

BIBLIOGRAFIA

ACONE M., *(Atti Senato, X Legislatura, seduta 4 febbraio 1988)*.

ALFREDO ROCCO, *Discorso alla Camera dei deputati del 19 giugno 1925*, in *Atti parlamentari*, Camera, Legislatura XXVII, Sessione I, Discussione, tornata del 19 giugno 1925.

ALPA G., BESSONE M., *Ingegneria sociale e amministrazione del danno, quindici anni di dottrina della responsabilità civile*, in *La responsabilità civile - Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, I, Torino, 1987.

AMATO C., *Quando l'errore condanna il giudice alla responsabilità per illecito civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019.

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, ristampa ed. 2 a cura di MAZZARELLI C., Giunti Editore, Bompiani, 2019.

AULETTA F., VERDE G., *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015.

BAIRATI L., *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, Napoli, 2013.

BARONE C. M., *La legge sulla responsabilità dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, in *Foro It.*, 2015, Vol. 291. Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

BARLETTA A., *I limiti al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009.

BASILICO G., *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 2009, 263.

BATTAGLINI, *La libertà personale dell'imputato e la responsabilità civile del giudice*, in *Giust. pen.*, 1949, III.

BENEDETTI A. M., *La prima condanna dello Stato per grave negligenza di un magistrato*, in *Danno e resp.*, 1998, 1020.

BIANCA C. M., *Profili applicativi della legge 117/1988*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 65.

BIONDI F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di Diritto costituzionale*, Milano, 2006.

BIONDI F., *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, in *Questione giustizia*, 3/2015, 165.

BLANCO VALDES R. L., *Introduzione alla Costituzione Spagnola del 1978*, 3° ed. it., a cura di IACOMETTI M., Torino, 2017.

BOCCAGNA S., *La parabola della responsabilità civile dei magistrati dal c.p.c. del 1940 alla l. n. 18 del 2015*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1194.

BONACCORSI F., *I primi vent'anni della legge 117/88 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e resp.*, 2008, 1136.

BOVE M., *Responsabilità civile dei magistrati: individuazione del giudicenaturale e struttura del diritto risarcitorio da illecito giudiziario*, in *Giur. it.*, 2018, 2129.

BORSARI L., *Il codice italiano di procedura civile*, ed. 4, libro EU, 1881 (ed. 1865) sub art. 783, n. 1, 18.

BRIGUGLIO A., *Pregiudiziale comunitaria*, Padova, 1996.

BRUSCHETTINI A., *Corso ufficiale di procedura civile e ordinamento giudiziario, parte generale*, 1910.

BUSNELLI F. D., *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988.

CAIANIELLO V., *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Il Foro It.*, OTTOBRE 1984, Vol. 107, No. 10, Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

CAPONI R., *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. Giur.*, 2009.

CAPURSO M., *I giudici della Repubblica, giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge?*, Milano, 1977.

CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, 1936, vol. I, Padova, n. 278.

CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, 1933, vol. III, n. 273.

CARRATA A., *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009.

CASSESE S., *Elogio a Mauro Cappelletti*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, Edizioni scientifiche italiane, Firenze, 2016.

CASSESE S., *Una lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2009.

CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè editore, Milano, 2015.

CELENTANO C., *L'autonomia e indipendenza della magistratura e del Consiglio superiore della magistratura nella giurisprudenza costituzionale*, marzo 2015.

CHALINE O., *La pratique des remontrances au XVIII siècle – Paris, Rouen, Rennes, Annales de Bretagne et des Pays de l'Ouest. Anjou. Maine. Poitou-Charente. Touraine*, n. 122-3, 31 ottobre 2015.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, 3° ed., Napoli, 2015.

CIVININI M. G., *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Il Foro It.*, 1999, Vol. 122, No. 1, Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

CIVININI M. G., *Indipendenza ed imparzialità dei magistrati*, in *Questione giustizia*, §1-2.

COLOMBINI E., *Responsabilità civile dei magistrati per fatti costituenti reato. Parte prima*, in *Archivio civ.*, 2000.

CONSOLO C., *La “responsabilità” dei giudici appartenenti ad organi collegiali “a composizione mista” e la verbalizzazione condizionata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 565.

CONSOLO C., *Sul giudizio di rivalsa dello Stato verso il magistrato e sul suo rapporto con il giudizio risarcitorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 225.

CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA, *Richiesta del Ministro della Giustizia di parere sul disegno di legge concernente «Riforma della disciplina riguardante la responsabilità civile dei magistrati» (Delibera consiliare del 29 ottobre 2014)*, in www.csm.it, § 3, lett. d).

CONTI R., *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corr. giur.*, 2012.

CONTI R., *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corr. giur.*, 2006, 1515.

CORSARO L., POLITTI M., *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giur. it.*, 1989, disp. 8°-9°, parte IV.

CORTESE F., PENASA S., *Ancora sulla responsabilità civile e disciplinare dei magistrati*, in *Resp. civ. e previd.*, 2015, 1026.

COSENTINO C., *Indipendenza del magistrato e responsabilità civile in Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1098.

CRISAFULLI V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964.

CUOMO ULLOA F., *Il principio di ragionevole durata e l'art. 37: rilettura costituzionalmente orientata o riscrittura della norma (e della teoria del giudicato implicito)?*, in *Corr. giur.*, 2009.

D'ADDIO M., *Politica e Magistratura (1848-1876)*, Milano, 1966.

D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo davanti alla Corte di Giustizia*, Torino, 2012.

D'ERRICO E., *Funzione e responsabilità sociale dell'avvocato penalista*, in *BolognaForense*, 2019.

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, 187.

DALFINO D., *Giurisprudenza "creativa" e prevedibilità del "diritto giurisprudenziale"*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 1023.

DE ALBUQUERQUE P. P., CARDAMONE D., *Efficacia della dissenting opinion*, in *Questione Giustizia*, 2019, §1-2.

DE NOVA G., *Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i punitive damages*, in *Jus civile*, 2017, 388.

DE SANTIS DI NICOLA F., *Responsabilità per dolo o colpa grave*, in AULETTA F., BOCCAGNA S., RASCIO N. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati. Commentario alle leggi 13 aprile 1988, n. 117 e 27 febbraio 2015, n. 18*, Bologna, Zanichelli, 2017.

DE VITA A., *La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese*, in *Foro It.*, 1979, Vol. 102, Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

DI SALVO S., *«Ignorantia» del «iudex», «actio iudicati» e «beneficium competentiae» in Sodalitas*, Scritti in onore di A. Guarino III, Napoli, 1984

Dispaccio del 30 giugno 1750, n. XXIII, tit. LXIX, Cap. V.

ERRERA A., *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Giappichelli Editore, Torino, 2006.

FAZZALARI, *Nuovi profili della responsabilità civile del giudice*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1988.

FERRAJOLI L., *L'imputato come nemico: un topos della giustizia dell'emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, n.3.

FERRO M., *Alfredo Rocco e la procedura civile*, in *Materiali per una Storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, 1974

GARGIULO F. S., *Il codice di procedura civile*, ed. 2, vol. IV, sub art. 783, XVIII

GIULIANI A., *Ordine Isonomico e ordine asimmetrico - Nuova retorica e teoria del processo*, in *"Sociologia del diritto"*, 1986, nn. 2-3.

GIULIANI A., PICARDI N., *I modelli storici di responsabilità del giudice*, in *Il Foro It.*, 1978, Vol. 101, Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

GIULIANI A., PICARDI N., in *"L'Educazione giuridica"*, Vol. IV, Libreria Editrice Universitaria. Perugia, 1981.

GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*, in *Il Foro It.*, 1978, Vol. 101, Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*. Giuffrè editore. Milano, 1995.

GRONDONA M., *La polifunzionalità della responsabilità civile e l'ubi consistam ordinamentale dei "risarcimenti punitivi"*, in *Pol. dir.*, 2018.

Harris v. Harvey, 605, June 7, 1979.

KANTOROWICZ H. U., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1906.

KESSLER, T. LAURA (2014-03-30). "'A Sordid Case': *Stump v. Sparkman*, *Judicial Immunity, and the Other Side of Reproductive Rights*". Rochester, NY: Social Science Research Network.

La disciplina dei magistrati: dall'Italia albertina alla Repubblica democratica, in *Qualegiustizia*, 1977.

LEONE S., *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *Apostoli-Gorlani (a cura di), Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018.

LIPARI N., (*Atti Senato, X Legislatura*, seduta 4 febbraio 1988, 72° Res. somm. 7).

LIPARI M., *I principi generali dell'istruttoria nel processo amministrativo dopo la l. n. 205 del 2000. Le trasformazioni del giudizio e gli indirizzi della giurisprudenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2003.

LOMBARDI P., *L'istruttoria nel processo amministrativo secondo la più recente giurisprudenza amministrativa*, *Dir. proc. amm.*, 1998, II.

LONGHI S., *Discorso inaugurale del procuratore generale della Corte di cassazione per l'anno giudiziario del 1934*, in *Riv. penale*, 1934.

LUHMANN N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Napoli, 1979.

LUISO F.P., *“Diritto processuale civile. Il processo di cognizione”*, Vol. II, Giuffrè, Milano.

MARCHIANÒ G., *L'ampliamento dei mezzi di prova nel giudizio amministrativo di legittimità ex art. 16 10 della legge n. 10 del 1977*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983.

MARTINO R., *Appunti sulla responsabilità civile del giudice per dolo o colpa grave*. Cacucci Editore. Bari, 2020.

MARTINO R., *Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 2016.

MARTINO R., *Separazione dei poteri, ruolo del giudice e responsabilità civile del magistrato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016 (e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa, 2016, II, 1683).

MATTONE A., *Storia dell'università di Sassari*, ILLISSO EDIZIONI. Nuoro, 2010.

MAZZAROLLI L., *Considerazioni sulla fase dell'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. e società*, 1996, II.

MIGLIORINI L., *I problemi dell'istruzione nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Ammin.*, 1988.

MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, ed. 4, vol. II, n. 384.

NIGRO M., *Il giudice amministrativo “signore della prova”*, in *Il Foro It.*, 1997, Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

PADOA SCHIOPPA A., *Storia del Diritto in Europa, dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Collezione di Testi e Studi, 2017.

PARSONS T., *Sistema politico e struttura sociale*, Milano, 1975.

PICCININNI L., *Il regime di rilevazione del difetto di giurisdizione ed il «giusto processo» civile*, in Riv. trim. dir. proc., 2009.

PISANELLI G., *Relazione ministeriale*, del 1865, n. 332, in « Cod. proc. civ. preceduto dalle Relazioni, ecc. » di GIANANA S. e altri, 1889, vol. I.

PISANELLI G., *Commentario del cod. di procedura per gli Stati Sardi, op. cit.*, vol. IV, MCCLXXXV, e MCCLXXXVI

POLI G. G., *Le Sezioni Unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, I, 2009.

PROTO PISANI A., CIPRIANO F., *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Il Foro It.*, 1988, Vol. 111.

Relazione al ddl n. 1626, in Atti Senato n. 1626 - XVII Legislatura.

Relazione di base predisposta per la conferenza nazionale della giustizia, Bologna, novembre 1986, in «Quad. Giustizia», 1986, n. 63.

Relazione Orlando, presentata alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1907, doc. n. 85.

RICCI G. F., *Il «travisamento» del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2015.

RONSON SPENCER J., *Il sistema giudiziario nel Regno Unito*, in *Studi Urbinati*, n.2, 2008.

ROCCO A., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Napoli, 1902.

ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Torino, 1966.

RODOTÀ S., *Attuali «asimmetrie» del sistema istituzionale e legittimazione del potere giudiziario*, in *Poteri e giurisdizione, Atti del sesto congresso nazionale*, Napoli, Jovene, 1985.

RODOTÀ S., (*Atti Camera, X Legislatura*, seduta del 19 dicembre 1987, 67° Res. somm. 7).

SAREDO G., *Dell'azione civile contro le autorità giudiziarie*, in *Del procedimento in camera di Consiglio*, ed. 2, 1874.

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959.

SCARSELLI G., *Brevi note sull'errore nel compimento di attività giudiziarie*, in *Il Foro It.*, settembre 2007, Vol. 130, No. 09. Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

SCARSELLI G., *Il giudice, tra principi deontologici e regole comportamentali*, in *Il Foro It.*, ottobre 2010, Vol. 133, No. 10. Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

SCODITTI E., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Foro it.*, V, 2015.

SCODITTI E., *Quale responsabilità civile del magistrato dopo la legge n. 18 del 2015*, Editoriale, in *Giustizia civile.com*, n. 3/2015, 16 marzo 2015.

SCODITTI E., *Responsabilità civile del magistrato per inosservanza di orientamento giurisprudenziale consolidato*, in www.questionegiustizia.it (10.12.2018).

SCODITTI E., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Foro it.*, 2015, V.

SCOTTI L., *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n.117*, Milano, 1988.

SEVERINI G., *I “due corpi del giudice”, ovvero dell’impersonalità delle decisioni giudiziarie*, in *federalismi.it riv. dir. pub. comp. eur.*, 2018.

SIMONE R., *Dalla polifunzionalità della responsabilità civile ai risarcimenti punitivi*, in *Questione giustizia*, 1/2018.

SINTENIS F., *Das praktische gemeine Civil Recht*, Leipzig, 1868, zweiter Band.

Slyvester Harris v. Richard G. Harvey, Jr., *CourtListener.com*

SOLLA SASTRE M. J., *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricognizione storico - giuridica (1834 - 1870)*, in *Giornale di storia cost.*, 23/ I, 2012.

TARELLO G., *Il problema della riforma processuale in Italia*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*.

TEDOLDI A., *Profili processuali della responsabilità civile del giudice*, in FERRI G. e TEDOLDI A. (a cura di), Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2019.

TEDOLDI A., *La responsabilità civile dei magistrati*, in FERRI G. e TEDOLDI A. (a cura di), Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2019.

TONINI P., *Manuale di procedura penale*, ed. XXI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020.

TOTA G., *Sulla responsabilità civile del magistrato per inosservanza di principi giurisprudenziali consolidati*, in *Giust. proc. civ.*, 2019.

TRAVIA A., *Gli art. 24 e III Cost. come principi unitari di garanzia*, in *Il Foro Italiano*, giugno 2011, Vol. 134, No. 06. Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

TRIMARCHI P., *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. giur.*, 2015.

TRIMARCHI P., *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, ed. 2., Milano 2019.

TROCKER N., *Mauro Cappelletti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, A. LIX, 1.

TROIANO S., *Colpa grave del magistrato e c.d. clausola di salvaguardia: considerazioni a margine della riforma della legge Vassalli*, in FERRI G., TEDOLDI A. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2019.

VARANO V., *In ricordo di Mauro Cappelletti (1927 – 2004)*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, A. LI, 2.

VERDE G., *La legge n. 18 del 2015: una tappa di un tortuoso ed impervio cammino*, in FERRI G., TEDOLDI A. (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2019.

VERDE F., *La responsabilità del magistrato*, Bari, 2015.

VIGORITTI V., *Professionalità e responsabilità del magistrato: sistemi dei paesi anglosassoni e dell'Europa continentale*, in *Il Foro Italiano*, novembre 1986, Vol. 109, No. 11. Società Editrice Il Foro Italiano ARL.

ZURLO S., *Il libro nero della magistratura. I peccati incofessati delle toghe italiane nelle sentenze della Sezione disciplinare del CSM*, ed. 1, Baldini+Castoldi, 2020.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

CASS. 16 gennaio 2004, n. 540, in *Archivio civ.*, 2004.

CASS. 16 novembre 2006, n. 24370.

CASS. 6 ottobre 2007, n. 21618, in *Giust. civ.*, 2008, I.

CASS. 6 ottobre 2000, n. 13339.

CASS. 20 settembre 2001, n. 11859, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3556 ss., con nota di SCARSELLI G., *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*.

CASS. 29 novembre 2002, n. 16935.

CASS. 7 novembre 2003, n. 16669; CASS. 27 novembre 2006, n. 25133, in *Resp. Civ. prev.*, 2008, p. 317 ss., con nota di PANTANO E., *La responsabilità civile del magistrato ai sensi della l. n. 117/1988*.

CASS. 18 marzo 2008, n. 7272, in *Danno resp.*, 2008, p. 1119 ss., con note di DELLACHÀ P, BONACCORSI F, FRATA L., *C'è ma non si vede: la responsabilità civile per fatto del magistrato*.

CASS. 6 novembre 1999, n. 12357, in *Giust. civ.*, 2000, I.

CASS. 26 maggio 2011, n. 11593.

CASS. 14 febbraio 2012, n. 2107, in *Danno resp.*, 2012, con nota di BONACCORSI F., *Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato*.

CASS. 20 ottobre 2006, n. 22539.

CASS. CIV., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.*, I, 2009.

CASS. CIV. 03 maggio 2019, n. 11747, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2019, p. 1540C, con nota di PENASA S., *Verso una razionalizzazione dell'attuazione della responsabilità disciplinare e civile dei magistrati? Spunti dalla giurisprudenza*.

CASS. CIV., Ordinanza 7467/2020.

CASS., SEZ. UN., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, p. 2613, con note di PALMIERI A., PARDOLESI R., MONATERI P. G., D'ALESSANDRO E., SIMONE R.

CASS. SEZ. UN. 1099/1998.

CASS., SEZ. UN., 3 maggio 2019, n. 11747, in *Danno resp.*, 2019, con nota di RUGGIERO F., *Il difficile equilibrio tra indipendenza dei giudici e principio di responsabilità: la parola alle Sezioni Unite*.

CONS. STATO SEZ. VI, 9 maggio 1983 n. 345.

CORTE COST., Sentenza 197/2018.

CORTE COST., Sentenza 22/1959.

CORTE COST., Sentenza 142/1973.

CORTE COST., Sentenza del 20 luglio 2012, n. 199.

CORTE COST., Sentenza del 3 aprile 2017, n. 164.

CORTE COST., 12 luglio 2017, n. 164.

CORTE GIUST. UE 30 settembre 2003, C-224/01, Köbler, in Riv. dir. int., 2004.

CORTE GIUST. UE 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in Riv. dir. int., 2006.

CORTE GIUST. UE 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 4717, con nota di PACE A., *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*.