

NUMERO 3 - 2016

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ROBERTO MARTINO

Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	440
GIOVANNI D'AMICO	
<i>Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)</i>	443
FRANCESCO MACARIO	
<i>Genesis, evoluzione e consolidamento di una nuova clausola generale: il divieto di abuso di dipendenza economica</i>	509
ENRICO MOSCATI	
<i>Note minime su pena e colpa nel diritto privato</i>	547
ROBERTA TISCINI	
<i>Itinerari ricostruttivi intorno a pregiudizialità tecnica e logica</i>	571
ROSARIA GIORDANO	
<i>Note processuali sulla legge in tema di divorzio c.d. breve</i>	605
ROBERTO MARTINO	
<i>Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale</i>	623

Colpa grave del magistrato, responsabilità dello Stato e limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale

La legge 27 febbraio 2015, n. 18 prevede la responsabilità dello Stato per colpa grave del magistrato anche quando i danni derivino dall'attività di interpretazione della legge e di valutazione del fatto o delle prove, nel ricorso delle fattispecie tipizzate della violazione manifesta della legge e del travisamento del fatto o delle prove, che l'A. cerca di configurare in termini più ampi rispetto ai primi orientamenti che cercano di sterilizzare la portata innovativa della recente riforma della responsabilità civile. L'interpretazione proposta sembra in linea con la Costituzione. La razionalità/ragionevolezza della scelta del legislatore del 2015 viene, infatti, affermata sulla base di un necessario bilanciamento del principio di indipendenza ed autonomia della magistratura con il diritto alla tutela giurisdizionale dei cittadini, che peraltro deve trovare attuazione in un processo "giusto" (art. 111 Cost.), tale cioè da dare concreta e fedele attuazione all'assetto di interessi delineato dal diritto sostanziale. Il che impone che il processo sia regolato da un sistema processuale che preveda rimedi adeguati, atti a scongiurare l'abuso e l'esercizio di poteri arbitrari da parte del giudice.

The law 27 February 2015, n. 18 has reformulated the responsibility of the State for gross negligence of judge in order to assure to the damaged the right

to compensation even when damage has resulted from the activity of interpreting the law and from the assessment of facts or evidence, in the typified cases of manifest violation of the law and the misrepresentation of facts or evidence which the Author tries to configure in broader terms than the strict boundaries defined by those guidelines that seek to sterilize the innovative capacity of the recent tort reform. The Author believes that doubts concerning the constitutionality of the proposed interpretation are unfounded. The choice of rationality/reasonableness of the 2015 legislature – expand the state responsibility for gross negligence of the judge – is, in fact, established on the basis of a necessary balance between the principles of independence and autonomy of the judiciary and the right to judicial protection of citizens, which also must be implemented in a “fair” trial (art. 111 Cost.), in order to give a concrete and faithful implementation of the interests outlined by the substantive law. Which requires that the process is regulated by a judicial system that provides adequate remedies, designed to prevent the abuse and the exercise of arbitrary powers by the judge.

Sommario: 1. Premessa. – 2. La colpa grave del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia. – 3. I limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale in ordine alla violazione manifesta della legge. – 4. La responsabilità dello Stato e il sindacato relativo al travisamento del fatto o delle prove. – 5. La nuova disciplina della responsabilità per colpa grave del magistrato e la garanzia costituzionale dell’indipendenza ed imparzialità del giudice. – 6. (Segue): l’abolizione del preventivo vaglio di ammissibilità dell’azione risarcitoria contro lo Stato. – 7. Conclusioni.

1. - Premessa.

Da circa trent’anni a questa parte, il tema della responsabilità del giudice ha ricoperto un posto di primo piano nel dibattito politico e nelle dispute della dottrina¹, nonostante la sua scarsa rilevanza sul piano pratico, anche

¹ Cfr. N. PICARDI, *Responsabilità civile del giudice e dello Stato giudice*, in *La giurisdizione nell’esperienza giurisprudenziale contemporanea*, a cura di R. MARTINO, Milano, 2008, 341 ss., secondo cui «si tratta di una questione destinata ad emergere soprattutto nei periodi di crisi istituzionale, quando si rompono i meccanismi di equilibrio ed emerge tutta la complessità di

dopo l'entrata in vigore della legge l. 13 aprile 1988, n. 117 (c.d. legge "Vassalli")².

La legge 27 febbraio 2015, n. 18, che ha modificato in più punti la precedente disciplina contenuta nella legge Vassalli³, ha apportato nuova linfa al di-

una tematica che si rifrange, come in un giuoco di specchi, in molteplici direzioni, fino al livello costituzionale e finisce così per investire nodi fondamentali, quali il ruolo del giudice e la stessa separazione dei poteri»; v. anche, In., *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 283 ss.

Da ultimo, sui nessi tra il principio della separazione dei poteri, il ruolo del giudice e la responsabilità civile del magistrato, mi sia consentito di rinviare a R. MARTINO, *Separazione dei poteri, ruolo del giudice e responsabilità civile del magistrato*, in *Giusto proc. civ.*, 2016, 305 ss. (e in *Scritti in onore di Nicola Picardi*, Pisa 2016).

² In quasi trent'anni di vigenza della legge Vassalli i procedimenti giudiziari sono stati solamente 543, dei quali 8 si sono conclusi con condanne dello Stato italiano: così riferisce AN. ROMANO, *La novellata responsabilità civile del magistrato alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Approfondimento, in *Giustiziacivile.com*, 15 gennaio 2016, 13 che rinvia, per più dettagliati dati statistici relativi all'applicazione della l. n. 117 del 1988, al *Dossier n. 90/1 del 3 dicembre 2014*, *Modifiche alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, in www.camera.it, 9.

³ Per i primi commenti alla riforma, cfr. V.M. CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015, spec. 113 ss.; F.P. LUISO, *La responsabilità dei magistrati: qualche osservazione dopo che il Senato ha approvato la riforma*, in www.judicium.it; I. FERRANTI, *Prime riflessioni sulla riforma della legge 13 aprile 1988, n. 117*, in *Giustiziacivile.com*, Articolo, 9 aprile 2015; F. CORTESE-S. PENASA, *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, 1026; AA.VV., *Riforma della responsabilità civile*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, 157 ss., in particolare i saggi di: E. MACCORA, *Introduzione. La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il dibattito culturale dalla legge Vassalli alla legge n. 18 del 2015. Le prospettive future*, *ivi*, 157 ss.; F. BIONDI, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 18 del 2015*, *ivi*, 165 ss.; E. SCODITTI, *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, *ivi*, 175 ss.; G. AMOROSO, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria*, *ivi*, 181 ss.; F. DAL CANTO, *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, *ivi*, 187 ss.; E. CESQUI, *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto*, *ivi*, 197 ss.; F. VERDE, *La responsabilità del magistrato*, Bari, 2015; AA.VV., *La nuova responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015, n.18)*, in *Foro it.*, 2015, V, 281 ss., in particolare, i saggi di: G. GRASSO, *Note introduttive*, *ivi*, 281 ss.; V. VIGORITI, *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, *ivi*, 287 ss.; C.M. BARONE, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressochè inesistente) applicazione*, *ivi*, 291 ss.; G. CAMPANELLI, *L'incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, *ivi*, 299 ss.; G. GRASSO, *La responsabilità civile dei magistrati nei documenti internazionali e negli ordinamenti di Francia, Spagna, Germania e Regno Unito*, *ivi*, 309 ss.; E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, *ivi*, 317 ss.; G. SCARSELLI, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, *ivi*, 326 ss.; G. CIANI, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, *ivi*, 330 ss.; A. TRAVI, *La responsabilità civile e i giudici amministrativi*, *ivi*, 338 ss.; G. D'AURIA, *«L'altra responsabilità» dei magistrati*, *ivi*, 340 ss.; R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, *ivi*, 346 ss.; A. CILENTO, *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati (l. 27 febbraio 2015, n. 18, in G.U. n. 52 del 4 aprile 2015)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 675 ss.

battuto e, negli auspici del legislatore, ha aperto nuovi orizzonti per l'applicazione pratica dell'istituto, ampliando i confini del rimedio risarcitorio contro lo Stato per i danni arrecati alle parti da comportamenti, atti o provvedimenti del giudice che (non siano stati in concreto rimediati, ovvero) non siano rimediabili attraverso il sistema delle impugnazioni e dei controlli, in genere, delle sentenze e degli altri provvedimenti giurisdizionali⁴.

Preoccupato di evitare procedimenti sanzionatori a livello europeo⁵ e di cercare soluzioni al problema del conflitto tra politica e magistratura⁶, il legislatore ha colto l'occasione per rivedere e modificare diversi aspetti

⁴ Sul punto, v. quanto si dirà, *infra*, § 3, testo e nota 25.

⁵ Cfr. Corte giust. UE 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*, in *Giur. cost.*, 2011, 4717, con nota di A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, secondo cui l'art. 2, l. 117 del 1988 – limitando ai casi di dolo o colpa grave la responsabilità del magistrato ed escludendola qualora la violazione del diritto dell'Unione risulti da attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione dei fatti e delle prove da parte del giudice – contrasta con il principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di un proprio organo giurisdizionale di ultimo grado, con conseguente infrazione dell'Italia agli obblighi ad essa incombenti in considerazione di tale principio. Per una analisi ragionata della pronuncia cfr., anche, R. CONTI, *Dove va la responsabilità dello Stato-giudice dopo la Corte di giustizia?*, in *Corr. giur.*, 2012, 2, 187. In precedenza, il medesimo principio era stato affermato da Corte giust. UE 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del mediterraneo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2006, 1115; v., ancor prima, Corte giust. UE 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2004, 230, secondo cui la responsabilità risarcitoria dello Stato per i danni prodotti da un organo giurisdizionale di ultima istanza ricorre anche in presenza di un provvedimento passato in giudicato che quei danni abbia prodotto.

Sul nesso tra l'intervento legislativo riformatore e il principio della responsabilità patrimoniale dello Stato in caso di violazione degli obblighi imposti dall'ordinamento dell'Unione, cfr. R. MASTROIANNI-V. BOCCHETTI, *La responsabilità dello Stato «per fatto del giudice»: una lettura della legge 27 febbraio 2015, n. 18 alla luce del diritto dell'Unione Europea*, Approfondimento, in *Giustiziacivile.com*, 1° ottobre 2015.; AN. ROMANO, *La novellata responsabilità civile del magistrato*, cit., 6 ss. a cui si rinvia anche per una disamina più approfondita della giurisprudenza comunitaria; G. CAMPANELLI, *L'incidenza delle pronunce della Corte di giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015, V, 299 ss., che evidenzia la non corrispondenza tra quello che era espressamente richiesto nelle sentenze della Corte di giustizia e il radicale intervento normativo realizzato. Sulla responsabilità dello Stato nella prospettiva dell'«illecito euorunitario» anteriormente alla l. n. 18 del 2015, cfr. V. SCIARRINO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012, 159 ss.

⁶ Nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1626, *Riforma della disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, presentato al Senato dal Governo in data 24 settembre 2014, si pone l'accento sull'«esigenza di un riequilibrio delle posizioni politico-istituzionali coinvolte e del superamento definitivo di un conflitto ancora in corso»: così, la *Relazione al ddl n. 1626*, in *Atti Senato n. 1626 – XVII Legislatura*, 3.

Sul conflitto tra politica e magistratura, e in particolare sul mutamento del ruolo del giudice e l'aumento dei suoi poteri che ne rappresentano le vere ragioni, mi sia consentito rinviare a R. MARTINO, *Separazione dei poteri*, cit., 305 ss.

della previgente disciplina, pur nel quadro di un impianto inalterato, caratterizzato dalla responsabilità diretta dello Stato per dolo o colpa grave del giudice ovvero per diniego di giustizia e dalla successiva rivalsa nei confronti del magistrato.

Gli aspetti più controversi dell'intervento riformatore hanno riguardato la riformulazione delle fattispecie di colpa grave del magistrato che danno luogo alla responsabilità risarcitoria dello Stato e l'abolizione del preventivo procedimento di ammissibilità dell'azione, previsto dall'abrogato art. 5 l. 117 del 1988. Su questi aspetti vorrei fermare la mia attenzione.

2. - La colpa grave del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia.

Secondo il nuovo art. 2, comma 3, l. n. 117 del 1988 (così come modificato dall'art. 2, l. n. 18 del 2015), costituisce innanzitutto colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea. Per determinare i casi in cui ricorre tale violazione si deve tener conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. Nell'ipotesi di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (art. 2, comma 3-*bis*, l. n. 117 del 1988, introdotto dall'art. 2, l. n. 18 del 2015).

Il nuovo art. 2, comma 3, l. n. 117 del 1988 prosegue includendo tra le fattispecie integranti colpa grave il travisamento del fatto o delle prove, «ovvero» l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento (c.d. errore di fatto di tipo revocatorio), «ovvero» l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Tanto per l'errore di tipo revocatorio che per il travisamento del fatto o delle prove non viene richiesta la negligenza inescusabile del magistrato.

Parallelamente, è stato in parte riformulato l'art. 2, comma 2, l. n. 117 del

1988 (c.d. clausola di salvaguardia): nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove, «fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo». In altri termini, stando alla lettera della legge, in tutti i casi di colpa grave sopra richiamati (oltre che in caso di dolo) la responsabilità civile dello Stato ricorre anche con riguardo all'attività di interpretazione della legge e a quella di valutazione del fatto e delle prove. Nel giudizio di responsabilità contro lo Stato, la riformulazione dell'art. 2 della legge Vassalli apre la via al sindacato sul provvedimento giurisdizionale e sull'attività di giudizio del giudice, in punto di diritto ed in punto di fatto ⁷.

Anteriormente alla «novella» del 2015, nel giudizio di responsabilità contro lo Stato risultava escluso ogni sindacato sul giudizio di fatto e di diritto, in conseguenza della formulazione in termini assoluti della clausola di salvaguardia e della connessa e conseguente interpretazione del requisito della «negligenza inescusabile» che, nella originaria formulazione della norma in esame, doveva connotare la colpa grave del magistrato ⁸.

628

Secondo la giurisprudenza di legittimità, la negligenza inescusabile implica(va) la necessità di un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c.: la colpa stessa deve risultare «non spiegabile», vale a dire

⁷ Ad una conclusione contraria si può giungere solo ritenendo che la c.d. clausola di salvaguardia operi ancora oggi senza alcuna eccezione, per cui la responsabilità dello Stato sorgerebbe soltanto quando vengano oltrepassati i confini dell'attività interpretativa (della legge) o valutativa (dei fatti o delle prove): in tal senso, cfr., ad es., P. TRIMARCHI, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in *Corr. giur.*, 2015, 893 ss., spec. 894 ss., spinto anche dall'esigenza di escludere «qualsiasi freno improprio» all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Come si cercherà di dimostrare nelle pagine seguenti, mi sembra che una lettura siffatta della clausola di salvaguardia – del tutto conforme a quella che, anteriormente alla riforma, aveva creato, secondo parte della dottrina, una sostanziale immunità del magistrato: v., ad esempio, E. NAVARRETTA, *Il danno non iure e la responsabilità civile dello Stato*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, II, Milano, 2009, 287 – non sia affatto autorizzata dal dettato normativo e risulti eccessivamente riduttiva rispetto alla effettiva portata della riforma. D'altra parte, anche la preoccupazione di salvaguardare la serenità di giudizio del magistrato non può essere spinta oltre un certo limite, imposto dalla concorrente necessità di salvaguardare il diritto dei cittadini alla tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive protette che ad essi fanno capo (v., *infra*, § 5).

⁸ Per un'attenta disamina delle (pochissime) enunciazioni giurisprudenziali in ordine alla portata della clausola di salvaguardia e del requisito della negligenza inescusabile, cfr. C.M. BARONE, *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressochè) inesistente applicazione*, in *Foro it.*, 2015, V, 291 ss., spec. 294 ss.

priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato⁹. Conseguentemente, la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile ricorre(va) «allorquando nel corso dell'attività giurisdizionale si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero»¹⁰. Quanto, poi, all'errore di fatto di tipo revocatorio, la colpa grave del magistrato, qualificata da negligenza inescusabile, ricorre(va) non con riferimento alla diligenza impiegata nell'attività accertativa e valutativa dei fatti, ma all'assenza di tali attività ovvero alla totale mancanza di analisi degli atti del procedimento, dai quali risulti l'incontestabile sussistenza o insussistenza del fatto rispettivamente negato o affermato¹¹.

I suindicati principi giurisprudenziali sembrano destinati ad essere superati dalla attuale previsione di nuove fattispecie di colpa grave che prescindono dalla «negligenza inescusabile» e che espressamente derogano alla regola della insindacabilità dell'interpretazione della legge e della valutazione del fatto.

Né si può dire che in tal modo il legislatore italiano sia andato oltre rispetto a quanto ci chiedeva l'Europa. Ad esempio, la Raccomandazione 17 novembre 2010 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa stabilisce, tra l'altro, che nei casi di dolo o colpa grave la responsabilità dello Stato può sorgere anche in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione dei fatti e delle prove; fermo restando che solo lo Stato può eventualmente agire in rivalsa, per far accertare la responsabilità diretta e personale del giudice¹². Le disposizioni

⁹ Così, Cass. 5 luglio 2007, n. 15227.

¹⁰ Così, Cass. 26 maggio 2011, n. 11593.

¹¹ In tal senso, cfr. Cass. 20 ottobre 2006, n. 22539.

¹² Cfr. *Raccomandazione CM/REC (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia, responsabilità* (adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010 in occasione della 1098^a riunione dei Delegati dei Ministri), traduzione italiana non ufficiale a cura di Raffaele Sabato, (reperibile sul sito internet del Consiglio d'Europa, www.coe.int), §§ 66 e 67: «l'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità

della l. n. 18 del 2015 non esorbitano dai confini della responsabilità del giudice tracciati dai principi suindicati.

D'altra parte, è vero che, per ciò che concerne la colpa grave, il legislatore è andato oltre le sollecitazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, prevenendo la violazione manifesta del diritto interno e facendo riferimento al travisamento del fatto o delle prove¹³. Ed è anche vero che, in ordine alla delimitazione della clausola di salvaguardia di cui al nuovo art. 2, comma 2, l. n. 117 del 1988, la novella del 2015 richiama le posizioni assunte dalla Corte di Giustizia con riferimento al solo illecito «eurounitario», specialmente nella parte in cui la giurisprudenza di Lussemburgo sottolinea che è proprio nell'esercizio dell'attività interpretativa che può verificarsi una violazione manifesta del diritto dell'Unione europea e tale violazione può anche conseguire da una valutazione dei fatti o delle prove¹⁴. Con la conseguenza che l'ampliamento delle fattispecie di colpa grave di diritto interno si riflette anche sulla delimitazione della clausola di salvaguardia, che opera al di là dei confini dell'illecito «eurounitario».

La realtà è che il legislatore del 2015 ha deciso di uniformare i diversi sistemi di responsabilità dello Stato, estendendo i principi dettati per la responsabilità eurounitaria anche alle violazioni di diritto interno. La questione si era posta già all'indomani della pronuncia della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*¹⁵. La dottrina più attenta si era chiesta se nel nostro ordinamento potessero sussistere due diversi sistemi di responsabilità dello Stato (a seconda che si riscontrasse una violazione del diritto interno o una violazione del diritto comunitario), ovvero se i principi di Lussemburgo dovessero essere estesi anche alle violazioni di diritto in-

disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo o colpa grave» (§66); «soltanto lo Stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale» (§ 67).

¹³ Cfr. G. CAMPANELLI, *Incidenza delle pronunce della Corte di Giustizia*, cit., 307 ss.

¹⁴ Nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, la Corte rileva che la valutazione dei fatti o delle prove può condurre ugualmente ad una manifesta violazione del diritto dell'Unione, «sia essa effettuata nell'ambito dell'applicazione di specifiche norme relative all'onere della prova, al valore delle prove o all'ammissibilità dei mezzi di prova, ovvero nell'ambito dell'applicazione di norme che richiedono una qualificazione giuridica dei fatti»: così, Corte giust. UE 13 giugno 2006, cit., par. 39.

¹⁵ V. Corte giust. UE 13 giugno 2006, citata alla nota precedente.

terno ¹⁶. La legge n. 18 del 2015 ha optato per questa seconda soluzione, in linea del resto con le prescrizioni contenute nella citata raccomandazione del Consiglio d'Europa ¹⁷.

La scelta è apprezzabile, innanzitutto sotto il profilo della razionalità/ragionevolezza (art. 3 Cost.): difatti, sarebbe risultata del tutto irragionevole ed in contrasto con il principio di uguaglianza la previsione per le violazioni del diritto interno di un grado di protezione del danneggiato più basso rispetto a quello accordato in riferimento alle violazioni del diritto comunitario ¹⁸. D'altra parte, se avesse imposto una disciplina più severa per la sola responsabilità euounitaria, il nostro legislatore avrebbe mostrato di «preoccuparsi delle possibili violazioni del diritto dell'Unione più di quanto si preoccupi delle violazioni del diritto nazionale [...] cioè in evidente violazione dell'art. 54 Cost. che impone, al massimo livello, l'osservanza della Costituzione e delle leggi» ¹⁹.

Le ragioni suindicate – non solo giustificano pienamente l'estensione dei principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria alle violazioni di diritto interno – ma impongono anche all'interprete di non ridurre l'area della responsabilità dello Stato relativa a quest'ultime violazioni rispetto alla responsabilità euounitaria.

¹⁶ In tal senso, N. PICARDI, *Responsabilità civile del giudice e dello Stato giudice*, cit, spec. 393 ss. In effetti, le pronunce della Corte di Lussemburgo hanno riaperto il dibattito nella dottrina italiana sul tema della responsabilità del giudice: cfr., ad es., CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la ferrea forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere giur.*, 2007, 1189; F.P. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, *ivi*, 2008, 730; N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, cit., 283; G. SCARSELLI, *Appunti sulla responsabilità civile del giudice*, in *Foro it.*, 2009, V, 141; M. VOLPI (a cura di), *La responsabilità dei magistrati*, Napoli, 2009.

¹⁷ V., *retro*, nota 12.

¹⁸ In tal senso, v. già V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una «case story» in attesa del finale*, in *Riv. dir. privato*, 2006, 347 ss. Successivamente, con riferimento alla l. 18/2015, cfr. R. MASTROIANNI-V. BOCCHIETTI, *La responsabilità dello Stato*, cit., 16 ss.

¹⁹ Così, A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato giudice*, in *Giur. cost.*, 2011, 4726.

3. - I limiti del sindacato sul provvedimento giurisdizionale in ordine alla violazione manifesta della legge.

Alla luce delle premesse fatte si può, quindi, procedere all'analisi delle fattispecie di colpa grave previste dalla novella del 2015.

Iniziando dalla violazione di legge, non convincono i tentativi interpretativi diretti ad assicurare quel medesimo margine di irresponsabilità garantito dalla giurisprudenza precedente. Tra i primi commentatori della riforma v'è chi ritiene che, ancora oggi, la violazione manifesta della legge copra un'area in cui non può venire in rilievo l'attività di interpretazione delle norme giuridiche, in quanto bisogna tenere ben chiara la distinzione tra «disposizione» e «norma»²⁰. Secondo l'orientamento in esame, la «disposizione» va identificata con il puro enunciato linguistico, che, a sua volta, trapassa in «norma» grazie all'interpretazione. La norma altro non sarebbe che il significato normativo che, grazie all'interpretazione, si estrae dall'enunciato linguistico corrispondente alla disposizione. La violazione manifesta della legge riguarderebbe la disposizione, non la norma, e corrisponderebbe all'inosservanza del significato linguistico della prima, tanto che si potrebbe parlare di travisamento linguistico.

Il soprarichiamato tentativo interpretativo appare, tuttavia, in contrasto con il combinato disposto di cui al nuovo art. 2, commi 2 e 3-*bis*. Quest'ultimo comma prevede che, per determinare la violazione manifesta della legge, si debba tener conto del grado di chiarezza e precisione delle «norme» (e non delle disposizioni) violate. Già la lettera della legge (nel suo riferirsi alle «norme» violate) induce a ritenere che la colpa grave possa manifestarsi anche nell'ambito dell'attività interpretativa, in linea del resto con la deroga alla clausola di salvaguardia prevista dal comma precedente.

D'altra parte, se si seguisse l'orientamento in esame, si dovrebbe arrivare alla conclusione che, diverse volte nel recente passato, la stessa Corte di Cassazione, nel mutare certi orientamenti interpretativi, sia incorsa proprio in violazione manifesta della legge, ponendosi contro il significato linguistico delle disposizioni, volta per volta, in esame. Si pensi ad esem-

²⁰ In tal senso, cfr. E. SCODITTI, *Quale responsabilità civile del magistrato dopo la legge n. 18 del 2015*, Editoriale, in *Giustiziacivile.com*, 16 marzo 2015, 6; Id., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Foro it.*, 2015, V, 317 ss., spec. 322.

pio alla nuova lettura dell'art. 37, comma 1, c.p.c. prospettata dalle Sezioni Unite a partire dal 2008²¹. Nel suo chiaro enunciato linguistico la disposizione prevede che il difetto di giurisdizione possa essere rilevato, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo. Ciononostante, secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata delle Sezioni Unite, il difetto di giurisdizione è oggi rilevabile, anche d'ufficio, soltanto in primo grado. L'elusione del significato linguistico della disposizione sembra evidente, tanto che la migliore dottrina ha detto, a chiare lettere, che la Suprema Corte ha «cancellato» l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame²².

A ben vedere, nell'attuale momento storico, in cui il c.d. diritto vivente ha acquisito un peso sempre maggiore, non ha molto senso distinguere tra «disposizione» e «norma». Di ciò si è reso conto anche il legislatore del 2015. La riconduzione della manifesta violazione della legge nell'area dell'attività di interpretazione delle norme (art. 2, commi 2, 3 e 3-bis) si fonda, evidentemente, sull'assunto che la disposizione di legge «vive» attraverso l'interpretazione della giurisprudenza, *in primis* attraverso le pronunce della Suprema Corte e la funzione nomofilattica da questa esercitata.

Sotto altro profilo, con riguardo al rapporto tra violazione di legge ed interpretazione della norma, si è poi osservato che, in un sistema delle impugnazioni di tipo «piramidale» come il nostro, l'errore del giudice che integra la violazione di legge si coglie unicamente nella «dissonanza con l'interpretazione di un giudice superiore, ritenuto più autorevole o co-

²¹ Cfr. Cass. s.u. 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giust. civ.*, 2009, I, 47; *Foro it.*, 2009, I, 806. Sulla rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione ex art. 37 c.p.c. e sui limiti di tale rilevanza, cfr.: A. BARLETTA, *I limiti al rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1193; G. BASILICO, *Il giudicato interno e la nuova lettura dell'art. 37 c.p.c.*, in questa *Rivista*, 2009, 263; R. CAPONI, *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevanza del difetto di giurisdizione)*, in *Corr. giur.*, 2009, 380; A. CARRATTA, *Rilevanza d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del «giudicato implicito»*, in *Giur. it.*, 2009, 1464; F. CUOMO ULLOA, *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, 386; L. PICCINNINI, *Il regime di rilevazione del difetto di giurisdizione ed il «giusto processo» civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 897; G.G. POLI, *Le Sezioni Unite e l'art. 37 c.p.c.*, in *Foro it.*, 2009, I, 810; E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1085; R. VACCARELLA, *Rilevanza del difetto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Giur. it.*, 2009, 412.

²² Cfr. E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, cit., 1085, il quale sottolinea al riguardo: «la Cassazione si mette ad esercitare poteri che il nostro ordinamento costituzionale non le attribuisce»; ed aggiunge giustamente «ciò, lo dico francamente, mi allarma non poco».

munque sovraordinato»²³. Conseguentemente, la violazione del diritto nazionale che può dar luogo a responsabilità «deve essere manifesta e cioè deve avere una evidenza tale da non richiedere una attività interpretativa»²⁴, dovrebbe cioè collocarsi al di fuori dell'attività di giudizio che sarebbe sindacabile unicamente attraverso il sistema delle impugnazioni. Tale conclusione urta, tuttavia, contro la lettera del nuovo art. 2, comma 2, e la delimitazione della clausola di salvaguardia già evidenziata nel paragrafo precedente.

D'altra parte, non v'è dubbio che l'azione di responsabilità possa essere esercitata proprio per porre rimedio ai danni – «interinali» o permanenti – provocati da provvedimenti giurisdizionali la cui erroneità sia stata accertata appunto attraverso il sistema dei controlli e dei rimedi di tipo impugnatorio²⁵. In questi casi, non sembra corretto affermare che il sindacato sull'attività di interpretazione del giudice metta in crisi il sistema delle impugnazioni; chè, anzi, l'errore del magistrato viene rilevato proprio nelle successive fasi del giudizio. Il giudice del processo promosso contro lo Stato deve in tal caso accertare – sul diverso piano del rimedio risarcitorio – se detto errore sia connotato da colpa grave, si concreti cioè in una violazione manifesta della legge. Proprio la possibilità che l'errore del giudice, così qualificato, abbia prodotto danni non rimediabili ovvero in concreto non rimediati dalle parti interessate nelle successive fasi del giudizio giustifica l'estensione della responsabilità dello Stato all'ipotesi in cui la manifesta alterazione del significato normativo della disposizione sia conseguenza di una interpretazione palesemente erronea.

Nella ricerca di un parametro obiettivo si potrebbe, forse, prendere

²³ In tal senso, cfr. S. DI AMATO, *Errore del giudice e responsabilità civile dopo la riforma della legge Vassalli*, Editoriale, in *Giustiziacivile.com*, 3 giugno 2015, 6.

²⁴ Così, ancora, S. DI AMATO, *Errore del giudice*, cit., 6.

²⁵ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di provvedimenti d'urgenza la cui negazione o la cui attuazione abbia determinato effetti irreversibili, non più integralmente rimediabili con la pronuncia di merito, o comunque danni che, a causa ad esempio dell'insolvenza delle parti, non sono stati in concreto risarciti; o, ancora, all'ipotesi di riforma o cassazione di una sentenza di primo o secondo grado la cui attuazione abbia prodotto danni non più eliminabili o comunque non risarciti per incapienza delle parti (ad es., sia rimasta inadempita per insolvenza della parte la sentenza di secondo grado che reca condanna alla restituzione di quanto ottenuto in virtù della sentenza di primo grado). Si pensi ancora alla pronuncia di merito della Cassazione, poi revocata ai sensi dell'art. 395 c.p.c.; ovvero alla sentenza di cassazione revocata per errore di fatto *ex art. 391-bis c.p.c.*

spunto – *mutatis mutandis* – dalla previsione di cui all’art. 362-*bis* c.p.c., in ordine alla inammissibilità del ricorso per cassazione per manifesta infondatezza. Con riferimento alle parti, l’inammissibilità è la sanzione che colpisce il ricorso che sia inficiato da un manifesto errore di diritto, riscontrabile tutte le volte in cui la sentenza impugnata abbia deciso in conformità a precedenti decisioni della Suprema Corte ed il ricorso non offra elementi per mutare l’orientamento della stessa.

In maniera del tutto speculare, si potrebbe forse ritenere che, quando il provvedimento abbia pronunciato su questioni di diritto sulle quali si era formata una elaborazione consolidata della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la decisione risulti inficiata da una manifesta violazione della legge tutte le volte in cui il giudice si sia discostato dall’elaborazione medesima, senza indicare alcun elemento che lo consentisse, senza cioè alcuna plausibile giustificazione sul piano logico. Quando, poi, il provvedimento abbia pronunciato su interessi e questioni nuove, rispetto alle quali mancavano dei referenti giurisprudenziali e dottrinari consolidati, la decisione appare inficiata da manifesta violazione della legge quando sia pervenuta, in punto di diritto, ad una soluzione priva di una plausibile giustificazione sul piano logico.

4. - La responsabilità dello Stato e il sindacato relativo al travisamento del fatto o delle prove.

Analoghe considerazioni in ordine alla sindacabilità del provvedimento giurisdizionale possono farsi con riguardo alla nozione di colpa grave per travisamento del fatto o delle prove ²⁶.

Prima della riforma, si escludeva che la responsabilità dello Stato per errore di fatto del magistrato potesse derivare da un preteso, inesatto apprezzamento delle risultanze processuali. Difatti, come si è già rilevato, la Suprema Corte riteneva che la colpa grave, qualificata da negligenza inescusabile, fosse ravvisabile non con riferimento alla diligenza impiegata nell’attività accertativa e valutativa dei fatti, ma all’assenza di tale

²⁶ Sulla fattispecie del travisamento del fatto o delle prove – ritenuto «il *punctum dolens* della riforma» – cfr. G.F. RICCI, *Il «travisamento» del fatto e della prova nella responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 1155 ss., spec. 1164 ss., 1169 ss.

attività ovvero alla totale mancanza di analisi degli atti del procedimento, dai quali risultasse l'incontestabile sussistenza o insussistenza del fatto rispettivamente negato o affermato ²⁷.

La l. n. 18 del 2015 ha chiaramente modificato il dettato normativo. In primo luogo, l'errore di tipo revocatorio assume oggi rilevanza anche quando non sia imputabile a negligenza inescusabile del magistrato. In secondo luogo, accanto all'errore di tipo revocatorio assume rilevanza, ai fini della colpa grave, anche il travisamento del fatto o delle prove, ritenuto evidentemente diverso dal primo ²⁸. In terzo luogo, stando alla lettera dell'art. 2, comma 2 («fatti salvi i commi 3 e 3-bis»), le fattispecie di colpa grave del magistrato rappresentano delle eccezioni alla regola per cui l'attività di valutazione del fatto e delle prove non può dar luogo a responsabilità.

Se così è, è difficile negare oggi che la colpa grave possa essere riscontrata anche in ordine all'attività accertativa e valutativa del fatto con riferimento al grado della diligenza impiegata dal giudice nello svolgimento di tale attività ²⁹.

D'altra parte, è significativo che – nel proprio parere al d.d.l. n. 1626 del 29 ottobre 2014 – il C.S.M. abbia suggerito al legislatore di qualificare espressamente come «inescusabile» o «palese» o «macroscopico» il travisamento del fatto, e ciò al fine di ricondurre la colpa grave nei (ristretti)

²⁷ In tal senso, cfr. Cass. 20 ottobre 2006, n. 22539.

²⁸ Nel nuovo art. 2, comma 3, l. n. 117 del 1988, il legislatore utilizza la congiunzione «ovvero», tra la previsione del travisamento del fatto o delle prove e quella dell'errore di fatto di tipo revocatorio, con lo stesso valore di «oppure» (e non di «ossia»), come risulta anche dal fatto che la medesima congiunzione separa pure la previsione dell'errore revocatorio e quella successiva dell'emissione dei provvedimenti cautelari e personali fuori dei casi consentiti dalla legge. Per un richiamo analogo sul significato della congiunzione «ovvero», cfr. F. AULETTA-G. VERDE, *La nuova responsabilità del giudice e l'attuale sistema delle impugnazioni*, in *Corr. giur.*, 2015, 898, nota 2. Ritene, invece, che l'avverbio (?) «ovvero» stia per «ossia», A. CILENTO, *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 675 ss., 684.

²⁹ Cfr. E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie*, cit., 324, secondo cui risulta così incrinato in modo serio il bilanciamento tra il principio costituzionale di indipendenza della magistratura e quello di responsabilità, con conseguenti dubbi sulla legittimità costituzionale della disposizione in esame. Sul punto, v. quanto si dirà appresso, nel paragrafo seguente.

Nel senso, invece, che il travisamento realizzi una attività non sovrapponibile con quella interpretativa o valutativa, cfr. A. CILENTO, *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, cit., 684.

confini dell'errore di percezione o della mera svista materiale ³⁰. Ed è altrettanto significativo che il legislatore abbia alla fine disatteso tale suggerimento, riscrivendo per di più la clausola di salvaguardia in termini di regola ed eccezione.

Una volta ricondotta la fattispecie in esame nell'ambito dell'attività di valutazione del giudice ³¹, va anche considerata l'indubbia difficoltà di una qualsiasi operazione diretta a separare il fatto dalla prova. Il fatto, allegato dalle parti o rilevato d'ufficio, può essere preso in considerazione dal giudice solo se provato. Per di più, quanto alle eccezioni rilevabili d'ufficio, in difetto di allegazione di parte il fatto deve comunque risultare dagli atti processuali, *in primis* dalle prove assunte o dai documenti prodotti. L'operazione diretta a separare il fatto dalla prova appare, quindi, estremamente difficoltosa; allo stesso modo dell'operazione diretta a distinguere l'errore di percezione della prova dall'errore di valutazione ³².

³⁰ 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.

³¹ A differenza, quindi, dell'errore di tipo revocatorio, che è un errore di percezione e che presuppone un contrasto tra ciò che il giudice afferma nella sentenza e ciò che risulta inequivocabilmente dagli atti processuali.

³² Qualcuno ritiene che «travisamento delle prove» sia nozione distinta da quella di «valutazione delle prove»: sulla scia di quanto statuito dalla Cassazione penale con riguardo all'art. 606, lett. e), c.p.p. (Cass. pen. 12 dicembre 2012, n. 9338; Cass. pen. 14 febbraio 2012, n. 25255), si è rilevato che «il travisamento della prova non tocca il livello della valutazione, ma si arresta alla fase antecedente dell'errata percezione di quanto riportato dall'atto istruttorio [...] È errore sul significante, che si traduce nell'utilizzo di un risultato di prova inesistente (o incontestabilmente diverso da quello reale), e non sul significato della prova» (così, E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie*, cit., 323).

Al riguardo, si deve tuttavia rilevare che la nozione di travisamento della prova come errore di percezione non è univoca nella stessa giurisprudenza della cassazione penale. Ad esempio, con riferimento all'ambito del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625-*bis* c.p.p.), la Suprema Corte ha statuito che detto ricorso «non può avere ad oggetto la deduzione di un'errata valutazione degli elementi probatori, che deve essere fatta valere, pur quando si risolve in un travisamento del fatto o della prova, nelle forme e nei limiti delle impugnazioni ordinarie» (Cass. pen. 26 aprile 2013, n. 26635, in motivazione); con ciò lasciando intendere che la nozione di travisamento della prova possa anche includere un'errata valutazione degli elementi di prova.

A dimostrazione dell'estrema difficoltà della distinzione tra errori di percezione ed errori di valutazione, cfr. F. AULETTA-G. VERDE, *La nuova responsabilità*, cit., 903: «Per esemplificare: se, leggendo il verbale in cui è stata trasfusa una testimonianza (e, prima ancora, se il verbale non riproduce con esattezza la testimonianza), se ne dà una lettura che il ricorrente ritiene non corrispondente al significato proprio delle parole riprodotte nel verbale, l'errore che si denuncia è un errore di percezione o di valutazione? E se, come ritiene la Corte di Cassazione, si tratta di un errore di valutazione, di fronte ad una prova precostituita – quale finisce

Proprio in considerazione di tali difficoltà, per definire la colpa grave del magistrato in relazione alla ricostruzione dei fatti di causa il legislatore ha fatto ricorso, non a caso, ad una formulazione articolata che fa riferimento sia all'errore di tipo revocatorio (considerato errore di percezione) sia al «travisamento» (considerato, evidentemente, errore di valutazione). Nozione quest'ultima definita, a sua volta, con una locuzione unitaria, che include sia l'alterazione del fatto che quella della prova³³, e cioè tutti i possibili errori in cui il giudice può incorrere nell'attività di ricostruzione dei fatti di causa sulla base dell'attività (con la prima inscindibilmente correlata) di valutazione delle risultanze istruttorie; sempre che, ovviamente, tali errori si traducano in vero e proprio «travisamento» (del fatto o della prova).

Pertanto, ritengo che – al di là dell'errore di tipo revocatorio – la colpa grave per travisamento del fatto o della prova possa essere riscontrata anche nell'ambito dell'attività di valutazione dei fatti di causa sulla base del materiale probatorio acquisito, ogniqualvolta il giudice abbia operato un apprezzamento inesatto delle risultanze processuali che presenti caratteri di evidenza tali da sconfinare, appunto, in vero e proprio «travisamento», cioè in una valutazione dei fatti che alteri la verità processuale. In altri termini, incorre in colpa grave quel giudice che, nel valutare le risultanze processuali, abbia operato una ricostruzione dei fatti che appaia manifestamente carente, erronea o distorta, perchè priva di una plausibile giustificazione sul piano logico, e che, in quanto tale, abbia determinato un esito del giudizio diverso da quello che si sarebbe verificato ove il giudice non avesse alterato la verità processuale³⁴.

con l'essere una qualsiasi portata all'esame di un giudice che non abbia partecipato direttamente alla 'formazione della prova' (art. 111, comma 4, Cost.) – quale sarà mai l'errore di percezione valutabile dalla stessa?».

³³ L'una, o l'altra, o entrambe, non importa; ammesso che, in concreto, esse possano essere differenziate.

³⁴ Autorevole dottrina segnala l'incongruenza che deriva dalla possibilità di una condanna risarcitoria dello Stato per travisamento del fatto o delle prove, senza che il nostro sistema delle impugnazioni – in particolare, il ricorso per cassazione (v. art. 360, n. 5, c.p.c. e art. 606 c.p.p.) – offra rimedi per reintegrare la vittima di tali errori del magistrato, con la conseguenza di disporre una tutela (surrogata) di tipo risarcitorio che potrebbe risultare inadeguata rispetto ai principi del diritto dell'Unione Europea: cfr. F. AULETTA-G. VERDE, *La nuova responsabilità*, cit., 901 ss. Gli AA. ritengono che la lamentata incongruità potrebbe accelerare un ritorno all'antico – cioè, ad una maggiore sensibilità della Cassazione per il giudizio di

Mi sembra che, in tal modo, la fattispecie della colpa grave per travisamento del fatto o della prova risulti sufficientemente circoscritta, sicchè non paiono fondati i dubbi di legittimità costituzionale di chi ritiene che la nuova fattispecie introdotta dalla riforma abbia determinato una situazione interpretativa in cui nulla è chiaro, e ciò in conflitto con l'art. 111, comma 1, Cost. e il principio del giusto processo regolato dalla legge³⁵. D'altra parte, tali dubbi vengono posti in ragione dell'elasticità della norma che disciplina il merito della causa (*i.e.*: il diritto al risarcimento del danno); ma allora dubbi analoghi dovrebbero porsi tutte le volte in cui il legislatore disciplina la fattispecie sostanziale attraverso il ricorso a clausole generali (quali la «buona fede» o altre consimili formule). Se non sbaglio, però, l'art. 111, comma 1, Cost. intende sottrarre alla discrezionalità del giudice la regolamentazione degli atti o delle diverse fasi del processo, ma non intende affatto escludere che, in caso di norme che facciano uso di clausole generali per la disciplina del diritto sostanziale, il giudice possa pronunciare nel merito ricorrendo alla propria discrezionalità nell'applicazione della clausola generale.

5. - La nuova disciplina della responsabilità per colpa grave del magistrato e la garanzia costituzionale dell'indipendenza ed imparzialità del giudice.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, l'ampliamento della responsabilità per colpa grave può dar luogo a condizionamenti diretti ed indiretti nei confronti del giudice, e può pertanto rappresentare un attentato ai principi di indipendenza ed autonomia che caratterizzano l'esercizio della funzione giurisdizionale e alla correlata esigenza

fatto, attraverso la rivalutazione dell'autonomia del motivo di «falsa applicazione (...) di norme di diritto» (art. 360, n. 3, c.p.c.) – e che si profilino comunque dubbi sulla legittimità costituzionale di «una disciplina processuale che consente siano perpetuate le conseguenze di errori i quali, poi, potrebbero esporre lo Stato ad azioni di responsabilità, e i magistrati stessi a sanzioni (disciplinari: n.d.r.)». Sulla questione cfr., anche, G.F. RICCI, *Il «travisamento» del fatto*, cit., 1168, secondo cui la previsione della nuova fattispecie di colpa grave è tale da vanificare il principio del previo esaurimento delle impugnazioni per la proposizione del giudizio risarcitorio contro lo Stato (art. 4, comma 2, l. n. 117 del 1988), proprio in ragione del restringimento dell'ambito entro il quale la Suprema Corte può sindacare il giudizio di fatto.

³⁵ G.F. RICCI, *Il «travisamento» del fatto*, cit., 1164 ss., 1169 ss.

di salvaguardare l'imparzialità del magistrato. Taluno ha evidenziato che l'azione risarcitoria potrebbe rappresentare un indebito strumento di pressione nei confronti del giudice, tale da «indurlo ad una giurisprudenza difensiva ispirata a conformismo giudiziario»³⁶. In particolare, è stato sottolineato il pericolo di azioni di responsabilità – magari, velleitarie ed infondate – proposte al solo scopo di presentare istanza di ricusazione nei confronti del magistrato coinvolto nell'azione civile, e liberarsi in tal modo di magistrati scomodi, o temuti, o sgraditi³⁷.

Non mi sembra, tuttavia, che la lettura dell'art. 2, l. n. 117 del 1988 proposta in queste pagine e l'abolizione del preventivo controllo di am-

³⁶ Così, V.M. CAFERRA, *Il processo*, cit., 125 ss., 128, secondo cui il rischio suindicato è concreto in caso di responsabilità diretta del magistrato, ma non si può escludere anche in caso di rivalsa dello Stato per i suoi riflessi in ordine alla responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile. L'A., tuttavia, aggiunge che, in un ordinamento multilivello (che garantisce i diritti fondamentali attraverso un 'giusto processo'), «la questione di politica del diritto che si pone per la responsabilità civile dei magistrati si risolve con la ricerca di un giusto equilibrio, che garantisca la più ampia ed effettiva tutela del cittadino da parte dello Stato, e che invece faccia azionare la rivalsa nei confronti del magistrato solo nei casi di sua negligenza inescusabile o dolo». Cfr., altresì, S. DI AMATO, *Errore del giudice*, cit., 4 ss.; nonché, G. SANTACROCE, *Responsabilità civile dei magistrati*, Editoriale, in *Giustiziacivile.com*, 11 settembre 2015, 3, il quale, a proposito del «travisamento del fatto o delle prove», ritiene che la legge, con formula ambigua, incentivi i giudici ad optare «per vie interpretative più accomodanti e per decisioni meno rischiose per le proprie tasche, quando siano in gioco grossi interessi e forti protagonisti» ed aggiunge, poi, che «il giudice, che è pur sempre un uomo che tiene famiglia, penserà più a se stesso che alla vicenda sottoposta al suo esame, adottando la soluzione più cautelativa, quella che meglio gli consentirebbe di difendersi nell'eventuale giudizio di responsabilità».

³⁷ In tal senso, cfr., ad es., G. SANTACROCE, *Responsabilità civile dei magistrati*, cit., 4; V.M. CAFERRA, *Il processo al processo*, cit., 127.

Cfr., pure, Trib. Verona (ord.) 12 maggio 2015, in *Federalismi.it*, n. 11 del 03 giugno 2015, 4 ss., spec. 8, che ha tra l'altro sollevato la questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 2, commi 2 e 3, l. n. 117 del 1988 (come modificato dall'art. 2, l. n. 18 del 2015), per contrasto con gli artt. 101, comma 2, e 111, comma 2, Cost., rilevando anche che la nuova fattispecie del travisamento del fatto o delle prove difetta di sufficiente tipizzazione e conseguentemente offre «ampia possibilità di condizionare l'esercizio della funzione giurisdizionale ed anche di favorire il contenzioso».

La questione di costituzionalità è stata, peraltro, sollevata in un processo di opposizione a decreto ingiuntivo riguardante il pagamento di alcune forniture di prodotti agrari. La rilevanza della questione è stata, nella specie, affermata perché le nuove norme sulla responsabilità civile del magistrato – per quanto non direttamente applicabili nel giudizio *a quo* – devono comunque ritenersi in esso influenti, in quanto concretamente e immediatamente produttive di una responsabilità potenziale del giudice *a quo*.

Sulla dubbia rilevanza della questione cfr. G. VERDE, *Una questione di legittimità dalle basi fragili*, in *Guida dir.*, 6 giugno 2015, 26 ss., secondo cui non appaiono chiari i motivi per i quali il giudice remittente ritenga che le nuove norme sulla responsabilità civile dei magistrati non gli consentissero di provvedere; egli, infatti, «avrebbe dovuto precisare che cosa lo turbava a tal punto da non poter provvedere sulla istanza di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo».

missibilità del giudizio promosso contro lo Stato previsto dall'abrogato art. 5, l. n. 117 del 1988³⁸ prestino il fianco ai suindicati dubbi di legittimità costituzionale.

Certamente, non si intendono qui ignorare i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. In particolare, già nel vigore della vecchia disciplina codicistica (artt. 55, 56 e 74 c.p.c.), la Consulta ha statuito che le garanzie di indipendenza ed imparzialità non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla attività giurisdizionale in senso stretto; con la conseguenza che l'estensione allo Stato della responsabilità civile dei pubblici funzionari *ex* art. 28 Cost. va affermata non solo per l'attività amministrativa, ma anche per quella giurisdizionale³⁹. A sua volta, l'art. 28 Cost. – nel prevedere la responsabilità dei pubblici funzionari – lascia spazio ad una varietà di scelte legislative, anche se non illimitate; bisogna, infatti, tener conto delle peculiarità delle funzioni giudiziarie che richiedono cautele e limiti alla responsabilità del magistrato, a tutela della indipendenza ed autonomia delle sue funzioni⁴⁰. Tuttavia, non va dimenticato che la nostra Costituzione garantisce a tutti la tutela giurisdizionale per tutte le violazioni dei loro diritti (art. 24 Cost.), incluso il diritto al risarcimento dei danni provocati dal magistrato. In una diversa prospettiva, poi, il diritto alla tutela giurisdizionale deve trovare attuazione in un processo che presenti i connotati del «giusto processo», ai sensi dell'art. 111 Cost. Al riguardo, va riconosciuta al giudice – unitamente all'avvocato – l'essenziale funzione di garantire agli utenti della

³⁸ Su quest'ultimo punto v., *amplius*, § 6.

³⁹ Cfr. Corte cost. 14 maggio 1968, n. 2, in *Giur. cost.*, 1968, 288 ss., con nota di E. CASSETTA, *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici – una illusione del costituente?*, in *Foro amm.*, 1968, II, 1193 ss., con nota di P.A. CAPOTOSTI, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, con nota di T. SEGRÉ, *Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale*.

Per un'analisi ulteriore dei principi posti dalla sentenza, con riferimento alla cornice normativa in vigore prima del referendum che nel 1987 ha condotto all'abrogazione degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., cfr. V. VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna, 1984, 44 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 780 ss.

⁴⁰ Cfr. Corte cost. 3 febbraio 1987, n. 26, in *Giur. cost.*, 1987, I, 149, che tra l'altro richiama la precedente pronuncia del 1968 (v. nota precedente). Cfr. anche Corte cost. 19 gennaio 1989, n. 18, in *Foro it.*, 1989, I, 305.

giustizia l'effettività della tutela dei loro diritti nella singola controversia, attraverso appunto un processo equo. Riguardato dal punto di vista del suo prodotto finale – il provvedimento giurisdizionale –, è «giusto» quel processo che riesce «a dare concreta e fedele attuazione a quell'assetto di interessi astrattamente delineato dal diritto sostanziale»⁴¹. Non mi pare che possa ritenersi «giusto» un processo regolato da un sistema processuale che non preveda rimedi adeguati, atti a scongiurare l'abuso e l'esercizio di poteri arbitrari da parte del giudice.

La già evidenziata possibilità di scelte plurime in punto di responsabilità *ex* art. 28 Cost. comporta, a mio avviso, che la razionalità/ragionevolezza della scelta del legislatore del 2015 – ampliare la responsabilità dello Stato per colpa grave del magistrato – debba essere valutata sulla base di un necessario bilanciamento dei diversi principi costituzionali sopra richiamati.

Se non vado errato, nei casi di manifesta violazione della legge o del diritto dell'UE, o di travisamento del fatto o delle prove, o di errore di fatto di tipo revocatorio, il giudice viene meno alla sua essenziale funzione di giudicare e garantire così l'effettività della tutela giurisdizionale e del diritto di difesa. In questi casi, infatti, la soccombenza nella causa non rappresenta un effetto «normale» dell'attività decisoria del magistrato e dei suoi (sempre possibili) errori di giudizio, ma è conseguenza di errori manifesti nella applicazione della legge o nella ricostruzione dei fatti e, in quanto tale, rappresenta una grave «anomalia».

Da qui la ragionevolezza della scelta del legislatore di estendere la responsabilità dello Stato anche alle ipotesi sopra considerate. Da un lato, l'ordinamento appresta in tal modo un rimedio (sia pure soltanto risarcitorio) a favore dell'utente della giustizia il cui diritto sia rimasto insoddisfatto – in tutto o in parte, in via “interinale” o permanente – a causa della suindicata «anomalia». Dall'altro lato, la previsione della responsabilità dello Stato può rappresentare una remora per il magistrato a commettere illeciti (civili) così gravi. Ciò, sia per l'eventualità della successiva azione di rivalsa – limitata, però, ai soli casi in cui la colpa grave sia connotata da negligenza

⁴¹ COSÌ, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Bari, 2015, 68.

inescusabile –; sia per il correlato esercizio dell'azione disciplinare ⁴². Né va dimenticato che, sul piano «morale», una eventuale condanna dello Stato può avere conseguenze negative per l'immagine professionale del magistrato.

D'altra parte, se si analizza la questione con animo sereno e distaccato

⁴² La responsabilità disciplinare rappresenta un ulteriore strumento di tutela del cittadino, ancorché indiretto, contro le possibili degenerazioni dell'amministrazione della giustizia e risulta, pertanto, complementare rispetto alla responsabilità civile, anche se l'utente della giustizia non trae alcun vantaggio diretto dall'eventuale condanna del magistrato in sede disciplinare: cfr. G. CIANI, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, in *Foro it.*, 2015, V, 333, secondo cui è incontestabile che la responsabilità disciplinare svolga «una funzione di prevenzione speciale e generale nei confronti di potenziali errori nello svolgimento dell'attività giudiziaria».

D'altra parte, pur con il limite previsto dall'art. 6, comma 2, l. n. 117 del 1988 (per cui la decisione pronunciata nel giudizio risarcitorio contro lo Stato «non fa stato nel procedimento disciplinare») non vi è alcuna preclusione alla coesistenza della responsabilità civile e di quella disciplinare. Tant'è vero che l'art. 20, comma 1, d.lgs. n. 109 del 2006 dispone espressamente che l'azione disciplinare può essere promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno e che l'art. 9, l. n. 117 del 1988, nel prevedere l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare, fa salvo il caso in cui l'azione «non sia stata già proposta».

Dopo la riforma e l'eliminazione del preventivo vaglio di ammissibilità dell'azione promossa contro lo Stato (già previsto dall'abrogato art. 5, l. n. 117 del 1988), il nuovo art. 9, comma 1, l. n. 117 del 1988 continua a disporre l'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione disciplinare «per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento». Per effetto dell'abrogazione dell'art. 5, l. n. 117 del 1988 è però venuta meno la previsione dell'obbligo del tribunale, a seguito della pronuncia che dichiara ammissibile la domanda risarcitoria contro lo Stato, di trasmettere gli atti ai titolari dell'azione disciplinare. Contestualmente, l'art. 9, comma 1, l. n. 117 del 1988 non dispone più che l'azione debba essere esercitata entro due mesi dalla predetta comunicazione.

Al riguardo, è stata sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione della garanzia dell'indipendenza del giudice, in quanto oggi l'obbligo dell'esercizio dell'azione disciplinare prescinderebbe dal preventivo vaglio di ammissibilità della domanda di risarcimento proposta contro lo Stato e consentirebbe, così, al danneggiato di condizionare la serenità del giudice e quindi l'esercizio della funzione giurisdizionale (provocandone anche l'astensione nel giudizio *a quo*), semplicemente rendendo «noti alla Procura generale presso la Corte di Cassazione gli assunti esposti nel giudizio risarcitorio nei confronti dello Stato, per quanto essi possano essere manifestamente infondati»: così, Trib. Verona (ord.) 12 maggio 2015, cit., 10 ss.

Al di là della sua dubbia rilevanza (v., *retro*, nota 37), non mi sembra che la questione sia fondata. In primo luogo, l'azione di responsabilità contro lo Stato può essere promossa, in linea di massima, solo quando il magistrato si è ormai spogliato del processo *a quo* e non sussiste più alcun pericolo di astensione (v., *infra*, testo e nota 45). In secondo luogo, nel silenzio della legge, il significato della disposizione in esame va adeguato ai principi costituzionali che regolano la materia: sembra allora corretto ritenere che la comunicazione debba essere fatta soltanto in caso di condanna dello Stato, e non prima (secondo taluno, addirittura dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna: G. CIANI, *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, cit., 335, secondo cui solo a decorrere da tale momento può affermarsi con certezza che il magistrato ha posto in essere un comportamento potenzialmente suscettibile di valutazione in sede disciplinare).

(senza pregiudizi di ordine politico o corporativo), mi pare che – anche a prescindere da ogni bilanciamento con gli altri principi costituzionali – l'estensione della responsabilità dello Stato ai casi di colpa grave sopra richiamati non rappresenti comunque un attentato alla indipendenza ed imparzialità di giudizio del magistrato.

In primo luogo, non mi pare che il giudice che operi secondo scienza e coscienza possa essere indotto, dall'estensione in parola, ad una «giurisprudenza difensiva», come da più parti si teme. Se, infatti, si tiene conto dei parametri più sopra indicati ⁴³, il magistrato può, senza remore, mettere in discussione una tesi unanimemente accreditata presso gli operatori del settore ovvero può pronunciarsi su interessi e questioni nuove: l'unico limite è rappresentato dalla necessità di una plausibile giustificazione sul piano logico. Ma proprio in ciò riposa l'essenza del «giudicare»: se il giudice si comporta da giudice, non ha nulla da temere. Alla medesima conclusione si giunge nel caso di travisamento del fatto o delle prove. Ancor qui, infatti, secondo i parametri sopra richiamati ⁴⁴, la colpa grave ricorre quando il giudice, nella valutazione delle risultanze processuali, abbia operato una ricostruzione dei fatti che appaia manifestamente carente, erronea o distorta; non abbia, cioè, una plausibile giustificazione sul piano logico. Ancor qui, se il giudice si comporta da giudice non ha nulla da temere.

In secondo luogo, non sembra per niente realistico il paventato pericolo di un uso strumentale dell'azione di responsabilità, diretta semplicemente a provocare astensioni o rikusazioni del magistrato che ha pronunciato il provvedimento lesivo o tenuto il comportamento dannoso.

Da un lato, l'art. 4, comma 2, l. n. 117 del 1988 esclude, in linea di massima, pericolose interferenze e sovrapposizioni tra azione di responsabilità e procedimento nel cui ambito si è verificato il fatto lesivo. Tranne alcune ipotesi, piuttosto limitate, l'azione di responsabilità non può essere proposta quando è ancora in corso il giudizio in cui si è verificato il fatto lesivo e il magistrato (preteso) responsabile opera ancora nel processo ⁴⁵. Di

⁴³ V., *retro*, §3.

⁴⁴ V., *retro*, § 4.

⁴⁵ Sul punto, mi sia consentito rinviare a R. MARTINO, *Competenza e termini*, in *La responsabilità civile dello Stato giudice* (Commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), a cura

conseguenza, già per questo motivo, è (quasi del tutto) escluso il rischio di astensioni o ricusazioni nel giudizio in cui è stato pronunciato il provvedimento lesivo.

Dall'altro lato, tale pericolo non sembra ricorrere nemmeno nei pochi casi in cui l'azione di responsabilità può essere proposta nel corso del processo *a quo*. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che i casi previsti dall'art. 51, comma 1, c.p.c. sono tassativi e quindi soggetti a stretta interpretazione. Conseguentemente, la «causa pendente» tra ricusato e ricusante, ai sensi dell'art. 51, comma 1, n. 3), «non può essere costituita dal giudizio di responsabilità di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, che non è un giudizio nei confronti del magistrato, bensì nei confronti dello Stato»⁴⁶. Se così è,

di N. PICARDI-R. VACCARELLA, (estratto dalle *Nuove leggi civ.*, 1989, 1203 ss.), Padova, 1990, 103 ss., spec. 106 ss. Come si è accennato nel testo, peraltro, la previsione contenuta nell'art. 4, commi 2, 3 e 4, l. n. 117 del 1988 non vale a scongiurare sempre e comunque la contemporanea pendenza del giudizio di responsabilità e del procedimento nel quale si è verificato il fatto lesivo.

In particolare, se il danno è provocato da un provvedimento cautelare poi eliminato a seguito del vittorioso esperimento del rimedio previsto dalla legge (il reclamo), la domanda risarcitoria risulta proponibile quando è ancora in corso il processo nell'ambito del quale è stato pronunciato il provvedimento.

In secondo luogo, qualora il danno derivi da un provvedimento non soggetto a specifici rimedi, né a modifica o revoca, ovvero da un atto o comportamento del giudice, l'azione di responsabilità può essere proposta solo dopo l'esaurimento del grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno. Tuttavia, se sono decorsi tre anni dalla data del fatto e il magistrato è ancora investito del processo, l'azione diventa proponibile (art. 4, comma 3).

Infine, in caso di diniego di giustizia l'azione è esperibile – a procedimento in corso – quando sia decorso inutilmente il termine entro il quale il magistrato avrebbe dovuto provvedere sull'istanza della parte (art. 3, l. n. 117 del 1988); da tale momento decorre, infatti, il termine di decadenza previsto per l'esercizio dell'azione.

Nei casi suindicati, peraltro, la proposizione dell'azione di responsabilità comunque non fa scattare l'obbligo di astensione, alla luce di quanto si dirà più avanti.

⁴⁶ Così, Cass. sez. un. 22 luglio 2014, n. 16627, in *Foro amm.*, 2014, 3055. Da ultimo, nello stesso senso, cfr. Cass. sez. un. 23 giugno 2015, n. 13018, *ivi*, 2015, 2485, secondo cui nel sistema della legge n. 117 del 1988 (anche dopo la legge n. 18 del 2015) il magistrato la cui condotta è valutata nel giudizio risarcitorio contro lo Stato non potrà mai assumere la qualità di debitore della parte privata.

Con riferimento alle ipotesi di astensione e ricusazione nel giudizio penale (artt. 36 e 37 c.p.p.), cfr. nel medesimo senso Cass. pen. 18 marzo 2015, n. 16924, in *Guida dir.* 2015, fasc. 20, 86, la quale ribadisce che l'azione risarcitoria contro lo Stato – anche in caso di intervento del magistrato *ex art.* 6, l. n. 117 del 1988 – non costituisce ragione idonea e sufficiente a fondare un'utile ricusazione «vuoi perché, come detto, il magistrato non assume la qualità di debitore della parte (art. 37, in relazione all'art. 36, lett. a), c.p.p.), vuoi perché tale situazione neppure configura la condizione dell'inimicizia grave (art. 37, in relazione all'art. 36, lett. d), c.p.p.) perché l'instaurazione della causa civile (come anche la denuncia penale) costituisce fatto riferibile solo alla parte e non al magistrato e non può ammettersi che sia rimessa alla

va altresì escluso il pericolo di astensioni e ricusazioni con riferimento ad altri (successivi) processi di cui viene investito il magistrato (preteso) responsabile e nei quali risulti parte il (preteso) danneggiato.

Né appare rilevante il richiamo alla possibilità di astensione facoltativa prevista dall'art. 51, comma 2, c.p.c.⁴⁷. E ciò proprio per il carattere eventuale (e non obbligatorio) dell'astensione, e per la conseguente esclusione di alcuna possibilità di automatismo legato all'iniziativa discrezionale della parte (pretesa) danneggiata; nonchè per la considerazione che le «gravi ragioni» certamente non ricorrono in caso di domande pretestuose contro lo Stato.

Infine, quantunque forse non ce ne sarebbe stato bisogno – considerata la particolare gravità delle fattispecie di colpa delineate dall'art. 2 – il nuovo art. 7, l. n. 117 del 1988 stabilisce che la responsabilità in rivalsa del magistrato nei confronti dello Stato sussiste solo se la violazione di legge o il travisamento del fatto o delle prove siano stati determinati da (dolo o) negligenza inescusabile. Considerate le già esaminate posizioni assunte dalla giurisprudenza in ordine alla nozione di negligenza «inescusabile»⁴⁸, la norma rafforza ulteriormente lo scudo protettivo rappresentato dalla responsabilità diretta dello Stato, a garanzia dell'indipendenza ed autonomia di giudizio del magistrato.

646

6. - (Segue): l'abolizione del preventivo vaglio di ammissibilità dell'azione risarcitoria contro lo Stato.

La questione della legittimità costituzionale della nuova disciplina della responsabilità del magistrato è stata, peraltro, sollevata anche in relazione all'abrogazione dell'art. 5, l. n. 117 del 1988 e all'abolizione del procedimento di ammissibilità della domanda contro lo Stato, ivi previsto⁴⁹.

Come è noto, ai sensi del previgente art. 5, l. n. 117 del 1988, dopo

discrezionale iniziativa della parte la scelta di chi lo deve giudicare». V. anche, *infra*, § 6, testo e nota 60.

⁴⁷ Cfr. Trib. Verona (ord.) 12 maggio 2015, cit., 10.

⁴⁸ V., *retro*, § 2, testo e note 8, 9, 10 e 11.

⁴⁹ Sui dubbi di legittimità costituzionale in ordine all'eliminazione del filtro di ammissibilità, cfr., per tutti, G. AMOROSO, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria*, in *Questione giustizia*, 2015, n. 3, 181 ss., spec. 183 ss.

l'instaurazione del giudizio risarcitorio contro lo Stato il collegio doveva deliberare in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda, con particolare riferimento al rispetto dei termini e delle condizioni previste, per la proposizione della domanda medesima, dagli artt. 2, 3 e 4 e alla sua manifesta infondatezza⁵⁰. A tutela delle ragioni dell'attore, l'art. 5, comma 4, prevedeva l'impugnativa soltanto avverso il decreto che dichiarava l'inammissibilità (reclamo davanti alla Corte di appello e successivo ricorso per cassazione). La conseguente inimpugnabilità del decreto che pronunciava l'ammissibilità della domanda risultava, peraltro, pienamente giustificata dal fatto che la disposizione in esame disciplinava il procedimento *de quo* come una fase meramente interna ad un unitario giudizio di merito, sicchè il provvedimento di ammissibilità aveva l'unico effetto di consentire la prosecuzione nel merito (art. 5, comma 5), senza pregiudicare la decisione della causa. Al contrario, la pronuncia di inammissibilità si risolveva in un rigetto della domanda, ed era quindi autonomamente impugnabile⁵¹.

L'abrogazione del procedimento di ammissibilità della domanda (art. 3, comma 2, l. n. 18 del 2015) trova la sua immediata spiegazione nell'intenzione di semplificare il processo e assicurare maggiore effettività alla tutela riparatoria accordata al danneggiato⁵². Difatti, sin dalla travagliata approvazione dell'art. 5 della legge Vassalli il cosiddetto filtro all'azione di responsabilità è stato considerato, a torto o a ragione, come una tutela ecces-

Lamentando proprio una violazione dei principi di indipendenza ed imparzialità del giudice, oltre che del principio del giudice naturale, Trib. Verona (ord.) 12 maggio 2015, cit., 9 ss. ha proposto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, l. n. 18 del 2015, che ha eliminato il filtro di ammissibilità, e dell'art. 6, l. n. 18 del 2015, che ha modificato l'art. 9, comma 1, l. n. 117 del 1988 imponendo l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento già solo a seguito della sua proposizione, e non più a seguito della comunicazione del provvedimento che accerta l'ammissibilità dell'azione medesima. Sul merito della questione v. quanto già rilevato, *retro*, nel paragrafo precedente, alla nota 42; nonché quanto si dirà, *infra*, nel testo.

⁵⁰ Sulle ipotesi di inammissibilità descritte dalla legge con riferimento ai «termini o ai presupposti di cui agli artt. 2, 3 e 4 e sulla manifesta infondatezza, cfr., per tutti, A. PROTO PISANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 1988, V, 409 ss., 421; R. VACCARELLA, *Ammissibilità della domanda*, in *La responsabilità civile dello Stato giudice (Commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)*, a cura di N. PICARDI-R. VACCARELLA, (estratto delle *Nuove leggi civ.*, 1989, 1203 ss.), Padova, 1990, 111 ss., 116 ss.

⁵¹ In tal senso, cfr. Corte cost. 29 gennaio 2005, n. 67, in *Foro it.*, 2005, I, 1302.

⁵² Così, la *Relazione al d.d.l. n. 1626*, cit., 6.

siva per il magistrato rispetto al pericolo di azioni «temerarie» e «ricattatorie», tale comunque da dilatare a dismisura i tempi del processo⁵³.

Nel contempo, però, l'abolizione del filtro risponde anche ad una ben precisa funzione ideologica della responsabilità civile. Essa, infatti, «dovrebbe contribuire a creare l'immagine di un giudice che non gode di privilegi o esenzioni, di un giudice autorevole ma non autoritario»⁵⁴.

Come si è già accennato, resta tuttavia aperta la questione se l'abrogazione dell'art. 5 si ponga in contrasto con il principio di indipendenza ed autonomia del magistrato; ovvero se essa sia il frutto di una scelta legislativa non (manifestamente) irragionevole, nell'ambito della discrezionalità tecnica che indubbiamente compete al legislatore quando si tratta di forgiare gli strumenti procedurali per la tutela dei diritti⁵⁵.

Al fine di giustificare l'abrogazione dell'art. 5, l. n. 117 del 1988, non sembra del tutto conferente il richiamo alla decisione della Consulta che ha dichia-

⁵³ È sufficiente, qui, ricordare che nel corso dell'iter di approvazione della legge n. 117 del 1988 da più parti è stata sottolineata l'eccessiva difficoltà dell'esercizio dell'azione di responsabilità sotto il profilo dell'abnorme durata del procedimento, lamentando in particolare che «il cittadino potrà ottenere soddisfazione solo dopo una defatigante procedura», a partire dalle impugnazioni da esperire nel processo *a quo* per passare, poi, attraverso i tre gradi del giudizio di ammissibilità, i tre gradi del giudizio contro lo Stato e, infine, quelli dell'azione di rivalsa: cfr. gli interventi dei Senn. Misserville, Strik Lievers e Pollice nella seduta del 5 febbraio 1988. Il carattere fortemente polemico di tale affermazione non può, peraltro, sfuggire, ove si consideri che per «soddisfazione del cittadino» non si intende, con tutta evidenza, il risarcimento del danno da parte dello Stato bensì la condanna del magistrato nel giudizio di rivalsa.

⁵⁴ L'espressione è tratta da A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità*, cit., 254, anche se è ivi riferita – non al filtro di ammissibilità, in particolare, ma – alla funzione ideologica della responsabilità civile, in generale, e alle ricadute sull'opinione pubblica della previsione di eventuali condizioni, vincoli e limiti per la responsabilità medesima. Cfr., tuttavia, R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in *Foro it.*, 2015, V, 346 ss., spec. 349 ss., secondo cui, a causa delle motivazioni invocate per la sua eliminazione (duplicazione dei gradi di giudizio, abuso del meccanismo da parte dei magistrati, ecc.), l'abolizione del vaglio di ammissibilità della domanda «non può che suonare come un giudizio fortemente negativo sui magistrati e rischia di creare un senso di angoscia per i cittadini che comunque sempre a quei magistrati dovranno rivolgere la loro richiesta di risarcimento».

⁵⁵ Secondo una consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, nella disciplina degli istituti processuali vige il principio della discrezionalità ed insindacabilità delle scelte operate dal legislatore, nel limite della loro non manifesta irragionevolezza: cfr., ad es., Corte cost. (ord.) 2 luglio 2012, n. 174, in *Giur. cost.*, 2012, 4, 2578; Corte cost. (ord.) 15 aprile 2011, n. 141, in *Giur. cost.*, 2011, 2, 1811; Corte cost. (ord.) 28 aprile 2010, n. 164, in *Giur. cost.*, 2010, 3, 1999; nonché, di recente, Corte cost. 23 gennaio 2013, n. 10, in *Giur. cost.*, 2013, 1, 239, con nota di Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria nel processo civile*. Successivamente, nel medesimo senso, cfr. Corte cost. (ord.) 12 luglio 2013, n. 190, in *Giur. cost.*, 2013, 2728; Corte cost. 10 marzo 2014, n. 42, in *Giur. cost.*, 2014, 976.

rato l'illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c. e del giudizio di ammissibilità dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale⁵⁶. Difatti, la declaratoria di incostituzionalità poggia sulla considerazione che il giudizio di ammissibilità *ex art. 274 c.c.* consiste in un'autonoma fase, articolata in più gradi di giudizio, prodromica al giudizio di merito e tuttavia priva di qualsiasi funzione, in quanto il provvedimento di inammissibilità non è suscettibile di passare in giudicato e l'istanza di riconoscimento può essere reiterata, esponendo il convenuto ad iniziative vessatorie dalle quali quest'ultimo potrebbe non essere mai definitivamente al riparo. L'intrinseca manifesta irragionevolezza della norma ne determina l'illegittimità costituzionale per contrasto con i precetti della ragionevole durata del processo e del diritto alla tutela giurisdizionale.

Viceversa, il preventivo vaglio di ammissibilità dell'azione di responsabilità contro lo Stato era disciplinato come una fase meramente interna dell'unitario giudizio di merito; con conseguente passaggio in giudicato della pronuncia di inammissibilità (per la quale la norma in esame prevedeva termini piuttosto brevi) e, al contrario, prosecuzione del giudizio di merito in caso di pronuncia di ammissibilità⁵⁷. Si tratta di fattispecie del tutto diversa rispetto a quella prevista dall'art. 274 c.c.: ad essa è perciò estranea la *ratio decidendi* della decisione della Consulta, più sopra richiamata.

Ciò non significa, tuttavia, che l'abolizione del giudizio di ammissibilità rappresenti il frutto di una scelta manifestamente irragionevole del legislatore, ove la si valuti nel quadro di un complessivo bilanciamento tra il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale in un tempo ragionevole (artt. 24 e 111 Cost.) e l'esigenza di salvaguardare l'indipendenza ed autonomia di giudizio del magistrato.

Innanzitutto, l'abrogazione dell'art. 5, l. n. 117 del 1988 comporta, come unica conseguenza, che le fattispecie di inammissibilità ivi previste possono oggi dar luogo alla rimessione immediata al collegio *ex art. 187, comma 2, c.p.c.*, demandata alla valutazione discrezionale del giudice istruttore. Se, infatti, ad avviso dell'istruttore, la domanda risarcitoria sia manifestamente infondata ovvero non siano stati rispettati i termini o i

⁵⁶ Cfr. Corte cost. 10 febbraio 2006, n. 50, in *Giur. cost.*, 2006, I, 446.

⁵⁷ V., *retro*, testo e nota 51.

presupposti degli artt. 2, 3 e 4, l. n. 117 del 1988, la causa risulta matura per la decisione (di rigetto della domanda) e può essere rimessa al collegio, senza necessità di apposita istruttoria.

Sotto il profilo della durata ragionevole del processo, non sembra che il vaglio preventivo di ammissibilità della domanda rappresenti una soluzione più funzionale rispetto alla possibilità di rimessione (immediata) al collegio, ai sensi dell'art. 187, comma 2, c.p.c. Sicuramente, tutte le volte in cui il collegio, in primo grado, avrebbe dovuto dichiarare l'ammissibilità della domanda *ex art.* 5 l. n. 117 del 1988, l'abolizione del giudizio di ammissibilità consente di risparmiare alla parte privata i tempi morti che esso comportava. Ciò ancor più, nell'ipotesi di pronuncia di ammissibilità da parte della Corte di Cassazione a seguito dell'*iter* impugnatorio del provvedimento di inammissibilità⁵⁸. Né si può obiettare che i termini previsti dall'art. 5, per la pronuncia del provvedimento di inammissibilità e per le relative impugnazioni, erano piuttosto ristretti. Si trattava di termini non perentori e quindi normalmente superabili, specialmente in considerazione del carico di lavoro dei tribunali e delle corti di appello e, in particolare, della Corte di Cassazione⁵⁹.

In ordine, poi, alla necessità di tutelare l'indipendenza e l'autonomia di giudizio del magistrato, mettendolo al riparo da azioni «temerarie» proposte unicamente con finalità «ricattatorie» – dirette, cioè, all'esclusivo fine, per l'attore, di intimorire il giudice che deve giudicarlo e così minare il suo giudizio –, si è già rilevato, nel precedente paragrafo, che tale pericolo in realtà non sussiste: da un lato, l'art. 4, comma 2, l. n. 117 del 1988 esclude,

⁵⁸ Cfr., sul punto, G. SCARSELLI, *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, 2015, V, 326 ss., spec. 329 ss., secondo cui il filtro di ammissibilità ha costituito «solo un moltiplicatore di procedimenti relativi ai medesimi fatti storici» ed ha rappresentato una irragionevole limitazione al diritto d'azione garantito costituzionalmente in modo uguale avverso tutti.

⁵⁹ Al fine di assicurare il rispetto dei termini sopra indicati, l'art. 5, comma 4, disponeva che – una volta scaduti tali termini – la parte poteva presentare l'istanza *ex art.* 3, per ottenere la pronuncia del provvedimento; con conseguente possibilità di intentare una nuova azione di responsabilità contro lo Stato per diniego di giustizia. L'esperienza insegna, tuttavia, che la preventiva “messa in mora” costituisce una sensibile remora all'attuazione concreta dell'istituto della responsabilità civile: molto spesso la parte rinuncia a sollecitare (con la minaccia dell'azione risarcitoria) la pronuncia del provvedimento, per non correre il rischio di un provvedimento quanto meno affrettato, per non dire altro. Da qui, la scarsa utilità della disposizione in esame.

in linea di massima, che l'azione risarcitoria contro lo Stato possa essere esercitata quando il giudice sia ancora investito del giudizio *a quo*; dall'altro lato, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali del tutto prevalenti, non pare concreto il rischio di astensioni e ricusazioni del magistrato, anche in processi diversi da quello in cui è stato commesso l'illecito, e ciò anche quando il magistrato sia intervenuto nel giudizio risarcitorio contro lo Stato, ai sensi dell'art. 6, l. n. 117 del 1988⁶⁰. Inoltre, il rischio di azioni strumentali è comunque scongiurato dalla possibilità di rimessione immediata in decisione *ex art.* 187, comma 2, c.p.c. delle domande palesemente infondate o inammissibili e dal collegato strumento della responsabilità aggravata, che oggi – a differenza di quanto previsto all'epoca dell'entrata in vigore della l. n. 117 del 1988 – consente al giudice di irrogare una sanzione pecuniaria anche in assenza di ogni prova sul danno (art. 96, comma 3, c.p.c.).

Non va, poi, dimenticato che la disciplina del giudizio di ammissibilità si caratterizza(va) per una duplice forzatura del sistema delle impugnazioni, resa necessaria dall'esigenza di contenere i tempi complessivi del giudizio ed eliminare ogni dubbio di legittimità costituzionale.

⁶⁰ V., *retro*, il paragrafo precedente, testo e note 45 e 46. Non sembra possa accogliersi la diversa tesi per cui l'obbligo di astensione ricorrerebbe comunque in caso di intervento del magistrato nel giudizio risarcitorio (in tal senso, cfr. G. AMOROSO, *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale*, 184). La conclusione sopra richiamata nel testo non cambia, infatti, anche in quest'ultimo caso. Anche in caso di intervento va esclusa l'instaurazione di un rapporto diretto parte / magistrato che possa condurre alla qualificazione di quest'ultimo come debitore – anche solo potenziale – della prima (cfr., spec., Cass. pen. 18 marzo 2015, n. 16924, cit.; Cass. sez. un. 23 giugno 2015, n. 13018, cit.). Nel senso che, nell'impianto generale della legge Vassalli, il cittadino e il magistrato non possono mai essere i contraddittori in ordine all'imputabilità del comportamento, atto o provvedimento causativo di danno a dolo o colpa grave del magistrato, cfr. già R. VACCARELLA, *Intervento del magistrato nel giudizio*, in *La responsabilità civile dello Stato giudice (Commentario alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)*, a cura di N. PICARDI-R. VACCARELLA, (estratto dalle *Nuove leggi civ.*, 1989, 1203 ss.), Padova, 1990, 130, secondo cui «nonostante quell'imputabilità sia comune alle fattispecie da cui scaturiscono sia il diritto al risarcimento del danno sia il diritto alla rivalsa, i relativi giudizi debbono essere distinti e debbono svolgersi tra un solo soggetto comune (lo Stato) e due diversi soggetti».

Con riferimento specifico al pericolo che l'abolizione del filtro di ammissibilità possa attentare alla serenità ed imparzialità di giudizio del magistrato, G. SCARSELLI, *L'eliminazione del filtro*, cit., 330 sottolinea con fermezza: «non v'è alcun intreccio fra l'esercizio della funzione giurisdizionale e la posizione personale del giudice, né alcuna facoltà di agire immediatamente nei confronti del magistrato, poiché l'azione civile del magistrato, anche con la nuova l. n. 18 del 15, può essere esercitata sempre e solo nei limiti dell'art. 4, 2° comma, l. 117/1988, e quindi a distanza di tempo rispetto al fatto e al processo che l'hanno generata».

Mi riferisco, in primo luogo, alla reclamabilità del solo decreto di inammissibilità e alla conseguente previsione di una speciale impugnazione *secundum eventum litis*. La previsione di un'analogo facoltà di reclamo anche avverso il decreto di ammissibilità avrebbe conferito piena autonomia al relativo giudizio e avrebbe determinato, sempre e comunque, «la frantumazione in più giudizi della cognizione della fattispecie costitutiva del diritto»⁶¹; con conseguente, possibile violazione della garanzia costituzionale del diritto alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), in considerazione delle eccessive difficoltà frapposte all'esercizio dell'azione⁶².

In secondo luogo, nell'ambito del giudizio di ammissibilità si profila(va) anche una peculiare ipotesi di giudicato *secundum eventum litis*. Ai sensi dell'art. 5, commi 4 e 5, l. n. 117 del 1988, in caso di ricorso per cassazione la Suprema Corte, «ove annulli il provvedimento di inammissibilità della corte di appello, dichiara ammissibile la domanda» e rimette «per la prosecuzione del processo gli atti ad altra sezione del tribunale e, ove questa non sia costituita, al tribunale che decide in composizione interamente diversa». Da un lato, la disposizione in esame affida(va) alla Corte anche il giudizio rescissorio e le conseguenti valutazioni di merito, sia pure generali ed astratte, proprie della fase di ammissibilità della domanda (anche con riferimento alla sua non manifesta infondatezza)⁶³. Dall'altro lato, la scelta del legislatore – oltre a sollevare qualche perplessità in ordine all'attribuzione alla Corte dei suindicati poteri – comporta(va) anche una ulteriore conseguenza. In caso di pronuncia di ammissibilità da parte della Cassazione, si forma(va) il giudicato, considerato che gli effetti della deci-

⁶¹ Così, R. VACCARELLA, *Ammissibilità della domanda*, cit., 115.

⁶² Sul punto cfr., ancora R. VACCARELLA, *Ammissibilità della domanda*, cit., 115, il quale rileva(va) che l'art. 5, l. n. 117 del 1988 – contemplando l'impugnazione unicamente avverso il decreto di inammissibilità – non frappone(va) ostacoli all'esercizio dell'azione, in quanto si limita(va) a prevedere, nell'ambito dell'unitario giudizio risarcitorio, una sommaria delibazione preventiva della fattispecie costitutiva del diritto, senza moltiplicazione – se non a tutela delle ragioni dell'attore – dei gradi di giudizio.

⁶³ Cfr., ad esempio, Cass. 5 maggio 2011, n. 9910: «In tema di controllo di legittimità del decreto di inammissibilità dell'azione risarcitoria in dipendenza di responsabilità civile del magistrato, l'art. 5, l. n. 13 aprile 1988, n. 117, attribuisce alla Corte di Cassazione tanto il giudizio rescindente, quanto quello rescissorio, con conseguente assegnazione alla Corte stessa, in tale ipotesi, anche del necessario potere di effettuare le valutazioni di merito, sia pure generali ed astratte, proprie della fase di ammissibilità, e del correlato potere di lettura degli atti processuali, in quanto momenti indispensabili perché la Corte possa dichiarare ammissibile la domanda».

sione della Corte non possono essere rimossi; e ciò, a differenza della pronuncia di ammissibilità emessa dal tribunale e dalla corte di appello, stante la non impugnabilità di tali provvedimenti e la conseguente possibilità di riesame delle relative questioni nel corso del giudizio di merito. L'abrogazione dell'art. 5 ha eliminato anche le richiamate anomalie sistematiche, indice, pur sempre, di poca ragionevolezza.

7. - Conclusioni.

L'analisi sin qui condotta ha evidenziato che l'ampliamento legislativo delle ipotesi di responsabilità dello Stato per colpa grave del magistrato non è incompatibile con i principi di indipendenza ed imparzialità del giudice e che, pertanto, sono oggi seriamente perseguibili soluzioni interpretative dirette ad assicurare agli utenti della giustizia margini maggiori rispetto al passato per l'esercizio dell'azione di responsabilità contro lo Stato.

Si è sostenuto che, al fine di perseguire tale obiettivo, la riforma avrebbe snaturato l'istituto della responsabilità civile del giudice. In particolare, già nel corso dell'iter di approvazione della nuova legge, il Consiglio Superiore della magistratura ha evidenziato che la trama di fondo che caratterizza la nuova normativa – unitamente all'intento legislativo di perseguire «un riequilibrio delle posizioni politico-istituzionali coinvolte» e il «superamento definitivo di un conflitto ancora in corso»⁶⁴ – evidenziano una utilizzazione atipica dell'istituto della responsabilità civile, per finalità ad esso non proprie. Il tradizionale impianto positivo della responsabilità civile assegnerebbe, infatti, a quest'istituto una funzione riparatoria e compensativo-satisfattoria, con esclusione di ogni intenzione afflittiva o punitiva. L'istituto *de quo* «non può essere utilizzato per mettere pressione ai magistrati al fine di aumentare la diligenza del singolo e la qualità della giurisdizione»⁶⁵.

Ritengo, peraltro, che quest'affermazione non sia condivisibile, non soltanto alla luce di quanto si è già osservato nelle pagine precedenti ma

⁶⁴ Così la *Relazione al ddl n. 1626*, in *Atti Senato* n. 1626 – XVII Legislatura, 3.

⁶⁵ 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, §1, 3 ss.

anche con riferimento alla corretta ricostruzione delle funzioni dell'istituto in esame.

Si è giustamente evidenziato che – sul piano storico e comparatistico - alla responsabilità civile del giudice possono essere assegnate tre diverse funzioni ⁶⁶: una funzione satisfattoria o compensativa, in quanto attua la traslazione del danno dal soggetto che l'ha subito al responsabile o a terzi individuati in base a determinati criteri di imputazione; una funzione preventivo – punitiva, in quanto il timore di incorrere nella sanzione risarcitoria rappresenta una remora a commettere nuovi e più gravi illeciti o abusi; una funzione ideologica, in quanto la responsabilità civile del giudice come forma di controllo esterno sufficientemente ampio (esteso, cioè, al caso della colpa) 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).

654

Dall'analisi storico – comparativa emerge che le suindicate funzioni vengono combinate differentemente nelle diverse epoche storiche e nei differenti contesti ordinamentali e sociali, privilegiando ora l'una ora l'altra di esse.

Certamente, a partire dagli anni '70 – '80 del secolo scorso, il passaggio ad una concezione solidaristica della responsabilità civile ⁶⁷, in generale, ha determinato una marcata accentuazione della funzione compensativa a discapito della funzione preventivo – punitiva della responsabilità del magistrato, spostando l'angolo di visuale dal danneggiante alla vittima, dalla colpa alla riparazione del danno. Ciò traspare con tutta evidenza nella legge n. 117 del 1988, specialmente nella previsione della responsabilità

⁶⁶ Per l'analisi delle tre diverse funzioni che sono legate alla struttura della responsabilità civile del giudice e che, nel corso del tempo, sono state di volta in volta privilegiate da ciascuno degli ordinamenti statali europei, cfr. A. GIULIANI-N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., 240 ss.

⁶⁷ Cfr. C. SALVI, *Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni*, Napoli, 1985, 292, secondo cui la società tollera sempre meno che il danno non venga risarcito; conseguentemente, la protezione della vittima viene configurandosi come un elemento della costituzione materiale del *Welfare State*. Per una analisi delle diverse funzioni della responsabilità civile, cfr. C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, voce dell'*Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1187 ss.

diretta dello Stato nei confronti della vittima dell'errore del giudice (art. 2, l. n. 117 del 1988) ⁶⁸.

Tuttavia, nella stessa legge Vassalli la previsione dell'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato, per quanto limitata nel *quantum*, rappresenta il tentativo evidente di conciliare la suindicata funzione satisfattoria con quella preventivo – punitiva della responsabilità civile, come del resto evidenziato negli stessi lavori preparatori della legge sopra richiamata ⁶⁹.

Quest'ultima funzione dell'istituto non pare affatto estranea alle intenzioni del legislatore del 2015 ⁷⁰. D'altra parte, la riforma rappresenta un'occasione perduta se si considera che il vero obiettivo resta quello di pervenire ad una regolamentazione organica e complessiva della responsabilità del magistrato. Tuttavia, la nuova legge rappresenta anche una prima risposta, per quanto parziale e non del tutto adeguata, alle diverse questioni che l'esercizio della giurisdizione pone nell'attuale contesto politico – istituzionale.

In altra sede ho evidenziato come l'attuale contesto sia caratterizzato da un aumento dei poteri del giudice e dal suo mutato ruolo nel quadro politico, istituzionale e costituzionale ⁷¹. Credo non possa essere disconosciuta l'attuale tendenza dei magistrati a non riconoscersi più nell'apparato di governo e la conseguente teorizzazione del processo come il luogo in cui il giudice non si limita a riconoscere il torto o la ragione, ma ricerca e trova le soluzioni più adatte al contemperamento dei diversi interessi in gioco, individuali o superindividuali (ambientali, economici, sociali, ecc.); e ciò anche attraverso la «creazione» di norme più adeguate ai repentini mutamenti che caratterizzano la società odierna.

⁶⁸ Con riferimento ai lavori preparatori della l. n. 117/1988, cfr. l'intervento del Sen. Acone, in *Atti Senato, X Legislatura, Resoconto Sommario*, seduta 4 febbraio 1988, 10 ss. che al riguardo ha parlato espressamente di «socializzazione del rischio».

⁶⁹ V. l'intervento del Sen. Lipari, in *Atti Senato, X Legislatura, Resoconto Sommario*, seduta 4 febbraio 1988, 7, secondo cui «il provvedimento in esame tenta di conciliare la funzione compensativo-satisfattoria della responsabilità (...) con la funzione preventivo-punitiva».

⁷⁰ Nella richiamata Relazione di accompagnamento al disegno di legge governativo si sottolinea esplicitamente che l'intervento regolatorio che si intende proporre «conserva il sistema misto della responsabilità civile dei magistrati della legge Vassalli, strutturato cioè sulla responsabilità diretta dello Stato (in funzione compensativo-satisfattoria) e su quella, in sede di rivalsa, del magistrato (in funzione preventivo-punitiva)»: v. la *Relazione al d.d.l. n. 1626*, cit., 4.

⁷¹ Sul punto, anche per l'indicazione di esempi concreti, mi sia consentito di rinviare a R. MARTINO, *Separazione dei poteri*, cit., 308 ss., 314 ss., testo e note 24, 25 e 26.

Non si può certo rinunciare a questa funzione fondamentale della giurisdizione: senza dubbio il potere giudiziario è, e deve essere, baluardo della legalità e perno fondamentale dello stato di diritto. Parimenti, è fuor di dubbio che, per lo svolgimento di tale funzione, l'indipendenza e l'autonomia della magistratura rappresentano delle garanzie irrinunciabili. Nel contempo, però, non va dimenticato che il nucleo ancora vitale della teoria di Montesquieu sulla separazione dei poteri va ricercato nell'osservazione pessimistica che chiunque detenga il potere sia portato ad abusarne e che l'unico modo di evitare l'abuso è dividere i poteri, in modo tale che «il potere arresti il potere» (per dirla con parole dello stesso Montesquieu)⁷². Una prima risposta al problema dell'aumento dei poteri del giudice e del suo mutato ruolo nell'attuale ordinamento passa attraverso la consapevolezza che in gioco non sono soltanto i valori essenziali della indipendenza e terzietà del magistrato, ma anche i diritti fondamentali della persona che il giudicante può irrimediabilmente violare nel concreto esercizio della giurisdizione. In altri termini, la necessità di salvaguardare le garanzie fondamentali della giurisdizione (indipendenza ed imparzialità) non può portare ad una sostanziale irresponsabilità del magistrato, perché ciò potrebbe condurre anche all'abuso e all'esercizio di poteri arbitrari e alla conseguente, irrimediabile violazione dei diritti fondamentali dell'utente della giustizia, ivi compreso il diritto al giusto processo. Se – come ho già evidenziato – si ritiene che il processo «giusto» sia «quello che riesce infine [...] a dare concreta e fedele attuazione a quell'assetto di interessi astrattamente delineato dal diritto sostanziale»⁷³, mi sembra che non sia «giusto» un processo regolato da un sistema processuale che non preveda rimedi adeguati, atti a scongiurare l'abuso e l'esercizio di poteri arbitrari da parte del giudice.

Al riguardo, non sembra convincente l'affermazione che il rimedio debba essere rinvenuto nello strumento della responsabilità disciplinare, piuttosto che in quello della responsabilità civile, alla quale, per definizione, dovrebbe rimanere estranea ogni funzione preventivo – punitiva.

Pur nel quadro degli innegabili progressi segnati dalla nuova disciplina

⁷² V., ancora, R. MARTINO, *Separazione dei poteri*, cit., 309, testo e note 8 e 9.

⁷³ COSÌ, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*⁶, I, Bari, 2015, 68.

degli illeciti disciplinari dei magistrati (d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109)⁷⁴, la giurisdizione disciplinare resta una forma di giustizia «interna», affidata all'apposita sezione disciplinare del C.S.M., che è un'articolazione interna del Consiglio eletta in una composizione che rispecchia quella consiliare, due terzi di magistrati ed un terzo di laici. In quanto tale, la giurisdizione disciplinare presenta ancora tutti i rischi di una deriva corporativa⁷⁵.

Del resto, la stessa tipizzazione degli illeciti – pur rappresentando un innegabile passo avanti rispetto al passato – lascia ampio spazio all'attività interpretativa del giudice disciplinare in ordine alla individuazione delle singole fattispecie. Difatti, nella elencazione di cui agli artt. 2 e 3, d.lgs. n. 109 del 2006, il legislatore fa spesso uso di formule generiche⁷⁶.

Il largo margine di discrezionalità concesso al giudice disciplinare – che resta un giudice «interno» – rende concreto il pericolo di una giurisprudenza poco incline ad operare con la necessaria (esemplare) severità, ed improntata, invece, alla tutela di esigenze proprie della corporazione (cioè, dei singoli giudici), piuttosto che dell'interesse della generalità degli utenti del servizio giustizia.

⁷⁴ Sul sistema disciplinare dei magistrati, cfr. M. FANTACCHIOTTI-M. FRESA-V. TENORE-S. VI-TELLO, *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010; P. FIMIANI-M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013; G. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013; F. AULETTA, *Azione e giudizio disciplinare dopo le riforme dell'ordinamento giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 1099.

⁷⁵ In tal senso, cfr., da ultimo, V.M. CAFERRA, *Il processo*, cit., 69. Non a caso, nelle «linee guida» di una riforma della giustizia, annunciata il 30 giugno 2014, il Governo ha posto anche il principio per cui «chi giudica non nomina, chi nomina non giudica». Come pure non è un caso che il «Gruppo di lavoro per le riforme costituzionali», nominato dal Presidente della Repubblica il 30 marzo 2013, abbia proposto di istituire una apposita Alta Corte disciplinare, con competenza di secondo ed ultimo grado, composta soltanto per un terzo da magistrati eletti dalle varie magistrature e per gli altri due terzi da soggetti estranei alla magistratura (precisamente, un terzo da eletti dal Parlamento in seduta comune all'interno di categorie predeterminate, ed un terzo da persone scelte dal Capo dello Stato tra coloro che hanno titolo per accedere alla Corte costituzionale).

⁷⁶ Cfr., al riguardo, V.M. CAFERRA, *Il processo*, cit., 70 ss., il quale richiama, ad esempio, il concetto di «negligenza grave e inescusabile», che ricorre in molte delle fattispecie di cui all'art. 2, d.lgs. n. 109 del 2006; o il riferimento alla circostanza dell'«ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti»; o, ancora, il riferimento alla «ingiustificata interferenza» nell'attività giudiziaria di altro magistrato. Lo stesso A. richiama anche la nozione, piuttosto generica ed indeterminata, della «scarsa rilevanza» del fatto addebitato, che costituisce una circostanza tale da escludere la illiceità disciplinare del fatto medesimo (art. 3-*bis* d.lgs. n. 109 del 2006); e rileva che – secondo quanto affermato dal Procuratore generale della Cassazione nel suo Intervento all'Inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 (Roma, 23 gennaio 2015) – all'interno della Sezione disciplinare si registrano non pochi contrasti in ordine all'applicazione della norma sopra richiamata.

Tale pericolo è ancora maggiore se si considera che oggi, sempre di più, si fa strada l'idea che il potere giudiziario trovi in realtà la propria legittimazione nella professionalità del singolo magistrato e della magistratura nel suo complesso ⁷⁷. Ciò potrebbe indurre alla conclusione che l'ordine giudiziario sia collocato al di fuori dello Stato apparato, in funzione di contropotere; con la conseguenza che l'unico controllo sull'operato dei singoli giudici, in funzione preventiva e repressiva, dovrebbe essere rappresentato da una responsabilità disciplinare interna, di tipo professionale e corporativo.

Non vi è chi non veda che la piena riaffermazione del principio dell'indipendenza ed autonomia della magistratura, collegata ad una concezione di tipo «professionale» e «corporativa» della magistratura medesima, renderebbe concreto il pericolo di un primato dei giudici tale da rasentare la «sovranità», con buona pace dello stesso principio della divisione dei poteri e, soprattutto, delle ragioni di fondo che hanno condotto all'elaborazione del medesimo principio.

Se così è, la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona che possono essere violati nel concreto esercizio della giurisdizione (inclusi i diritti giudiziari) non può essere affidata soltanto al sistema della responsabilità disciplinare, in funzione preventivo – punitiva ⁷⁸. Detta funzione appartiene, per tradizione, anche all'istituto della responsabilità civile del giudice. La responsabilità diretta dello Stato nei confronti del danneggiato assicura il giusto ristoro del pregiudizio subito, trasladando giustamente il danno dalle vittime allo Stato medesimo. Ciò non è, però, sufficiente. È necessario anche prevenire la commissione degli illeciti da parte del giudice ed evitare eventuali abusi. La responsabilità civile – soprattutto attraverso l'istituto della rivalsa – si affianca alla responsabilità disciplinare in funzione preventivo-punitiva, al fine di limitare il pericolo che, nel concreto esercizio della giurisdizione, il giudice possa abusare dei propri poteri violando i diritti fondamentali della persona.

⁷⁷ V., ancora, R. MARTINO, *Separazione dei poteri*, cit., 312.

⁷⁸ La responsabilità disciplinare rappresenta un ulteriore strumento di tutela del cittadino, ancorchè indiretto, contro le possibili degenerazioni dell'amministrazione della giustizia e risulta, pertanto, complementare rispetto alla responsabilità civile: v., *retro*, § 5, nota 42. Tuttavia, per le ragioni già evidenziate, il controllo disciplinare non può, da solo, costituire un rimedio adeguato e sufficiente.

Tra l'altro, il potenziamento dello strumento della responsabilità civile serve anche a restituire ai cittadini l'immagine di una giustizia amministrata da un giudice veramente terzo ed imparziale, qualificato e legittimato dalla sua professionalità alla pronuncia dei provvedimenti giurisdizionali; al punto da rispondere civilmente del suo operato nei confronti degli utenti della giustizia.

Ciò deve evidentemente accompagnarsi ad azioni mirate ad elevare la professionalità del giudice. Non vanno, infatti, trascurate le critiche all'attuale sistema di selezione per l'accesso alla magistratura, nonché al sistema di formazione iniziale e permanente e di valutazione periodica dei magistrati ⁷⁹.

Quest'ultimo rilievo, tuttavia, non esclude che la concreta regolamentazione dell'istituto della responsabilità civile del magistrato debba tener conto del ruolo e dei poteri attuali del giudice, nonché dell'alto tasso di discrezionalità che li caratterizza e che rende concreto il pericolo di abusi.

⁷⁹ Sul punto, con particolare riferimento alla selezione e alla formazione iniziale, cfr., ad esempio, V.M. CAFERRA, *Il processo*, cit., 73 ss., il quale esprime al riguardo insoddisfazione «anche a causa delle patologie corporative che affliggono gli organi di autogoverno».