



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

DOTTORATO DI RICERCA

COMPARAZIONE E DIRITTI DELLA PERSONA

XIV ciclo - nuova serie

TESI DI DOTTORATO

La responsabilità civile del magistrato

Coordinatore

Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone

Dottorando

Alessandro Rinaldi

Tutor

Ch.mo Prof. Domenico Apicella

Anno accademico 2015 - 2016

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I INQUADRAMENTO STORICO-FILOSOFICO

1. Prime forme di responsabilità del giudice
2. L'istituto della *prise à partie* in Francia
3. La responsabilità del giudice nella Spagna ottocentesca
4. La responsabilità civile del giudice in Italia: dal medioevo allo stato repubblicano

CAPITOLO II LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE: LA LEGGE VASSALLI E LA NOVELLA DEL 2015

1. La legge n. 117/1988
2. Critiche alla legge Vassalli: vaglio di costituzionalità, giurisprudenza europea e progetti di riforma
3. Le nuove previsioni della legge n. 18 del 2015. Profili di criticità

CAPITOLO III LE ALTRE FORME DI RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO

1. Responsabilità politica
2. Responsabilità penale
3. Responsabilità amministrativo-contabile
4. Responsabilità disciplinare

CAPITOLO IV LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE IN EUROPA

1. Francia
2. Spagna
3. Brevi cenni sugli altri ordinamenti europei: Germania e Regno Unito

Rilievi conclusivi

Appendice

1. Legge 13 aprile 1988 n. 117
2. Legge 27 febbraio 2015 n. 18

Bibliografia

INTRODUZIONE

Per trovar la giustizia, bisogna esserle fedeli: essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi ci crede.

*Chi entra in tribunale portando nel suo fascicolo, in luogo di buone e oneste ragioni, secrete inframmettenze, occulte sollecitazioni, sospetti sulla corruttibilità dei giudici e speranze sulla loro parzialità, non si meravigli se, invece che nel severo tempio della giustizia, si accorgerà di trovarsi in un allucinante baraccone da fiera, in cui da ogni parete uno specchio gli restituirà, moltiplicati e deformati, i suoi intrighi. Per trovar la purezza in tribunale, bisogna entrarci con animo puro; anche qui ammonisce padre Cristoforo: omnia munda mundis. (Piero Calamandrei, *Elogio dei giudici*. Scritto da un avvocato, 1935).*

La storia del principio di responsabilità del giudice è caratterizzata da un mai sopito dibattito, politico e sociale prima ancora che dottrinale, in ordine alla sua funzione, al suo ambito di applicazione, ai suoi limiti e al suo fondamento.

Dal concetto aristotelico di *isonomia*, inteso quale eguaglianza sostanziale fra giudicante e giudicati, da cui deriva la moderna concezione di responsabilità del giudice, si è passati alle correnti filosofiche di stampo germanico che hanno affermato il principio, che è assunto a vero e proprio dogma, della sola responsabilità disciplinare del giudice.

Il diritto naturale, dottrina apologetica tesa a legittimare la sovranità statale al fine della creazione e legittimazione di uno Stato assoluto, considerava la funzione giurisdizionale quale espressione della sovranità. Pertanto, stante l'ossimoricità dei concetti di responsabilità e sovranità, il giudice è stato per lungo tempo considerato irresponsabile verso l'esterno.

Responsabilità professionale e responsabilità disciplinare sono quindi i due "modelli puri" da cui prendere le mosse per l'analisi della moderna responsabilità civile dei magistrati.

Il dogma della responsabilità disciplinare del giudice, nato nell'alveo delle correnti filosofiche tedesche e che trovò la propria giustificazione in un contesto storico-

politico volto alla creazione di uno Stato assoluto, si propagò in tutti gli ordinamenti europei.

L'esempio spagnolo è paradigmatico: la responsabilità disciplinare divenne il più importante strumento di controllo sull'operato della magistratura, rispetto alla quale le altre due forme di responsabilità, penale e civile, rimasero relegate, come negli altri ordinamenti europei dell'epoca, ad un piano secondario di importanza in forza dell'incorporazione della magistratura nell'apparato statale.

Un modello misto di responsabilità fu introdotto per la prima volta in Francia dal legislatore napoleonico, dove, all'istituto della *prise à partie*, con finalità di tutela delle parti dall'operato del giudice, venne affiancata la responsabilità disciplinare, con finalità di controllo interno della magistratura, realizzando così un compromesso tra i due opposti modelli "puri".

Dunque attraverso una ricognizione storica degli ordinamenti più risalenti e delle diverse correnti filosofiche che li hanno permeati si cerca una radice comune all'istituto in esame.

In Italia il dibattito pre-referendario del 1987 si è sviluppato principalmente intorno al cd. *richterprivileg*, il privilegio del giudice, giustificato dalle teorie chiovendiane sia su di un piano ontologico, in forza delle peculiarità della funzione giurisdizionale, sia soprattutto in base al principio del giudicato, per cui l'errore sarebbe stato assorbito dal giudicato stesso.

Con il passaggio da una visione sanzionatoria della responsabilità ad una prospettiva solidaristica e vittimologica, la legge 117/88 ha introdotto il principio della responsabilità dello Stato-giudice, non già- *rectius*, non soltanto- per responsabilizzare il magistrato, quanto piuttosto per riparare il danno ingiusto subito da un soggetto a causa di un provvedimento o un comportamento del giudice nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Novità di maggior rilievo della nuova disciplina è, quindi, la previsione di una responsabilità diretta ed esclusiva dello Stato in luogo della responsabilità diretta e concorrente del magistrato presente nella previgente disciplina.

La legge Vassalli, che ha segnato definitivamente il passaggio dalla responsabilità del giudice a quella dello Stato-giudice, è stata fin dalla sua entrata in vigore oggetto

di critiche di ogni sorta, rafforzate soprattutto dal dato statistico della sua sostanziale inoperatività.

Il dibattito sulla responsabilità civile del giudice ha trovato nuovo fervore negli ultimi anni, soprattutto sulle spinte della giurisprudenza unionale, e ha condotto alla novella del 2015 con cui il legislatore ha ampliato le maglie della disciplina *de qua* andando forse ben oltre quanto richiesto in sede comunitaria.

Ed è proprio su quest'ultimo aspetto che occorre interrogarsi maggiormente. Invero, si rende necessario verificare la reale portata delle novità introdotte con la legge n. 18/2015. In primo luogo la nuova disciplina prevede ora una deroga alla clausola di salvaguardia oltre che nel caso di dolo, anche quando l'interpretazione dia luogo ad una "violazione manifesta" della legge e del diritto dell'Unione europea o la valutazione del fatto e delle prove si traduca in un travisamento dell'uno o delle altre. Altra novità di assoluto rilievo è data dalla modifica dell'art. 7 della legge 117/88, relativo all'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato che è stata resa obbligatoria. Sono stati, poi, ridefiniti i limiti quantitativi della rivalsa. Ultima rilevante novità è l'eliminazione del filtro endoprocessuale costituito dal giudizio di ammissibilità della domanda giudiziale.

Ci si deve quindi interrogare in ordine sia all'incidenza di tali modifiche sulla disciplina della responsabilità civile dei magistrati sia alle reali esigenze sottese a tale intervento di riforma.

Ulteriore *punctum dolens* dell'intera trattazione è quello relativo all'inestricabile nodo gordiano che lega necessariamente la responsabilità civile alle altre forme di responsabilità del giudice (penale, amministrativa, disciplinare e latamente politica), dal cui confronto si possono cogliere le diversità fra le *rationes* sottese a ciascuna di esse.

La prospettiva comparatistica infine, sia diacronica che sincronica, *fil rouge* dell'intera trattazione, permette di trovare un raccordo tra il giurista del passato e quello del futuro, così proponendo una ideale tensione alla unitarietà della risoluzione dei problemi giuridici fondamentali pur nella diversità dei vari ordinamenti.

E infatti, dall'analisi degli ordinamenti più risalenti fino a quella degli ordinamenti moderni, si può cogliere la vera natura e la reale funzione del principio di

responsabilità civile del giudice, mai strumento di controllo o di sanzione, che si porrebbe in contrasto con il principio di indipendenza della magistratura, ma istituto tramite il quale assicurare il risarcimento del danno subito dal cittadino e non la punizione del magistrato, che deve costituire una risposta necessaria, ma a livelli diversi, quello disciplinare su tutti.

Dunque profilo di maggiore criticità risulta essere quello relativo alla l. 18/2015 con cui il legislatore è intervenuto sulla disciplina della responsabilità civile del giudice.

In altri termini, ci si chiede se la novella del 2015 sia intervenuta solo al fine di adeguare l'ordinamento italiano alle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea o anche per ammantare di finalità preventivo-sanzionatorie un istituto che esula da tali *rationes*.

Una risposta a tale quesito può essere utilmente resa solo attraverso l'analisi della storia dell'istituto e dei suoi presupposti filosofici e attraverso la comparazione sia con le discipline previgenti nel nostro e in alcuni dei più importanti ordinamenti europei sia con le discipline attuali, al fine di rinvenire il punto di equilibrio tra i fondamentali principi di responsabilità e indipendenza della magistratura.

CAPITOLO I: INQUADRAMENTO STORICO – FILOSOFICO

SOMMARIO: 1. Prime forme di responsabilità del giudice- 2. L'istituto della *prise à partie* in Francia- 3. La responsabilità del giudice nella Spagna ottocentesca- 4. La responsabilità civile del giudice in Italia: dal medioevo allo stato repubblicano

1. Prime forme di responsabilità del giudice

Necessario punto di partenza ai fini della comprensione della moderna disciplina della responsabilità dei magistrati è, secondo autorevole dottrina¹, l'esperienza giuridica e costituzionale greca.

Massima espressione della dottrina aristotelica in ordine alla responsabilità del giudice è senza dubbio la *Costituzione degli Ateniesi*, in cui il filosofo si riferisce alla *epheisis*, la facoltà per i cittadini di ricorrere al tribunale eliastico contro le decisioni ingiuste dei magistrati, qualificandola come una delle più democratiche istituzioni.

L'intera democrazia greca, e dunque anche il diritto, appaiono improntati ad un ideale di eguaglianza, espresso chiaramente dal concetto di *isonomìa*.

Il termine *isonomìa* (sia che lo si faccia discendere da “*isos*”-“uguale” e “*nomos*”-“legge”, sia, come appare più corretto, da “*isos*” e “*nèmein*”-“spartire”) è un concetto che racchiude in sé i valori di “libertà”, “equilibrio”, “parità reciproca”, “uguaglianza”, comparve per la prima volta in Erodoto² e divenne successivamente, con Clistene, un termine fondamentale della democrazia greca, designando l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, indipendentemente dalla loro origine e posizione sociale.

Dunque nessuna uguaglianza sostanziale vi potrebbe essere tra cittadino e giudici senza una forma di responsabilità di questi ultimi, obbligati a rispondere del loro operato.

Fondamento della filosofia aristotelica sulla responsabilità del giudice, è la responsabilità dell'arbitro, che si propone come un'ipotesi *in nuce* di responsabilità professionale.

¹ GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995

² ERODOTO, *Storie*, III, 80

A differenza dei componenti del tribunale elastico, totalmente irresponsabili, sia per la caratterizzazione politica dell'organo sia per la segretezza del voto, l'arbitro era responsabile nei confronti dei cittadini.

Si rese necessario, pertanto, individuare per la prima volta le tipologie di illeciti di un giudice.

Aristotele individuò due ipotesi di responsabilità: intenzionale e per ignoranza, ricordando che la sanzione in caso di illecito intenzionale di un giudice per il diritto ateniese era la *atimìa*, ovvero la perdita dei diritti civili e politici e la conseguente nullità della sentenza.

Ipotesi paradigmatica di illeciti intenzionali era il "diniego di giustizia"; in caso di procedimento contro un arbitro la questione veniva rimessa al collegio di arbitri, nel rispetto del diritto del giudice di essere giudicato dai suoi pari.

Dunque Aristotele, primo teorizzatore dell' "ordine isonomico" del processo, fondato sulle regole della retorica, della dialettica e della sofistica e improntato sul principio del contraddittorio, riconobbe la necessità di garantire i cittadini nei confronti degli eventuali abusi del giudice, configurando una prima germinale ipotesi di responsabilità della magistratura.

Eguale riconducibile nell'alveo della materia oggetto d'indagine appare, in epoca romana, l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*.

Tale azione risale al periodo giustiniano; il *Corpus Iuris Civilis* riconosceva agli imputati il diritto di agire in giudizio contro un giudice che, per negligenza colpevole, avesse pronunciato un verdetto iniquo.

Nel diritto romano, infatti, il giudice corrotto era colpito da infamia; il giudice dolosamente ingiusto doveva risarcire il valore della lite (la *vera litem aestimatio*); mentre il giudice che per *imprudencia* "*litem suam fecit*" era tenuto a risarcire una somma ad arbitrio dell'organo giudicante.³

L'istituto *de quo*, elaborato dal diritto romano comune sulla base della classificazione dei *quasi delicta*, sembra corrispondere ad una sorta di responsabilità professionale moderna.

³ HUBNER, *Zur Haftung des "iudex qui litem suam fecit"*, Iura, 1954

Da quanto sinora esposto si può trarre il convincimento che un principio di “irresponsabilità” del giudice nei confronti delle parti trova per la prima volta riconoscimento solo nel giusnaturalismo moderno⁴.

Si è osservato come il diritto naturale possa sia rappresentare la teoria critica dell’opposizione borghese in lotta contro l’assolutismo, sia presentarsi come dottrina apologetica che vuole legittimare non un sistema liberale, ma la sovranità dello Stato. Questo “secondo uso” del diritto naturale ricorre in quei Paesi dove è prevalente l’esigenza di costituire uno Stato unitario.⁵

Stante, infatti, la subordinazione del giudice al sovrano, ci si deve interrogare circa la posizione dei giusnaturalisti in ordine al potere giudiziario e al ruolo del giudice.

In forza di una concezione diametralmente opposta a quella che ispirò il *De l’esprit des lois* di Montesquieu, la funzione giurisdizionale era considerata espressione della sovranità e il sovrano era anche il solo titolare della funzione legislativa.

I giudici, dunque, erano in una posizione subordinata rispetto al sovrano e la stessa funzione giudiziaria era espressione della sovranità; di talchè il fatto illecito commesso dal giudice avrebbe dovuto essere imputato al sovrano, ma sovranità e responsabilità sono concetti ossimorici⁶.

Il giudice era considerato, pertanto, non responsabile di fronte alle parti, ma solo di fronte al sovrano.

Alla base di questa concezione vi è una filosofia dell’ordine, dell’autorità e della disciplina, una visione di un processo concepito come fenomeno burocratico e di un giudice qualificato come funzionario.

Tutte le forme di controllo esterno sull’operato del giudice-funzionario erano considerate come una limitazione della sua indipendenza e, sottraendo il giudice stesso a qualsiasi forma di responsabilità professionale, lo si incorporava nell’apparato statale.

Accantonato il concetto isonomico del processo, la responsabilità civile rischierebbe di inficiare la posizione di supremazia del giudice nei confronti dei giudicati; il fondamento dell’autorità giurisdizionale e della sua funzione non è più la *professio iurisprudentiae*, ma la *publica auctoritas*.

⁴ GIULIANI-PICARDI, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1995

⁵ NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1957

⁶ PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, L. II, C.XI

Dunque, nella tradizione giusnaturalistica, troviamo un giudice la cui indipendenza è garantita attraverso l'eliminazione di qualsiasi controllo esterno, subordinato solo al sovrano ed irresponsabile.

Tale irresponsabilità nei confronti dei cittadini, lungi dal rappresentare il veicolo per la realizzazione dell'indipendenza dell'organo giudiziario, si risolse piuttosto in uno strumento per realizzare scopi politici, ovvero la fondazione di uno Stato assoluto, con conseguente inserimento del giudice nell'apparato burocratico e configurazione di una sua responsabilità politica e disciplinare esclusivamente nei confronti del sovrano.

È interessante sottolineare come l'alternativa indipendenza-responsabilità abbia origine in contesti storici dove, con l'introduzione di forme di responsabilità, si perseguì in sostanza l'obiettivo di esercitare un controllo politico sulle corti giudiziarie e non di responsabilizzare i magistrati nei confronti del popolo o delle parti del processo.⁷

La questione della responsabilità civile del giudice venne riproposta dalla scuola storica.

Windscheid nelle *Pandette* sostiene che *“dalla violazione del dovere d'ufficio nasce una ragione di risarcimento del danno a favore del danneggiato quando questa violazione proviene da dolo o colpa grave. Ciò vige specialmente per l'opera del giudice nella pronuncia della sentenza; ma vige inoltre per ogni altra opera del giudice nell'esercizio della giurisdizione contenziosa o volontaria, e similmente vige per l'opera d'ufficio d'ogni funzionario non giudiziario. In base alla violazione del dovere d'ufficio di chi esercita la tutela superiore, viene eccezionalmente accordata una ragione anche per causa di negligenza ordinaria. Assai controversa è la questione se col funzionario risponda anche lo Stato, che lo ha nominato. Convien dire che non si riesce a dimostrare essere diritto comune della Germania la responsabilità dello Stato per colpa dei suoi funzionari.”*⁸

Nonostante tale incisiva opera ermeneutica da parte della Pandettistica, da un lato ogni azione intentata dai privati contro i giudici si rivelò infruttuosa e dall'altro, anche nei lavori preparatori al BGB (art. 839), si continuò ad insistere sul principio

⁷ BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006

⁸ WINDSCHEID, *Diritto della Pandette*, trad. di FADDA- BENZA, Torino, 1925-26

che la responsabilità civile del giudice potesse rappresentare una vera e propria minaccia all'indipendenza degli organi giurisdizionali.

In Germania, pertanto, sulla scorta delle prevalenti dottrine positivistiche, che accettavano e condividevano le precedenti posizioni giusnaturalistiche sul punto, si andò affermando e si consolidò il principio della responsabilità esclusivamente disciplinare del giudice.

Affermava Jhering che *“come il soldato nella severa scuola della disciplina militare deve anzitutto imparare la subordinazione così nella amministrazione della giustizia il giudice deve imparare ad obbedire alla legge”*.⁹

Dunque, sia i giusnaturalisti che i positivisti, così come tutte le altre posizioni dottrinali, finirono per accettare il dogma della responsabilità disciplinare del giudice.

Le correnti cd. antiformalistiche, che pure hanno avuto il merito di preziose intuizioni in ordine alla formazione del giudice e alla riforma dell'ordinamento giudiziario (secondo la duplice direttiva dell'educazione del giurista, concepita come lo strumento più idoneo per la sua responsabilizzazione e lo sviluppo di studi comparativi soprattutto con riferimento agli ordinamenti inglese e scozzese), in punto di responsabilità civile, però, proponevano quale unica alternativa alla responsabilità disciplinare la totale irresponsabilità del giudice, sull'assunto del carattere sovrano della funzione giudiziaria.¹⁰

Di talchè si può trarre la conclusione che il principio di irresponsabilità trova giustificazione e fondamento solo allorquando la funzione giudiziaria viene considerata manifestazione della sovranità statale, finendo per concepirsi la responsabilità civile e quella disciplinare come alternative sulla scorta della osservazione che la sostanziale inesistenza della prima dipenda dall'incorporazione dei magistrati nell'ordinamento statale e, quindi, dalla prevalenza della seconda.

Deve comunque osservarsi che l'affermazione per cui il principio di irresponsabilità dei magistrati è un prodotto delle dottrine giusnaturalistiche è condivisibile limitatamente all'impossibilità per la parte di agire nei confronti del magistrato per ottenere un risarcimento dei danni, stante la trasformazione del magistrato in un

⁹ v. JHERING, *Lo scopo del diritto*, a cura di LOSANO, Torino, 1972

¹⁰ GIULIANI-PICARDI, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1995

pubblico funzionario e la scomparsa della possibilità di far valere la responsabilità civile nei suoi confronti.

In realtà, in tale contesto storico, il giudice non diventa “irresponsabile”, poiché la sua incorporazione nell’apparato statale porta come conseguenza che egli debba rispondere al potere politico, in forza di una responsabilità denominata “disciplinare”, ma che in quanto a presupposti e obiettivi perseguiti è una forma di responsabilità ben diversa e ben più incidente di quella che oggi è fatta valere da un organo posto al vertice di un potere autonomo.¹¹

¹¹ BIONDI, *op. cit.*, Milano, 2006

2. L'istituto della *prise à partie* in Francia

L'istituto della *prise à partie*, con cui si indica la responsabilità civile del giudice, venne introdotto in Francia nel XVI secolo, affiancandosi al più antico istituto del *dèni de justice*, concetto con cui si definivano i vari rimedi nei confronti del giudice accusato di denegata giustizia.

L'introduzione del termine *prise à partie* riflette l'evoluzione delle teorie in tema di responsabilità del giudice, teorie chiaramente condizionate dallo sviluppo del concetto moderno di Stato assoluto e dai rapporti fra diritto e legge e tra giudice e legislatore.

La *prise à partie*, collegata a tale contesto storico, fu utilizzata come strumento per realizzare i due opposti modelli "puri": quello della responsabilità professionale e della responsabilità disciplinare del giudice.

La responsabilità civile del giudice può dirsi nata in Francia come creazione giurisprudenziale sotto le spinte della giurisprudenza italiana e, quindi, degli ideali isonomici della responsabilità professionale del giudice propri della tradizione comunale.

Al fianco della responsabilità civile era prevista anche una forma di controllo disciplinare degli organi giudiziari, con l'introduzione delle c.d. *mercuriales*, che erano riunioni a porte chiuse degli organi giurisdizionali in cui venivano esaminati i comportamenti dei membri delle Corti.

Le sanzioni andavano dalle *remonstrances aux coupables*, all'*information au Roi*, la *privation ou la suppression des offices*, fino nei casi più gravi all'*exauctoration*, vera e propria degradazione o rimozione dall'incarico.¹²

In tale momento storico, stante la sostanziale inefficacia di tale controllo disciplinare, per cui la magistratura francese iniziò a svolgere anche un ruolo di supplenza legislativa, sulla base di un "ideale di equità spesso sconfinante nella giustizia distributiva e politica"¹³, la monarchia cominciò ad utilizzare per fini prettamente disciplinari l'istituto della *prise à partie*, allo scopo di effettuare una forma di controllo sugli stessi giudici.

¹² ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française, des origines à nos jours*, I, Paris, 1957

¹³ DAWSON, *The Equitable Remedies of the French Chancery before 1789*, I, Tubingen, 1954

L'utilizzo della *prise à partie* come strumento sostitutivo della responsabilità disciplinare fu sancito definitivamente con l'incorporazione di tale istituto nella più importante legislazione processuale europea del XVII secolo, l'*Ordonnance civile du mois d'avril de 1667* di Luigi XIV, il c.d. *Code Louis*.

Si andava affermando, infatti, una concezione del processo come fenomeno burocratico e come naturale corollario, sulla scorta di esperienze parallele come quella tedesca, del giudice come funzionario.

La *prise à partie*, discostandosi dalla tradizione italiana di responsabilità professionale del giudice, non era più tanto strumento di tutela della parte, quanto strumento di tutela dello *ius iurisdictionis*.

I principi comuni in tema di responsabilità non si applicavano al giudice e il *Code Louis* enunciò una serie di ipotesi tassative di responsabilità: il giudice rispondeva soltanto di *dol, fraude o concussion* e di *dèni de justice*, rimanendo sostanzialmente esclusa l'ipotesi di responsabilità per colpa.

Secondo la giurisprudenza, infatti, non essendo stato l'art. 147 dell'*Ordonnance de Blois* (che sanciva la possibilità di responsabilità del giudice per colpa) riprodotto nel *Code Louis*, doveva considerarsi definitivamente abrogato, con conseguente applicazione della *prise à partie* nei soli casi predetti, salvo l'ipotesi di colpa grave.

Il legislatore rivoluzionario, poi, con la Costituzione del 1791 riconobbe esplicitamente l'esistenza di un *pouvoir judiciaire*, secondo la nota impostazione che Montesquieu prospettò nel *De l'esprit des lois*, demandandolo ad organi nettamente separati sia dal potere legislativo che da quello esecutivo.

Più specificamente, per evitare che il potere giudiziario potesse sconfinare nel campo del potere legislativo, fu istituito il *Tribunal de Cassation*, per annullare le sentenze contenenti *une contravention express au texte de la loi*, sintomo di una volontaria intromissione della giurisdizione nella legislazione.

In realtà, seguendo l'impostazione di Montesquieu, la legge poteva essere interpretata solo dal legislatore, il potere di giudicare era una attività meramente riproduttiva della lettera della legge e la sentenza doveva riprodurre il *texte précis de la loi*.¹⁴

¹⁴ GIULIANI-PICARDI, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1995

Dunque il legislatore rivoluzionario introdusse il principio della separazione dei poteri in una versione debole, riconoscendo al potere legislativo una posizione sovraordinata rispetto al potere giudiziario.

In tale contesto, la legge istitutiva del *Tribunal de Cassation* disciplinò nuovamente e diversamente l'istituto della *prise à partie*: in primo luogo, venne escluso dai casi di responsabilità del giudice il *dèni de justice*, essendo fatto divieto al giudice di interpretare la legge; i casi di *prise à partie* furono limitati alle sole ipotesi in cui la responsabilità civile del giudice fosse espressamente prevista dalla legge, ai casi di dolo, frode, prevaricazione, omissione di atti d'ufficio, nonché di colpa grave, quest'ultima ipotesi equiparata dalla giurisprudenza al dolo; inoltre fu prevista la necessità di un'autorizzazione preventiva, mediante l'introduzione di un filtro (la competenza a concedere l'autorizzazione era, in caso di *prise à partie* contro un componente del Tribunale di Cassazione o dell'Alta Corte di Giustizia, del Corpo Legislativo, in caso invece di azione nei confronti di un componente del tribunale civile o criminale di dipartimento o, ancora, nei confronti di un intero collegio, del Tribunale di Cassazione); in ultimo, fu sancito il carattere accessorio della *prise à partie* rispetto alle sanzioni penali e disciplinari nei confronti dei magistrati.¹⁵

Con la legislazione napoleonica, comunque informata ad una visione burocratica della magistratura basata sulla responsabilità disciplinare del giudice, venne reintrodotta, tra i casi di responsabilità del giudice, il diniego di giustizia.

Si finì, in tal modo, per riattribuire potere creativo alla giurisprudenza, anche al di là del testo preciso della legge, riaprendo la strada all'*interpretatio* che la legislazione rivoluzionaria aveva rifiutato.

La legislazione napoleonica, inoltre, spostò la disciplina della *prise à partie* dal codice dei delitti e delle pene dell'anno IV al codice di procedura civile, sancendo, così, il riconoscimento della natura prettamente civilistica dell'istituto, la cui *ratio* divenne la riparazione del danno subito dall'attore.

L'art. 506 del codice di procedura civile, al fine di specificare chiaramente i casi di responsabilità civile per togliere spazio ad ogni forma di arbitrio, stabilì che si potesse agire civilmente contro il giudice solo nelle ipotesi di: dolo, frode o concussione; nel caso in cui l'azione fosse prevista espressamente dalla legge; nel

¹⁵ GIULIANI-PICARDI, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1995

caso in cui la legge espressamente dichiarasse i giudici responsabili dei danni e degli interessi; in caso di denegata giustizia.

La giurisprudenza considerò tale elenco tassativo, con conseguente esclusione dell'ipotesi di responsabilità per colpa.

Inoltre, al fine di evitare che la dignità e l'indipendenza del giudice fossero messe in pericolo, venne confermata la necessità di un filtro preventivo, ma la competenza a concedere l'autorizzazione venne spostata dal corpo legislativo al giudice immediatamente sovraordinato.

Al fine di raggiungere l'obiettivo di un controllo effettivo sulla magistratura, il legislatore napoleonico emanò la "*loi sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice*", la c.d. *grande loi* del 1810, con cui si apprestò un sistema di rigido controllo del giudice da parte dell'esecutivo attraverso un sistema di responsabilità disciplinare di chiara impronta repressiva.

Fu introdotta, a tal fine, una nozione elastica ed aperta di *faute disciplinaire*; in base all'art. 49 della legge del 1810, infatti, fu prevista la responsabilità disciplinare per ogni giudice che "*compromettra la dignité de son caractère*", dando così la stura ad un utilizzo dello strumento in oggetto per fini di discriminazione politica, e furono stabilite varie sanzioni: l'*avertissement* (art. 49); la censura semplice, la censura *avec réprimande*, la sospensione provvisoria (art. 50); la destituzione del magistrato o la sua sospensione (art. 59); le dimissioni d'ufficio (art. 48); e la sospensione provvisoria delle funzioni del giudice sottoposto a provvedimento penale (art. 58).¹⁶

In conclusione il legislatore napoleonico, sebbene avesse chiaramente perseguito l'obiettivo della burocratizzazione della magistratura, ebbe il merito di introdurre, per la prima volta, un modello misto di responsabilità del giudice.

Al fianco della responsabilità disciplinare, in ottica pubblicistica e con finalità repressive e di controllo, continuava ad essere presente lo strumento della *prise à partie*, realizzando così un compromesso tra i due opposti modelli "puri", quello della responsabilità professionale e quello della responsabilità disciplinare.

Nel 1933, poi, in Francia venne introdotta la responsabilità del giudice anche per colpa grave, per "*faute lourde professionnelle*".¹⁷

¹⁶ ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française, des origines à nos jours*, I, Paris, 1957

¹⁷ Art. 505 cod. proc. Civ. franc., modificato dalla *loi 7 février 1933*

In Francia però, al contrario di quanto avverrà successivamente in Italia, il fondamento della responsabilità per colpa superò i confini dell'impostazione della responsabilità tradizionale delle libere professioni, per ricomprendere anche i pubblici funzionari, in forza di una concezione di giudice-funziionario inquadrato in uno schema gerarchico e burocratico.¹⁸

Dunque, in forza della teoria in base alla quale “tutti sono funzionari della società” ed ogni funzione è una funzione sociale¹⁹, la posizione del magistrato, lungi dall'avvicinarsi a quella del libero professionista, si affianca nettamente a quella del pubblico funzionario.

L'ideologia che si pone alla base di tale estensione della responsabilità per colpa grave è quella di un'uguaglianza fra funzionari che non permette, quindi, tale privilegio del giudice.

Negli anni '70, poi, in Francia è stata introdotta la responsabilità dello Stato-giudice, in base alla quale “lo Stato è tenuto a risarcire i danni derivati dal funzionamento difettoso del servizio della giustizia”²⁰, limitandone l'applicazione, però, ai soli casi di *faute lourde* e *dèni de justice* del giudice.

Di talchè, l'istituto della *prise à partie*, è stato sostituito da un'azione diretta contro lo Stato per il risarcimento dei danni causati dal giudice per colpa grave e diniego di giustizia, salva la possibilità per lo Stato di esercitare azione di rivalsa nei confronti del giudice stesso.²¹

In questo passaggio dal *pouvoir judiciaire* al *service public de la justice*, che giustifica il principio della responsabilità diretta dello Stato-giudice e della rivalsa, la responsabilità civile, però, continua ad avere valore residuale rispetto alla responsabilità disciplinare, considerata ancora il migliore strumento per il controllo sulla magistratura da parte dell'esecutivo.

¹⁸ PERROT, *Institutions judiciaires*, Parigi, 1983

¹⁹ ANDRINI, *Amministrazione e sindacato in E. Durkheim*, in *Il pubblico funzionario*, in “Educaz. Giurid.”, IV, 1981

²⁰ Art. 11 comma 1 *loi n. 72-626*

²¹ Art. 11 comma 3 *loi n. 72-626*

3. La responsabilità del giudice nella Spagna ottocentesca

Nello Stato liberale spagnolo, fondato sul principio di legalità, tradizionalmente l'unica funzione del giudice era quella di applicare la legge.

Da tale concezione derivavano una serie di corollari: innanzitutto la sentenza doveva essere il risultato tecnico dell'applicazione al caso concreto della volontà sovrana, espressa nella legge medesima; in secondo luogo, l'imparzialità del giudice era garantita attraverso la sua indipendenza dalle ingerenze del potere politico, in quanto soggetto solo e soltanto alla legge; infine, presupposto dell'indipendenza del giudice era l'inaMOVibilità, che si traduceva nella impossibilità di rimuoverlo dal suo incarico tranne che per le cause espressamente previste dalla legge.

Conseguenza dell'impostazione per cui l'unico compito del giudice fosse quello di applicare la legge, era la sua sostanziale irresponsabilità, se non nei casi di violazione di legge nell'esercizio delle sue funzioni.

Pertanto il giudice poteva essere considerato responsabile sia penalmente, nel caso in cui la violazione di legge consistesse in un fatto reato, sia civilmente, nel caso in cui con la violazione stessa egli cagionasse un danno ingiusto a terzi.

Dunque, il giudice spagnolo dello Stato liberale era indipendente, imparziale, inamovibile e responsabile solo ed esclusivamente per ogni violazione di legge commessa nell'esercizio delle sue funzioni.

Con il passaggio da una logica di responsabilità del giudice di tipo "comune", per cui egli rispondeva sul piano civilistico come un qualsiasi cittadino con la propria persona e con tutti i propri beni, a una logica di incorporazione del giudice stesso nell'apparato statale, si affermò anche il sistema di responsabilità disciplinare.

In tal modo il giudice cessò di rispondere solo alla legge e, come tutti i funzionari pubblici, divenne sottoposto anche al sistema disciplinare, cominciando a rispondere anche ai superiori gerarchici e quindi allo Stato.

Il veicolo normativo utilizzato per positivizzare i predetti principi fu il *Reglamento provisional para la administración de justicia* del 1835, in cui si raccoglieva e ordinava l'ordinamento giudiziario all'epoca vigente nella Spagna peninsulare.

In tale ordine giudiziario i giudici erano i destinatari di norme di legge direttamente emanate dal governo, che dovevano essere applicate in nome della migliore amministrazione della giustizia.

Pertanto, essendo il giudice in qualche modo vincolato al potere politico ed essendo divenuto ormai strumento nelle mani del governo, l'incompatibilità con i principi in precedenza enunciati appare chiara.

Innanzitutto il giudice non poteva più essere considerato inamovibile in forza della funzione anche politica svolta, per cui la sua mobilità sul territorio divenne imprescindibile per il governo.

Il concetto di indipendenza cessò di essere concepito quale indipendenza politica poiché, come detto, politico era divenuto il ruolo stesso della magistratura, ma fu inteso come mera separazione dal potere esecutivo.

In ultimo, essendo il giudice divenuto strumento nelle mani del governo, non poteva più essere responsabile solo per le violazioni di legge, ma avrebbe dovuto rispondere allo Stato di tutte le inadempienze nelle sue funzioni. Il *Reglamento provisional*, infatti, non indicava specifiche ipotesi di responsabilità del giudice, ma si limitava ad individuare una generica responsabilità per la violazione di uno qualsiasi dei suoi doveri, tra cui vi erano anche funzioni politiche, di governo del territorio e di controllo dell'ordine pubblico.

In questo momento storico, inoltre, il controllo dei giudici e l'esercizio dei relativi poteri passò dal Re al *Ministro de Gracia y Justicia*, il quale rivendicava la possibilità di disporre di strumenti non soltanto processuali per poter destituire, sospendere, trasferire o collocare a riposo i suoi sottoposti, in modo da poter agire in via diretta sulla magistratura, che altrimenti si sarebbe trasformata in un potere assoluto e quindi irresponsabile.

Esistevano, pertanto, due piani distinti di responsabilità del giudice: una prima responsabilità, di tipo giurisdizionale, era quella civile e penale; la seconda forma di responsabilità, alla quale tutti gli appartenenti agli organi giurisdizionali erano soggetti, era quella disciplinare, nell'ambito della quale le sanzioni venivano irrogate in modo discrezionale, cioè senza alcuna forma di giudizio.

A partire dal 1845, con la creazione dell'istituto dell'autorizzazione a procedere, introdotto dal *Ministerio de Gobernación* affinché i propri dipendenti potessero

essere giudicati da un tribunale del foro comune, si posero le basi per la nascita della categoria autonoma della responsabilità disciplinare.

Pertanto, fu riconosciuto ai magistrati lo *status* di “pubblico dipendente”, come tale sottoposto ad uno statuto differenziato rispetto ai cittadini comuni e tutelato attraverso lo strumento dell’ autorizzazione.

Lo strumento dell’ autorizzazione ed il suo determinante ed esponenziale sviluppo da parte della giurisprudenza del *Consejo de Estado* trasformarono il foro speciale degli impiegati pubblici in una sorta di immunità personale rispetto alle altre giurisdizioni, in quanto costoro divennero responsabili esclusivamente dinanzi all’ amministrazione di appartenenza.

Risultava così vulnerato il principio della responsabilità “comune” di fronte ai tribunali del foro ordinario, che venivano spogliati della loro competenza a conoscere le cause contro i pubblici dipendenti.

Così come il *Ministerio de Gobernación* aveva fatto per i propri dipendenti, anche il *Ministerio de Gracia y Justicia* introdusse una forma di tutela per i giudici, creando un regime differenziato di responsabilità attraverso lo strumento dell’ *antejuicio*, in forza del quale ogni accusa rivolta ad un magistrato doveva preliminarmente essere vagliata dal *Tribunal Supremo*.

Il meccanismo istituzionale dell’ *antejuicio* era volto a definire l’ ambito del controllo interno dell’ apparato giudiziario ovvero a delimitare i casi in cui gli organi giudiziari potevano sanzionare direttamente al loro interno le violazioni dei magistrati senza fare ricorso ai tribunali ordinari.

In tale contesto il potere disciplinare fu attribuito al *Ministro de Gracia y Justicia* il quale fu collocato al vertice del potere giudiziario, al di sopra del *Tribunal Supremo* e gli furono attribuiti tutti i poteri di autogoverno della magistratura prima esercitati dai superiori gerarchici nei confronti dei sottoposti, con conseguente accentramento di tutti i poteri disciplinari prima attribuiti ad organi intermedi quali gli *Juzgados*, le *Audiencias* ed il *Tribunal Supremo*.

Al fine di accentrare il potere disciplinare nelle mani del *Ministro de Gracia y Justicia* fu previsto, in primo luogo, l’ inserimento all’ interno dei tribunali di organi di nomina e controllo ministeriale, come le *salas de gobierno*; in secondo luogo si verificò una progressiva trasformazione del giudice da ufficiale di giustizia in

dipendente del *Ministerio de Gracia y Justicia* attraverso una amministrativizzazione del ruolo del giudice ottenuta potenziando gli strumenti di controllo gerarchico; infine, fu introdotto l'obbligo di motivazione delle sentenze, ai fini del controllo istituzionale interno.

Ulteriore modifica in tema di responsabilità disciplinare fu costituita dalla tipizzazione degli illeciti disciplinari.

Si passò, dunque, dalla completa indeterminatezza che caratterizzava le cosiddette *correcciones* ad una codificazione di fattispecie disciplinari tipiche nella *Ley orgánica del Poder Judicial*.

Tradizionalmente le condotte oggetto di sanzione erano indeterminate e atipiche, potendo consistere in qualsiasi comportamento che, agli occhi dei superiori, apparisse una deviazione dalle regole di disciplina interna stabilite in ciascun tribunale dai rispettivi organi di governo al fine di garantire il buon funzionamento dell'istituzione.

Con la *Ley orgánica*, al contrario, furono tipizzate una serie di ipotesi di illeciti disciplinari, desunti dagli ordinamenti interni dei vari tribunali.

In ultimo, per l'irrogazione delle sanzioni disciplinari, che in precedenza venivano comminate discrezionalmente e senza forma di giudizio, venne adottato un procedimento di tipo giurisdizionale, stabilendo precise regole procedurali vincolanti.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1855 fu il primo atto normativo che portò alla giurisdizionalizzazione del controllo disciplinare interno, ma fu solo con la legge del 1870 che venne istituito un apposito procedimento per l'irrogazione delle sanzioni che eliminò e sostituì le particolari prassi interne di ciascun tribunale.

A tale processo espansivo della responsabilità disciplinare, al pari delle altre esperienze europee, fece da contraltare un ridimensionamento delle altre due forme di responsabilità, quella penale e quella civile.

Il potere sanzionatorio degli apparati amministrativi posto alla base del sistema della responsabilità disciplinare fu chiaramente mutuato dal diritto penale sostanziale, lasciando in questo modo poco spazio di operatività alla giurisdizione del foro comune per i reati commessi dai magistrati.

Inoltre la *Ley de enjuiciamiento criminal*, nell'istituzionalizzare anche in materia penalistica lo strumento dell'*antejuicio*, pose fine definitivamente alla responsabilità penale comune dei giudici.

La responsabilità civile, tuttavia, fu quella che maggiormente risultò limitata dall'affermazione del dogma della responsabilità disciplinare.

La supremazia della logica della responsabilità disciplinare, ovvero del controllo interno, relegò nettamente in secondo piano la necessità di un controllo esterno da parte dei privati lesi da un atto o un provvedimento del giudice.

Limite principale all'affermazione della responsabilità civile nella Spagna ottocentesca fu costituito dall'assenza di una codificazione, che, di fatto, rendeva difficilmente applicabile lo stesso presupposto di tale forma di responsabilità, ovvero la violazione o falsa applicazione delle leggi che avesse cagionato un danno alla parte.

Dunque, con la positivizzazione nel Titolo XIX della *Ley orgánica de tribunales*, la responsabilità disciplinare divenne il più importante strumento di controllo sull'operato della magistratura, rispetto alla quale le altre due forme di responsabilità, penale e civile, rimasero relegate, come negli altri ordinamenti europei dell'epoca, ad un piano secondario di importanza in forza dell'incorporazione della magistratura nell'apparato statale.

In conclusione, l'attuale tripartizione delle forme di responsabilità della magistratura-civile, penale, disciplinare- fu introdotta solo con la *Ley orgánica de tribunales* del 1870 che, annoverando il potere giudiziario tra i poteri costituzionali dello Stato, positivizzò per la prima volta quella che sarebbe stata la definitiva struttura della responsabilità dei giudici.²²

²² Per la ricostruzione storica della responsabilità dei giudici in Spagna v. SOLLA SASTRE, *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricognizione storico-giuridica (1834-1870)*, in *Cultura jurisdiccional y orden constitucional en Espana e Hispanoamérica III*

4. La responsabilità civile del giudice in Italia: dal medioevo allo stato repubblicano

In epoca medioevale si rileva, in Italia, la persistenza degli ideali della *isonomia*, intesa, in un modello puro di responsabilità professionale del magistrato, come sostanziale eguaglianza tra governanti e governati.

Tale concezione moderna di eguaglianza, sebbene in una versione attenuata rispetto all'antico ideale di ordine isonomico del processo, permane nel diritto della civiltà comunale, offrendo un modello di responsabilità professionale del giudice rispondente alla logica del controllo esterno.

Importante strumento di controllo esterno sull'amministrazione della giustizia era il giudizio di "sindacato"²³.

A tale strumento di controllo esterno, né gerarchico né disciplinare, erano sottoposti tutti i giudici delle supreme magistrature, si svolgeva di fronte a tribunali collegiali e con piena garanzia dei diritti alla difesa e presunzione di innocenza.

Della vasta casistica degli illeciti professionali del giudice da cui poteva scaturire la responsabilità vale la pena ricordare: i reati commessi durante l'ufficio *pretextu officii o favore officii* (tra cui la "baratteria"); i reati commessi dalla famiglia naturale o comitativa del magistrato, che potevano configurare un'ipotesi di responsabilità civile oggettiva nel caso fossero stati commessi *pretextu officii*; la condotta morale e la vita privata del giudice, come dei familiari, non erano generalmente rilevanti, a meno che non configurassero un abuso di potere.

L'istituto del sindacato, nel passaggio dal comune al principato, divenne una vera e propria forma di controllo disciplinare, fenomeno rivelatore della più complessa questione della subordinazione della *iurisdictio* al *gubernaculum*.

Il passaggio dalla responsabilità professionale alla responsabilità disciplinare avvenne sia rafforzando gli strumenti di controllo dei giudici già esistenti sia, e soprattutto, utilizzando a fini disciplinari gli istituti relativi alla responsabilità civile del giudice come l'*actio de syndicatu* in Germania e la *prise à partie* in Francia.

²³ MASI, *Il sindacato delle magistrature comunali nel sec. XIV*, Riv. it. sc. giur., N.S., 1930

Negli stati preunitari italiani, prima della restaurazione, si cercò, con tutta una serie di provvedimenti²⁴, di piegare l'istituto del sindacato a fini disciplinari, determinandone in questo modo una metamorfosi.

Si escluse la responsabilità per colpa del giudice, l'azione di sindacato venne limitata ai soli casi di “dolo, baratterie, concussioni, estorsioni ed altre somiglianti”²⁵, e in caso di assoluzione del giudice i querelanti erano condannati al risarcimento del danno.

Nel Regno di Napoli, il legislatore ferdinando, abbandonato l'istituto del sindacato, recepì totalmente l'istituto francese della *prise à partie*.

Nel Codice per lo Regno delle due Sicilie del 26 marzo 1819 (con speciale riferimento alla sua parte terza concernente le Leggi della procedura nei giudizi civili, il c.d. codice di procedura civile napoletano), infatti, ritroviamo l'espressione “presa a parte contro i giudici” e una riproduzione pedissequa delle corrispondenti norme del *code de procédure civile*.

In Piemonte, dopo la restaurazione, ci fu, al pari del Regno di Napoli, un'accettazione, seppur temperata, del modello francese dell'ordinamento giudiziario.

La normativa sulla responsabilità civile del giudice, basata sulla *prise à partie*, apportò solo alcuni adattamenti, come l'espressa previsione della proponibilità dell'azione civile non solo contro i giudici ma anche contro “gli ufficiali del Pubblico Ministero”, e fu inserita nel codice di procedura civile sardo del 1855 (artt. 622-632) e del 1859 (artt. 640-648)²⁶.

Nello stato liberale, poi, in linea con un sistema economico di tipo concorrenziale, in tema di responsabilità si andò affermando la regola per cui il danno dovesse essere posto a carico della vittima, salva l'esistenza di uno specifico motivo che ne giustificasse la traslazione in capo ad un altro soggetto.²⁷

²⁴ Costituzione del 21 maggio 1756 di Carlo III di Borbone e una serie di dispacci emanati durante i regni di Carlo III e di Ferdinando IV, come il *Dispaccio di Tanucci del 13 gennaio 1742*, il *Dispaccio di Tanucci del 15 ottobre 1757*, il *Dispaccio di Demarco del 14 giugno 1760* e il *Dispaccio di Demarco del 21 giugno 1770*.

²⁵ *Dispaccio di Tanucci del 3 giugno 1752*, parte seconda, tomo III, n. IV, tit. LXXVII

²⁶ PISANELLI, in MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*, vol. IV, Torino, 1857

²⁷ FLEMING, *The law of torts*, Sydney, 1977

E dunque, essendo gli atti giudiziari espressione della sovranità e non potendo il potere sovrano, seguendo un antico assunto, incorrere in alcun errore, si consolidò il principio della totale irresponsabilità dello Stato-giudice con la conseguente sostanziale irresponsabilità anche del giudice.

Il legislatore dello Stato liberale inserì la disciplina della responsabilità civile del giudice fra i procedimenti speciali, a differenza di quanto fatto dal legislatore napoletano e da quello sardo che avevano collocato l'istituto fra i mezzi di impugnazione della sentenza, sull'assunto che finalità dell'istituto *de quo* fosse il risarcimento dei danni cagionati dal giudice e non la riparazione della sentenza.²⁸

La competenza in tali procedimenti speciali era di giudici sovraordinati, Corte d'Appello o di Cassazione; era previsto un filtro preventivo, per cui la stessa Corte competente, a seguito di procedura senza contraddittorio in camera di consiglio, doveva concedere l'autorizzazione in via preliminare per la proposizione della domanda di responsabilità; in ultimo, sia nel caso di diniego di autorizzazione preventiva che di rigetto della domanda, era prevista la sanzione di una multa a carico della parte.

Il giudice, ai sensi dell'art. 783 del codice di procedura civile del 1865, rispondeva civilmente nei soli casi di "dolo, frode o concussione", "denegata giustizia" a seguito di due messe in mora e "negli altri casi dichiarati dalla legge".

Tale elenco fu considerato, da dottrina e giurisprudenza che seguirono l'esempio francese, come tassativo e, di conseguenza, si ritenne che il giudice non rispondesse per colpa, neppure grave.

In ogni caso le rare applicazioni di tale istituto ad opera della giurisprudenza dell'epoca²⁹ si risolsero, nella maggior parte dei casi, con provvedimenti di inammissibilità o di rigetto, tanto che autorevole dottrina definì l'istituto in esame come "il più inutile e illusorio che il codice di procedura contenga"³⁰.

In un contesto storico in cui si andava affermando un modello gerarchico e burocratico della magistratura, infatti, il controllo del giudice era perlopiù assicurato attraverso i meccanismi della responsabilità disciplinare e paradisciplinare, mentre la

²⁸ PISANELLI, *Relazione ministeriale sul progetto di codice di proc. Civ.*, 1863

²⁹ Cass. Firenze 30 dicembre 1873, in "La legge", XIV; Cass. Pen. 12 dicembre 1906, in "Cass. Unica", XIX

³⁰ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano, 1923

responsabilità civile era considerata come un ingombrante residuo storico e riservata esclusivamente alle diatribe accademiche.³¹

Stante la sostanziale inefficacia dello strumento in oggetto, che garantiva la totale irresponsabilità della magistratura, si formarono due orientamenti dottrinali al fine di giustificare tale *Richterprivileg*: una prima dottrina, di impostazione esegetica³², partendo dall'assunto secondo il quale il giudizio di responsabilità riguarda il giudice e non il giudicato, cercava di tutelare l'ordine dei magistrati, a cui era affidato un ufficio autonomo nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi, contro "intemperanti accuse"³³.

Di talchè, da un lato si ritenne che, non agendo il giudice-funziario nell'interesse dello Stato, lo Stato fosse irresponsabile dei danni cagionati dal giudice stesso nell'esercizio dell'ufficio giudiziario e, dall'altro, che il giudice dovesse rispondere personalmente, ma solo ed esclusivamente nei casi previsti espressamente dalla legge, con conseguente esclusione della responsabilità per colpa, anche grave.

Altra dottrina³⁴, seguendo la dogmatica tedesca, riteneva, invece, la funzione giurisdizionale come una manifestazione del potere statale sovrano e, come tale, incapace a generare responsabilità.

Dunque, in primo luogo, stante l'impossibilità ontologica di ritenere illecito un atto dello Stato, venne ribadita l'irresponsabilità dello Stato per atti posti in essere dal giudice nell'esercizio delle sue funzioni giurisdizionali, e, in secondo luogo, "il privilegio del giudice" e l'esclusione della sua responsabilità per colpa trovarono fondamento nel "principio del giudicato", stabilendosi l'improponibilità dell'azione di responsabilità civile prima di aver eliminato la sentenza tramite gli ordinari mezzi di impugnazione.

Venne, in sostanza, teorizzata una nuova ricostruzione dei rapporti tra responsabilità civile del giudice ed impugnazione.

Tradizionalmente il giudizio di responsabilità civile era considerato una sorta di surrogato dell'Appello, o, comunque, ad esso era affiancato.

³¹ GIULIANI-PICARDI, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1995

³² Mortara e Pisanelli su tutti

³³ PISANELLI, *Relazione ministeriale sul progetto di codice di proc. Civ.*, 1863

³⁴ Chiovenda e Rocco.

In un secondo momento i due strumenti vennero distinti, sia in base ai presupposti che alle finalità perseguite, di talchè, la scelta fra di essi fu rimessa alla discrezionalità della parte.

Con tale nuova impostazione, invece, l'azione di responsabilità civile, sulla scorta della legislazione tedesca ed austriaca, venne subordinata ai mezzi d'impugnazione, costituendone una conseguenza ulteriore.

Tale dottrina, pertanto, riteneva necessario dapprima eliminare la sentenza, per poi, “in base alla revoca ottenuta, agire contro il giudice”³⁵.

Anche in epoca fascista continuò a permanere il principio dell'irresponsabilità dello Stato-giudice e, per quanto concerne il dibattito sul “privilegio del giudice”, prevalse la tesi che giustificava tale irresponsabilità alla luce del “principio del giudicato”.

Si ritenne di dover restringere le ipotesi di responsabilità del giudice al dolo, rischiando altrimenti di inficiare la cosa giudicata, ritenendo altresì l'impugnazione la via più corretta per eliminare il danno subito dalla parte.³⁶

In quasi tutti i lavori preparatori al nuovo codice di procedura civile (si pensi al “progetto Chiovenda”; al “progetto Solmi”; al “progetto Mortara”) il tema della responsabilità civile del giudice fu posto in secondo piano o addirittura ignorato (l'istituto era contemplato nei soli progetti Redenti e Carnelutti), perlopiù in adesione alla teoria chiovendiana del privilegio del giudice come corollario del principio del giudicato e del principio di separazione dei poteri.

Nel codice di procedura civile del 1940 l'istituto *de quo* venne inserito nella parte generale e disciplinato dagli artt. 55, 56 e 74.

Con l'art. 55 furono disciplinate le ipotesi tassative di responsabilità del giudice: “dolo, frode o concussione” e “quando, senza giusto motivo, si rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero” (cosiddetta responsabilità per “denegata giustizia” o per “diniego di giustizia”).

Novità rispetto al passato erano costituite dall'eliminazione della formula di chiusura degli “altri casi stabiliti dalla legge” contemplata dall'abrogato art. 783 c.p.c., già fortemente criticata, e dalla previsione di una sola messa in mora del giudice in luogo delle due precedentemente previste (ai sensi dell'art. 55, comma 2, infatti, le “ipotesi

³⁵ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923

³⁶ CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936

previste nel numero 2” del comma 1 potevano “aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l’atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito”, cosiddetta “messa in mora” o “diffida ad adempiere”).

Sebbene alcuni avessero inizialmente sostenuto che, mancando nel codice di procedura penale una norma corrispondente a quella del codice di procedura civile, la disciplina speciale della responsabilità dei giudici contenuta nell’art. 55 c.p.c. si riferisse soltanto a quelli svolgenti le funzioni civili, successivamente le divergenze interpretative furono superate, diventando pacifico che detta disciplina, applicabile limitatamente agli atti lesivi di diritti soggettivi posti in essere nell’esercizio delle funzioni, si estendesse a tutti i giudici appartenenti all’ordine giudiziario, compresi quelli svolgenti le funzioni penali.³⁷

Ai sensi dell’art. 56, in linea di continuità con il passato, venne nuovamente previsto il filtro preventivo, ma la competenza a concedere l’autorizzazione fu attribuita, non più alla Corte sovraordinata, ma al Ministro di grazia e giustizia³⁸.

L’art. 56, comma 1, disponeva, infatti, che “la domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza l’autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia”.

Tale filtro era teso ad impedire che i giudici e i magistrati del pubblico ministero diventassero “bersaglio di quanti, per le ragioni più diverse”, ritenevano di aver subito un danno “dall’esercizio delle funzioni giurisdizionali”.³⁹

In mancanza di indicazioni da parte della norma, si era ritenuto che l’autorizzazione implicasse un controllo riguardante “sia il merito che la legittimità formale della domanda di risarcimento del danno”: un controllo che comunque, in sostanza, avrebbe dovuto evitare che giungessero all’esame del giudice competente azioni manifestamente infondate.

Nel caso in cui l’autorizzazione fosse stata negata, il provvedimento ministeriale avrebbe potuto essere impugnato davanti al giudice amministrativo.

La competenza in ordine al giudizio sulla responsabilità civile del giudice venne demandata alla Corte di Cassazione.

³⁷ VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna 1984

³⁸ NAPPI, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1941

³⁹ VIGORITI, *op. cit.*, Bologna 1984

L'art. 56, comma 2, infatti, stabiliva che, a “richiesta della parte autorizzata”, la “Corte di Cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda”.

Infine, il comma terzo introduceva un'eccezione alla regola dell'autorizzazione ministeriale, escludendo l'applicazione dei commi precedenti, nonché dell'art. 55, nei casi di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in seguito a condanna penale.⁴⁰

L'art. 74 stabiliva che le “norme sulla responsabilità del giudice si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione”.

In ultimo, vennero eliminate le pene pecuniarie per i casi di mancata autorizzazione o di rigetto.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana nel 1948, l'organizzazione della magistratura trovò definitivamente fondamento negli artt. 101- 113 del titolo IV della Carta costituzionale.

Nei lavori dell'Assemblea costituente il tema della responsabilità dei magistrati non fu posto in primo piano, probabilmente in ragione della scarsa consapevolezza della rilevanza che può assumere l'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ciononostante, di non secondaria rilevanza appaiono le proposte, dettate dalla necessità che la magistratura rispondesse a “qualcuno”, della Commissione Forti che, prefigurando un'organizzazione del potere giudiziario fortemente autonoma, affermò che “in particolare, pur escludendosi qualsiasi forma di subordinazione rispetto all'esecutivo, il controllo politico del Parlamento sul regolare funzionamento della giustizia appare un'esigenza inderogabile”.⁴¹

Da questa affermazione presero le mosse tre differenti proposte in ordine all'organo di collegamento tra magistratura e Parlamento.

La prima soluzione, maggioritaria, attribuiva tale compito ad un organo nominato, all'interno dello stesso ordine giudiziario, dal Parlamento o dal Capo dello Stato, previa designazione di una delle due Camere.

⁴⁰ VIGORITI, *op. cit.*, Bologna, 1984

⁴¹ Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, *Relazione all'Assemblea costituente*, I, Roma, 1946

La seconda soluzione prevedeva l'attribuzione dell'alta sorveglianza sul regolare funzionamento della giustizia ad un organo collegiale a composizione mista, che prevedeva la compresenza di magistrati e altre personalità estranee alla magistratura, sul modello del Consiglio della magistratura francese.

Tale soluzione, sostenuta dalla minoranza della commissione, sarà quella poi parzialmente adottata dall'Assemblea costituente.

Questa proposta fu esposta a numerose critiche, perché, secondo la maggioranza dei componenti della commissione, avrebbe potuto portare o a un sostanziale "svuotamento" del controllo o all'ingerenza di soggetti esterni nell'autonomia della magistratura.

Ultima soluzione fu quella di lasciare al Ministro della giustizia un potere generale di inchiesta al fine di informare il Parlamento delle notizie ricevute dall'organo posto al vertice degli uffici del pubblico ministero presso le Corti d'Appello.

Nonostante durante i lavori dell'Assemblea costituente dette questioni non furono quasi più prese in considerazione, alle proposte elaborate dalla Commissione Forti va riconosciuto il merito di aver superato l'idea che indipendenza e responsabilità siano inconciliabili e di aver riconosciuto la necessità dell'individuazione del momento in cui i magistrati debbano essere chiamati a rispondere dell'esercizio della funzione giurisdizionale.⁴²

Attraverso una Costituzione di tipo rigido venne posta l'attenzione principalmente sulle garanzie di indipendenza che avrebbero dovuto caratterizzare la posizione costituzionale del magistrato e, in tale prospettiva, vennero affermati due nuovi principi: l'indipendenza e l'autonomia della magistratura.

Ai sensi dell'art. 104 Cost., infatti, "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere".

Il principio dell'indipendenza è sancito anche dall'art. 101, in base al quale "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", con ciò intendendosi che i magistrati nell'esercizio delle loro funzioni non possono dipendere da nessun altro potere, restandone altrimenti incisa la loro autonomia.

⁴² BIONDI, *op. cit.*, Milano, 2006

L'indipendenza riguarda il momento funzionale dell'attività giurisdizionale, non è riferita all'ordine della magistratura nel suo complesso, garantito mediante l'autonomia, ma al giudice nel momento dell'esercizio della giurisdizione.

L'indipendenza, dunque, deriva e si attua in relazione al principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge, che realizza il rapporto di derivazione della giurisdizione dalla sovranità popolare.

Tale garanzia, da altro punto di vista, si trasforma in un limite, perché se è vero che da un lato i giudici sono soggetti soltanto alla legge, è vero anche che non possono decidere oltre la legge e che nella legge essi devono ricercare il canone valutativo precostituito per risolvere i singoli casi concreti.

L'autonomia attiene, invece, alla struttura organizzativa, essa si realizza principalmente nei confronti del potere esecutivo, in quanto l'indipendenza della magistratura risulterebbe frustrata se i provvedimenti relativi alla progressione in carriera e più generalmente allo *status* dei magistrati fossero attribuiti al potere esecutivo.

La Costituzione, infatti, all'art. 105 ha attribuito ad un organo di governo autonomo, il Consiglio Superiore della Magistratura, che entrò in funzione solo nel 1959 quale vero e proprio garante dell'indipendenza della magistratura, l'amministrazione in tema di trasferimenti, promozioni, assegnazioni di funzioni e provvedimenti disciplinari dei magistrati.

Indipendenza e autonomia sono principi che la Costituzione, con gli artt. 107 e 112, riconosce anche al pubblico ministero, specificamente attraverso il principio di obbligatorietà dell'azione penale il quale concorre a garantire, da un lato l'indipendenza dello stesso PM nell'esercizio della propria funzione e dall'altro ad assicurare l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Tali principi di indipendenza e autonomia derivano dalla concezione insita in un sistema giuridico di *civil law* per cui, essendo la legge regola astratta di giudizio per risolvere il caso concreto, questa è emanata da altri organi dello Stato (Parlamento su tutti, ma talvolta anche Governo o altri enti territoriali) ed applicata dai giudici i quali, in virtù di tale funzione, partecipano alla formazione del diritto in via indiretta. Sulla base di tale impostazione concettuale i giudici sono configurati come titolari di una funzione pubblica da svolgere in forma vincolata e, come tali, non possono

essere assoggettati ad alcun controllo sul merito dei loro atti, essendo tale merito preventivamente fissato dalla legge.

Da questo assunto, dunque, deriva la necessità che essi debbano, nell'esercizio della propria funzione giurisdizionale, essere terzi ed imparziali.

In punto di analisi storica non secondaria appare la riflessione che l'attuale assetto della Costituzione repubblicana si pone in netta antitesi al precedente regime fascista di stampo autoritario, cercando con particolare attenzione di evitare il riproporsi degli abusi nella gestione della giustizia, abusi riconducibili soprattutto alle limitazioni alla possibilità di agire in giudizio, alle pressioni *ab externo* sulla magistratura e alla creazione di giudici speciali.

A tal fine l'art. 111 della Costituzione eleva a garanzia espressa di qualunque processo la regola del giusto processo, in base alla quale ogni processo deve svolgersi in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale e deve avere una durata ragionevole.

Ai sensi dell'art. 102, inoltre, è vietata l'istituzione di nuovi giudici "straordinari o speciali", ma è consentita, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, l'istituzione di sezioni specializzate in determinati settori.

Sono comunque, ai sensi dell'art. 103, previsti i giudici speciali, come i giudici amministrativi, la Corte dei Conti e il giudice militare, preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione.

Principio costituzionale corollario alla terzietà e imparzialità della magistratura e sostanzialmente finalizzato alla indipendenza della stessa è quello che prevede la garanzia dell'inamovibilità.

Ai sensi dell'art. 107, infatti, i magistrati sono inamovibili e non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio Superiore della Magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso.

In senso contrario l'indipendenza del giudice potrebbe essere gravemente compromessa dalla possibilità di dispensa dal servizio o di trasferimento ad altra sede.

L'ordinamento costituzionale appresta ulteriori garanzie a tutela della funzione giurisdizionale tramite il principio della precostituzione per legge del giudice *ex art.*

25, istituendo una riserva assoluta di legge in materia di competenza del giudice e assicurando l'imparzialità dell'organo giudicante impedendo che questo possa essere individuato *ex post*.

Quanto al dibattito in ordine alla responsabilità dello Stato-giudice, dopo l'avvento della Carta costituzionale, in un primo momento fu ribadita la tradizionale posizione in base alla quale non può esistere un atto illecito dello Stato, doloso o colposo, ma deve considerarsi fatto illecito personale del giudice-funziario e, come tale, comportare una responsabilità diretta dello stesso.⁴³

Anche la giurisprudenza di legittimità dell'epoca, avallando detta teoria, sostenne che le previsioni di cui all'art. 55 c.p.c. implicherebbero l'esclusione di ogni responsabilità diretta e concorrente dello Stato.⁴⁴

In un secondo momento, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 2 del 1968⁴⁵, ribaltò l'impostazione tradizionale, osservando che, essendo la giurisdizione una funzione statale, i giudici esercitandola svolgono un'attività al servizio dello Stato e i magistrati non sono fuori dall'organizzazione statale, tanto che la Costituzione, all'art. 98, li ricorda insieme ai pubblici impiegati.

In secondo luogo la Corte, richiamando l'art. 28 della Costituzione, affermò che il giudice al pari del pubblico funzionario è ricompreso nello Stato-apparato e di conseguenza, anche per l'attività giudiziaria come per quella amministrativa, la responsabilità civile si estende allo Stato.

La disciplina della responsabilità civile, contenuta negli artt. 55, 56 e 74 del codice di procedura civile, rimase ancora limitata alle ipotesi di dolo, frode e concussione, nonché all'ipotesi di diniego di giustizia, previa messa in mora e decorsi dieci giorni. Nonostante la presunta incostituzionalità⁴⁶, restò fermo anche il tradizionale filtro preventivo dell'autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia.

A seguito dell'entrata in vigore della Carta costituzionale, però, non mutò l'opinione tradizionale in ordine al c.d. "privilegio del giudice", e soprattutto, in base all'analisi

⁴³ ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Torino, 1966

⁴⁴ Cass. 30 giugno 1960, n. 177, in "Foro it.", 1960, I

⁴⁵ Corte cost. 14 maggio 1968, n. 2, in "Giur. Cost.", 1968

⁴⁶ Questione di costituzionalità sollevata da Trib. Napoli 31 gennaio 1977, in "Foro it.", I, 1977, poi ritenuta inammissibile da Corte Cost. 5 aprile 1984 n. 92, in "Giur. Cost.", I, 1984

della giurisprudenza dell'epoca⁴⁷, il magistrato rimase sostanzialmente irresponsabile nei confronti delle parti.

In ordine al *Richterprivileg*, la dottrina maggioritaria continuò a sostenere le risalenti teorie chiovendiane e giustificò tale privilegio, che consisteva nell'irresponsabilità sostanziale e nella mancata previsione di una responsabilità per colpa, sul piano ontologico della stessa funzione del giudicare, che escluderebbe ogni responsabilità del giudice in virtù della particolare delicatezza della funzione, e soprattutto in base al principio del giudicato, per cui l'errore sarebbe assorbito dal giudicato stesso.⁴⁸

Ai fini del superamento di detta impostazione, che postulava la irresponsabilità dello Stato e la irresponsabilità del giudice per colpa, il Consiglio Superiore della Magistratura nel 1972 propose di imputare allo Stato la responsabilità nelle ipotesi di danni causati dal giudice con colpa grave, indipendentemente da una responsabilità diretta del giudice stesso.

Sebbene tale proposta fosse stata poi, dallo stesso C.S.M. successivamente respinta, la Corte di Cassazione affermò che nonostante la limitazione della responsabilità per il magistrato fosse giustificata dalla natura stessa della funzione, dalla sua discrezionalità, da deficienze strutturali od organizzative, d'altra parte tale limitazione non poteva configurarsi per lo Stato quando l'attività del magistrato fosse riferibile ad esso, in forza del principio per cui il pregiudizio patrimoniale subito da un singolo soggetto dovesse ricadere sull'intera collettività e non solo sul danneggiato.⁴⁹

Il dibattito degli anni '70 risultò concentrato principalmente sulla questione dell'estensione della responsabilità civile del giudice al di là dei classici casi, fino all'inclusione dell'ipotesi di responsabilità per colpa.

Il veicolo normativo tramite il quale teorizzare una responsabilità per colpa fu individuato nell'art. 2236 del codice civile, che, in tema di prestazione d'opera nelle professioni intellettuali, prevede la responsabilità solo nei casi di dolo o colpa grave, con ciò ponendo l'accento sul carattere "professionale" della responsabilità del giudice.

⁴⁷ App. Palermo, 5 febbraio 1952, in "Foro.it", I, 1952; Cass., 17 novembre 1962, n. 3140, in "Foro it.", I, 1963; Trib. Roma, 15 marzo 1973, in "Giur. It.", I, 1976

⁴⁸ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1961

⁴⁹ Cass., 14 marzo 1982 n. 1879, in "Giust. Civ.", I, 1982

Dunque, anche in forza del passaggio ad una concezione solidaristica della responsabilità, in forza della quale si impone la traslazione delle conseguenze dannose in capo al danneggiante, i classici postulati del *Richterprivileg* furono superati.

E quindi, essendo molto spesso il giudice responsabile non in grado di risarcire compiutamente il danneggiato con il proprio patrimonio, venne riconosciuta la responsabilità dello Stato-giudice.

L'idea della responsabilità dello Stato-giudice è un'idea che è maturata lentamente, contestualmente e conseguenzialmente al superamento del principio dell'irresponsabilità dello Stato.

Storicamente il principio della generale responsabilità dei pubblici poteri trovò iniziale applicazione all'amministrazione e quindi ai pubblici funzionari e solo successivamente venne esteso anche allo Stato-giudice.

Come detto, nello Stato liberale i danni provocati dall'esercizio della funzione giurisdizionale, in forza del principio giuridico-economico in base al quale in un sistema liberale il danno rimane a carico della vittima in mancanza di uno specifico motivo che ne giustifichi la traslazione in capo ad un altro soggetto, non potevano che restare a carico della parte.

Inoltre, trattandosi di atti considerati espressione del potere sovrano dello Stato, in forza di un antico assunto, lo Stato, *sub specie* di Stato-giudice, veniva considerato totalmente irresponsabile.

Al fianco della irresponsabilità dello Stato-giudice, si poneva la responsabilità del giudice, ai sensi dell'art. 783 del codice di procedura civile del 1865, nei soli casi di dolo frode e concussione, che si risolveva in una sostanziale irresponsabilità del giudice nei confronti delle parti, il c.d. "privilegio del giudice".

Nello Stato fascista venne confermato il principio dell'irresponsabilità dello Stato-giudice e il *Richterprivileg* venne giustificato in base al "principio del giudicato".

Nello Stato repubblicano, dopo l'entrata in vigore della Carta costituzionale, in un primo momento fu ribadita l'irresponsabilità dello Stato-giudice e, non potendo ritenersi illecito un atto dello Stato, ogni atto illecito doveva essere imputato direttamente al giudice-funzionario.

Pertanto, si ritenne che l'art. 55 c.p.c. comportasse l'esclusione di ogni responsabilità sia diretta sia concorrente dello Stato.

Successivamente, però, la funzione sanzionatoria della responsabilità civile, in cui ruolo centrale era svolto dalla "colpa", dovette cedere il passo alla nuova prospettiva compensativa, in cui la centralità era occupata non più dalla colpa ma dalla riparazione del danno, in un'ottica in cui le conseguenze dannose di un illecito del giudice devono essere traslate in capo alla collettività e non più al singolo danneggiato.

In tale contesto, in cui si va affermando, sulla scorta di quanto già avvenuto in Francia, la responsabilità dello Stato-giudice, si inserisce la sentenza n. 2 del 1968 della Corte Costituzionale in relazione all'art. 28 Cost.⁵⁰

Affermò la Consulta che è la stessa natura della funzione giurisdizionale e dei provvedimenti giurisdizionali, nonché la posizione *super partes* del magistrato a giustificare le limitazioni alla responsabilità del giudice di cui agli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.

Cionondimeno tali caratteristiche della giurisdizione non possono giustificare una totale assenza di responsabilità civile del giudice; in sostanza, la responsabilità civile del giudice non può essere esclusa *tout court*, ma può essere legittimamente e costituzionalmente limitata.

Inoltre va osservato che l'art. 28 Cost. trova applicazione non soltanto in relazione all'attività amministrativa e, quindi, ai pubblici funzionari, ma anche all'attività giurisdizionale e ai giudici.

La giurisdizione è considerata, infatti, funzione statale e i magistrati non sono collocati fuori dell'organizzazione statale.

Inoltre, la Corte affermò anche la responsabilità dello Stato per i danni cagionati dai giudici nell'esercizio della funzione giurisdizionale; negli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., dunque, doveva essere ricompresa anche la responsabilità dello Stato per "gli atti e le omissioni di cui risponde il giudice nell'esercizio del suo ministero".

In ultimo, la Corte Costituzionale concluse per l'estensione in via giurisprudenziale delle ipotesi di responsabilità dello Stato-giudice anche al di fuori dei casi in cui è prevista la responsabilità civile del singolo magistrato.

⁵⁰ C. Cost. 14 marzo 1968 n. 2, in *Giur. Cost.*, I, 1968

Dunque, pur in mancanza di un vero e proprio fondamento costituzionale della responsabilità dello Stato-giudice per il risarcimento dei danni cagionati per colpa, la Corte pervenne a tale estensione attraverso la applicazione di norme e principi contenuti in leggi ordinarie.

Di fatto, pur in presenza di un primo parziale riconoscimento della responsabilità dello Stato-giudice i principi enunciati dalla Consulta non furono applicati né dal legislatore né dalla giurisprudenza ordinaria, che negli anni '80 continuò a ritenere le limitazioni di responsabilità di cui all'art. 55 c.p.c. estensibili oltre che alla responsabilità del giudice anche a quella dello Stato-giudice.

La dottrina, inoltre, si divise: da un lato coloro che fondavano ancora la sostanziale irresponsabilità del giudice e dello Stato-giudice sul principio del giudicato e sulle peculiarità della stessa funzione giurisdizionale, ritenendo che la stessa dovesse essere considerata immune da responsabilità in forza del brocardo "il giudice è soltanto la bocca della legge", per cui un comportamento colposo sarebbe ontologicamente inconcepibile; dall'altro quanti condannavano un sistema che attribuiva al magistrato uno *status* di vera e propria immunità, là dove avrebbe dovuto rispondere delle sue condotte illecite senza alcun limite.⁵¹

In posizione mediana si collocava la tesi del Carnelutti, secondo cui occorre distinguere gli *errores in iudicando* (concernenti l'interpretazione e l'applicazione della legge) i quali soggiacevano alle limitazioni di responsabilità previste dalla legge generando responsabilità solo in caso di dolo, dagli *errores in procedendo*, che, invece lasciavano spazio ad un'eventuale responsabilità colposa del giudice.⁵²

In ultima analisi si può affermare che, se da un lato, negli anni che precedono il referendum abrogativo del 1987, si è cercato di superare il principio dell'irresponsabilità dello Stato-giudice, dall'altro, non essendo intervenuta un'opera di riforma organica del sistema della responsabilità civile dei magistrati, il risultato è stato il permanere di una sostanziale irresponsabilità sia del giudice che dello Stato per i pregiudizi causati nell'esercizio della funzione giurisdizionale.⁵³

⁵¹ SAPORITO, *La responsabilità civile del magistrato*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di STANZIONE- SICA, Zanichelli, Bologna, 2006

⁵² CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milano, 1933

⁵³ GIULIANI-PICARDI, *op. cit.*, Giuffrè, Milano, 1995

CAPITOLO II: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE: LA LEGGE VASSALLI E LA NOVELLA DEL 2015

SOMMARIO: 1. La legge n. 117/1988- 2. Critiche alla legge Vassalli: vaglio di costituzionalità, giurisprudenza europea e progetti di riforma- 3. Le nuove previsioni della legge n. 18 del 2015. Profili di criticità

1. La legge n. 117/1988

Il mai sopito dibattito dottrinale e politico in ordine alle limitazioni della responsabilità dei magistrati e il sempre più diffuso malcontento dell'opinione pubblica, alimentato e cavalcato da talune forze politiche anche in relazione ad alcuni casi giudiziari⁵⁴, costituì il contesto politico-sociale della proposta di *referendum* abrogativo dell' 8 e 9 novembre 1987, il cui esito positivo impose al legislatore la riformulazione della disciplina già contenuta negli artt. 55, 56 e 74 del c.p.c.

L'introduzione della legge n. 117 del 13 aprile del 1988⁵⁵ (comunemente nota come "*legge Vassalli*"), avente a oggetto il "*Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati*", segnò nel nostro ordinamento il passaggio definitivo dal concetto di responsabilità del giudice a quello di responsabilità dello Stato-giudice.

Sul punto, infatti, taluno ha osservato come tale nuova disciplina ponesse in evidenza la rottura della bilateralità del rapporto tra danneggiante e danneggiato, in quanto non si può collegare "direttamente il magistrato danneggiante con chi ha subito il danno ingiusto, ma lo investe soltanto in sede di azione di rivalsa, esercitata dallo Stato che ha provveduto al risarcimento dei danni, nei limiti previsti dall'art. 2"⁵⁶.

All'epoca non mancarono critiche al Parlamento per aver, con la nuova disciplina, sovvertito o "svuotato" l'esito referendario poichè, a fronte dell'ampliamento dei casi di responsabilità, fu mantenuto il filtro preventivo e, soprattutto, venne prevista,

⁵⁴ Il riferimento è al processo al presentatore televisivo Enzo Tortora, arrestato il 17 giugno 1983 per ordine della Procura della Repubblica di Napoli con l'accusa di associazione per delinquere di stampo camorristico e assolto con formula piena con sentenza del 15 settembre della Corte di Appello di Napoli, confermata in Cassazione

⁵⁵ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 1988, n.88

⁵⁶ BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1988

come detto, non già la responsabilità diretta del giudice, ma la responsabilità dello Stato-giudice.

Nel tentativo di chiarire la *ratio* della nuova disciplina, l'On. Rodotà pose l'accento sull'erroneità dell'argomentazione secondo cui il risultato positivo del *referendum* sarebbe stato disatteso, osservando che la volontà popolare espressa in un *referendum* “non può andare contro il quadro costituzionale: nella specie, non può violare la normativa costituzionale che garantisce l'indipendenza della magistratura. La previsione del risarcimento da parte dello Stato non è una forzatura dei risultati referendari, ma costituisce una garanzia per il cittadino, poiché svincola la risarcibilità del danno dalle disponibilità economiche del singolo magistrato”.⁵⁷

E dunque, le limitazioni di responsabilità dei magistrati non solo erano conformi al quadro costituzionale, ma anzi, una loro eliminazione si sarebbe posta in contrasto con il principio di indipendenza.

In tale prospettiva si pose anche la sentenza della Corte Costituzionale 3 febbraio 1987, n. 26, ammissiva del *referendum*, secondo la quale, con la legge 117/1988, il Parlamento avrebbe giustamente tenuto conto della peculiarità della funzione giudiziaria, che esige la previsione di condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, “in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la magistratura (artt. 101-113) a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni”.

Invero, va chiarito che il principio di responsabilità degli organi dello Stato costituisce un principio generale dello Stato di diritto, il cui fondamento costituzionale è da ricercarsi sia nel principio di uguaglianza formale che nel principio di legalità.

Tutti, infatti, essendo egualmente sottoposti alla legge, devono rispondere degli effetti derivanti dalle proprie azioni.

Il principio di responsabilità, nelle sue varie declinazioni, trova, inoltre, riconoscimento in una serie di disposizioni costituzionali: artt. 94, 95, 101, 105, 107 e 97 Cost.

Nonostante il principio di responsabilità sia un principio generale e costituzionalmente riconosciuto all'interno del nostro ordinamento, non v'è da

⁵⁷ RODOTÀ, *Atti Camera, X Legislatura*, seduta del 19 dicembre 1987

dubitare in ordine alla possibilità di introdurre alcune eccezioni ad esso qualora vi sia la necessità di tutelare altri principi costituzionali.⁵⁸

Sul punto si è espressa la Corte Costituzionale chiarendo che le limitazioni di responsabilità possono essere introdotte anche con legge ordinaria, se volte a tutelare altro principio costituzionale⁵⁹, non già mediante applicazione analogica della disciplina relativa ad organi diversi, ma in forza di un ragionevole bilanciamento tra principio di responsabilità e altro principio costituzionale.

Pertanto, vi sono all'interno del nostro ordinamento sia immunità previste espressamente dalla Carta costituzionale sia limitazioni di responsabilità previste da legge ordinaria.

Non essendo possibile individuare una *ratio* comune alle diverse immunità, sembra preferibile ritenere che l'irresponsabilità giuridica costituzionalmente prevista sia da intendersi come prerogativa funzionale al principio di irresponsabilità politica.

Questa tesi, che collega le prerogative costituzionali all'esercizio di un potere politico, per cui solo gli organi politici possono godere di immunità costituzionali, consente di comprendere come l'assenza di una previsione costituzionale di immunità per i magistrati derivi dal presupposto di non politicità della funzione esercitata.⁶⁰

Le limitazioni di responsabilità previste con legge ordinaria, invece, rispondono alla *ratio* di garantire un corretto bilanciamento tra principio di responsabilità e altro principio costituzionale di volta in volta individuato dal legislatore ordinario.

Ciò posto, è indiscutibile che per definire le limitazioni di responsabilità sotto il profilo contenutistico e per valutarne la legittimità, sia necessario guardare all'archetipo delle immunità costituzionali, individuandone i principi comuni al fine di verificare se il legislatore ordinario, nell'introduzione di limitazioni di responsabilità, si sia conformato al modello costituzionale.

La *ratio* di base delle immunità previste nella Costituzione risponde al principio per cui esse sono volte a tutelare la funzione e solo indirettamente la persona, in forza di un collegamento teleologico con una funzione di interesse pubblico.

⁵⁸ BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006

⁵⁹ C. Cost. 3 giugno 1983, n. 148, in *Giur. Cost.*, 1983

⁶⁰ BIONDI, *op. cit.*, Milano, 2006

Le limitazioni di responsabilità, come le immunità, si risolvono in uno strumento per il corretto espletamento di una funzione rilevante in relazione ad un pubblico interesse e infatti, solo collegando la prerogativa alla funzione svolta, possono essere eluse le censure sotto il profilo dell'eguaglianza di fronte alla legge fra i cittadini e i titolari di un pubblico potere.⁶¹

In definitiva, il principio di responsabilità, fondamentale nel nostro ordinamento, può essere limitato solo in forza di un bilanciamento con altro principio costituzionale e tale bilanciamento, inoltre, può essere effettuato anche dal legislatore ordinario solo se sia rispettoso, però, del modello costituzionale delle immunità.

Necessario corollario di quanto finora esposto è che la funzione giurisdizionale deve essere considerata esercizio di un potere e che il principio di indipendenza della magistratura costituisce il fondamento costituzionale delle limitazioni di responsabilità degli organi giurisdizionali.

Di talchè, pur potendosi astrattamente sostenere che l'indipendenza della magistratura, così come prevista dall'art. 101 c. 2 Cost., varrebbe ad escludere ogni forma di responsabilità, in forza del postulato secondo cui responsabilità e indipendenza siano principi assolutamente antitetici, va rilevato che è la stessa Corte Costituzionale ad ammettere la conciliabilità tra il principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria e la responsabilità nel suo esercizio.⁶²

Pertanto, partendo dall'assunto per cui l'indipendenza degli organi giurisdizionali non equivale ad una loro irresponsabilità, si può affermare che indipendenza e responsabilità sono principi costituzionali di pari rango e suscettibili di bilanciamento.⁶³

Orbene, chiarita la legittimità di una introduzione di limitazioni di responsabilità con legge ordinaria per le esposte motivazioni, si può affermare l'assoluta coerenza con il quadro costituzionale della disciplina dettata in tema di responsabilità civile dei magistrati dalla legge n. 117/88.

La legge n. 117/88, nel dettare una nuova disciplina organica e speciale della materia, attraverso una serie di norme sostanziali e processuali, enuclea le fattispecie

⁶¹ ZANGARA, *Le prerogative costituzionali*, Padova, 1972; BIONDI, *op. cit.*, Milano, 2006

⁶² Corte Cost. sent. 5 novembre 1996, n. 385, in *Giur. Cost.*, 1996

⁶³ CRISAFULLI, *Aspetti problematici del diritto parlamentare*, in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985

che danno luogo a responsabilità (dolo, colpa grave e diniego di giustizia), fissa l'ambito soggettivo di applicazione e i soggetti responsabili, disciplina il procedimento per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato e l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, il tutto in deroga alla ordinaria disciplina sulla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. e sulla responsabilità degli impiegati civili dello Stato di cui agli artt. 22 ss., d.p.r. 10 gennaio 1957, n.3.

Novità di maggior rilievo della nuova disciplina è la previsione di una responsabilità diretta ed esclusiva dello Stato (art. 4) in luogo della responsabilità diretta e concorrente del magistrato presente nella previgente disciplina.

L'abrogato art. 56 c.p.c., infatti, consentiva all'attore di citare in giudizio il solo magistrato o il magistrato insieme allo Stato; l'art. 2 della legge 117/88, invece, individua nello Stato il solo legittimato passivo all'azione risarcitoria, salvo successivo eventuale esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.⁶⁴

In ogni caso, la responsabilità dello Stato continua ad essere simmetrica rispetto a quella del magistrato, cioè non configurabile fuori dai casi previsti dalla speciale disciplina.

Di talchè, non risulta corretto il richiamo all'art. 2043 al fine di ampliare le ipotesi di responsabilità dello Stato, in presenza della speciale regola prevista dal legislatore ordinario, ovvero l'art. 2 della legge 117/88.

Nella disciplina post-referendaria, che ha come principio cardine la responsabilità diretta ed esclusiva dello Stato per il risarcimento dei danni cagionati a terzi dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, il legislatore, introducendo un'eccezione a tale principio, prevede la responsabilità diretta dei magistrati nella sola ipotesi di danni derivanti da fatti costituenti reato e commessi nell'esercizio delle loro funzioni. Ai sensi dell'art 13 della legge in oggetto, infatti, il magistrato è sottoposto alle norme ordinarie sulla responsabilità civile per i danni cagionati in conseguenza di un fatto-reato.

Stante la possibilità *ex art. 13* per il danneggiato di agire in giudizio direttamente sia nei confronti del magistrato che dello Stato, il comma secondo stabilisce che per

⁶⁴ SAPORITO, *La responsabilità civile del magistrato*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di STANZIONE- SICA, Zanichelli, Bologna, 2006

l'eventuale azione di regresso dello Stato si applicano le norme ordinarie relative ai pubblici dipendenti.

Per l'azione di regresso è competente la Corte dei Conti.⁶⁵

Risulta chiaro l'intento del legislatore dell'epoca di limitare l'ambito della responsabilità diretta dei magistrati in base alla peculiarità della funzione giudiziaria, derogando alla regola generale dell'art. 28 Cost., in forza del quale i funzionari e i pubblici dipendenti sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti.

Tale norma, posta in linea di continuità con la previgente disciplina, rispetto alle ipotesi generali di cui all'art. 2 richiede come ulteriori presupposti applicativi la costituzione di parte civile nel processo penale instaurato a carico del magistrato o la sentenza penale di condanna del medesimo passata in giudicato.

In assenza di tali presupposti la relativa domanda non si sottrae al giudizio di ammissibilità previsto dall'art 5 della legge 117/88, in quanto se il danneggiato potesse liberamente agire in giudizio direttamente nei confronti del magistrato, semplicemente prospettando una lesione derivante da un fatto costituente reato, risulterebbero vanificati sia le limitazioni che il filtro imposti dalla legge all'ammissibilità dell'azione.⁶⁶

In ultimo, si rileva che lo Stato è solidalmente responsabile (l'art. 13 infatti stabilisce che "chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni ha diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato") a condizione che vi sia un nesso di causalità tra la condotta incriminata e l'esercizio delle proprie funzioni, nel senso che l'atto deve essere comunque collegato all'espletamento della funzione giudiziaria.⁶⁷

La legge Vassalli si applica, ai sensi dell'art. 1, a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria e ai magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali.

⁶⁵ Cass SS.UU. n. 12248/2009; Corte Cost. n. 273/2006

⁶⁶ Cass. Sez. I, 19 agosto 1995, n. 8952, in *Mass. Foro it.*, 1995

⁶⁷ SAPORITO, *op. cit.*, Bologna, 2006.; Cass. Sez I, 24 novembre 2000, n. 15192, in *Foro it.*, 2001

Oggetto della legge è il risarcimento dei danni cagionati a terzi dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni.

A differenza della normativa previgente, in cui la responsabilità dei Pubblici Ministeri era circoscritta alle sole ipotesi di intervento degli stessi nel processo civile, con la nuova formulazione "attività giudiziaria", più ampia rispetto alla precedente "attività giurisdizionale", è possibile estendere l'ambito soggettivo di applicazione anche agli organi requirenti e non solo a quelli investiti di funzione giudicante.

Esula dall'ambito applicativo della legge Vassalli ogni provvedimento previsto dal cd. diritto tabellare *ex art. 7 bis* dell'Ordinamento giudiziario, nonché la responsabilità per danni derivanti da un'attività amministrativa eventualmente svolta dai magistrati, per la quale valgono le norme ordinarie sulla responsabilità amministrativo-contabile dei pubblici dipendenti verso la pubblica amministrazione di appartenenza e sulla loro responsabilità diretta verso terzi, entrambe limitate alle ipotesi di dolo o colpa grave.⁶⁸

Dal punto di vista soggettivo, chiarito l'ambito generale di applicazione della normativa, alcuni problemi si pongono in relazione a talune figure.

In primo luogo, si ritiene la disciplina applicabile anche al giudice di pace, in quanto "magistrato onorario appartenente all'ordine giudiziario" (art. 1, l. 374/1991) in tutte le ipotesi di dolo, colpa grave e diniego di giustizia.

In secondo luogo, va rilevato un mutamento di disciplina rispetto al previgente art. 55 c.p.c. in forza del quale si ritenevano responsabili anche gli arbitri per i casi di dolo, frode o concussione.

Ora, con il passaggio dalla responsabilità del giudice a quella dello Stato-giudice, stante la non riferibilità della attività degli arbitri alla pubblica amministrazione, è esclusa l'estensibilità allo Stato della loro responsabilità, la quale, trovando fondamento in un incarico privato, sarà disciplinata dalle comuni disposizioni sulla responsabilità professionale *ex art. 2236 c.c.*

Come detto la norma di maggior rilievo dell'intera disciplina è, senza dubbio, l'art. 2, che sancisce la responsabilità diretta dello Stato per il danno cagionato dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni.

⁶⁸ GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008

Ai sensi dell'art. 2, c.1, "chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia, può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino dalla privazione della libertà personale".

Nelle ipotesi indicate dagli artt. 2 e 3 e nel rispetto dei termini di decadenza fissati dall'art. 4, infatti, il danneggiato può agire solo verso lo Stato, innanzi al Tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'Appello, con competenza determinata *ex art.* 11 c.p.p., dopo aver superato il giudizio di ammissibilità della domanda previsto dall'art. 5⁶⁹.

Dal punto di vista soggettivo, oltre al dolo e al diniego di giustizia, sostanzialmente corrispondenti ai casi di responsabilità di cui all'art. 55 c.p.c., è stata aggiunta la colpa grave.

Dal punto di vista oggettivo, invece, la responsabilità può trarre origine in un comportamento, in un atto, o in un provvedimento giudiziario, di carattere omissivo o commissivo, in ogni caso posti in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni.

Quanto al dolo, inteso in termini di condotta, omissiva o commissiva, tenuta con coscienza e volontà allo scopo di arrecare un danno ad un altro soggetto, ai fini della configurabilità di una responsabilità del magistrato si ritiene debba integrare una fattispecie penalmente rilevante.

Afferma la Suprema Corte, infatti, che la configurabilità di una condotta tenuta con la coscienza e la volontà di violare i doveri di ufficio non riconducibile ad una delle fattispecie di reato ipotizzabili nel caso di comportamento doloso del magistrato costituisce un'ipotesi del tutto residuale.⁷⁰

La novità più rilevante rispetto alla previgente disciplina è senza dubbio costituita dall'introduzione della responsabilità dello Stato-giudice anche per le ipotesi di illecito commesso dal magistrato con colpa grave.

Secondo l'espressa previsione del comma terzo dell'art. 2, che contiene un'elencazione tassativa di comportamenti tipici, costituiscono colpa grave: la grave

⁶⁹ CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015

⁷⁰ Cass. 20 settembre 2001, n. 11859, in *Foro it.*, 2001

violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Per quanto riguarda la prima ipotesi, la violazione di legge deve essere determinata da "negligenza inescusabile", con ciò intendendosi la necessità di un elemento ulteriore rispetto alla mera negligenza al fine di giustificare la sussistenza di responsabilità del giudice.

In sostanza, la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile si risolve in una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, nell'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo e nello sconfinamento nel diritto libero.⁷¹

Le ipotesi di affermazione o negazione, determinate da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, di cui alle lettere b) e c) del comma terzo dell'art. 2, riguardano i casi in cui il giudice affermi o neghi una circostanza di fatto la cui esistenza o inesistenza sia stata chiaramente acquisita dalle risultanze probatorie.

In tali casi si parla anche di "errore revocatorio", stante la similitudine di disciplina con quanto dettato in tema di revocazione della sentenza dall'art. 395 n. 4 c.p.c.

Ultima ipotesi in cui il legislatore ha previsto espressamente la sussistenza di responsabilità per colpa grave è quella di cui alla lett. d) della norma, in caso di emissione di un provvedimento avente ad oggetto la libertà della persona fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Caratteristica di tale ultima previsione è che non viene richiesta né la gravità della violazione, né la negligenza inescusabile, qualificandosi come ipotesi del tutto peculiare rispetto alle altre, poiché il legislatore amplia la sfera di risarcibilità e riduce il grado qualificativo della colpa.

⁷¹ Cass. 20 settembre 2001, n. 11859, in *Foro it.*, 2001

L'emissione di un provvedimento inerente la libertà personale di un soggetto fuori dai casi previsti dalla legge integra l'ipotesi in cui tale provvedimento sia emanato in assenza dei presupposti fissati in via astratta dal legislatore in relazione a provvedimenti dello stesso tipo.⁷²

L'ultima parte del primo comma dell'art. 2 prevede, inoltre, la risarcibilità anche dei danni non patrimoniali, *ex art. 2059 c.c.*, derivanti dalla privazione della libertà personale.

L'altra ipotesi tassativamente prevista, in cui sorge l'obbligo risarcitorio in capo allo Stato, è quella di cui all'art. 3, ai sensi del quale “costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria.”

Tale termine di trenta giorni può essere prorogato, con decreto motivato, dal capo dell'ufficio, mentre è ridotto a cinque giorni, ed è improrogabile, in tema di libertà personale dell'imputato (art. 3, commi 2 e 3).

La condotta omissiva fonte di responsabilità del magistrato, chiaramente ispirata all'istituto francese del *dèni de justice*, trovava collocazione già nella disciplina previgente di cui all'art. 55 c.p.c., il quale prevedeva che “il giudice è civilmente responsabile soltanto quando senza giustificato motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero”.

La prima ipotesi prevista dalla norma è quella del “rifiuto”, che si concreta in un comportamento attivo di diniego; la seconda ipotesi è quella del “ritardo”, che si verifica quando un atto non viene compiuto nei termini dal magistrato ma è ancora possibile porlo in essere con effetti favorevoli per l'interessato; in ultimo, la norma parla di “omissione”, nel senso di mancato compimento dell'atto senza ulteriore possibilità di compimento successivo.⁷³

Affinchè si configuri un'ipotesi di denegata giustizia è necessaria la presentazione di un'istanza di parte al fine di ottenere il provvedimento e il decorso del termine di

⁷² SAPORITO, *op. cit.*, Bologna, 2006

⁷³ SAPORITO, *op. cit.*, Bologna, 2006

trenta giorni, o il maggior termine concesso dal capo dell'ufficio, dal deposito della stessa istanza, senza che il magistrato abbia provveduto.

Il giudice è esonerato da responsabilità per diniego di giustizia nel caso in cui ricorra un "giustificato motivo", con ciò facendosi riferimento a situazioni di fatto, logistiche o legate alla redazione di sentenze di particolare complessità.

Sia che derivi da fattispecie commissive connotate da dolo o colpa grave, sia da diniego di giustizia, la responsabilità dello Stato per i danni causati dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni è una forma di responsabilità aquiliana, a cui si applicano le regole generali sia in ordine alla liquidazione del danno, patrimoniale e non patrimoniale, che al nesso causale.

Nell'accertamento del nesso causale può acquistare rilievo, inoltre, in forza dell'art. 1227 c.c. per cui "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza", anche la condotta processuale tenuta dal danneggiato nel processo principale, nel corso del quale si sarebbe verificato il danno ingiusto. Infatti, la norma di cui all'art. 1227 c.c. è espressione di un principio generale che informa l'intero ordinamento.⁷⁴

L'art. 2 comma 2 fissa il fondamentale principio della cd. "clausola di salvaguardia", per cui "non può dare luogo a responsabilità l'attività d'interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove".

Tale clausola di salvaguardia, posta a tutela del libero ed indipendente esercizio della funzione giurisdizionale, delimita l'ambito di applicazione della colpa rilevante ai fini del giudizio di responsabilità, sottraendo, così, a tale giudizio "le attività tipiche dell'attività giudiziaria".⁷⁵

E dunque, le attività di interpretazione e di valutazione, pur se espressione di opinabili scelte ermeneutiche, non possono mai costituire fonte di responsabilità, se non quando il comportamento del giudice si ponga in netto contrasto con disposizioni normative chiare ed insuscettibili di diverse interpretazioni, ovvero nel caso di evidente, grossolana e macroscopica violazione della norma che costituisca, quindi, una negligenza inescusabile.

Afferma sul punto la Suprema Corte che "il momento della funzione giurisdizionale riguardante l'individuazione del contenuto di una determinata norma e

⁷⁴ CAFERRA, *op. cit.*, Bari, 2015

⁷⁵ VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna 1984

l'accertamento del fatto, con i corollari dell'applicabilità o meno dell'una o dell'altro, non può essere fonte di responsabilità, nemmeno sotto il profilo dell'opinabilità della soluzione adottata, dell'inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell'assenza di una esplicita e convincente confutazione di opposte tesi, dovendo passare l'affermazione della responsabilità, anche in tali casi, attraverso una consentita revisione di un giudizio interpretativo o valutativo.”⁷⁶

La clausola di salvaguardia è stata, inoltre, successivamente riprodotta anche nell'art. 2 comma 2 del d.lgs. n. 109/2006 per indicare il limite della responsabilità disciplinare del magistrato, nonché nell'art. 11 del d.lgs. n. 160/2006, per la valutazione di professionalità che “non può riguardare in nessun caso l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove”.

Con l'art. 16 è stata dettata la disciplina della responsabilità dei componenti degli organi collegiali in conformità al principio generale per cui “nel caso di deliberazioni di organi collegiali, la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole”, secondo quanto disposto dall'art. 1 *ter* della legge n. 20/1994, come novellato dalla legge n. 639/1996.

Tale principio, bilanciato con il principio di segretezza della camera di consiglio, è assicurato tramite un sistema che prevede la redazione di un sommario processo verbale, succintamente motivato, il quale deve contenere la menzione dell'unanimità della decisione o del dissenso espresso da qualcuno dei componenti del collegio su ciascuna delle questioni decise.⁷⁷

Ai sensi dell'art. 4, l'azione di risarcimento del danno contro lo Stato va esercitata nei confronti del presidente del Consiglio dei Ministri, entro il termine decadenziale di due anni e sempre che siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari e, comunque, quando il provvedimento non possa essere più modificato o revocato.

La previsione per cui l'azione risarcitoria non possa essere esercitata in un qualunque momento successivo al verificarsi del fatto dannoso, ma si debba attendere che siano stati esperiti tutti gli ordinari mezzi di impugnazione e gli altri rimedi previsti, è volta

⁷⁶ Cass., sez. I, 5 dicembre 2002, n. 17259, in *Gius*, 2003

⁷⁷ C. Cost. n. 18/89 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo e del secondo comma dell'art. 16 in riferimento all'art. 97 Cost., nella parte in cui dispongono che “è compilato sommario processo verbale”, anziché “può, se uno dei componenti dell'organo collegiale lo richieda, essere compilato sommario processo verbale”

a scongiurare il rischio che tale azione si trasformi in un improprio mezzo di impugnazione, interferendo in tal modo nel processo.

Qualora non siano previsti rimedi impugnatori avverso il provvedimento l'azione è esperibile dal momento in cui si sia concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale si sia verificato il fatto che ha cagionato il danno.

In ogni caso, l'azione può essere comunque esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto dannoso se in tale termine non si è concluso il grado del procedimento nel corso del quale si è verificato il fatto.

La domanda va presentata al Tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'Appello, la cui competenza territoriale va determinata ai sensi dell'art. 11 c.p.p.

L'art. 1 delle disposizioni attuative del codice di procedura penale, infatti, rinvia, per la determinazione della competenza territoriale per i procedimenti riguardanti i magistrati, all'allegata Tabella A, la quale fissa criteri predeterminati.⁷⁸

Il successivo art. 5 prevede un filtro endoprocessuale, costituito dal giudizio di ammissibilità.

La domanda è, pertanto, dichiarata inammissibile quando non siano rispettati i termini e i presupposti di cui agli artt. 2, 3 e 4, ovvero quando sia manifestamente infondata.

Il Tribunale si pronuncia, previa audizione delle parti, con decreto motivato, in camera di consiglio.

Tale giudizio di ammissibilità, volto a tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, è considerato un necessario "meccanismo di deterrenza a monte contro azioni temerarie, artificiose, fittizie, di mera turbativa".⁷⁹

Se la domanda è dichiarata ammissibile, il Tribunale ordina la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare che hanno l'obbligo di agire nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento.

Inoltre, non fa stato, ai sensi dell'art. 6 comma 2, nel procedimento disciplinare, la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato.

⁷⁸ Cass n. 18000/2015 in *ItalggiureWeb*; C. Cost. n. 147/2004 in *ItalggiureWeb*

⁷⁹ PROTO PISANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il giudizio nei confronti dello Stato*, in *Foro it.*, 1988, 420

Se, al contrario, la domanda è dichiarata inammissibile, il decreto di inammissibilità può essere impugnato innanzi alla Corte d'Appello e contro il decreto d'inammissibilità della Corte d'Appello può essere proposto ricorso per Cassazione.

Allo Stato, poi, ai sensi degli artt. 7 e 8, è attribuita un'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, da esercitare entro un anno dall'avvenuto risarcimento al soggetto danneggiato innanzi al Tribunale ordinario.

L'azione di rivalsa, che deve essere proposta dal Presidente del Consiglio dei Ministri, non può eccedere, nella misura, la somma di un terzo di un'annualità dello stipendio percepito dal magistrato al tempo della proposizione dell'azione risarcitoria.

Tale limite quantitativo in ordine alla misura della rivalsa non opera, però, ove la responsabilità dipenda da dolo.

Si tratta di una forma di responsabilità per il danno erariale indiretto provocato allo Stato in conseguenza del risarcimento al terzo danneggiato e deve essere proposta davanti al Tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'Appello, da determinarsi *ex art.* 11 c.p.c. e art. 1 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, in deroga alla giurisdizione contabile che spetterebbe in via generale alla Corte dei Conti.⁸⁰

Discussa è la questione circa l'obbligatorietà o meno dell'azione di rivalsa.

Invero, da preferirsi appare la tesi della non obbligatorietà della rivalsa in forza del dato letterale di cui all'art. 7 c.1, ai sensi del quale lo Stato "esercita l'azione di rivalsa", senza che la norma nulla specifichi in merito ad una sua obbligatorietà.

⁸⁰ CAFERRA, *op. cit.*, Bari, 2015

2. Critiche alla legge Vassalli: vaglio di costituzionalità, giurisprudenza europea e progetti di riforma.

Da quanto finora esposto emerge che la l. n. 117/1988 ha delineato una nuova forma di responsabilità dello Stato, di natura extracontrattuale, per gli illeciti posti in essere dai magistrati nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali nei soli casi di dolo, colpa grave e diniego di giustizia, rendendo definitivo, così, il passaggio dalla responsabilità del giudice a quella dello Stato-giudice.

Fin dal momento della sua entrata in vigore la legge Vassalli è stata, come anticipato, aspramente criticata in ordine alla sua incoerenza rispetto al risultato referendario.

È stato sostenuto, infatti, che il limite principale della nuova normativa sarebbe costituito dalla sostanziale immunità assicurata ai magistrati grazie agli istituti della "clausola di salvaguardia", per cui le attività di interpretazione e di valutazione non possono mai costituire fonte di responsabilità, e del "filtro", il giudizio di ammissibilità della domanda previsto dall'art. 5.

Nel corso del tempo anche la Corte Costituzionale si è più volte occupata della legittimità della legge in oggetto.

Su tutte, merita particolare attenzione la sentenza del 19 gennaio 1989, n. 18, con cui la legge Vassalli ha superato il vaglio di costituzionalità sotto vari profili.

La Corte, infatti, ha dichiarato infondate tutte le questioni sollevate, ad eccezione di quelle relative all'art. 16 in merito alla verbalizzazione dei provvedimenti collegiali, ricostruendo il lungo *iter* storico e giuridico che ha portato all'emanazione di detta legge.

La prima e più generale questione affrontata dalla Corte riguarda l'esame dei profili d'incostituzionalità della legge sollevati dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia in riferimento agli artt. 101, 104 e 108 della Costituzione.

Secondo il Tribunale amministrativo, infatti, la stessa previsione di una responsabilità per colpa grave dei magistrati "contrasterebbe in sé, innanzitutto, con gli artt. 101, 104 e 108 della Costituzione, compromettendo l'imparzialità della magistratura, con l'attribuire alle parti uno strumento di pressione idoneo ad influenzarne le decisioni".

Afferma la Consulta che, al contrario, “la disciplina posta dalla l. n. 117 del 1988 è caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l’indipendenza dei magistrati nonché l’autonomia e la pienezza dell’esercizio della funzione giudiziaria.”

Proseguendo, i giudici di legittimità hanno evidenziato che “il principio dell’indipendenza è volto a garantire l’imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione *super partes* che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere. A tal fine la legge deve garantire l’assenza, in egual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l’obiettività della decisione. La disciplina dell’attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest’ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a renderla libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza. Peraltro (sentenza 14 marzo 1968, n. 2), l’autonomia e l’indipendenza della magistratura e del giudice non pongono l’una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l’altro fuori dell’organizzazione statale. Il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è soggetto alla legge: alla Costituzione innanzitutto, che sancisce, ad un tempo, il principio d’indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28), al fine di assicurare che la posizione *super partes* del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione.”

Sulla base di queste argomentazioni la Corte ha sostenuto che la limitatezza e la tassatività delle ipotesi di responsabilità previste dalla legge Vassalli, rapportate a negligenza inescusabile in ordine a violazioni di legge o accertamenti di fatto, ovvero all’emissione di provvedimenti restrittivi della libertà fuori dei casi consentiti dalla legge o senza motivazione e la specifica e circostanziata delimitazione della responsabilità per diniego di giustizia escludono che possano essere inficiate l’imparzialità del giudizio e l’indipendenza stessa della magistratura.

Inoltre, viene affermato dalla Consulta che “il legislatore ha ampliato la sfera d’irresponsabilità, fino al punto in cui l’esercizio della giurisdizione, in difformità da doveri fondamentali, non si traduca in violazione inescusabile della legge o in

ignoranza inescusabile dei fatti di causa, la cui esistenza non è controversa”, escludendo espressamente che possa essere fonte di responsabilità l’attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione dei fatti e delle prove.

In ultimo, e a conferma di quanto affermato finora, ha sottolineato che “la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5 l. cit.) garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l’astensione e la ricusazione.”

In ogni caso, oltre ai profili inerenti la costituzionalità della legge 117/88, è stato diffusamente sostenuto che tale disciplina sia idonea ad assicurare ai magistrati una sostanziale immunità e impedisca una tutela risarcitoria effettiva in favore del cittadino danneggiato.⁸¹

Il dato più utilizzato ai fini della critica alla legge del 1988 è stato quello statistico, per cui, in venticinque anni di vigenza della legge, sulle quattrocento cause proposte solo trentaquattro avrebbero superato il vaglio di ammissibilità e di queste ultime ne sarebbero state decise diciotto, tra cui solo in quattro casi vi sarebbe stata condanna dello Stato.⁸²

Ed è, dunque, anche in forza di questi dati, che rivelano una vera e propria carenza di effettività della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati, che la legge ha trovato moltissime critiche anche in dottrina⁸³, la quale è tornata ad alimentare il dibattito in merito alla necessità di un nuovo intervento legislativo in detta materia.

In particolare è stato sostenuto che, anche con la nuova disciplina, continuerebbe a permanere il tradizionale *richterprivileg*, il cd. privilegio del giudice, in forza del quale il principio di responsabilità, operante per tutti i cittadini, ed anche per

⁸¹ Cfr., tra gli altri, VARANO, *Responsabilità del magistrato*, in Dig. disc. priv., sez. civ., XVII, Torino, 1998; ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in Annuario, 2004.; D’ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di PACE, BARTOLE e ROMBOLI, Napoli, 2010

⁸² Il 19 gennaio 2015 il Ministro Guardasigilli riferendo al parlamento nell’*Intervento sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2014*

⁸³ RICCIOTTI, *La vera storia del mugnaio di Saint Souci e la responsabilità civile dei magistrati*, in *Critica pen.*, 2005; CICALA, *La giurisprudenza della corte di cassazione sulla responsabilità civile dei magistrati (rassegna critica)*, in *Critica pen.*, 2003; LUPO, *La responsabilità civile del magistrato: primi bilanci sull’applicazione della l. n. 117/1988*, in *Resp. civ.*, 2004; COLOMBINI, *Condizioni per l’azione di risarcimento danni nell’esercizio della funzione giudiziaria*, in *Arch. civ.*, 2002; GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giur. merito*, 2002

professionisti come medici ed avvocati che pur svolgono una funzione fondamentale, non si applicherebbe ai magistrati.

Invero, nel nostro ordinamento, il principio di responsabilità opera anche nei confronti dei magistrati, seppur con qualche temperamento.

Come si è rilevato in apertura, il principio di responsabilità, pur trovando fondamento costituzionale nel nostro ordinamento, non è principio inderogabile, potendo essere limitato, anche dal legislatore ordinario, in forza di un bilanciamento con altri principi costituzionali. Ed è ciò che avviene per le limitazioni di responsabilità previste dalla legge 117/88, che limita la responsabilità dello Stato-giudice alle ipotesi di dolo o colpa grave, in virtù del temperamento del principio di responsabilità con quello di indipendenza della magistratura.

I magistrati, infatti, rispondono pienamente e in via diretta nell'ipotesi di danno ingiusto causato da fatto costituente reato, mentre, nelle altre ipotesi previste rispondono dei danni causati nell'esercizio delle proprie funzioni con dolo o colpa grave in via indiretta.

Allo stesso modo i dipendenti pubblici possono essere chiamati in giudizio per il risarcimento del danno arrecato a terzi, unitamente o in alternativa alla pubblica amministrazione, solo per dolo o colpa grave e, anche in caso di azione di regresso innanzi alla Corte dei Conti, per danno diretto o indiretto all'amministrazione di appartenenza, rispondono sempre per dolo o colpa grave e possono fruire del cd. potere riduttivo dell'addebito da parte del giudice contabile, il quale deve tener conto dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione di appartenenza⁸⁴ (artt. 22 e ss. d.p.r. 10 gennaio 1957, n.3, il cd. *Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato* e art. 1 legge 14 gennaio 1994, n. 20, *Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*).

Del tutto inconferente appare, inoltre, il richiamato parallelismo con la responsabilità dei professionisti quali medici ed avvocati.

Sebbene, come sostenuto, anche l'avvocato, come il magistrato, possa essere definito un operatore del diritto, che svolge la propria attività in libertà, autonomia e indipendenza, come previsto dal Codice deontologico forense, e anche all'avvocato, in quanto soggetto dell'attività giurisdizionale, possa essere riconosciuto rilievo

⁸⁴ CAFERRA, *op. cit.*, Bari, 2015

costituzionale, si dimentica però di sottolineare la profonda differenza di fondo tra le due attività e le due funzioni.

In primo luogo, il magistrato è, non solo un pubblico dipendente, ma soprattutto un “organo” dello Stato, esercente un potere pubblico nell’interesse dei consociati.

In secondo luogo, come sostenuto da autorevole dottrina, la caratteristica fondamentale del problema della responsabilità del magistrato, che lo distingue dal problema della responsabilità del professionista, è che la lite tra professionista e cliente (il cui rapporto ha natura privatistica) verte sempre su un fatto illecito o spesso su un inadempimento contrattuale da parte del professionista, mentre “una lite con il giudice verte su una precedente lite sugli stessi fatti”.⁸⁵

In altre parole, la parte insoddisfatta del provvedimento giurisdizionale, potrebbe essere portata (ed è il caso soprattutto di chi sia in possesso di adeguate risorse economiche) a instaurare una successiva azione di risarcimento del danno nei confronti del magistrato autore del provvedimento “ingiusto” tutte le volte in cui risulti soccombente nel procedimento a monte.

E questo è ancora più evidente se, come taluno ha fatto, si ipotizzasse una responsabilità diretta del magistrato.

Tra le varie proposte di riforma alla legge Vassalli, infatti, si segnala l’indirizzo prevalente in ordine al rafforzamento della responsabilità personale del giudice.

Si rileva che la maggior parte dei progetti di riforma⁸⁶ mira a sostituire il meccanismo dell’azione diretta contro lo Stato, e della successiva azione di rivalsa dello Stato contro il magistrato, con l’azione diretta nei confronti del magistrato stesso, eliminando anche l’altro “filtro” endoprocedimentale rappresentato dal giudizio di ammissibilità, creando così una responsabilità diretta senza filtri per i

⁸⁵ TRIMARCHI, in *Atti dell’incontro di studio* (organizzato dall’ANM), sul tema *La responsabilità civile dei magistrati*, 2013

⁸⁶ Cfr., con riferimento alle ultime tre legislature, i progetti di legge Borea (A.S., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 1427); Cento e altri (A.C., XIV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 2979); Alberti Casellati (A.S., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 156); Tommassini (A.S., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 284); Forlani (A.C., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 766); Turco e altri (A.C., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 3340); Lussana e altri (A.C., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 1429); Brigandi e altri (A.C., XVI Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 1956); Perduca e Poretti (A.S., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 1889); Versace (A.C., XVI Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 3285); Labocchetta (A.C., XVII Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 3300); Lauro e altri (A.S., XVI Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 2390); Garagnani (A.C., XV Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 4069); Bernardini (A.C., XVI Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 4148)

magistrati, che non è però compatibile con i vincoli posti dalla giurisprudenza costituzionale.

La Corte Costituzionale, infatti, oltre a esigere che vi sia il filtro della responsabilità indiretta del magistrato nei confronti dello Stato, ha riconosciuto il rilievo costituzionale del giudizio di ammissibilità quale “meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale”.⁸⁷

La previsione di una responsabilità diretta del giudice potrebbe portare ad attivare uno “strumento potenzialmente ritorsivo che, nelle mani dei più forti, avrebbe l’effetto di compromettere l’indipendenza e serenità di giudizio del magistrato e di indurlo ad una giurisprudenza difensiva ispirata a conformismo giudiziario.”⁸⁸

E infatti, il rischio del conformismo giudiziario e della giurisprudenza difensiva sarebbe sì più accentuato nel caso si prevedesse la responsabilità diretta del magistrato, ma non è da escludere anche nel caso di rivalsa dello Stato, specie in caso di eliminazione del filtro endoprocendimentale (cosa che è puntualmente avvenuta con la novella del 2015).

Vanno poi segnalati altri progetti di riforma miranti ad estendere la responsabilità per colpa, o mediante l’abrogazione delle norme che specificano e delimitano i casi di colpa grave, o prevedendo la responsabilità anche per colpa lieve.⁸⁹

Altre proposte hanno riguardato la soppressione della norma che esclude la responsabilità del magistrato per l’attività di interpretazione del diritto e di valutazione del fatto e delle prove⁹⁰, la cui presenza sembrava essere richiesta dalla Corte Costituzionale quale strumento necessario a garantire l’imparzialità del giudice⁹¹; la cancellazione dei limiti previsti all’art. 8 comma 3 alla misura della rivalsa, che non può superare una somma pari al terzo di un’annualità dello stipendio

⁸⁷ C. Cost. n. 18 del 1989, in *Giur Cost*, 1989

⁸⁸ Così testualmente, CAFERRA, *op. cit.*, Bari, 2015

⁸⁹ Cfr., tra gli altri, il d.d.l. Perduca, cit., e la proposta di I. Bernardini, cit.; Cfr. la proposta di I. Maiolo (A.C., XIII Leg., D.d.l. e Rel., Doc. n. 1996)

⁹⁰ Cfr. il d.d.l. Tommassini, cit. V. anche la proposta Maiolo, cit.

⁹¹ C. Cost. n. 18 del 1989

(limite non applicabile se il fatto è commesso con dolo)⁹²e l' introduzione del divieto di contrarre polizze assicurative per la responsabilità civile.⁹³

Un ruolo decisivo sulla riforma della responsabilità civile del giudice è stato svolto dalla giurisprudenza europea.

In via generale è opportuno ricordare che lo Stato può essere chiamato a rispondere per i danni derivanti dalle violazioni del diritto unionale da parte di uno dei suoi *interna corporis*. Pertanto, la violazione può essere perpetrata da ciascuno degli organi dello Stato, e cioè, sia dallo Stato-legislatore, sia dallo Stato-amministrazione, sia dallo Stato-giudice.

La fonte della responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi comunitari è stata individuata dalla giurisprudenza europea nella violazione dell'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea, che impone il dovere di leale cooperazione agli Stati membri⁹⁴, ovvero nell'art. 259 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che sottolinea il carattere vincolante degli atti normativi comunitari.

Questa forma di responsabilità dello Stato si iscrive nell'ambito del principio dell'effetto utile, collegato a sua volta al principio di primazia delle norme unionali, le quali, in base alla teoria dell'integrazione degli ordinamenti, concorrono a comporre il sistema interno delle fonti.

E dunque presupposti e condizioni della responsabilità dello Stato devono trovare fondamento nel diritto europeo, in forza dell'assunto in base al quale non può essere lo stesso Stato danneggiante a stabilire i presupposti della propria responsabilità.

In ultimo, tale responsabilità dello Stato si giustifica anche alla luce dei principi di efficacia ed effettività del diritto unionale, in forza dei quali le norme dell'Unione europea sono efficaci ed effettive solo se, quando violate, comportano una responsabilità e delle misure di reazione come, appunto, la nascita di un'obbligazione risarcitoria.

⁹² Cfr. la proposta Versace, cit

⁹³ Art. 7 del d.d.l. Tommassini, cit. Nella relazione illustrativa la necessità di intervenire sul punto è così giustificata: la responsabilità è “destinata a riuscire vana” per “la stipula invalsa di polizze” dai “costi oltremodo modesti, che sono palesemente nulle, perché contrarie” agli artt. 1343, 1344 e 1345 c.c.

⁹⁴ Art. 4 T.U.E. “*In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati... Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione... Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.*”

Con la sentenza *Francovich* del 1991 la Corte di giustizia ha, per la prima volta, affrontato la questione della risarcibilità da parte dello Stato dei danni cagionati ai singoli per violazione del diritto comunitario.

Nello specifico, si trattava di un'ipotesi di responsabilità dello Stato-legislatore per il mancato recepimento di una direttiva, la 80/907/CEE, che prevedeva l'istituzione di un fondo di garanzia a tutela dei crediti vantati dai lavoratori in caso di inadempienza o insolvenza del datore di lavoro.

Con questa sentenza la Corte di giustizia ha riconosciuto la responsabilità extracontrattuale dello Stato italiano per il mancato recepimento di una direttiva non *self-executing*, con conseguente obbligo di risarcire i danni subiti dai lavoratori impossibilitati a far valere i diritti loro attribuiti in base alla detta direttiva.⁹⁵

In detta decisione la Corte indica per la prima volta le tre condizioni, poi sempre ricorrenti nella giurisprudenza europea, in forza delle quali si può ammettere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario e il conseguente diritto al risarcimento in capo ai cittadini.

Tali condizioni, poi meglio specificate nelle successive sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, sono: che la direttiva sia tesa all'attribuzione di diritti a favore dei singoli; che il contenuto di tali diritti sia individuato in maniera chiara all'interno della direttiva stessa; che sussista un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo da parte dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

Deve osservarsi che la sentenza *Francovich* non richiede la prova dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa da parte dello Stato-legislatore, cosa che ha portato alcuni interpreti ad affermare che la natura aquiliana di tale responsabilità possa basarsi su criteri di responsabilità oggettiva.⁹⁶

In realtà, la successiva sentenza *Brasserie du Pêcheur* sembra, nel richiedere ai fini della risarcibilità del danno il requisito ulteriore della violazione "grave e manifesta", postulare un'ipotesi di *culpa in re ipsa*, o, meglio, di responsabilità soggettiva accertata oggettivamente.

⁹⁵ FRATINI, *Compendio di diritto civile*, Roma, 2015

⁹⁶ GIANNONE CODIGLIONE, *Responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi comunitari*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da STANZIONE, Padova, 2012

La violazione della norma comunitaria, quindi, per poter dar luogo ad un'ipotesi di responsabilità dello Stato dovrà essere "sufficientemente caratterizzata" e, cioè, grave e manifesta.

Infatti, secondo l'orientamento della giurisprudenza comunitaria, in assenza di una colpa basata sulla nozione di mancanza di diligenza, la violazione deve essere sufficientemente caratterizzata dalla presenza di alcuni elementi sintomatici: il grado di chiarezza e precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che la norma riserva alle autorità nazionali, la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, la circostanza del legittimo affidamento ingenerato da comportamenti delle istituzioni comunitarie, il carattere intenzionale o volontario della trasgressione commessa o del danno causato.⁹⁷

Ponendosi il problema della necessità della sussistenza dell'elemento soggettivo ai fini della configurabilità di una responsabilità aquiliana dello Stato per violazione del diritto comunitario, soluzione corretta sembrerebbe quella che, facendo ricorso al concetto di colpa oggettiva, equipara il presupposto della violazione grave e manifesta al presupposto della colpa.

Così argomentando, l'elemento soggettivo ricorrerebbe in ogni caso in cui sussista una violazione grave e manifesta e si potrebbe ipotizzare una forma di responsabilità soggettiva accertata oggettivamente, ricondotta, pertanto, nell'alveo dell'art. 2043.

Per quanto riguarda l'ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione del diritto unionale che più interessa ai fini della trattazione, ovvero la responsabilità dello Stato-giudice, la prima occasione per la Corte di giustizia di occuparsi della tematica venne dal caso *Kobler* (sentenza del 3 settembre 2003, C-2241/01).

Tale responsabilità aquiliana, costituita dalla violazione del diritto europeo da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, si fonda sugli stessi principi sanciti nelle pronunce *Brasserie du Pecheur e Factortame*.

Secondo costante giurisprudenza della Corte di giustizia, le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli dalla violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sono tre: che la norma violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli; che la violazione sia sufficientemente caratterizzata e manifesta (riguardo a

⁹⁷ Corte giustizia CE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame III*

tale presupposto la Corte di giustizia, con sentenza 24 novembre 2011, C-379/10, ha poi stabilito che il diritto nazionale può precisare i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, ma tali criteri non possono, tuttavia, in nessun caso imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente); che sussista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo da parte dello Stato e il danno subito dai singoli soggetti.⁹⁸

Il problema posto dalla violazione del diritto europeo da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado riguarda, in primo luogo, il rapporto intercorrente tra il principio dell'intangibilità del giudicato interno e le disposizioni comunitarie da cui discende l'obbligo per lo Stato di conformare tutte le proprie attività, in sede legislativa, amministrativa e giudiziaria, al diritto comunitario.

La Corte di giustizia, sul punto, ha precisato che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha necessariamente come conseguenza quella di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata, in quanto un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che hanno dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata.⁹⁹

Nello specifico, la questione affrontata riguardava un professore universitario austriaco, Gerard Kobler, il quale proponeva un'azione di responsabilità nei confronti della Repubblica d'Austria per violazione di una disposizione comunitaria da parte del supremo giudice amministrativo nazionale (*Verwaltungsgerichtshof*).¹⁰⁰

La Corte di giustizia, sebbene abbia rigettato la richiesta risarcitoria del prof. Kobler, ha affermato, però, come non vi siano motivi ostativi ad un eventuale riconoscimento di responsabilità in capo allo Stato per i danni cagionati da organi giurisdizionali di ultimo grado e che ciò non lede in alcun modo i principi di cosa giudicata o di indipendenza del giudice.

Afferma sul punto la Corte che “per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la

⁹⁸ FRATINI, *op. cit.*, Roma, 2015

⁹⁹ BAIRATI, *Responsabilità civile del giudice: Corte di giustizia europea e proposte italiane di riforma*, in www.comparazioneDirittocivile.it, 2011

¹⁰⁰ GIANNONE CODIGLIONE, *op. cit.*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da STANZIONE, Padova, 2012

responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Ora, non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado.”

Parlando di “talune condizioni” la Corte fa un chiaro riferimento ai tradizionali tre presupposti richiesti per la sussistenza di responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario¹⁰¹, tra cui dovrà rilevare se il giudice nazionale abbia o meno ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte in una determinata materia.

Dunque, con la sentenza *Kobler*, viene affermato il principio per cui il requisito della violazione manifesta deve essere inteso in termini particolarmente restrittivi.

Come detto, in assenza di una nozione chiara di violazione grave e manifesta, il giudice comunitario è intervenuto proponendo una serie di figure sintomatiche, tra cui il grado di chiarezza e precisione della norma violata; l'ampiezza del potere discrezionale che la norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie; il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato; la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto; la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario. In ogni caso, la Corte di giustizia ha più volte ribadito che “la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti delle cause *a quibus* e a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi”.

Di talchè, anche con riferimento alla responsabilità degli organi giurisdizionali, ai fini dell'integrazione del contenuto giuridico del secondo presupposto, è esclusa una valutazione dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), finendo così per oggettivare il

¹⁰¹ A proposito dei tre requisiti la giurisprudenza di riferimento è: Sent. CGCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana*.— Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. I-05357. Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I- 01029. Sent. CGCE, 1 giugno 1999, *Klaus Könle c. Republik Österreich*. Causa C-302/97. Racc. I-03099. Sent. CGCE, 30 settembre 2003. *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*. Causa C-224/01. Racc. I-10239. Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*. Causa C-173/03. Racc. I-05177.

regime di responsabilità dei giudici, fondato sul concetto di violazione grave e manifesta, sulla scorta del modello della *faute* di ascendenza francese.¹⁰²

Il singolo giudice sarà poi, eventualmente, chiamato a rispondere nei confronti dello Stato stesso, in base alle norme interne dell'ordinamento nazionale.

Con la successiva sentenza del 13 giugno 2006, C-173/03 (*Traghetti del mediterraneo c. Repubblica italiana*) la Corte di giustizia ha precisato che in base al diritto comunitario non è possibile per gli Stati membri adottare norme di diritto interno che escludano o limitino la loro responsabilità per danni arrecati ai cittadini in forza di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un provvedimento giurisdizionale adottato da un giudice di ultimo grado anche per effetto dell'interpretazione delle norme giuridiche o dei fatti e delle prove.

Dunque, i giudici europei hanno dichiarato la disciplina italiana contraria al diritto comunitario in relazione alla disposizione di cui all'art. 2 della legge 117/1988, che prevede l'esclusione della risarcibilità dei danni derivanti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale.¹⁰³

La Corte ha sul punto specificato che deve ritenersi contrastante con il diritto comunitario ogni norma del diritto nazionale che limiti la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, nel caso in cui sussista una violazione manifesta del diritto comunitario.¹⁰⁴

Successivamente, con la sentenza *Lucchini* del 18 luglio 2007, C-119/05, la Corte europea ha statuito in merito alla necessità di disapplicare le norme interne in materia di intangibilità del giudicato (art. 2909 c.c.) nel caso in cui vengano interpretate dal giudice italiano in senso non conforme al diritto comunitario.¹⁰⁵

¹⁰² BAIRATI, *op. cit.*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2011

¹⁰³ *Traghetti del mediterraneo c. Repubblica italiana*, 13 giugno 2006, C-173/03, testualmente: "il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da detto organo".

¹⁰⁴ *Traghetti del mediterraneo c. Repubblica italiana*, 13 giugno 2006, C-173/03, testualmente: "il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente".

¹⁰⁵ FRATINI, *op. cit.*, Roma, 2015

Afferma la Corte che “il giudice nazionale incaricato di applicare, nell’ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l’obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all’occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale.”¹⁰⁶

Di talchè, sulla base delle censure mosse dalla Corte europea, soprattutto nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, autorevole dottrina aveva ritenuto che, nella vigenza della legge Vassalli, in caso di violazione del diritto comunitario per opera di un organo giurisdizionale, il risarcimento sarebbe stato dovuto in forza della generale disciplina in tema di responsabilità civile *ex art. 2043 c.c.* e non ai sensi della disciplina speciale dettata dalla legge 117/88.¹⁰⁷

Tale risultato era il frutto di diversi percorsi argomentativi: da un lato, in adesione alle posizioni della Corte di giustizia, si riteneva la disciplina italiana in materia di responsabilità civile dei magistrati *ex l. 117/88* incompatibile con il diritto unionale e, di conseguenza, passibile di disapplicazione; dall’altro, che l’inapplicabilità deriverebbe non da un contrasto con il diritto UE, ma dal rapporto di specialità tra le due discipline, in forza del quale la violazione del diritto comunitario non si qualificerebbe quale illecito giudiziario, ma come illecito dello Stato.¹⁰⁸

Orbene, che si aderisca all’una o all’altra impostazione, il risultato più rilevante sarebbe che, nella vigenza della legge Vassalli, contrastante con il diritto comunitario nelle sue due disposizioni in merito alla clausola di salvaguardia e alla limitazione di responsabilità ai casi di dolo e colpa grave, si sarebbe verificato un asimmetrico sistema di tutela.

Il sistema sarebbe stato connotato da un doppio regime di tutela, responsabilità *ex l. 117/88* in caso di violazione da parte del giudice di diritti che si fondano unicamente sul diritto interno e responsabilità, più ampia, *ex 2043 c.c.* in caso di violazione di una posizione giuridica fondata sul diritto comunitario.

In altre parole, si tratterebbe in entrambi i casi di un illecito imputato in via diretta allo Stato per fatto commesso da un organo giurisdizionale che si fonda sul

¹⁰⁶ C. giust. UE, 18 luglio 2007, C-119/05, in *Foro it.*, 11, IV

¹⁰⁷ BAIRATI, *op.cit.*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2011; CARANTA, *Giudici responsabili?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2006; DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008

¹⁰⁸ SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro Italiano*, 2006

presupposto di una violazione di una norma imperativa o di un obbligo connotato da particolare gravità, tuttavia, nel primo caso “la gravità è riferita al fatto inteso in senso oggettivo, nell’altro alla colpa come elemento soggettivo della fattispecie”.¹⁰⁹ Di conseguenza, in caso di violazione del diritto comunitario, in primo luogo, non troverebbe applicazione la cd. clausola di salvaguardia, la quale senza dubbio opererebbe in caso di violazione del diritto interno; in secondo luogo, nel primo caso bisognerebbe provare il requisito oggettivo della violazione “grave e manifesta”, mentre nel secondo caso il requisito soggettivo del dolo o della colpa grave; in ultimo, solo in caso di violazione di una posizione giuridica fondata sul diritto interno troverebbe applicazione l’istituto del filtro di cui all’art. 5 della legge 117/88. Nel 2011, poi, la Corte europea, con la sentenza del 24 novembre C-379/10 (*Commissione europea c. Repubblica italiana*), pronunciata a seguito del procedimento di infrazione azionato dalla Commissione Europea contro l’Italia per violazione dell’art. 258 TFUE del Trattato per inadempimento agli obblighi imposti dall’Ordinamento dell’Unione, ha ribadito i principi espressi nella citata sentenza *Traghetti del mediterraneo*, affermando che “la Repubblica italiana, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell’Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall’organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, ai sensi dell’art. 2, commi 1 e 2, della legge 13 aprile 1988 n. 117, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell’Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado.”

I giudici europei hanno rilevato come la Commissione abbia fornito sufficienti elementi volti a provare che la condizione della “colpa grave”, prevista dalla legge italiana e come interpretata dalla Corte di Cassazione, si risolva nell’imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di “violazione manifesta del diritto vigente”. Per contro, l’Italia non è stata in grado di provare che l’interpretazione di

¹⁰⁹ TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto Comunitario*, in LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. IV, Padova, 2003

tale legge ad opera dei giudici italiani sia conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

In risposta a tale argomento della Commissione, la Repubblica italiana aveva affermato che l'art. 2 della legge n. 117/88 poteva essere oggetto di interpretazione conforme al diritto dell'Unione e che la nozione di "colpa grave" di cui al detto articolo era, in realtà, equivalente a quella di "violazione manifesta del diritto vigente". Tuttavia per la Corte, indipendentemente dalla questione se la nozione di "colpa grave", ai sensi della legge n. 117/88, possa essere effettivamente interpretata, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado dello Stato membro, in termini tali da corrispondere al requisito di "violazione manifesta del diritto vigente" fissato dalla giurisprudenza della Corte, ciò che rileva è che la Repubblica italiana non ha richiamato, in ogni caso, nessuna giurisprudenza che, in detta ipotesi, vada in tal senso e non ha quindi fornito la prova richiesta quanto al fatto che l'interpretazione dell'art. 2, commi 1 e 3, di tale legge accolta dai giudici italiani sia conforme alla giurisprudenza della Corte.

Il principio affermato dalla Corte è stato, in conclusione, quello per cui la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi su di essa gravanti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado per effetto di due previsioni contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati, condotte: in primo luogo, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo; in secondo luogo, limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

I principi espressi dalla Corte di giustizia sono stati recepiti dalla Corte di Cassazione che, con la sentenza 22 febbraio 2012 n. 2560, ha affermato che "in tema di responsabilità civile dei magistrati, l'art. 2 l. 13 aprile 1988 n. 117, laddove – nel fissare i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni – esclude che

possa dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova, è in contrasto con gli obblighi comunitari dello Stato italiano alla luce delle statuizioni contenute nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011, nella causa C-379/10, solo con riferimento alle violazioni manifeste del diritto dell'Unione europea imputabili ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado”.

La dottrina italiana¹¹⁰, anche alla luce di questi orientamenti, è tornata a dibattere sulla responsabilità civile del giudice, così approdando a più proposte di riforma della legge ordinaria e anche di quella costituzionale.

Il riferimento è alla proposta di legge costituzionale 4275¹¹¹, ma soprattutto, alla proposta di legge ordinaria 3129, ovvero alla proposta di emendamento del deputato Gianluca Pini¹¹², che hanno principalmente cercato di trasformare l'attuale azione indiretta che il cittadino ha nei confronti dello Stato, in una azione diretta nei confronti del magistrato responsabile.

Preliminarmente, però, va sottolineato come le pronunzie della Corte europea non hanno toccato né il sistema misto della legge Vassalli, strutturato sulla responsabilità diretta dello Stato e sulla responsabilità indiretta del magistrato in sede di rivalsa, né le condizioni e le modalità dell'azione di rivalsa.

E in ogni caso, l'azione di responsabilità civile, con funzione esclusivamente compensativo-satisfattoria, non può rischiare di inficiare l'indipendenza del giudice, consentendo ad ogni cittadino azioni dirette, anche del tutto pretestuose, con scopi devianti o intimidatori.

¹¹⁰ AA.VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di Volpi, Napoli, 2008; LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, *Corr. Giur.*, 2008; SCARSELLI, *Appunti sulla responsabilità civile del giudice*, *Foro it.*, 2009; AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010; FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in www.giurcost.org/studi/ferri4.htm, 2011; DONNARUMMA, *Responsabilità dei magistrati e giurisprudenza della corte europea di giustizia*, *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario*, 2011; JAZZETTI, *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 2011; TROILO, *Ancora in tema di responsabilità civile dei magistrati: gli sviluppi recenti*, in www.giurcost.org/studi/Troilo.pdf; TIRA, *La responsabilità civile dei magistrati: evoluzione normativa e proposte di riforma*, Associazione italiana costituzionalisti, www.rivistaaic.it.

¹¹¹ d.d.l. di riforma costituzionale presentato alla Camera dei deputati il 7 aprile 2011 al n. 4275

¹¹² d.d.l. 4623-A, *Camera dei deputati, XVI legislatura, Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2011*

Come anticipato, la prima risposta in sede legislativa alle pronunzie della Corte di giustizia è stata il disegno di legge governativo recante “Riforma del Titolo IV della Parte II della Costituzione” presentato il 7 aprile 2011.

Tale disegno di legge costituzionale prevedeva, come illustra la Relazione, “un’unica disciplina comune per tutti gli impiegati civili dello Stato”, che attualmente non sussiste perché, al di là della speciale disciplina valevole per i magistrati, la legislazione ordinaria contempla, non senza ragionevole motivo, un trattamento differenziato per alcuni di essi.

La novità più importante è senza dubbio la previsione, nell’ambito della II sezione-*bis* intitolata “Responsabilità dei magistrati”, per cui i “magistrati sono direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione dei diritti” (art. 113-*bis*, comma 1) e che la “responsabilità si estende allo Stato” (art. 113-*bis*, comma 3).

Tuttavia, vale la pena ricordare che la Corte Costituzionale, già con sentenza n. 2 del 1968, in relazione all’art. 28 Cost., aveva affermato che vi sono specifiche esigenze costituzionali che giustificano, e anzi impongono, un trattamento particolare per i magistrati, sicché l’applicazione ai magistrati della normativa generale che attualmente regola la responsabilità dei pubblici impiegati, non circoscrivendo i presupposti della colpa grave e non prevedendo “filtri”, metterebbe a rischio l’autonomia e l’indipendenza della magistratura.¹¹³

La risposta più forte da parte del legislatore si è avuta, però, con l’approvazione da parte della Camera dei deputati, il 2 febbraio 2012, del cd. emendamento Pini, che prevedeva l’introduzione di un art. 30-*bis* che apporta modifiche all’art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117.

Questo il testo dell’emendamento in questione: 1. All’articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, sono apportate le seguenti modificazioni: a) il comma 1 è sostituito dal seguente: “1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato in violazione manifesta del diritto o con dolo o colpa grave nell’esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato e contro il soggetto riconosciuto colpevole per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale. Costituisce dolo il

¹¹³ FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati nell’ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in <http://www.giurcost.org/studi/ferri4.htm>

carattere intenzionale della violazione del diritto”; b) il comma 2, è sostituito dal seguente: “2. Salvo i casi previsti dai commi 3 e 3-*bis* nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di valutazione del fatto e delle prove”; c) dopo il comma 3, è inserito il seguente: “3-*bis*. Ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste una violazione manifesta del diritto ai sensi del comma 1, deve essere valutato se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell’errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell’Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un’istituzione dell’Unione europea, non abbia osservato l’obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea”.

In primo luogo, alle ipotesi di dolo e colpa grave si aggiunge la violazione manifesta, in secondo luogo, scompare l’esenzione di responsabilità nel caso di interpretazione di norme e, inoltre, risulta particolarmente ridotta l’esclusione di responsabilità per valutazione del fatto e delle prove che non opera nei casi di diniego di giustizia di cui al comma 3 dell’art. 2 e di violazione manifesta del diritto di cui al comma 3-*bis*.

Nello stesso comma 3-*bis*, poi, vengono positivizzate le ipotesi di violazione grave e manifesta così come individuate dalla Corte di giustizia.

La novità di maggior rilievo, però, è certamente la previsione di una possibile azione diretta nei confronti dello stesso magistrato.

Viene, infatti, riconosciuta la possibilità al soggetto che “ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato in violazione manifesta del diritto o con dolo o colpa grave nell’esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia” di agire in giudizio sia contro lo Stato che contro il magistrato riconosciuto colpevole (con il riconoscimento di colpevolezza si intende probabilmente la necessità che vi sia stato un accertamento di responsabilità in sede penale o disciplinare).

La previsione della responsabilità diretta del magistrato presta il fianco a non poche critiche, minando la terzietà, l'indipendenza e l'autonomia dei magistrati e, quindi, in ultima istanza, il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Già l'Associazione Nazionale Magistrati, per il tramite del proprio Presidente, all'indomani dell'approvazione alla Camera di tale proposta di riforma, aveva definito la responsabilità diretta del magistrato "incostituzionale e una forma intimidatoria e di vendetta verso il libero esercizio della funzione di giudice."

Invero, la Corte di Lussemburgo ha sì intimato all'Italia di modificare la legge sulla responsabilità civile del giudice, senza spingersi, però, ad investire direttamente il magistrato dell'onere del risarcimento, non toccando il principio per cui debba essere lo Stato e non il singolo giudice a pagare.

Sul punto è interessante ricordare anche quanto espresso dalla Raccomandazione n. 12/2010 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sui giudici e sulla loro indipendenza, efficacia e responsabilità (adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010).

Sono particolarmente significativi alcuni paragrafi del capitolo VII (relativo a "Responsabilità e procedimenti disciplinari") della Raccomandazione, paragrafi nei quali si legge che "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 disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave" (paragrafo 66) e che "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" (paragrafo 67).

Si nega, quindi, la possibilità di qualsiasi forma di responsabilità civile diretta dei magistrati, principio ritenuto di importanza tale che si prevede anche che "i giudici non devono essere personalmente responsabili se una decisione è riformata in tutto o in parte a seguito di impugnazione" (paragrafo 70), precisandosi, comunque, che "al di fuori dell'esercizio delle funzioni giudiziarie, i giudici rispondono in sede civile, penale e amministrativa come qualsiasi altro cittadino (paragrafo 71)", essendo l'immunità legata non alla persona, ma alla funzione.¹¹⁴

¹¹⁴ RUVOLO-SCIARRINO, *Europa e responsabilità civile dei magistrati: il mito e la realtà. Prospettive interpretative e di riforma legislativa*, in

Di particolare rilievo è poi quanto affermato da un organo del Consiglio d'Europa, ossia il Consiglio consultivo dei giudici, che il 17 novembre 2010 ha approvato alcuni "Principi fondamentali", con i quali vengono positivizzate le principali conclusioni contenute nei suoi precedenti pareri ed i cui principi sono chiaramente indicativi dell'esclusione di un'azione diretta dei privati contro il magistrato.¹¹⁵

Nella proposta di riforma appena analizzata, invece, più che rinvenirsi la risposta alle questioni sollevate in sede unionale, sembra riecheggiare la dichiarazione rilasciata dall'ex Ministro della giustizia Nitto Palma - "farò pagare i giudici"- che tradisce un vero e proprio intento di distorsione e strumentalizzazione di un istituto, quello della responsabilità civile, che nulla ha a che fare con la funzione punitivo-sanzionatoria.

Sul punto è intervenuto anche il C.S.M., il quale, ricordando che la legge sulla responsabilità civile non è posta a tutela dei magistrati ma a protezione di valori fondamentali dei cittadini, attraverso delle dichiarazioni rilasciate al *Sole 24 ore* il 14 marzo 2012 ha sottolineato come "il magistrato, destinato a scegliere tra tesi contrapposte, potrebbe essere condizionato e influenzato in tale scelta e portato a preferire la soluzione che lo possa meglio preservare dal rischio dell'esercizio dell'azione diretta", piuttosto che quella "maggiormente conforme a giustizia" e che "in nessun Paese europeo è prevista la possibilità indiscriminata di intraprendere un'azione diretta per responsabilità civile del giudice", cosa che espone "il sistema al rischio di implosione". Secondo l'organo di autogoverno della magistratura, infine, ci sarebbe un rischio serio che le parti, "attraverso l'esercizio immediato e diretto dell'azione nei confronti del magistrato, possano costringere il giudice non gradito all'astensione ovvero possano, indirettamente, scegliersi il proprio giudice".

Infatti, la legge 117/88, pur necessitando di alcune modifiche in relazione agli aspetti censurati dalla Corte di giustizia, oltre a essere giudicata conforme ai principi della nostra Costituzione,¹¹⁶ non lasciava privi di forme di tutela coloro ingiustamente danneggiati dall'esercizio della funzione giurisdizionale.

http://unicost.eu/media/32648/europa_e_responsabilit_civile_dei_magistrati_tra_mito_e_realt_.p_rosspective_interpretative_e_di_riforma_legislativa.pdf

¹¹⁵ Principio n. 21: "il rimedio agli errori giudiziari deve essere individuato in un adeguato sistema di impugnazioni. Qualsiasi rimedio per le altre disfunzioni della giustizia dà luogo esclusivamente a responsabilità dello Stato"; Principio n. 22: "non è corretto che il giudice sia esposto, nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie, ad alcuna responsabilità personale, anche a titolo di rimborso dello Stato, tranne che in caso di dolo".

¹¹⁶ Il riferimento è, *ex multis*, a C. Cost. n. 18/1989

Prevedendo, infatti, che l'azione civile sia esperita non contro il magistrato personalmente, ma contro lo Stato e prevedendo un'azione di rivalsa dell'amministrazione nei confronti del magistrato responsabile, evitava, da un lato, che il magistrato responsabile potesse andare esente da conseguenze sotto il profilo civilistico, e, dall'altro, che potesse essere esposto all'attacco diretto della parte soccombente o dell'imputato condannato.

Inoltre, si rileva che esistono nel nostro ordinamento anche altre categorie di soggetti che rispondono solo in via indiretta ed eventuale dei danni cagionati nell'esercizio delle proprie funzioni.

Su tutti, di particolare evidenza è l'esempio del personale direttivo, docente, educativo e non docente delle scuole materne, elementari, secondarie e artistiche, personale che risponde dei danni provocati dagli alunni soltanto in caso di dolo o colpa grave nella vigilanza degli stessi. Pure in questa ipotesi la causa va intentata contro lo Stato che, se sono configurabili dolo o colpa grave, si può rivalere sul singolo, dirigente, insegnante o bidello che sia. La *ratio* è quella di evitare che la scuola, della quale si riconosce l'essenziale funzione sociale, diventi una possibile fonte di ritorsioni.

Di non secondaria importanza è la considerazione che il magistrato potrebbe farsi condizionare soprattutto da chi ha i mezzi politici ed economici per intraprendere contenziosi contro i magistrati stessi, risolvendosi, così, la responsabilità diretta, in un pregiudizio per quei cittadini non dotati di risorse economiche tali da potersi permettere un nuovo processo, a seguito di quello nel corso quale sono anche risultati soccombenti.

In conclusione, ciò che va tutelato non è un privilegio dei magistrati, ma la terzietà, l'indipendenza e l'autonomia del giudice e, quindi, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, cittadini che hanno diritto ad un giudice giusto e indipendente, che non sia in balia di timori e di condizionamenti indotti dalle parti economicamente più forti

3. Le nuove previsioni della legge n. 18 del 2015. Profili di criticità.

La legge 27 febbraio 2015, n. 18, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 52 del 4 marzo 2015, a seguito della definitiva approvazione da parte della Camera dei deputati, nella seduta del 24 febbraio 2015, della proposta di legge A.C. 2738, trasmessa dal Senato, modifica la disciplina della responsabilità civile dei magistrati contenuta nella legge Vassalli (L. n. 117/1988), anche al fine di adeguare l'ordinamento italiano alle indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Il legislatore è intervenuto con la tecnica della novella, apportando alcune importanti modifiche ma allo stesso tempo non alterando l'impianto generale della precedente legge.

In primo luogo, non è cambiato l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo già previsto dall'art. 1 della legge 117/88.

Pertanto, la nuova legge continua a trovare applicazione verso tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali che esercitano l'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria e ai magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali.

Oggetto della legge è sempre il risarcimento dei danni cagionati a terzi dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni.

Inoltre, è stata confermata l'opzione della responsabilità diretta dello Stato e indiretta dei magistrati in sede di rivalsa da parte dello Stato.

Sul punto è intervenuto il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, il quale ha sottolineato che “le recenti modifiche alla legge Vassalli hanno mantenuto il principio della responsabilità indiretta del magistrato e collegato la più stringente disciplina della rivalsa statale alla riferibilità a condotte soggettivamente qualificate in termini di dolo o negligenza inescusabile”.¹¹⁷

Rimane fermo, in ultimo, il trattamento della responsabilità civile del magistrato per fatti costituenti reato.

La legge in oggetto è diretta, come è chiaro, ad evitare all'Italia la procedura di infrazione promossa dalla Commissione Europea per la violazione dell'ordinamento

¹¹⁷ Così il Presidente della Repubblica SERGIO MATTARELLA, nell'*Intervento all'incontro con i magistrati ordinari in tirocinio*, Quirinale, 9 marzo 2015

comunitario, a seguito della nota sentenza del 24 novembre 2011, C-379/10 (*Commissione europea c. Repubblica italiana*).

La legge 18/2015, però, intervenendo sulla disciplina della legge Vassalli, ha introdotto alcune importanti novità, probabilmente spingendosi anche oltre quanto effettivamente prescritto dalla Corte di Giustizia, al fine di ridisegnare e ampliare le ipotesi di responsabilità dei magistrati.

La prima di tali novità è l'estensione della risarcibilità del danno non patrimoniale anche al di fuori dei casi delle ipotesi di privazione della libertà personale per un atto compiuto dal magistrato.

Dunque, il risarcimento del danno ingiusto a terzi causato dal magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale ha per oggetto, ora in ogni caso, sia i danni patrimoniali che quelli non patrimoniali, secondo le norme ordinarie sulla responsabilità civile.¹¹⁸

In base alle modifiche il danno, patrimoniale e non patrimoniale, deve rappresentare l'effetto di un comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere da un magistrato con "dolo" o "colpa grave" nell'esercizio delle sue funzioni ovvero conseguente a "diniego di giustizia".

Resta ferma la definizione di "diniego di giustizia", inteso come il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria (termine prorogabile in casi particolari con decreto motivato). Se il termine non è previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento. Quando l'omissione o il ritardo senza giustificato motivo concernono la libertà personale dell'imputato il termine è ridotto a cinque giorni, improrogabili.

Ulteriore modifica dell'art. 2 della previgente legge è costituita dalla limitazione dell'applicabilità della clausola di salvaguardia, in forza della quale era previsto, dalla legge 117/88, che "non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove".

¹¹⁸ Art. 2059 c.c., così come interpretato da C. Cost. n. 233/2003; SS.UU. civ. n. 65572/2006 e n. 26972/2008

La nuova disciplina prevede infatti una deroga alla clausola di salvaguardia oltre che nel caso di dolo, anche quando l'interpretazione dia luogo ad una "violazione manifesta" della legge e del diritto dell'Unione europea o la valutazione del fatto e delle prove si traduca in un travisamento dell'uno o delle altre.

Ha acquisito rilevanza anche la violazione manifesta della legge nazionale, oltre che del diritto dell'Unione europea, per ragioni di coerenza sistematica e di osservanza di doveri costituzionali.

Distinguere, infatti, tra diritto nazionale e diritto unionale avrebbe posto seri problemi di ragionevolezza e di eguaglianza (art. 3 Cost.), oltre che di rispetto del dovere di osservanza della legge (art. 54 Cost.) e di rispetto dell'ordinamento comunitario da parte di quello nazionale (art. 117 Cost.).¹¹⁹

Ciò che suscita le maggiori perplessità è l'eventuale spazio di operatività della nuova formulazione della clausola di salvaguardia.

Invero, la norma finisce per affermare che, ai fini della configurabilità di una responsabilità dello Stato per l'esercizio del potere giurisdizionale, si dovrà tener conto anche dell'attività valutativa ed interpretativa, oltre che nel caso di dolo, ossia di "violazione intenzionale" delle norme, anche nei casi di colpa grave, di cui appunto i commi 3 e 3-bis non sono altro che una esplicitazione.

Se dunque questo sembra essere il significato da attribuire alla disposizione in esame, non si comprende quale spazio operativo residui per la clausola di limitazione. Escludendo infatti l'area del dolo e della colpa grave, conseguenza logica dovrebbe essere quella di affermare che allora l'attività di valutazione dei fatti e delle prove e quella di interpretazione delle norme non potrebbe essere tenuta in considerazione solo nella residuale ipotesi della colpa lieve. Ma è lo stesso comma 1 ad escludere la rilevanza a priori della colpa lieve, laddove afferma che la responsabilità dello Stato sorge solo qualora il danno derivi da dolo o colpa grave del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni.¹²⁰

Allo stato, l'applicazione della clausola di salvaguardia così come riformulata, sia alla responsabilità statale *ex l.* 117/88, che alla responsabilità del magistrato in sede

¹¹⁹ FLICK, *Atti dell'incontro di studio*, organizzato dall'ANM sul tema *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 2013

¹²⁰ RUVOLO-SCIARRINO, *op. cit.*

di azione di rivalsa, determina una violazione del principio costituzionale di indipendenza e di autonomia dei magistrati.

La legge, inoltre, con il nuovo art 2 comma 3, ridefinisce le fattispecie di responsabilità del magistrato per colpa grave che, fino all'entrata in vigore della nuova legge, erano costituite da: la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Ora i comportamenti dei magistrati che costituiscono colpa grave sono tali *ope legis*, essendo stato eliminato il riferimento di natura soggettiva alla "negligenza inescusabile".

Le nuove ipotesi di colpa grave, ai sensi del comma 3 dell'art. 2 sono: la violazione manifesta della legge, nonché del diritto dell'Unione europea; il travisamento del fatto o delle prove; l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dei casi consentiti dalla legge; l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale senza motivazione.

La legge precisa i presupposti per la determinazione delle ipotesi in cui sussiste "violazione manifesta" della legge e del diritto dell'Unione europea, che costituiscono ipotesi di colpa grave del magistrato, mutuandoli dalla giurisprudenza europea.¹²¹

La lettera della norma, secondo cui si tiene conto "in particolare" di una serie di elementi, induce a ritenere si tratti di un'elencazione non tassativa.

Tali elementi sono: il grado di chiarezza e precisione delle norme violate; l'inescusabilità e gravità dell'inosservanza. Il riferimento alla inescusabilità, rimosso dal comma 3 vigente, è reintrodotta quindi tra gli elementi sintomatici della violazione manifesta della legge e del diritto UE.

¹²¹ Sent. C-224/01, del 30 settembre 2003, *Kobler*; sent. C-173/03, del 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo*

Inoltre, per il caso della sola violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, si dovrà tenere conto anche: dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (cioè il caso di mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del TFUE); del contrasto interpretativo cioè del contrasto dell'atto o del provvedimento emesso dal giudice con l'interpretazione adottata dalla stessa Corte di giustizia.

Chiaro risulta il tentativo del legislatore di allinearsi agli orientamenti espressi dalla giurisprudenza europea.

Costituisce, inoltre, nuova fattispecie di colpa grave il “travisamento del fatto o delle prove”, che si aggiunge alla negazione di un atto esistente e all'affermazione di un fatto inesistente.

Essendo, dunque, tale nuova ipotesi autonoma e distinta rispetto a quelle già presenti, la sua effettiva portata risulta di difficile decifrazione.

Il concetto di “travisamento del fatto”, secondo la giurisprudenza civile di legittimità¹²² implica la valutazione di un complesso di circostanze che comportano una rivalutazione del fatto, non consentita al giudice di legittimità.

Il travisamento della prova implica, non una valutazione, ma una constatazione o accertamento che quella informazione probatoria utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale.

La giurisprudenza ha sempre escluso che il travisamento del fatto potesse costituire motivo di ricorso per Cassazione, attenendo esso al merito della causa, a meno che non si fosse risolto in una “mancanza di motivazione su un punto decisivo della controversia, e cioè su un elemento della fattispecie che, se esaminato, avrebbe potuto determinare una diversa soluzione della causa”¹²³.

Il travisamento del fatto è, in altre parole, diverso dall'errore di fatto vero e proprio, risolvendosi il primo nell'omesso esame di un fatto decisivo che mina alla base il sillogismo che conduce ad una decisione incoerente con le premesse; il secondo nella affermazione errata della esistenza/inesistenza di un fatto inesistente/esistente che,

¹²² Cass., sez. III, 24 maggio 2006, n. 12362, in *ItalggiureWeb*

¹²³ Cass., sez. III, 6 febbraio 1962, n. 222; Cass., sez. I, 3 marzo 1962, n. 404, in *ItalggiureWeb*

allo stesso modo, conduce ad un approdo incoerente con le premesse, quali avrebbero dovuto essere.¹²⁴

In ogni caso, va chiarito che è estraneo al vizio di “travisamento del fatto” il momento valutativo della prova, che appartiene al sovrano apprezzamento dei giudici del merito, e che non può essere sindacato quando esso sia adeguatamente motivato e scevro da vizi logici e da errori di diritto¹²⁵, così come non integra “travisamento del fatto” l’errore di giudizio o di valutazione e interpretazione degli atti processuali¹²⁶.

La precedente disciplina fondava la responsabilità civile dei magistrati sul solo errore di fatto. L’allargamento della responsabilità al travisamento del fatto dovrebbe essere limitato, come detto, all’omesso esame di un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti, con quanto ne consegue in termini di opinabilità circa la natura decisiva del fatto e di problematica applicazione del principio ai casi nei quali il provvedimento del magistrato non sia preceduto da alcuna discussione tra le parti.

La nuova legge, dunque, individua il travisamento del fatto e delle prove come un elemento aggiuntivo rispetto alla 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.

In ogni caso la clausola di salvaguardia secondo la quale “fatti salvi i commi 3 e 3-*bis* ed i casi di dolo, nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”, pone un limite invalicabile alla nozione da attribuire al concetto di travisamento del fatto e delle prove.

Di talché, rispetto ai vizi di travisamento del fatto e della prova come elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte, 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, lascia scoperta solo l’area della omessa valutazione della prova decisiva e dell’omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio prospettato dalle parti. Deve però trattarsi di una decisività *ictu oculi* evidente, dotata di quel carattere manifesto che impedisca che

¹²⁴ AA.VV. *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. L’analisi di una scelta sbagliata*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp_civile_magistrati.pdf, 2015

¹²⁵ Cass., sez. I, 7 maggio 1963, n. 1129; Cass. Sez. II, 4 aprile 1964, n. 739; Cass., sez. II, 27 luglio 1964, n. 2072, in *ItalggiureWeb*

¹²⁶ Cass., ord., 20 febbraio 2014, n. 4118; SS.UU., ord., 28 maggio 2013, n. 13181, in *ItalggiureWeb*

attraverso essa possa surrettiziamente essere sindacato il processo valutativo, appunto, del fatto e delle prove. Si deve dunque trattare di vizi manifesti, percepibili sul piano oggettivo, chiari ed univoci, tali da qualificare come grave la colpa del magistrato.¹²⁷

Con riguardo alle fattispecie di violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea, il nuovo comma 3 *bis* dell'art. 2 prevede la responsabilità amministrativo-contabile del magistrato (“fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, conv. con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639), affermando la generale giurisdizione della Corte dei Conti.

Per i danni cagionati dal magistrato nello svolgimento dell'attività giudiziaria si pone, però, il delicato problema del concorso dell'azione di rivalsa dello Stato contro il magistrato, di competenza del giudice ordinario, e dell'azione di responsabilità amministrativo-contabile, di competenza della Corte dei Conti.

Invero, un'ulteriore azione di responsabilità contro il magistrato (salvo che nei casi di responsabilità per fatti costituenti reato, disciplinata secondo le norme ordinarie) sembra incoerente con la stessa *ratio* della disciplina speciale dettata a tutela della particolarità della funzione giudiziaria e contro i principi costituzionali che ne costituiscono il fondamento.¹²⁸

La legge 18 del 2015, inoltre, con l'art. 3, modifica l'art. 4 della legge Vassalli aumentando da due a tre anni i termini per la proposizione della domanda di risarcimento contro lo Stato, da esercitare nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Altra novità di assoluto rilievo è data dalla modifica dell'art. 7 della legge 117/88, relativo all'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato.

L'azione di rivalsa è stata resa obbligatoria e deve essere esercitata entro due anni (con la previgente disciplina il termine era di un anno) dal risarcimento avvenuto sulla base del titolo giudiziale o stragiudiziale nei riguardi dello Stato, “nel caso di diniego di giustizia ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui

¹²⁷ AA.VV. *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. L'analisi di una scelta sbagliata*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

¹²⁸ CAFERRA, *op. cit.*, Bari, 2015

all'art. 2, commi 2, 3 e 3 *bis*, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile”.

In caso di responsabilità per fatti costituenti reato l'obbligo dell'azione di rivalsa è stato rafforzato con la norma, di cui all'art. 13 comma 2 *bis*, per cui il mancato esercizio comporta responsabilità contabile.

Per ragioni di coordinamento con l'avvenuta abrogazione del filtro di cui all'art. 5 è stato eliminato ogni riferimento alla domanda di ammissibilità dell'azione.

Viene confermata la sola responsabilità dolosa dei giudici popolari, mentre si prevede che gli estranei alla magistratura membri di organi giudiziari collegiali rispondono, oltre che per dolo, per negligenza inescusabile per travisamento del fatto e delle prove.

Il problema principale in ordine alla nuova previsione deriva dalla confusione esistente tra responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto europeo e responsabilità del singolo magistrato.

Con la previsione dell'obbligatorietà dell'azione di rivalsa si elimina anche quel margine di valutazione discrezionale che, nel vigore della vecchia normativa, rendeva ancora possibile una distinzione tra i due aspetti, facendoli invece coincidere del tutto. In forza di questa modifica si rischia di introdurre sostanzialmente una forma di responsabilità che, sebbene non diretta, diviene tuttavia necessaria.

Come già osservato in precedenza, infatti, le sentenze della Corte di giustizia richiedevano un ampliamento dell'area di responsabilità statale, ma non anche dei singoli magistrati, la cui autonomia e indipendenza è salvaguardata non solo dalla nostra Carta costituzionale, ma anche dalla stessa giurisprudenza europea e dal Consiglio d'Europa.

La estensione della responsabilità dello Stato anche per le ipotesi di errore manifesto del giudice nell'interpretazione di una norma avrebbe probabilmente richiesto come contraltare un esonero di responsabilità del singolo magistrato anche nei confronti dello Stato che agisce in rivalsa, proprio con la finalità di salvaguardare l'indipendenza della magistratura e l'agire senza condizionamenti del singolo magistrato.

Secondo autorevole dottrina¹²⁹, infatti, vi è una profonda diversità tra la responsabilità dello Stato, fondata sulla semplice ed oggettiva “violazione manifesta”, e quella personale del singolo magistrato che, al contrario, necessita di una valutazione dell’aspetto soggettivo dell’inescusabilità della colpa.

Risulta, quindi, in contrasto con i principi di autonomia e indipendenza della magistratura un sistema di rivalsa che ora è configurato come automatico e obbligatorio.

Sono stati, poi, ridefiniti i limiti quantitativi della rivalsa, la cui misura è stata elevata ad una somma non superiore alla metà dell’annualità di stipendio del magistrato (mentre la normativa previgente prevedeva un terzo), al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui è proposta l’azione risarcitoria.

L’esecuzione della rivalsa, invece, se effettuata mediante trattenuta sullo stipendio non può comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al terzo dello stipendio netto (precedentemente non poteva superare un quinto).

Anche questa modifica desta non poche perplessità, anche di incostituzionalità per violazione dell’art. 3 Cost., in quanto sembra mancare un criterio di ragionevolezza giustificativo del diverso regime riservato ai magistrati rispetto a tutti i dipendenti pubblici, con un prelievo che invece di essere nella misura ordinaria di 1/5 è previsto nella misura di 1/3 dello stipendio.

Ultima rilevante novità è l’eliminazione del filtro endoprocessuale costituito dal giudizio di ammissibilità della domanda giudiziale.

L’art. 5 della legge 117, abrogato dalla nuova disciplina, prevedeva che vi fosse una deliberazione preliminare di ammissibilità della domanda di risarcimento verso lo Stato (controllo dei presupposti, rispetto dei termini e valutazione della manifesta infondatezza) da parte del tribunale distrettuale. A tale fine il giudice istruttore, alla prima udienza, rimetteva le parti dinanzi al collegio che era tenuto a provvedere entro quaranta giorni dal provvedimento di rimessione del giudice istruttore.

¹²⁹ TRIMARCHI, *Responsabilità personale dei magistrati. Un emendamento ostacolo alla giustizia*, in *Corriere della sera*, 22 marzo 2012: “se, per esempio, la sentenza è in indiscutibile contrasto con la disposizione di un comma, che però era nascosto fra centinaia di altri in una legge finanziaria *omnibus* di diversi anni anteriore, che non faccia parte della normale cultura giuridica e della quale nessuna delle parti interessate abbia parlato nel corso del processo; vi sarà oggettivamente una manifesta violazione del diritto, ma non si può parlare di una colpa inescusabile”.

L'inammissibilità era dichiarata con decreto motivato, impugnabile dinanzi alla Corte d'Appello che pronunciava anch'essa in camera di consiglio con decreto motivato entro quaranta giorni dalla proposizione del reclamo. Contro il decreto di inammissibilità della Corte d'Appello poteva essere proposto ricorso per Cassazione. Se la domanda era dichiarata ammissibile, il tribunale disponeva la prosecuzione del processo ed ordinava la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare.

Ratio della nuova disposizione è individuata dal legislatore nella necessità di accelerare il procedimento di responsabilità dello Stato e rendere più agevole la tutela dei diritti lesi dall'esercizio della giurisdizione.

Resta fermo in ogni caso il diritto del magistrato di intervenire nel giudizio, ai sensi del secondo comma dell'art. 105 c.p.c., nonché l'obbligo del Presidente del tribunale di dargli comunicazione del procedimento (art. 6, primo comma).

Anche questa modifica dà luogo ad alcune perplessità, in primo luogo perché con l'abrogazione del filtro di ammissibilità della domanda, strumento che mirava a tutelare la serenità del singolo magistrato e a tutelarla dalla possibile instaurazione di azioni pretestuose e temerarie, tutte le azioni di risarcimento intentato contro lo Stato, anche quelle manifestamente inammissibili, daranno vita ad un procedimento che non potrà essere definito in un'unica udienza.

Ne consegue che l'instaurazione e la pendenza di tale procedimento legittimerà il ricorrente a chiedere nel procedimento in cui vi sarebbe stato l'atto giudiziario o la condotta lesiva in suo danno, la riconsiderazione del magistrato contro cui egli ha agito in giudizio per il risarcimento. Al contempo il magistrato interessato potrebbe chiedere a sua volta di astenersi, ricorrendo in tutta evidenza gravi ragioni di convenienza.¹³⁰

Ciò è ancora più evidente in tutti i casi in cui il magistrato cui viene addebitato il provvedimento dovesse decidere di intervenire nel procedimento ai sensi dell'art. 105 c.p.c.

Già durante i lavori parlamentari, prima dell'approvazione definitiva della legge di riforma, l'ANM aveva prospettato questione di legittimità costituzionale della nuova norma sulla base della motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 18/89, per cui "la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5)

¹³⁰ AA.VV. *op. cit.*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni manifestamente infondate, che possano turbarne la serenità impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l'astensione e la ricasazione".

Anche in altre sentenze (le n. 468/1990, n. 2 del 1968 e sent. n. 26 del 1987) la Consulta si era espressa in tal senso e aveva "riconosciuto il rilievo costituzionale di un meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati che la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono".

Il rilievo costituzionale della previsione del filtro di ammissibilità delle azioni di responsabilità è stato ribadito, anche considerati gli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, da una recente sentenza della Cassazione civile, Sez. III, 3 gennaio 2014, n. 41, che ha legato i principi di autonomia ed indipendenza della magistratura alla tutela dei diritti inviolabili dei cittadini, evidenziando che l'effettività della predetta tutela non può che avvenire se non grazie all'applicazione imparziale ed indipendente della legge da parte degli organi giudiziari. Non quindi un vuoto privilegio di casta, ma un presidio importante per l'affermazione dei diritti costituzionali.¹³¹

Nella motivazione si afferma infatti: "lo spettro tramite il quale illuminare la trama normativa rappresentata dalla L. n. 117 del 1988, artt. 2, 4, 5 e 13, è quello delle disposizioni di cui agli artt. 101 e ss. della Costituzione, che imprimono alla disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati un significato d'insieme univoco e coerente di difesa dei valori dell'autonomia ed indipendenza del giudice, i quali operano non già come privilegio personale del singolo appartenente all'ordine giudiziario o alle giurisdizioni speciali (art. 108 Cost.), bensì come tassello indefettibile, al pari di altri, nella costruzione della forma repubblicana, che, ai sensi dell'art. 139 Cost., non può in nessun caso essere oggetto di revisione."

¹³¹ AA.VV. *op. cit.*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

Ancora, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 497 del 2000, afferma che “un siffatto vincolo si riverbera anche sulla non negoziabilità dei diritti che la prima parte della Costituzione definisce inviolabili e che del tipo di ordinamento così delineato dal Costituente costituiscono un substrato essenziale, il cui presidio, in termini di tutela ed effettività, si rinviene, nel loro svolgersi storico, anche (seppur non solo) nell’esercizio stesso della giurisdizione, la quale non può che essere riservata ad un organo imparziale ed indipendente. Sicché, l’autentico significato che l’indipendenza della magistratura assume nel sistema costituzionale è proprio quello della garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini. In altri e più pregnanti termini, il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell’ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l’applicazione imparziale e indipendente della legge: un bene che appartiene alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini.”

E anche il C.S.M., con un parere reso il 10 dicembre 1987, aveva segnalato che “costituirebbe ragione di gravissima turbativa, inevitabilmente incidente sulla stessa autonomia della giurisdizione, il fatto in sé della pendenza di un cospicuo contenzioso che, pur formalmente esaurendosi nei confronti dello Stato e non dando luogo a rivalsa, tuttavia consisterebbe nella messa in discussione di provvedimenti giurisdizionali da parte dei loro destinatari del tutto al di fuori della logica delle impugnazioni”.

Tale modifica potrebbe quindi, con tutta probabilità, dare la stura alla proliferazione di cause temerarie o manifestamente infondate in funzione ritorsiva contro il magistrato, creando il serio rischio di azioni strumentali volte unicamente a far sostituire nel giudizio in corso il magistrato naturalmente precostituito.

In ragione dell’eliminazione del filtro, quindi, la legge 117/88, così come modificata dalla novella 18/2015, sembra porsi in contrasto con i principi della nostra Carta costituzionale.

Di talchè, si renderebbe necessaria una reintroduzione, seppur in forme diverse, di un filtro di ammissibilità della domanda al fine di evitare la proposizione di azioni ritorsive, strumentali e prive dei requisiti minimi di forma e sostanza.

Con riferimento, infine, al promovimento dell'azione disciplinare da parte del Procuratore Generale della Cassazione per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, la norma sembra ribadire l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, ovviamente nei soli casi in cui ricorra la violazione di una fattispecie disciplinare, mentre si può ritenere che non vi sia alcun automatismo tra la conoscenza della Procura Generale del promovimento dell'azione di risarcimento e l'inizio del parallelo procedimento disciplinare, malgrado la norma abbia eliminato il riferimento ai due mesi dalla comunicazione indicata in quanto è stato abrogato il c.d. filtro di ammissibilità della domanda.

Dunque la tesi dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare in tutti i casi, e non solo quando ricorra la violazione di una fattispecie disciplinare, è da non condividere sia perché gli illeciti disciplinari sono tipici e non possono essere determinati dall'attore con la citazione in giudizio, sia perché così argomentando si lascerebbe al privato ricorrente l'instaurazione di un procedimento disciplinare contro il magistrato.

In ordine all'accertamento del nesso di causalità, infine, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nell'affermare che la responsabilità dello Stato per fatto illecito dello Stato *ex l. n. 117/1988* è assimilabile alle ipotesi di responsabilità aquiliana.¹³²

Di qui, la necessità che l'attore fornisca la prova del nesso di causalità tra il fatto illecito ed il danno di cui chiede il risarcimento.

I problemi principali si pongono in relazione alla peculiare ipotesi di responsabilità per omissione colposa¹³³.

In generale in tema di responsabilità civile si può affermare che nell'imputazione di un evento dannoso per omissione colposa il giudizio causale assume come termine iniziale la condotta omissiva del comportamento dovuto. Il giudice adito, pertanto, è tenuto ad accertare se l'evento sia ricollegabile all'omissione (causalità omissiva) nel

¹³² CIRILLO-SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1988; SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988

¹³³ Ipotesi affrontata in un recente arresto giurisprudenziale in tema di responsabilità civile del pubblico ministero per inerzia nell'attività d'indagine: Cass. sez. III, 5 marzo 2015, n. 13189; con riferimento alla condotta omissiva del giudice vedi anche Cass. sez. I, 5 dicembre 2002, n. 17259, rv. 558993, che afferma la sua possibile responsabilità civile nel caso di omissione di giudizio che riguardi questioni decisive, anche in relazione alla fase in cui si trova il processo, sempreché sia ascrivibile a negligenza inescusabile.

senso che esso non si sarebbe verificato se (causalità ipotetica) l'agente avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi.

L'accertamento del rapporto di causalità ipotetica passa attraverso l'enunciato giudizio cosiddetto "controfattuale", che pone al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato.¹³⁴

Per quanto riguarda la specifica ipotesi della responsabilità per omissione del pubblico ministero, si ritiene che le condotte inerti del P.M. difficilmente possano integrare i presupposti per l'affermazione della responsabilità civile ex L. n. 117/1988, sia perché l'omissione di alcuni atti di indagine può essere frutto di una scelta discrezionale del magistrato inquirente coperta dalla clausola di salvaguardia, sia perché appare difficile provare il nesso di causalità diretta, tenuto conto che quasi tutti i provvedimenti del P.M. sono soggetti al controllo del giudice, per cui l'incidenza della sua omissione nella causazione del danno va verificata operando una prognosi sull'eventuale decisione del giudice.

La legge sulla responsabilità civile dei magistrati sembra perciò essere pensata principalmente con riguardo all'attività del giudice, e comunque più facilmente riferita alle condotte attive, piuttosto che a quelle omissive.¹³⁵

In conclusione, dall'analisi della nuova normativa sulla responsabilità civile dei magistrati emerge un preoccupante ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina, con un conseguente *vulnus* all'indipendenza di giudizio, soprattutto sotto il profilo della tutela contro azioni pretestuose.

Invero, sarebbe necessario evitare un utilizzo atipico e strumentale dell'istituto della responsabilità civile per finalità ad esso estranee, con intenzioni afflittive o preventivo-sanzionatorie.

Tali finalità sono chiaramente rinvenibili nella *ratio* delle modifiche apportate alla previgente disciplina, su tutte la previsione dell'obbligatorietà dell'azione di rivalsa e l'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda giudiziale.

¹³⁴ Si veda in questi termini: Cass., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2085, rv. 621799; conformi Cass., Sez. III, 18 luglio 2011, n. 15709, rv. 619502; Sez. II, 19 novembre 2004, n. 21894, rv. 578646.

¹³⁵ MARRA, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero per inerzia nell'attività d'indagine*, su www.autonomiaeindipendenza.it, 2016

Il legislatore del 2015, oltre al dichiarato intento di adeguare l'ordinamento italiano alle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, sembra aver colto l'occasione per realizzare una vera e propria distorsione di un istituto, quello della responsabilità civile, che anche in via generale in base all'archetipo di cui all'art. 2043 c.c., non conosce altra funzione che non sia quella riparatoria in prospettiva vittimologica, in cui il risarcimento assolve il compito fondamentale di ristorare il danneggiato dalla lesione subita, mediante la traslazione del peso economico del danno sul danneggiante.

In ragione della peculiarità della funzione giudiziaria, però, la specialità della disciplina della responsabilità civile dei magistrati giustifica una traslazione non già in capo al danneggiante, ma in capo allo Stato, con una rottura della bilateralità tra danneggiante e danneggiato ampiamente coerente con i principi costituzionali.

Nel nostro ordinamento, infatti, a differenza dei sistemi di *common law*, in cui la responsabilità civile è ancorata ad una funzione sanzionatoria, in base alla quale il risarcimento del danno riveste carattere di pena in senso lato che l'ordinamento applica in relazione a una violazione, non trovano cittadinanza i cosiddetti *punitive damages*, essendo l'idea della punizione e della sanzione estranea al risarcimento del danno.

Il legislatore della novella, invece, alla luce delle analizzate modifiche della legge Vassalli, che si spingono ben oltre quanto effettivamente richiesto dalla giurisprudenza europea, sembra tradire la reale intenzione di attribuire all'istituto in esame funzione punitiva, dimenticando, però, che al cittadino deve interessare il risarcimento del danno subito e non la punizione del magistrato, che deve costituire una risposta necessaria, ma a livelli diversi, quello disciplinare su tutti.

CAPITOLO III: LE ALTRE FORME DI RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO

SOMMARIO: 1. Responsabilità politica- 2. Responsabilità penale- 3. Responsabilità amministrativo-contabile- 4. Responsabilità disciplinare

1. Responsabilità politica

Secondo l'opinione della prevalente dottrina¹³⁶ parlare di una responsabilità *stricto sensu* politica dei magistrati costituirebbe una contraddizione in termini, essendo tale forma di responsabilità intimamente collegata al concetto di dipendenza.

Connotati fondamentali della funzione giudiziaria e degli stessi organi giurisdizionali sono, al contrario, la terzietà e l'indipendenza.

Il primo, non codificato, si desume dalla stessa nozione di giurisdizione, al punto che le pronunce della Corte Costituzionale in ordine alla verifica sulla natura giurisdizionale o meno di un organo hanno sempre individuato nella terzietà dell'organo stesso il principale elemento sul quale fondare la sussistenza di tale natura.

Il secondo connotato, invece, è desumibile direttamente dalla Carta costituzionale che, all'art. 104, stabilisce che la magistratura è un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere e, all'art. 101 secondo comma, che i magistrati sono soggetti soltanto alla legge.

La responsabilità politica vera e propria è dunque concetto riferibile ai soli organi "politici", ovvero organi che devono rispondere sul piano politico del proprio operato, in primo luogo agli elettori.

La Costituzione sul punto afferma invece che la magistratura, essendo un ordine connotato da autonomia, terzietà e indipendenza nell'esercizio della funzione giurisdizionale, non può rispondere delle proprie azioni a poteri estranei.

Dunque al fine di individuare una sorta di responsabilità *lato sensu* politica dei magistrati occorre guardare, in primo luogo, alle similitudini intercorrenti tra le

¹³⁶ VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *Ordinamento giudiziario*, a cura di PIZZORUSSO, Bologna, 1974; CAFERRA, *op. cit.*

dinamiche conflittuali interne dell'ANM e quelle dei partiti politici, con la ovvia precisazione che in riferimento alla attività dei rappresentanti dell'ANM il concetto (di responsabilità "politica") non può che avere accezione ampia ed essere riferibile alla logica stessa della rappresentazione, più che della rappresentanza, delle idee del gruppo di appartenenza in seno all'organismo.

Tali dinamiche, infatti, sono riprodotte all'interno del CSM, il Consiglio Superiore della Magistratura, l'organo di autogoverno, di cui l'ANM, tramite i propri eletti, costituisce la parte dominante.

L'Associazione nazionale magistrati è un organo rappresentativo, privo di carattere politico, nato a Milano nel 1909 come "Associazione generale dei magistrati", sciolto dal regime fascista e rifondato nel 1944 a Roma con il nome attuale di ANM.¹³⁷

All'Associazione nazionale magistrati sono iscritti 8358 magistrati sul totale di 9162 magistrati italiani in servizio, dato che rende evidente l'impatto di tale organismo sul mondo della magistratura.

Tra gli scopi dell'ANM rientrano "il dare opera affinché il carattere, le funzioni e le prerogative del potere giudiziario, rispetto agli altri poteri dello Stato, siano definiti e garantiti secondo le norme costituzionali; propugnare l'attuazione di un Ordinamento Giudiziario che realizzi l'organizzazione autonoma della magistratura in conformità delle esigenze dello Stato di diritto in un regime democratico; tutelare gli interessi morali ed economici dei magistrati, il prestigio ed il rispetto della funzione giudiziaria; promuovere il rispetto del principio di parità di genere tra i magistrati in tutte le sedi associative ed in particolare assicurare la presenza equilibrata di donne ed uomini negli organismi dirigenti centrali, distrettuali e sottosezionali dell'Associazione, nonché in tutte le articolazioni del lavoro associativo e nei casi in cui l'Associazione sia chiamata a designazioni di suoi rappresentanti; promuovere iniziative di carattere culturale, assistenziale e previdenziale; dare il contributo della scienza ed esperienza della magistratura nella elaborazione delle riforme legislative, con particolare riguardo all'Ordinamento Giudiziario; curare la pubblicazione di un periodico.¹³⁸"

¹³⁷ Per i cenni storici sull'ANM vedi ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia - I corpi e la legge*, Torino, 1998; vedi anche <http://www.associazionemagistrati.it/storia>

¹³⁸ Art. 2 Statuto dell'Associazione nazionale magistrati

Se è vero che lo stesso art. 2 dello Statuto afferma che l'Associazione non ha carattere politico, è vero anche che taluni degli scopi enunciati hanno, invece, un chiaro carattere politico.

Per quanto riguarda la composizione, sono organi centrali dell'ANM: l'Assemblea, il Comitato direttivo centrale, la Giunta esecutiva centrale, il Presidente, il Segretario generale.

Il Comitato direttivo centrale elegge al suo interno la Giunta esecutiva centrale composta da nove membri, tra i quali Presidente, Vice presidente, Segretario generale, Vice segretario generale, Direttore della rivista "La Magistratura".

In tutte le città sede di Corte d'Appello ed in Cassazione sono costituite sezioni distrettuali della ANM e in quasi tutti i tribunali è costituita una sottosezione.

All'interno della ANM esistono quattro gruppi o correnti: "Magistratura democratica" e "Movimento per la giustizia" - riunite in "Area"-, "Unità per la Costituzione (Unicost)" e "Magistratura indipendente".

Nel 2015 la scissione interna a Magistratura indipendente ha dato luogo alla formazione di un'altra corrente denominata "Autonomia e indipendenza".

Ed è la stessa configurazione delle correnti come libere aggregazioni di magistrati che condividono le stesse idee e la stessa ideologia che porta ad ipotizzare una similitudine tra le stesse e i partiti politici.

Proprio i punti in comune tra le correnti dell'ANM e i partiti politici spinge taluno a parlare di responsabilità politica della magistratura, con un parallelismo tra CSM e sistema politico parlamentare, per cui "il CSM sta alle correnti associative come il Parlamento della Prima Repubblica stava ai partiti. Le decisioni dei suoi membri sono il riflesso comandato dei vertici delle relative segreterie".¹³⁹

Di talchè, anche nell'ANM possono riproporsi le dinamiche proprie della politica, con la possibile ricerca di negoziati e compromessi al fine del conferimento di posti direttivi o semidirettivi e accordi per gli incarichi attribuiti dal Consiglio superiore.

E, come detto, soprattutto in relazione ai rapporti tra l'ANM e le sue correnti e il CSM si può in qualche modo parlare di responsabilità politica della magistratura.

Ma come di seguito si vedrà il ruolo "politico" del CSM ha tutt'altra valenza e valore attuando il logico e doveroso confronto e contraddittorio con gli altri poteri dello

¹³⁹ NORDIO, *In attesa di giustizia. Dialogo sulle riforme possibili*, Milano, 2010

Stato al fine di indirizzo e, anche, controllo dell'andamento generale del servizio giustizia.

Il Consiglio Superiore della Magistratura, qualificato come “potere dello Stato”, indipendentemente dagli organi giurisdizionali, è un organo costituzionalmente rilevante e concorre, da una parte, ad assicurare all'ordine giudiziario autonomia e indipendenza nei confronti del potere esecutivo e degli altri poteri dello Stato e dall'altra a realizzare l'autonomia funzionale e organizzativa della magistratura prevista dagli artt. 101 e 104 della Costituzione.

La disciplina del CSM è contenuta, a livello sub-costituzionale, nella legge 24 marzo 1958, n. 195, più volte modificata, da ultimo con la legge 28 marzo 2002, n. 44.

Il Consiglio Superiore della Magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica, che vi partecipa di diritto ed è composto da 27 membri, di cui 3 di diritto e 24 elettivi.

I 3 membri di diritto sono, oltre al Presidente della Repubblica, il Presidente della Corte di Cassazione e il Procuratore generale presso la Cassazione. Tra i membri elettivi, 16 sono eletti dai magistrati nell'ambito degli appartenenti alla loro categoria (membri togati) e 8 sono eletti dal Parlamento riunito in seduta comune tra i professori universitari in materie giuridiche e avvocati che esercitano la professione da almeno quindici anni (membri laici). Il vice presidente deve essere scelto fra i membri eletti dal Parlamento.

La Costituzione non stabilisce direttamente quanti devono essere i componenti del CSM, ma si limita a stabilirne la composizione percentuale.

Come è chiaro, essendo la maggioranza dei componenti del CSM composta da membri eletti dai magistrati tra gli appartenenti a tutte le componenti della magistratura, il ruolo svolto dall'ANM è di grande rilevanza ed incidenza.

Allo scopo di garantire il pieno autogoverno della magistratura il CSM dispone di importanti attribuzioni esclusive in materie fondamentali.

Innanzitutto ha competenza in tema di assegnazioni, mutamenti di sede e di funzioni ai magistrati; di promozioni, trasferimenti e provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati stessi, nonché di ogni altro provvedimento relativo allo stato giuridico degli stessi; si occupa delle designazioni per la nomina a magistrati di Cassazione di professori o avvocati forniti di meriti insigni; nomina e revoca i magistrati onorari;

rende pareri al Ministro della giustizia sui disegni di legge riguardanti l'ordinamento giudiziario e l'amministrazione della giustizia e proposte sulle modificazioni delle circoscrizioni giudiziarie e dei servizi relativi alla giustizia.

Ed è anche sull'ultima di tali attribuzioni che si fonda la questione in ordine al ruolo latamente politico che il CSM avrebbe assunto.

Ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge n. 195 del 1958, infatti, il CSM, nel dare "pareri sui disegni di legge concernenti l'ordinamento giudiziario, l'amministrazione della giustizia e su ogni altro oggetto comunque attinente alle suddette materie", interagisce con l'azione legislativa di Parlamento e Governo, atteggiandosi a vero e proprio soggetto politico, anche in ragione del dibattito interno tra i vari gruppi consiliari facenti capo alle correnti dell'ANM.¹⁴⁰

In conclusione, se non si può affermare la sussistenza di una vera e propria responsabilità politica dei magistrati, un ruolo in senso lato politico è certamente svolto dall'ANM e dalle sue correnti in forza della posizione di primazia che svolge in seno al CSM, organo di autogoverno e "parlamentino" dei magistrati.

¹⁴⁰ CAFERRA, *op. cit*

2. Responsabilità penale

Nell'ordinamento giuridico italiano, a differenza di altri ordinamenti europei (su tutti Francia e Germania, dove sono previsti e disciplinati reati propri dei magistrati come la corruzione e il rifiuto di rendere giustizia, cioè reati che può commettere il solo magistrato nell'esercizio della funzione giudiziaria), non è prevista una disciplina speciale sulla responsabilità penale dei magistrati.

Dunque il magistrato, al pari di ogni altro dipendente o funzionario pubblico, ai sensi degli artt. 28 e 79 Cost., risponderà per responsabilità penale secondo le regole ordinarie, così come per la responsabilità amministrativo-contabile e a differenza di quanto avviene in sede civile e disciplinare a cui si applica una disciplina speciale.

La ragione dell'esclusione di una qualsivoglia limitazione di responsabilità, così come previsto per la responsabilità civile, va ricercata nella differente funzione del diritto penale rispetto al diritto civile.

Il primo infatti è un diritto "oggettivo", in cui la responsabilità ha funzioni punitivo-sanzionatorie, mentre il secondo è un diritto "soggettivo", dove la responsabilità ha finalità risarcitorie, di reintegrazione del patrimonio del danneggiato.

Vale quindi per i magistrati, in forza del generale principio di uguaglianza innanzi alla legge penale, la regola fondamentale dettata dagli artt. 3 e 28 Cost. che impone il pari trattamento dei funzionari e dei dipendenti pubblici per la responsabilità penale.

Un'eccezione a tale principio di uguaglianza innanzi alla legge penale è prevista dall'art. 5 della legge 3 gennaio 1981 n. 1, che introducendo l'art. 32 *bis* della legge 24 marzo 1958 n. 195, ha sancito una scriminante per i componenti del CSM, stabilendo che "i componenti del Consiglio superiore non sono punibili per le opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni e concernenti l'oggetto della discussione".

In ogni caso però, qualunque condotta delittuosa che non si concreti in manifestazioni del pensiero rimane soggetta al diritto penale comune, anche se posta in essere dai componenti del CSM nell'esercizio delle loro funzioni.

Dunque l'ordinamento non prevede né reati propri né procedimenti speciali per il perseguimento delle fattispecie delittuose poste in essere dai magistrati, fatta salva l'ipotesi sul piano processuale disciplinata dall'art. 11 c.p.p., il quale stabilisce che "i

procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato, che secondo le norme di questo capo sarebbero attribuiti alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di Corte d'Appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di Corte di Appello determinato dalla legge”.

Pertanto, la competenza per reati che coinvolgono un magistrato non è attribuita in base al criterio ordinario del *locus commissi delicti*, bensì in base al criterio del trasferimento della cognizione ad un giudice, predeterminato con legge, ugualmente competente per materia, ma avente sede nel capoluogo di un distretto di Corte di Appello diverso da quello in cui il magistrato prestava le sue funzioni al momento della commissione del fatto.

La regola è ispirata dalla *ratio* per cui l'obiettività del giudizio, l'imparzialità e la terzietà del giudice, la salvaguardia del diritto di difesa e del principio di uguaglianza dei cittadini sono garanzie che devono in ogni caso prevalere sui criteri ordinari di determinazione della competenza territoriale.¹⁴¹

Dunque, per le fattispecie delittuose commesse nell'esercizio delle sue funzioni, al magistrato si applicano, sia sul piano sostanziale che processuale, le norme inerenti la qualifica di pubblico ufficiale.

Pertanto, risponderà del reato di “corruzione in atti giudiziari”, previsto e punito dall'art. 319 *ter* c.p.¹⁴², il giudice che riceva indebitamente per sé o per un terzo denaro o altra utilità, o ne accetti la promessa, al fine di favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, attraverso l'omissione o il ritardo di un atto del suo ufficio, ovvero compiendo un atto contrario ai doveri d'ufficio, anche se tale atto non è di per sé illegittimo.

La *ratio* della norma incriminatrice, che è stata introdotta dalla legge 86/1990 e che ha costituito un autonomo titolo di reato modificando l'art. 319 c.p. eliminando

¹⁴¹ DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006

¹⁴² Art. 319 *ter* c.p.: “Se i fatti indicati negli artt. 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da quattro a dieci anni. Se dal fatto deriva l'ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da sei a venti anni.”

l'aggravante prevista, è quella di mettere in luce il maggiore disvalore dei fatti corruttivi commessi nell'esercizio della funzione giurisdizionale e dell'attività giudiziaria, stante la particolare rilevanza costituzionale attribuita alla stessa funzione giudiziaria (art. 104 Cost.).

Dalla comparazione tra l'art. 319 *ter* e l'art. 319 risulta che l'elemento specializzante della prima e più grave fattispecie è costituito dall'atteggiamento psicologico del magistrato il quale deve compiere l'atto d'ufficio con il dolo specifico di favorire o danneggiare una parte.

Ai fini della configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari rileva, inoltre, la natura dell'atto compiuto, nel senso che lo stesso deve essere funzionale ad un procedimento giudiziario e porsi quale strumento per arrecare un favore o un danno nei confronti di una delle parti di un processo civile, penale o amministrativo.

In forza dell'immanenza nel sistema penale del principio di tassatività e del divieto di analogia in *malam partem* potrebbe sostenersi che la disposizione in esame non debba trovare applicazione per i giudici tributari e contabili, ma un'interpretazione costituzionalmente orientata consente di applicare detta norma anche al processo tributario e contabile oltre che a quello civile, penale e amministrativo, svolgendo gli stessi giudici una funzione giurisdizionale per nulla dissimile.¹⁴³

Per la configurabilità del delitto di corruzione in atti giudiziari non è necessario che l'atto richiesto al pubblico ufficiale in cambio di un vantaggio indebito sia illegittimo, poiché ciò che rileva è che esso sia contrario ai doveri d'ufficio e che risulti confluyente in un atto giudiziario destinato ad incidere negativamente sulla sfera giuridica di un terzo.

In ultimo si rileva che la presenza all'interno di un organo giurisdizionale collegiale di un componente privo del requisito dell'imparzialità, perché partecipe di un accordo corruttivo, inficia, nonostante l'estraneità degli altri componenti all'accordo stesso, la validità del provvedimento giudiziario emanato poiché il giudice corrotto è del tutto privo di legittimazione.

Potrà, inoltre, essere chiamato a rispondere del reato di "abuso d'ufficio" *ex* art. 323 c.p.¹⁴⁴ il magistrato che nell'esercizio delle sue funzioni, in violazione di norme di

¹⁴³ CAFERRA, *op. cit.*

¹⁴⁴ Art. 323 c.p.: "Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di

legge o di regolamento ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, intenzionalmente procuri a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arrechi ad altri un danno ingiusto.

La Suprema Corte, con sentenza n. 16895 del 2008, ha chiarito che ai fini dell'integrazione del reato di abuso d'ufficio è necessario che sussista la cd. "doppia ingiustizia", nel senso che ingiusta deve essere la condotta, in quanto connotata da violazione di legge, ed ingiusto deve essere l'evento di vantaggio patrimoniale, in quanto non spettante in base al diritto oggettivo regolante la materia.

Il reato in oggetto è un reato proprio e, come tale, può essere commesso solo da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, come è il magistrato nell'esercizio della funzione giudiziaria.

Dal punto di vista dell'elemento oggettivo, il richiamo alla locuzione "nello svolgimento della funzione o del servizio" richiede che il funzionario realizzi la condotta illecita agendo nella sua veste di pubblico ufficiale.

Così qualificato, il reato di abuso d'ufficio consente di sanzionare efficacemente la condotta dei magistrati per alcuni illeciti commessi nell'esercizio delle proprie attribuzioni.

E pertanto la Cassazione (sempre con sent. n. 16895 del 2008) ha affermato la responsabilità penale *ex art. 323* del magistrato del pubblico ministero il quale "aggirando il precetto della legge, ha concentrato gli incarichi di consulenza nelle mani di un ristretto gruppo di soggetti i quali avevano, d'altro canto, percepito onorari illegittimi, in violazione del limite normativamente stabilito delle 8 vacanze giornaliere".

Risponde, inoltre, del reato di "rifiuto di atti d'ufficio" di cui all'art. 328¹⁴⁵, primo comma, c.p. il giudice che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che per

norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto, è punito con l'arresto da uno a quattro anni.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno carattere di rilevante gravità."

¹⁴⁵ Art. 328 c.p.: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni. Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un

ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di igiene e sanità deve essere compiuto senza ritardo.

Ugualmente punibile, ai sensi del secondo comma della norma in oggetto, è il giudice che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compia l'atto del suo ufficio e non risponda per esporre le ragioni del ritardo.

L'art. 328 c.p. disciplina, infatti, due distinte ipotesi di reato: nella prima il delitto si perfeziona con la semplice omissione del provvedimento di cui si richiede l'adozione (è sufficiente un'inerzia omissiva, non essendo richiesto un rifiuto esplicito); nella seconda, invece, ai fini della consumazione è necessario il concorso di due condotte omissive, la mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta della parte interessata e la mancata risposta sulle ragioni del ritardo.

È configurabile, ad esempio, secondo la giurisprudenza di legittimità (Cass. pen. n. 7766/2003), il reato di rifiuto di atti d'ufficio nella condotta del giudice che “scaduti i termini previsti dalla legge non depositi le motivazioni delle sentenze penali assegnategli, persistendo in tale omissione anche dopo i solleciti verbali e scritti del Presidente del tribunale, in quanto il rifiuto non deve essere espresso in modo solenne o formale, ma può concretizzarsi anche in una inerzia silente protratta senza giustificazione.”

La natura ordinatoria dei termini di deposito delle sentenze non esclude la sussistenza del reato in esame in quanto l'atto dovuto, nella specie la motivazione, deve considerarsi urgente ed indifferibile, dal momento che l'urgenza è insita nella natura stessa della motivazione e la sua indifferibilità sorge nel momento in cui, decorsi i termini di legge, il giudice, senza alcuna giustificazione, prolunghi la propria condotta omissiva.

Il delitto in esame, infine, secondo quanto chiarito dalle sentenze della Cassazione penale n. 4995 del 2010 e 1184 del 2015, può essere integrato anche laddove manchi un'esplicita richiesta o un ordine, nell'ipotesi in cui il fatto concreto faccia apparire il compimento dell'atto quale necessario o urgente.

anno o con la multa fino a milletrentadue euro. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.”

Ultima ipotesi paradigmatica di condotte penalmente rilevanti che potrebbero essere poste in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni è quella di cui all'art. 346 *bis* c.p., integrante il reato di "traffico di influenze illecite"¹⁴⁶.

Si tratta di una norma introdotta dalla l. n. 190 del 2012 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione" e volta a punire l'esercizio di pressioni indebite di chi, sfruttando le relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un magistrato, fa dare o promettere indebitamente a sé o ad altri denaro o altro vantaggio patrimoniale.

La particolare attenzione del legislatore al caso specifico in cui tali attività corruttive siano rivolte ad un magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale si evince dall'aggravamento della pena previsto al quarto comma, per l'ipotesi, appunto, in cui i fatti siano commessi in relazione ad attività giudiziarie.

¹⁴⁶ Art. 346 *bis* c.p.: "*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio.*

Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie.

Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita."

3. Responsabilità amministrativo-contabile

La responsabilità amministrativo-contabile è una forma di responsabilità che deriva dal danno erariale causato alla pubblica amministrazione dal comportamento attivo od omissivo di amministratori e dipendenti pubblici, compresi i magistrati, nell'esercizio delle loro funzioni.

Essa trova la sua unitaria disciplina nelle leggi 14 gennaio 1994 n. 19 e n. 20, come novellate dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639.

Il soggetto autore del danno deve essere legato alla pubblica amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio, il soggetto danneggiato deve necessariamente essere un ente ontologicamente o teleologicamente pubblico e il danno erariale, che può consistere nel deterioramento o nella perdita di beni o denaro o nella mancata acquisizione di incrementi patrimoniali che l'amministrazione avrebbe potuto realizzare, deve essere causato nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

Per quanto riguarda il primo degli elementi costitutivi dell'illecito amministrativo-contabile, ovvero la "condotta antigiuridica", questa può consistere in ogni azione od omissione posta in essere da un soggetto legato all'ente pubblico da un rapporto di servizio in violazione di norme giuridiche.

Essa va desunta, pertanto, da "condotte illecite" dei dipendenti pubblici, compresi i magistrati, e non necessariamente da "atti illegittimi" degli stessi, che possono configurare, al più, indici sintomatici di una condotta illecita dannosa.

La condotta antigiuridica del pubblico dipendente-magistrato, pertanto, può essere attiva od omissiva.

Fondamentale in merito alla delimitazione della cognizione della Corte dei Conti appare il principio introdotto dall'art. 1 della l. n. 20 del 1994, in base al quale non sono vagliabili dalla Corte dei Conti le condotte discrezionali che violano regole di opportunità e convenienza, ma solo quelle che si pongono in contrasto con norme espresse e principi giuridici.¹⁴⁷

L'art. 3 della l. 20 dicembre 1996, n. 639, aggiungendo il co.1 *quater* all'art. 1 della legge n. 20 del 1994, ha sancito, in caso di concorso di più persone nell'illecito, il

¹⁴⁷ FANTACCHIOTTI, FRESA, TENORE, VITELLO (coordinato da TENORE), *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010

principio di personalità e parziarietà della responsabilità amministrativa, in aperto contrasto con il precedente granitico indirizzo della giurisprudenza contabile che prevedeva l'opposto principio di solidarietà passiva per ragioni di tutela del credito erariale.

Tale solidarietà passiva è oggi limitata alle due sole ipotesi, con finalità sanzionatorie, di concorrenti beneficiari di "illecito arricchimento o che abbiano agito con dolo".

Nel caso in cui la responsabilità amministrativa sia da imputare a magistrati componenti di un collegio, l'art. 1 *ter*, l. n. 20 del 1994 ha sancito che "nel caso di deliberazioni di organi collegiali, la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole", valutando l'apporto causale e psicologico dato da ciascun componente del collegio in ossequio al predetto principio di parziarietà di tale responsabilità.

Ulteriore elemento strutturale dell'illecito amministrativo-contabile è quello oggettivo del "danno erariale" che, come detto, può consistere nel deterioramento o nella perdita di beni o denaro o nella mancata acquisizione di incrementi patrimoniali che l'amministrazione avrebbe potuto realizzare e che si configura sia a fronte di danni subiti direttamente dall'amministrazione, sia quando il danno sia stato subito indirettamente dalla pubblica amministrazione chiamata innanzi al giudice ordinario a risarcire, *ex art. 28 Cost.*, il terzo danneggiato dal proprio lavoratore durante l'attività di servizio.

Invero, in tale seconda ipotesi la giurisdizione contabile, per i magistrati, è limitata da quella del giudice ordinario in forza degli artt. 7-8 della l. 117/1988 così come novellata dalla l. 18/2015, che devolvono al giudice ordinario, appunto, la rivalsa dello Stato per i danni risarciti dallo Stato-Presidenza del Consiglio a terzi a causa di "comportamento, atto o provvedimento" giudiziario posto in essere da un magistrato "nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all'art. 2 commi 2, 3 e 3 *bis*, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile".

Tale trattamento differenziato per i magistrati ha posto non poche incertezze.

Sul punto va chiarito innanzitutto che la giurisdizione della Corte dei Conti ha portata generale su tutti i pubblici dipendenti in base alla l. 14 gennaio 1994 n. 20. Anche la Corte Costituzionale, il cui indirizzo è stato successivamente confermato dalla Corte di Cassazione a sezioni unite¹⁴⁸, ha precisato che non sono ravvisabili principi costituzionali che possano escludere la giurisdizione della Corte dei Conti sulla responsabilità dei magistrati per danno all'erario: gli stessi art.101, 102, 104 e 108 Cost., nel garantire l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, "non assicurano al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità, pur quando si tratti di esercizio delle sue funzioni riconducibili alla più rigorosa e stretta nozione di giurisdizione".¹⁴⁹

A fronte di tali impostazioni giurisprudenziali, però, va ribadito il dato normativo emergente dagli artt. 7-8 della legge sulla responsabilità civile dei magistrati, ai sensi dei quali "il Presidente del Consiglio dei ministri entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l'obbligo di esercitare l'azione di rivalsa" e tale azione "deve essere proposta davanti al Tribunale del capoluogo del distretto della Corte d'Appello, da determinarsi a norma dell'art. 11 c.p.p. e dell'art. 1 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale".

Tali norme statuiscono, pertanto, una esclusiva azione civile che deve essere obbligatoriamente proposta dal Presidente del Consiglio dei ministri dinanzi al giudice ordinario, entro un termine più breve di quello ordinario quinquennale di prescrizione valevole per tutti i dipendenti pubblici.

Il problema che si pone è, dunque, quello relativo alla proponibilità di una concorrente azione di rivalsa innanzi alla Corte dei Conti nei confronti del magistrato autore del danno erariale.

Sul punto si è più volte espressa la giurisprudenza, sia costituzionale che di legittimità, la quale ha chiarito che pur sussistendo la conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, l'attribuzione alla Corte dei Conti da parte dell'art. 103 c. 2 Cost. della giurisdizione in materia di contabilità pubblica non ha carattere cogente ed assoluto, ma solo tendenzialmente generale, sicchè la concreta attribuzione della giurisdizione

¹⁴⁸ Cass., sez.un., 27 maggio 2009 n.12248, in *Ced Cassazione*.

¹⁴⁹ C.cost., 5 novembre 1996 n.385, in *www.cortecostituzionale.it*.

in relazione alle diverse fattispecie di responsabilità amministrativa richiede l'interposizione del legislatore ordinario, cui competono valutazioni e scelte discrezionali.¹⁵⁰

Pertanto, al di fuori della suddetta ipotesi dell'azione di rivalsa dello Stato per il danno erariale indiretto causato dal magistrato in sede di risarcimento civile del terzo danneggiato dall'esercizio della funzione giurisdizionale, sussiste la ordinaria giurisdizione contabile della Corte dei Conti in tutte i casi in cui il magistrato, come ogni altro dipendente pubblico, cagioni un danno erariale alla pubblica amministrazione.

Prima ipotesi in cui sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti è quella del danno patrimoniale diretto arrecato dal magistrato alla propria o ad altra amministrazione¹⁵¹, come ad esempio i danni all'immagine della pubblica amministrazione per condotte penalmente rilevanti del magistrato nell'esercizio delle proprie funzioni; danni derivanti da uso non istituzionale di beni d'ufficio; mancata segnalazione alla Procura contabile da parte dei vertici di un ufficio di fatti dannosi per l'erario prodotti da personale amministrativo o magistratuale; appropriazione di beni d'ufficio; mancati riscontri, per colpa grave, di danni erariali durante le ispezioni svolte su uffici giudiziari da parte di magistrati addetti a servizi ispettivi ministeriali, con conseguente prescrizione dell'azione giuscontabile *ex art.1, co. 3, l. n. 20 del 1994*; danni da liquidazione di elevati compensi a periti senza svolgere alcun controllo e in presenza di ingiustificati e diffusi raddoppi di onorari in assenza dei relativi presupposti; danni da omesso o tardivo dissequestro di beni dopo sentenza penale.¹⁵²

Ulteriore ipotesi in cui sussiste la giurisdizione contabile della Corte dei Conti è quella per il danno patrimoniale indiretto cagionato dal magistrato per fatti costituenti reato, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 13 comma 2 della legge 117/88, in base al quale "all'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al

¹⁵⁰ C.cost., 17 dicembre 1987 n.641; C.cost., 12 gennaio 1993, n.24; C.cost., 5 novembre 1996 n.385, tutte in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵¹ Nel caso di danno erariale cagionato dal magistrato ad un'amministrazione diversa da quella di appartenenza, ipotesi introdotta dall'art. 1, co. 4, l. n. 20 del 1994, si parla in dottrina di "danno obliquo" o "danno trasversale".

¹⁵² Casistica giurisprudenziale ricavata da FANTACCHIOTTI, FRESA, TENORE, VITELLO (coordinato da TENORE), *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010

risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti”.

Sul punto la questione più rilevante riguarda l’ammissibilità di un concorso tra azione di rivalsa dinanzi al giudice contabile e azione civile risarcitoria o costituzione di parte civile in sede penale da parte della pubblica amministrazione danneggiata.

Il dubbio è stato risolto positivamente dalla giurisprudenza, che ha ritenuto ammissibile un concorso tra le dette azioni, con il solo limite del divieto di doppia condanna del magistrato in sede contabile e in sede civile.¹⁵³

Con la novella del 2015 viene altresì integrato il contenuto dell’art. 13 della legge 117/88 (Responsabilità civile per fatto costituente reato), prevedendosi, con il nuovo comma 2 *bis*, la responsabilità contabile per il mancato esercizio dell’azione di regresso dello Stato verso il magistrato.

Ai fini dell’accertamento di tale responsabilità, sono stabiliti, in capo al Presidente del Consiglio e al Ministro della giustizia, oneri informativi annuali nei confronti della Corte dei Conti, in relazione alle condanne emesse nell’anno precedente per risarcimento del danno derivante da reato e alle conseguenti azioni di regresso verso il magistrato.

Infine, sempre attribuita alla giurisdizione della Corte dei Conti è l’ipotesi di rivalsa verso il magistrato per danni risarciti dallo Stato a terzi per l’irragionevole durata del processo in base alla Convenzione Europea dei diritti dell’uomo ed alla legge n. 89 del 24 marzo 2001, la cd. “legge Pinto”.

La struttura dell’illecito amministrativo-contabile si compone, inoltre, dell’elemento psicologico del “dolo” o della “colpa grave”.

La l. 20 dicembre 1996, n. 639, con art. 3 co. 1, lett. a, ha delimitato, infatti, la sussistenza della responsabilità contabile ai soli illeciti posti in essere con dolo o colpa grave, escludendo le ordinarie ipotesi di responsabilità per colpa, ricalcando così la disciplina speciale prevista in tema di responsabilità civile dei magistrati.

Ultimo elemento costitutivo di tale forma di responsabilità che, dunque, non differisce strutturalmente dalla ordinaria responsabilità civile *ex art.* 2043 c.c., è il nesso di causalità, inteso sia come nesso eziologico che lega la condotta anti-giuridica

¹⁵³ TENORE (a cura di), *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013

all'evento dannoso (nesso di causalità materiale) sia come nesso causale che lega l'evento dannoso al danno-conseguenza, ovvero alle conseguenze negative prodotte dal danno-evento nel patrimonio della pubblica amministrazione (nesso di causalità giuridica).

4. Responsabilità disciplinare

Quella disciplinare, è stata tradizionalmente concepita, a partire dalle correnti filosofiche giusnaturalistiche, come un modello “puro” di responsabilità opposto alla responsabilità professionale.

L’esigenza, propria degli Stati assoluti, di incorporare la magistratura all’interno dell’apparato statale portò alla necessità di un controllo diretto ed esclusivo del solo sovrano, o dello Stato, sull’operato dei giudici, riconoscendo quale unica forma di responsabilità quella disciplinare, con conseguente esclusione di qualsiasi controllo esterno da parte dei cittadini e quindi di responsabilità professionale.

Tale sistema antitetico tra i due modelli “puri” di responsabilità fu superato, per la prima volta, dal legislatore napoleonico, il quale, prevedendo al fianco dell’istituto della *prise à partie* una forma di responsabilità anche disciplinare dei magistrati, introdusse un doppio binario di responsabilità, rispondenti a finalità diverse, l’una riparatoria e l’altra sanzionatoria, che è a tutt’oggi vigente anche nel nostro ordinamento.

In Italia lo Statuto Albertino del 1848, recependo il modello napoleonico del 1810, basato su una magistratura composta da funzionari nominati dal Governo e posta alle dipendenze del Ministro della giustizia, dispose espressamente che “la giustizia emana dal Re ed è amministrata in suo nome dai giudici che egli istituisce”.

L’”Ordinamento giudiziario” del 1865, adottato con r.d. 2629 del 1865, adottò una nozione elastica di illecito disciplinare stabilendo, all’art. 213, che “il giudice che non osserva il segreto delle deliberazioni o compromette in qualunque modo la sua dignità e la considerazione dell’ordine a cui appartiene, ovvero altrimenti contravviene ai doveri del suo ufficio, è soggetto a provvedimenti disciplinari”.

Dal punto di vista procedurale, l’iniziativa era rimessa al pubblico ministero, era del tutto mancante una fase istruttoria preventiva e le udienze non erano pubbliche. La responsabilità disciplinare del pubblico ministero era, inoltre, disciplinata separatamente.

Con l’entrata in vigore della legge n. 6878 del 1890, la cd. legge Zanardelli, ma soprattutto con le leggi n. 511 del 1907 e n. 438 del 1908, le cd. leggi Orlando,

furono introdotte rilevanti modifiche alla disciplina della responsabilità disciplinare dei magistrati, con un parziale superamento del modello napoleonico.

La legge Orlando del 1908, infatti, creò per la prima volta un sistema basato su illeciti disciplinari tipizzati, prevedendo agli artt. 5 e ss. che “i magistrati non possono accettare incarichi di qualsiasi specie senza l’assenso dei capi gerarchici. Non possono assumere le funzioni di arbitro, se non nei casi previsti da legge o regolamenti; i capi delle corti non possono assumere alcun incarico fuori dalla loro residenza, tranne quelli cui sono chiamati in virtù di leggi o regolamenti; i magistrati debbono osservare il segreto su quanto riguarda le loro deliberazioni ed ogni affare da essi trattato; è rigorosamente vietato ai magistrati ricevere informazioni private relativamente a cause pendenti davanti ad essi e ricorrere ad altri per la compilazione delle sentenze e delle ordinanze. È colpa grave per il magistrato l’ingerirsi, quando il suo dovere di ufficio non lo richieda, nell’andamento degli affari giudiziari ed il prestare in essi opera retributiva od esercitarvi influenza con sollecitazioni o raccomandazioni; è colpa grave per il magistrato contrarre debiti indecorosi oppure con persone interessate in affari che rientrino o possano rientrare nella sfera della sua competenza; i magistrati debbono scrupolosamente astenersi dal ricorrere a raccomandazioni per appoggiare o sollecitare interessi di carriera presso i membri del governo o presso le persone da cui tali interessi dipendono, ed è loro vietato in special modo di ricorrere per tale scopo a persone appartenenti all’ordine forense”.

La stessa legge Orlando, però, all’art. 11 mantenne una clausola di chiusura di portata generale, stabilendo che “il magistrato deve tenere, in ufficio e fuori, una condotta tale da non renderlo immeritevole della fiducia e considerazione di cui deve godere e da non compromettere il prestigio dell’ordine giudiziario”.

Per quanto riguarda la procedura, nello Stato liberale la titolarità dell’esercizio dell’azione disciplinare era attribuita al Ministro della giustizia e vennero istituiti presso ogni Corte d’Appello delle Commissioni di disciplina composte da soli magistrati, che erano competenti in ordine alle sanzioni disciplinari da comminare ai giudici inferiori, mentre per i giudici superiori tale competenza era attribuita alla Corte suprema disciplinare, costituita presso il Ministero della giustizia e formata da magistrati e senatori del Regno.

Nello Stato fascista la prima riforma alla responsabilità disciplinare dei magistrati fu introdotta con la legge Oviglio del 1923, r.d. n. 2786 del 1923, che eliminò il riferimento agli illeciti disciplinari tipici, reintroducendo di fatto un sistema disciplinare atipico mantenendo ferma la sola clausola generale di cui all'art. 11 della precedente legge Orlando.

Successivamente, con la legge Grandi del 1941, r.d. n. 12 del 1941, vennero eliminati i Consigli di disciplina presso le Corti d'Appello e venne prevista la nomina governativa di tutti i componenti togati della Corte disciplinare (i componenti laici vennero aboliti), la quale divenne organo di consulenza del Ministro di giustizia.

Sempre in un ottica di accentramento dei poteri disciplinari nelle mani dell'esecutivo (a tal proposito nella Relazione al Re del Guardasigilli si parla di "rapporto particolare di dipendenza" del magistrato verso lo Stato) vennero attribuiti al Ministro di giustizia non solo il potere già precedentemente previsto di impulso dell'azione disciplinare, ma anche effettivi poteri di condanna o proscioglimento del magistrato.

Dopo la caduta del regime fascista la responsabilità disciplinare dei magistrati fu regolata dalla "legge sulle guarentigie", r.d. n. 511 del 1946.

Novità di maggior rilievo fu costituita dalla reintroduzione del Consiglio Superiore della Magistratura (già istituito con la legge Orlando del 1907), a cui fu devoluta la competenza in merito agli illeciti disciplinari posti in essere dai magistrati.

Nel 1948 con l'avvento della Costituzione repubblicana, sono stati sanciti una serie di principi informanti la magistratura (a cui è stato dedicato l'intero Titolo IV, Parte II della stessa Carta costituzionale), su tutti i principi di indipendenza e autonomia.

Le questioni relative alla responsabilità disciplinare dei magistrati sono state affrontate incidentalmente da due norme della Costituzione: l'art. 105 il quale stabilisce che spettano al Consiglio Superiore della Magistratura i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati e l'art. 107 il quale, al secondo comma, attribuisce al Ministro della giustizia la facoltà di promuovere l'azione disciplinare.

Dall'analisi dell'intero Titolo IV, Parte II della Costituzione, dedicato a "La Magistratura" si evince che la *ratio* della responsabilità disciplinare non è la salvaguardia di una specifica categoria di funzionari pubblici quanto piuttosto la

tutela del cittadino attraverso la previsione di un sistema sanzionatorio per le condotte illecite dei magistrati nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

E proprio in tale prospettiva il funzionamento del sistema della giustizia disciplinare è stato affidato al CSM, organo di autogoverno della magistratura e “pietra angolare dell'ordinamento giudiziario”¹⁵⁴, istituito nell'esclusivo interesse del corretto svolgimento della funzione giurisdizionale e volto a garantire l'indipendenza esterna degli organi giudiziari.

La stessa Corte Costituzionale ha, infatti, affermato che “il potere disciplinare è volto a garantire - ed è rimedio insostituibile - il rispetto dell'esigenza di assicurare il regolare svolgimento della funzione giudiziaria, che è uno degli aspetti fondamentali dello Stato di diritto” e che “il fondamento del potere disciplinare non può ricercarsi, come per gli (altri) impiegati pubblici, nel rapporto di supremazia speciale della pubblica amministrazione verso i propri dipendenti, dovendosi escludere un rapporto del genere nei riguardi dei magistrati stessi, sottoposti soltanto alla legge”.¹⁵⁵

Ancora, successivamente, lo stesso giudice delle leggi ha precisato che “il corretto svolgimento della funzione giurisdizionale è un bene affidato alle cure del Consiglio Superiore della Magistratura, che non riguarda l'ordine giudiziario riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartiene alla generalità dei soggetti, presidio dei diritti dei cittadini”.¹⁵⁶

Il previgente sistema della responsabilità disciplinare dei magistrati si fondava, come detto, oltre che sui precetti costituzionali analizzati, sul r.d.l. sulle guarentigie, n. 511/1946 e sulla legge istitutiva del CSM, n. 195/1958.

La disciplina degli illeciti disciplinari contenuta nell'art. 18 della l. n. 511/1946, lungi dal tipizzare le fattispecie integranti condotte illecite, si limitava a stabilire la sanzionabilità del magistrato che mancasse ai suoi doveri o tenesse, in ufficio o fuori, una condotta immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o compromettente per il prestigio dell'ordine giudiziario.

L'individuazione delle singole ipotesi era inoltre affidata, dall'art. 4 della legge sulle guarentigie del 1958, alla Sezione disciplinare, costituita all'interno del CSM e composta da nove componenti effettivi (Vice presidente del CSM, che la presiede,

¹⁵⁴ C. cost., n. 4/1986, in *Consulta online*

¹⁵⁵ C. cost., n. 100/1981, in *Consulta online*

¹⁵⁶ C. cost., n. 497/2000, in *Consulta online*

due componenti eletti dal Parlamento, un magistrato di Cassazione con esercizio effettivo delle funzioni di legittimità, e cinque magistrati con funzioni di merito) e nove supplenti.

La scelta di non tipizzare gli illeciti disciplinari, ma di demandare la loro individuazione ai promotori dell'azione disciplinare e alla Sezione disciplinare del CSM rispondeva all'esigenza che l'individuazione della norma da applicare al caso concreto avvenisse direttamente in sede di irrogazione della sanzione, ad opera di un organo di autodisciplina formato da soggetti componenti l'ordine professionale e, come tali, idonei ad esprimere la sensibilità deontologica dell'ordine stesso.¹⁵⁷

Il procedimento disciplinare era regolato dagli artt. 27 e ss. del r.d.lgt. n. 511/1946, dagli artt. 4 e ss. della legge n. 195/1958, dagli artt. 56 e ss. del D.P.R n. 916/1958, nonché, per quanto non espressamente previsto, dalle norme del codice di procedura penale del 1930.

La titolarità dell'azione disciplinare era prevista in capo sia al Ministro della giustizia che al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, i quali potevano esercitarla facoltativamente.

Le diverse fasi processuali erano composte da una fase istruttoria, una fase di formulazione delle richieste da parte del Procuratore generale alla Sezione disciplinare e una fase dibattimentale alla presenza del magistrato incolpato che era impossibilitato, però, a farsi assistere da un avvocato, ma poteva solo avvalersi eventualmente dell'assistenza da parte di un collega.

La Sezione disciplinare doveva procedere alla decisione in camera di consiglio entro due anni dalla fissazione dell'udienza di discussione, a pena di estinzione del procedimento. La decisione poteva essere di condanna, di proscioglimento o di assoluzione ed era ricorribile dinanzi alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione per violazione di legge ai sensi dell'art. 360 c.p.c.¹⁵⁸

A partire dagli anni settanta si aprì un dibattito in ordine alla riforma della responsabilità disciplinare dei magistrati, soprattutto in ragione dell'insufficienza e

¹⁵⁷ ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, Milano, 1977

¹⁵⁸ Per la ricostruzione storica dell'istituto della responsabilità disciplinare, GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995 e DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

dell'indeterminatezza della previsione contenuta nell'art. 18 del r.d.lgs. n. 511, in forza della mancata tipizzazione degli illeciti.

Le critiche principali sul previgente impianto normativo regolante la responsabilità disciplinare del magistrato riguardavano, da un lato la mancata predeterminazione degli illeciti disciplinari, che, oltre ad essere imposta dalle riserve di legge contenute nella Costituzione, fu suggerita dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 289/1992 e n. 497/2000 e dall'altro la mancata previsione di un principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale della Cassazione a garanzia dell'eguale trattamento di tutti i magistrati.

Pertanto, sulla base anche di tali rilievi critici, la legge Castelli, n. 150/2005, poi successivamente dettagliata nel d.lgs. n. 109/2006 e modificata dalla l. 269/2006, la cd. "legge Mastella", è stata improntata alla tipizzazione degli illeciti e all'obbligatorietà dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione.

Tale scelta di predeterminazione degli illeciti è stata criticata su più punti.

In primo luogo ha suscitato critiche la tecnica legislativa adottata in punto di tipizzazione in quanto alcune fattispecie si sarebbero sovrapposte ad altre.¹⁵⁹

La giurisprudenza disciplinare, però, proprio per superare tale obiezione, ha da subito proceduto ad un'operazione di distinzione e precisazione delle diverse fattispecie.¹⁶⁰

Al vaglio della critica sono state anche le scelte di merito del legislatore in punto di individuazione dei comportamenti punibili o alla loro gravità.

In ogni caso, si è trattato di una tipizzazione "imperfetta", essendo frequente l'utilizzo di formulazioni molto generiche.

Di talchè, proprio a causa di questo largo margine di discrezionalità attribuito al giudice disciplinare, è stato paventato il rischio di un vero e proprio sindacato disciplinare del contenuto stesso dei provvedimenti giudiziari e di una lesione dei principi di autonomia, indipendenza e terzietà della giurisdizione, oltre che dei principi di eguaglianza dinanzi alla legge e di certezza del diritto.¹⁶¹

¹⁵⁹ PATRONO, *Eterogenesi dei fini? Se non si pone un rimedio, la (nuova) normativa degli illeciti disciplinari dei magistrati sembra destinata al fallimento*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di Bartole, Pace, Romboli, Napoli, 2010

¹⁶⁰ Csm, Sez. disc., ordinanza n. 154 del 2010; Csm, Sez. disc., sentenza n. 6 del 2011

¹⁶¹ CAFERRA, *op. cit.*

Con la riforma sono state introdotte tre specifiche tipologie di illeciti disciplinari: quelli commessi dal magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie; quelli commessi fuori dall'esercizio delle funzioni; e gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.

In via generale, l'art. 1 del d.lgs. 109/2006 (poi successivamente abrogato dalla l. 269/2006, la cd. "legge Mastella") prevede che il magistrato debba esercitare le funzioni attribuitegli "con imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio" e nel rispetto della "dignità della persona", e che, anche fuori dall'esercizio delle sue funzioni, egli "non debba tenere comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro", suoi e dell'istituzione.

L'art. 2 (così come modificato dalla l. 269/2006, dal d.l. 193/2009 e dal d.l. 211/2011, convertito in l. n. 9/2012) contiene, poi, un'elencazione tassativa delle ipotesi di illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni, tra cui rientrano, ad esempio: i comportamenti che, violando i doveri di cui all'articolo 1 (imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio, rispetto della dignità della persona), arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti; l'omissione della comunicazione al Consiglio Superiore della Magistratura della sussistenza di una delle situazioni di incompatibilità di cui agli articoli 18 e 19 dell'ordinamento giudiziario; la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge; i comportamenti abitualmente o gravemente scorretti nei confronti delle parti, dei loro difensori, dei testimoni o di chiunque abbia rapporti con il magistrato nell'ambito dell'ufficio giudiziario, ovvero nei confronti di altri magistrati o di collaboratori; l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato; la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile; il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile.

Ci si è chiesti se potesse rientrare tra le suddette ipotesi il caso del ritardo del magistrato nel deposito della sentenza.

Sul punto è di recente intervenuta la Corte di Cassazione a sezioni unite, la quale ha chiarito che anche laddove il ritardo del magistrato sia particolarmente elevato (per esempio svariati mesi, finanche un anno) non si configura alcun illecito disciplinare. Questo perché una sua responsabilità potrebbe sussistere solo nel caso in cui si sia in

presenza di una reiterazione continua nei ritardi e questi superino ogni limite di tollerabilità e ragionevolezza.¹⁶²

Rimane ferma in base al comma 2 una clausola di salvaguardia del tutto corrispondente a quella prevista in tema di responsabilità civile ante-riforma del 2015, la quale prevede che l'attività di interpretazione di norme di diritto e la valutazione del fatto e delle prove non possono dar luogo a responsabilità disciplinare.

All'art. 3 della legge in esame è contenuto un elenco delle fattispecie di illeciti disciplinari posti in essere fuori dall'esercizio delle funzioni.

Costituiscono, pertanto, illeciti disciplinari al di fuori dell'esercizio delle funzioni, ad esempio, l'uso della qualità di magistrato per ottenere vantaggi ingiusti; il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione comunque trattato dal magistrato; l'assunzione di incarichi extragiudiziari senza la prescritta autorizzazione; l'ottenere prestiti o agevolazioni da soggetti coinvolti in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario; la pubblica manifestazione di consenso o dissenso in ordine ad un procedimento in corso; la partecipazione ad associazioni segrete, l'iscrizione o la partecipazione a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici o affaristici.

Tra questi, particolare attenzione merita l'illecito conseguente alla partecipazioni ad associazioni segrete e a partiti politici.

Con questa disposizione il legislatore ha effettuato un bilanciamento tra il diritto di libertà di associazione di cui agli artt. 18, 19, 39 e 49 Cost. e l'interesse pubblico all'accesso agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di parità e di uguaglianza di cui all'art. 51 Cost. Viene garantita, inoltre, l'imparzialità e l'indipendenza dell'ordine giudiziario *ex artt.* 101 e 104 Cost.

In tal modo ha ricevuto attuazione a livello di normazione ordinaria il disposto di cui all'art. 98 Cost., che contiene una delega al legislatore ordinario al fine di stabilire limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i magistrati, onde evitare una parzialità che mal si concilia con i principi fondanti la funzione giurisdizionale.¹⁶³

L'art. 3 lett. g del d.lgs. 109/2006 recepisce un precedente orientamento del CSM il quale, con una delibera del 1993, si era già pronunciato per l'incompatibilità tra lo

¹⁶² Cass. SS.UU., 25 marzo 2016, n. 6021, in www.dirittoegiustizia.it

¹⁶³ CAFERRA, *op. cit.*

status di magistrato e la partecipazione ad associazioni segrete come la massoneria.¹⁶⁴

Ha precisato il CSM che “non è in alcun caso in discussione il diritto di credere nelle idee massoniche e di professarle in forma associata. Tali associazioni sono infatti del tutto palesi in gran parte dei paesi occidentali. Vengono viceversa in discussione, quanto ai magistrati, la segretezza, il modo di agire e gli obiettivi perseguiti dalla associazioni massoniche nel nostro Paese”.

In tema di iscrizione o partecipazione ai partiti politici grande importanza ha rivestito la sentenza 17 luglio 2009, n. 224 della Corte Costituzionale, che ha segnato una svolta prevedendo che il divieto di iscrizione o di partecipazione sistematica e continuativa alla vita di un partito politico sia assoluto, nel senso che si applica anche al magistrato che non esercita funzioni giudiziarie, perché ad esempio posto fuori ruolo.

Il dovere di imparzialità, infatti, a parere della Consulta, “grava sul magistrato coinvolgendo anche il suo operare di semplice cittadino, in ogni momento della sua vita professionale, anche quando egli sia stato temporaneamente collocato fuori ruolo per lo svolgimento di un compito tecnico.”

Nell’ultima ipotesi, disciplinata dall’art. 4, vengono individuati, infine, gli illeciti disciplinari conseguenti a reato.

Tra questi si ricordano: i fatti per i quali è intervenuta condanna irrevocabile o è stata pronunciata sentenza ai sensi dell’articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto doloso o preterintenzionale, quando la legge stabilisce la pena detentiva sola o congiunta alla pena pecuniaria; i fatti per i quali è intervenuta condanna irrevocabile o è stata pronunciata sentenza ai sensi dell’articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, per delitto colposo, alla pena della reclusione, sempre che presentino, per modalità e conseguenze, carattere di particolare gravità; i fatti per i quali è intervenuta condanna irrevocabile o è stata

¹⁶⁴ Art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17 (*Norme di attuazione dell’art. 18 della Costituzione in materia di associazioni segrete e scioglimento della associazione denominata Loggia P2*): “Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dall’art. 18 della Costituzione, quelle che, anche all’interno di associazioni palesi, occultando la loro esistenza ovvero tenendo segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendendo sconosciuti in tutto o in parte ed anche reciprocamente, i soci, svolgono attività diretta ad interferire sull’esercizio di funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici, nonché di servizi pubblici essenziali di interesse nazionale”.

pronunciata sentenza ai sensi dell'articolo 444, comma 2, del codice di procedura penale, alla pena dell'arresto, sempre che presentino, per le modalità di esecuzione, carattere di particolare gravità; qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o proseguita.

Per quanto riguarda le singole fattispecie di illecito, la l. 269/2006 è intervenuta abrogandone o modificandone la maggior parte.

In particolare viene soppressa la previsione ai sensi della quale costituisce illecito per il magistrato il "perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria" (art. 2, comma 1, lett. *i*), ovvero il "rilasciare dichiarazioni o interviste in violazione dei criteri di equilibrio e di misura" (art. 2, comma 1, lett. *b*), o ancora "esprimere una "pubblica dichiarazione di consenso o dissenso in ordine ad un procedimento in corso quando sia idonea a condizionare la libertà di decisione nel procedimento medesimo" (art. 3, comma 1, lett. *f*), o infine tenere "ogni altro comportamento tale da compromettere l'indipendenza, la terzietà e l'imparzialità del magistrato" (art. 3, comma 1, lett. *l*).

Inoltre, con riguardo alla clausola di salvaguardia di esenzione da responsabilità per l'attività interpretativa, ne è stata ampiamente ridotta la portata applicativa.

Di grande rilievo, infine, appare l'introduzione di una clausola generale sull'irrilevanza della condotta illecita, con il nuovo art. 3 *bis*, con il quale si prevede che "l'illecito non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza".

L'apparato sanzionatorio, tipizzato al pari delle fattispecie illecite, è disciplinato nell'art. 5 del decreto legislativo, che prevede che il magistrato che violi i propri doveri professionali sia sottoposto, in base al tipo di illecito commesso, alle sanzioni disciplinari, di gravità crescente: dell'ammonimento, che è un richiamo all'osservanza dei doveri professionali; della censura, che è una dichiarazione formale di biasimo; della perdita dell'anzianità; dell'incapacità temporanea ad esercitare un incarico direttivo o semidirettivo; della sospensione dalle funzioni, che si concretizza con l'allontanamento, la sospensione dello stipendio e il collocamento fuori dal ruolo organico della magistratura; e della rimozione, che determina la cessazione del rapporto di servizio e viene attuata mediante decreto del Presidente della Repubblica.

L'art. 13 prevede, inoltre, la sanzione accessoria del trasferimento d'ufficio che può essere disposta dalla sezione disciplinare del CSM quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o nello stesso ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

Il trasferimento è sempre disposto quando ricorre una delle violazioni previste dall'articolo 2, comma 1, lettera *a*), nonché nel caso in cui sia inflitta la sanzione della sospensione dalle funzioni.

Infine, nel caso in cui sussistano gravi elementi di fondatezza dell'azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza, la Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura può disporre il trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato, in via cautelare e provvisoria. La nuova normativa, inoltre, prevede una modifica della disciplina in tema di incompatibilità ambientale e funzionale, dispensa dal servizio e trasferimento d'ufficio.

I trasferimenti per incompatibilità ambientale e funzionale, precedentemente disciplinati dall'art. 2 del r.d.lgt. n. 511/1946, pur non essendo qualificabili come provvedimenti disciplinari, sono stati spesso strumentalizzati in chiave para-disciplinare.

Pertanto, per ovviare a tale possibile sovrapposizione tra gli istituti, il legislatore del 2006 ha precisato, all'art. 26, che il trasferimento deve adottarsi qualora, “per qualsiasi causa indipendente da loro colpa”, i magistrati “non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità”.

Al secondo comma della stessa norma, inoltre, per finalità di coordinamento tra trasferimento amministrativo e sanzioni disciplinari, viene precisato che gli atti relativi ai procedimenti amministrativi di trasferimento di ufficio pendenti presso il Consiglio Superiore della Magistratura, per fatti astrattamente riconducibili alle fattispecie disciplinari, sono trasmessi al Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione per le sue determinazioni in ordine all'azione disciplinare.

Per quanto riguarda i profili procedurali, la titolarità dell'azione disciplinare continua ad essere affidata, *ex art.* 14 d.lgs. 109/2006, sia al Ministro della giustizia, il quale

può esercitarla facoltativamente, che al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, il quale ha invece l'obbligo di esercitare l'azione medesima.

In merito alla nuova previsione di obbligatorietà dell'azione disciplinare in capo al Procuratore generale presso la Corte di Cassazione era stata mossa una principale critica, quella secondo cui la procura generale della Cassazione non sarebbe stata in grado di sostenere il carico di lavoro causato dall'obbligo di perseguire tutte le fattispecie tipizzate.¹⁶⁵

Proprio per ovviare a tale evenienza il legislatore, con la l. n. 269/2006, ha introdotto due correttivi: il già richiamato art. 3 *bis*, intitolato “condotta disciplinarmente irrilevante”, secondo cui “l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza” e, soprattutto, la possibilità, per il Procuratore generale, di chiedere l'archiviazione diretta, *ex art.* 16 comma 5 *bis*, se “il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante, la denuncia non sia circostanziata, il fatto non rientri in alcuna delle ipotesi previste dalla legge o dalle indagini risulti inesistente o non commesso”.

L'istituto della cd. archiviazione diretta, se da un lato ha permesso di evitare un eccessivo intasamento del sistema disciplinare, dall'altro ha presentato non poche incertezze.

In primo luogo l'ampio margine di valutazione, privo di controlli giurisdizionali, ha portato taluno ad affermare che avrebbe potuto addirittura minare il principio stesso dell'obbligatorietà dell'azione.¹⁶⁶

In secondo luogo, potendo la procura generale della Cassazione svolgere delle “sommarie indagini” volte a verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione disciplinare, non è chiaro, essendo detta fase anteriore al procedimento disciplinare vero e proprio, quali poteri possa concretamente esercitare il Procuratore generale nel corso di tali indagini.¹⁶⁷

L'attuale fase d'impulso del sistema disciplinare si fonda, *ex art.* 14 comma 4 d.lgs. 109/2006, anche sull'obbligo di segnalazione di ogni fatto rilevante sul piano disciplinare posto a carico del CSM, dei Consigli giudiziari, dei dirigenti degli uffici

¹⁶⁵ BIONDI, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

¹⁶⁶ CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova 2011

¹⁶⁷ BIONDI, *op. cit.*

giudiziari, dei presidenti di sezione, presidenti di collegio e procuratori aggiunti, i quali in caso di omissione possono a loro volta incorrere in sanzioni disciplinari.

La riforma ha introdotto anche termini all'esercizio dell'azione disciplinare, prevedendo all'art. 15 che essa debba essere esercitata entro un anno dalla notizia del fatto, della quale il procuratore generale ha conoscenza a seguito dell'espletamento di sommarie indagini preliminari o di denuncia circostanziata o di segnalazione del Ministro della giustizia.

Con una norma introdotta dalla l. 269/2006, il comma 1 *bis* dell'art. 15, è stato fissato il termine decennale trascorso il quale l'azione disciplinare non può essere più promossa.

Il procedimento disciplinare vero e proprio si avvia, *ex art* 15 d.lgs. 109/2006, con la richiesta di indagini rivolta al Ministro dal Procuratore generale o con la comunicazione data da quest'ultimo al CSM.

Dell'inizio del procedimento deve essere data comunicazione, entro trenta giorni, con l'indicazione del fatto addebitato, all'incolpato, il quale può farsi assistere da altro magistrato, anche in quiescenza, da un avvocato o da un consulente tecnico.

Terminate le indagini, il pubblico ministero formula le richieste conclusive con l'invio del fascicolo alla Sezione disciplinare, decidendo per l'esclusione dell'addebito con la richiesta di declaratoria di non luogo a procedere o per l'incolpazione.

In quest'ultima ipotesi il Procuratore formula l'incolpazione e chiede la fissazione della discussione orale, che avviene in una pubblica udienza con assunzione anche d'ufficio delle prove ritenute necessarie.

La Sezione disciplinare delibera immediatamente, provvedendo con sentenza, irrogando una sanzione disciplinare ovvero, se non è raggiunta prova sufficiente, dichiarando esclusa la sussistenza dell'addebito.

La sentenza disciplinare può essere impugnata dinanzi alle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

Per quanto riguarda, infine, i rapporti tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile la l. n. 18 del 2015 ha inciso notevolmente.

La legge recentemente approvata ha eliminato il filtro di ammissibilità sull'azione di risarcimento che il danneggiato può proporre nei confronti dello Stato, abrogando l'art. 5 della legge 117/1988.

Mentre il previgente art. 9 della legge 117/88 prevedeva che “il procuratore generale presso la Corte di Cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta, entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell'articolo 5”, ossia dalla comunicazione sull'ammissibilità della domanda valutata in sede di “filtro”, la nuova formulazione legislativa dell'art. 9 ha eliminato il riferimento ai due mesi dalla comunicazione indicata in quanto è stato, appunto, abrogato il c.d. filtro di ammissibilità della domanda.

Prima facie potrebbe quindi sembrare che scatti l'obbligo di azione disciplinare tutte le volte in cui vi sia un'azione di responsabilità civile *ex l.* 117/1988.

Per contro sarebbe preferibile ritenere, alla luce di una inconciliabilità tra tipicità degli illeciti disciplinari e qualificazione dell'illecito civile da parte dell'attore nella domanda di citazione, per cui si lascerebbe sostanzialmente all'iniziativa del privato la genesi di un procedimento disciplinare contro il magistrato, che vi sia l'obbligatorietà dell'azione disciplinare solo in relazione a quelle ipotesi in cui sussista una violazione di una fattispecie disciplinare e che non sussista, quindi, alcun automatismo tra le due azioni.¹⁶⁸

Ulteriore problema che si pone è quello relativo all'eliminazione dell'obbligo di comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare i quali sono tenuti a esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, a seguito dell'abrogazione dell'art. 5.

A differenza dei casi in cui sia stato instaurato un procedimento penale a carico di un magistrato - in cui l'obbligo di comunicazione al titolare dell'azione disciplinare ed al CSM deriva dall'art. 129 disp. att. c.p.p. - non sussiste un analogo obbligo di informativa per l'ipotesi in cui venga attivato un procedimento civile nei confronti dello Stato per il risarcimento dei danni causati da un magistrato.

¹⁶⁸ RUVOLO-SCIARRINO, *op. cit.*

E infatti la norma di cui all'art. 2 comma 1 lett. dd) d.lgs. 109/2006, che pone a carico del dirigente dell'ufficio o del presidente di una sezione o di un collegio la "comunicazione di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell'ufficio, della sezione o del collegio", sanziona sotto il profilo disciplinare la violazione di comunicazioni, da parte di titolari di incarichi direttivi o semi direttivi, di fatti astrattamente configurabili quali illeciti disciplinari commessi dal magistrato e non la mancata comunicazione del fatto che sia stato instaurato un giudizio per responsabilità civile *ex l. 117/1988*.

Già precedentemente all'entrata in vigore delle modifiche legislative di cui alla l. 18/2015 si era affermata l'incompatibilità tra la tipicità degli illeciti disciplinari e la previsione di un'azione disciplinare obbligatoria per i fatti che hanno dato causa all'azione civile risarcitoria.

Ciò in quanto affermare l'obbligatorietà dell'azione disciplinare solo perché la domanda risarcitoria è stata dichiarata ammissibile significherebbe affermare l'equivalenza tra fatto disciplinare e dichiarazione dell'ammissibilità della domanda da parte del giudice adito per il risarcimento danni.¹⁶⁹

Nulla sembra essere cambiato anche a seguito della novella che ha portato all'abrogazione dell'art. 5 e alla conseguente eliminazione del termine di due mesi.

Non è condivisibile, infatti, l'ipotesi che il legislatore così operando abbia voluto introdurre una nuova fattispecie tipica di illecito disciplinare integrata dall'essere il magistrato coinvolto in un'azione risarcitoria promossa avverso lo Stato, né che abbia introdotto una deroga al disposto di cui all'art. 20 d.lgs. 109/2006 secondo cui "l'azione disciplinare è promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno".

Inoltre, l'autonomia dei due giudizi di responsabilità, rispondenti a finalità diverse, l'uno risarcitoria e l'altro sanzionatoria, con conseguente assenza di pregiudizialità assoluta tra gli esiti del giudizio civile e del giudizio disciplinare, è confermata dal dettato dell'art. 6 comma 2 l.117/88, secondo cui "la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato non fa stato nel procedimento disciplinare".

Da contraltare alla predetta autonomia fa la norma contenuta nell' art. 15, comma 8, lett. h) d. lgs. 109/2006, che legittima la sospensione dei termini di decadenza

¹⁶⁹ AA.VV. *op. cit.*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

dell'azione e prescrizione dell'illecito se, nei casi di violazione di legge e travisamento del fatto, è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo.

Volendo, al contrario, considerare che la modifica all'art. 9 della legge Vassalli ad opera del legislatore del 2015 costituisca una deroga alla regola dell'autonomia processuale tra giudizio civile e disciplinare, potrebbe al più pervenirsi alla conclusione secondo cui sul Procuratore generale della Corte di Cassazione gravi un mero obbligo di attivazione di accertamenti pre-disciplinari sui fatti oggetto del giudizio di responsabilità civile.

In conclusione, tale ipotizzata autonomia funzionale e processuale tra le due responsabilità, civile e disciplinare, risponde alla loro diversa funzione. Con il giudizio di responsabilità civile instaurato nei confronti dello Stato la finalità è, come detto, quella di ristorare il danneggiato dal pregiudizio subito per il danno cagionato dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni. Tale funzione riparatoria in prospettiva vittimologica giustifica, infatti, anche le limitazioni di responsabilità in favore dei magistrati, i quali risponderanno del danno solo in via indiretta a seguito dell'azione di rivalsa da parte dello Stato, senza che sia possibile rinvenire nella struttura stessa della responsabilità civile alcun profilo punitivo.

La responsabilità disciplinare, ora non più "modello puro" alternativo alla responsabilità civile, si pone in un binario parallelo alla stessa e risponde alla diversa finalità, necessaria, di sanzionare il magistrato per una serie di fatti illeciti e rilevanti solo in via disciplinare.

Ulteriore profilo che merita di essere considerato è quello relativo alla differenza ontologica tra illecito civile e illecito disciplinare.

L'illecito civile, infatti, anche in base all'archetipo della responsabilità aquiliana, l'art. 2043 c.c., è caratterizzato da atipicità, per cui sarà l'attore che, di volta in volta, dovrà prospettare nell'atto introduttivo del giudizio l'ingiusta lesione di una propria situazione soggettiva.

L'illecito disciplinare, al contrario, a seguito della riforma del 2006, è tipico e pertanto solo in quelle ipotesi espressamente previste dal legislatore potrà scattare la responsabilità, in prospettiva sanzionatoria, del magistrato.

CAPITOLO IV: LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE IN EUROPA

SOMMARIO: 1. Francia- 2. Spagna- 3. Brevi cenni sugli altri ordinamenti europei: Germania e Regno Unito

1. Francia

La giurisdizione ordinaria francese è unitaria, comprensiva cioè di giudici civili e penali, la cui separazione è dovuta alla sola diversità di funzioni.

I giudici di primo grado, *Tribunaux de Grande Instance*, sono di regola giudici collegiali (eccezionalmente monocratici, *Tribunal d'Instance* e *Jurisdiction de Proximité*, in specifiche ipotesi disciplinate espressamente dal legislatore) e sono affiancati da numerose sezioni specializzate (*Tribunal de commerce*, *Conseil de prud'hommes*, *Tribunal des affaires de la sécurité sociale*, *Tribunal du contentieux de l'incapacité*, *Tribunal paritaire des baux ruraux*).

La sezione penale del *Tribunal de grande instance* è denominata *Tribunal correctionnel*, mentre la *Cour d'Assises* è deputata a giudicare i reati più gravi.

La *Cour d'Appel* è giudice di secondo grado ed è composta da sezioni specializzate in materia civile, commerciale e penale.

La *Cour de Cassation*, organo di vertice della giurisdizione ordinaria, ha come funzione fondamentale quella dell'unificazione nell'interpretazione delle regole di diritto, il suo intervento è eccezionale, e in caso di cassazione la causa è rinviata ad altro giudice, non potendosi essa sostituire ai giudici *a quo*.

La giurisdizione amministrativa si è storicamente formata intorno alla centralità del *Conseil d'État*, che per lungo tempo ha riunito le competenze di giudice d'appello e di cassazione, così come la maggior parte delle competenze di giudice di primo grado.

Il *Conseil Constitutionnel*, solo negli ultimi anni e in particolare con la recente riforma del controllo di costituzionalità ha assunto un ruolo paragonabile a quello degli altri giudici costituzionali europei.

I pubblici ministeri, in Francia, dipendono istituzionalmente dal potere esecutivo. A seguito della riforma costituzionale del 1993 i magistrati del pubblico ministero afferiscono all'ordine giudiziario, essendo anch'essi sottoposti al controllo del *Conseil Supérieur de la Magistrature*, che tuttavia ha attribuzioni differenziate in relazione alle due branche della magistratura.¹⁷⁰

Per quanto attiene alla responsabilità civile dei magistrati, preliminarmente va rilevato che l'antico istituto della *prise à partie*, disciplinato dall'art. 505 cod. proc. civ., che riguardava specifiche ipotesi di responsabilità dei giudici ordinari in caso di *dol*, *concussion*, *déni de justice ou faute lourde professionnelle*, è stato abrogato dalla legge 5 luglio 1972 di riforma della procedura civile¹⁷¹ e rimane ad oggi applicabile ai soli giudici non togati e ai giudici non facenti parte della giurisdizione ordinaria.

Il nuovo art. 11 della legge del 1972, in ossequio al principio generale posto dall'*Ordonnance n. 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature*, secondo cui "*les magistrats ne sont responsables que de leur faute personnelle*", stabilisce che "*l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice*".

Pertanto è lo Stato a rispondere in via diretta dei danni cagionati dal magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ai sensi degli artt. L 141-1 e ss. del *Code de l'organisation judiciaire* sono previsti tre regimi di responsabilità civile dei magistrati: il primo riguarda la responsabilità per funzionamento difettoso del servizio giudiziario (*fonctionnement défectueux du service de la justice*), il cui campo di applicazione risulta peraltro limitato alle due ipotesi della colpa grave (*faute lourde*) e del diniego di giustizia (*déni de justice*)¹⁷²; il secondo concerne la responsabilità per colpa personale (*faute personnelle*) dei magistrati ordinari ed è soggetto alla disciplina contenuta nello *Statut de la*

¹⁷⁰ BAIRATI, *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Napoli, 2013

¹⁷¹ *JO 9 juill. 1972*, p. 7181. Il legislatore è nuovamente intervenuto in materia con la *Loi organique n. 79-43 du 18 janvier 1979*

¹⁷² *Article L 141-1*: "*L'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Sauf dispositions particulières, cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice.*"

magistrature (art. L 141-2)¹⁷³; il terzo è relativo alla responsabilità per colpa personale degli altri giudici (giudici amministrativi o appartenenti a giurisdizioni speciali) ed è appositamente regolato da leggi speciali o, in loro assenza, dal procedimento della *prise à partie* (art. L141-3)¹⁷⁴.

I giudici amministrativi, in quanto appartenenti a una giurisdizione separata, avevano in un primo momento mantenuto la previgente immunità.

Il definitivo superamento dell'immunità dei giudici amministrativi si realizzò con la sentenza "*Darmont*"¹⁷⁵ del 1978, con cui il *Conseil d'État* per la prima volta riconobbe la responsabilità dello Stato connessa all'attività del giudice amministrativo, ribadendo, però, l'inapplicabilità della legge del 5 luglio 1972 e subordinando il risarcimento alla prova, da parte del soggetto danneggiato, di una colpa grave "*dans l'exercice de la fonction juridictionnelle*" e stabilendo, infine, che la responsabilità non potesse derivare dal contenuto di una sentenza definitiva passata in giudicato, tenuto conto "*de l'autorité qui s'attache à la chose jugée*" di cui agli artt. 1350-1351 del *Code civil*.¹⁷⁶

Pertanto, anche grazie alla giurisprudenza del *Conseil d'État*, il principio di responsabilità per danno cagionato dal giudice nell'esercizio delle sue funzioni è divenuto applicabile sia alla giurisdizione ordinaria che a quella amministrativa.

Tale estensione dell'applicazione della disciplina di cui agli artt. L 141-1 e ss. del *Code de l'organisation judiciaire*, peraltro, avviene oggi sulla base degli stessi presupposti: l'attore dovrà provare l'esistenza della colpa grave o del diniego di giustizia.

¹⁷³ Article L 141- 2: "*La responsabilité des juges, à raison de leur faute personnelle, est régie : - s'agissant des magistrats du corps judiciaire, par le statut de la magistrature ; -s'agissant des autres juges, par des lois spéciales ou, à défaut, par la prise à partie.*"

¹⁷⁴ Article L 141-3: "*Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° S'il y a dol, fraude, concussion ou faute lourde, commis soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° S'il y a déni de justice. Il y a déni de justice lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. L'Etat est civilement responsable des condamnations en dommages et intérêts qui sont prononcées à raison de ces faits contre les juges, sauf son recours contre ces derniers.*"

¹⁷⁵ CE, 29 décembre 1978, Darmont, Rec. 542: A.J.D.A. 1979

¹⁷⁶ Art. 1350: "*La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont: 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité; 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées; 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée; 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment.* Art. 1351: "*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*"

In tutte e tre le ipotesi disciplinate dal *Code de l'organisation judiciaire* la responsabilità civile viene fatta valere contro lo Stato e non è ammessa l'azione diretta contro i magistrati. Nel caso di *faute personnelle* lo Stato potrà, però, esperire una successiva azione di rivalsa nei confronti del magistrato che ha cagionato il danno.¹⁷⁷

La disciplina dell'azione di rivalsa, a carattere facoltativo, è ancora più restrittiva rispetto a quella relativa alla responsabilità dello Stato e ha trovato nel corso degli anni scarsa applicazione.

Invero tale azione, la cui titolarità è in capo al Governo, non è mai stata utilizzata non solo per il numero estremamente esiguo di risarcimenti effettivamente accordati, ma soprattutto per evitare il rischio di ingerenza dell'esecutivo e la conseguente lesione del principio di indipendenza dei giudici, sancito dal Titolo VIII della Costituzione francese del 4 ottobre 1958.

In relazione alla prima tipologia di responsabilità va rilevato che il *fonctionnement défectueux du service de la justice* si riferisce all'insieme di atti e attività che costituiscono il servizio della giustizia (sentenze, provvedimenti, atti giurisdizionali, ma anche tutti gli atti giuridici o materiali connessi all'esercizio del servizio) e, quindi, all'esercizio della funzione giurisdizionale inteso in senso lato.

Le difficoltà interpretative sul concetto di "funzionamento difettoso del servizio della giustizia" riguardano principalmente la distinzione tra funzionamento e organizzazione.

Da tale distinzione derivano importanti conseguenze in punto di competenza in quanto, se il fatto dannoso è cagionato da una questione di errata organizzazione della giurisdizione civile, la competenza spetterà al giudice amministrativo, se, invece, deriva da un malfunzionamento sarà competente il giudice civile.

¹⁷⁷ Article 11-1 "*Statut de la magistrature*" (Ordonnance n. 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature: "*Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat. Cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation.*"

La giurisprudenza transalpina, come detto, interpreta il concetto in senso ampio facendovi rientrare oltre agli atti giurisdizionali assunti da un organo monocratico o collegiale, anche gli atti esecutivi.¹⁷⁸

La previsione di una responsabilità diretta ed esclusiva dello Stato in questa prima fattispecie deriva dalla nozione di *faute de service*, riconosciuta a carico dello Stato.

In base alla nozione di “colpa di servizio”, ricavabile dal diritto amministrativo francese, i magistrati non sono responsabili per i danni cagionati nell’esercizio delle proprie funzioni pubbliche. La colpa è allora, al contrario della colpa personale, imputabile al servizio e non all’agente, secondo la distinzione ricavabile dalla nota sentenza “*Pelletier*”.¹⁷⁹

La distinzione tra *faute de service* e *faute personnelle* è stata così chiarita: “*la faute personnelle est celle qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences; la faute de service est celle de l'administrateur plus ou moins sujet à erreur*”.¹⁸⁰

Ciò posto, va sottolineato come il malfunzionamento del servizio giudiziario possa dar luogo a responsabilità dello Stato solo nei casi di colpa grave (*faute lourde*) e di diniego di giustizia (*déni de justice*).

La definizione dell’elemento soggettivo della *faute lourde* è stata tradizionalmente elaborata dalla giurisprudenza in maniera molto restrittiva sulla base del modello del “buon magistrato” e intesa come “*celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné*”.¹⁸¹

Successivamente tale definizione è stata sostituita da quella secondo cui la colpa grave si risolverebbe in un errore grossolano o in un’animosità personale, in un intento deliberatamente volto a nuocere alla parte, o derivante da un comportamento “*anormalement déficient*”¹⁸² o implicante “*une inaptitude ou des méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions*”.

¹⁷⁸ BAIRATI, *op. cit.*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, Napoli, 2013

¹⁷⁹ TC 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. Lebon 1^{er} supplt, p. 117, concl. David

¹⁸⁰ Concl. sur TC, 5 mai 1877, *Laumonier-Carriol*, Rec. Lebon

¹⁸¹ Cass.civ. 1 , 3 octobre 1953, Bull. civ., I, n. 224

¹⁸² Ca Paris, 13 mars 1985; CA Paris, 1e avril 1994, D., 1994, IR, p. 125; TGI Paris, 22 juillet 1999, D. 1999, IR, p. 214; CA Paris, 24 mars 1999, Bolle; TGI Paris, 22 juillet 1999

Sul concetto di *faute lourde* grande incidenza ha avuto la giurisprudenza europea, che ha spinto i giudici francesi ad avvicinare tale elemento alla *faute simple*, allargandone così la portata.

Un ruolo fondamentale in relazione all'espansione del concetto di *faute lourde*, come conseguenza del recepimento del principio di ragionevole durata del processo, è stato infatti svolto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

In particolare, in forza del dialogo con i giudici europei, il *Conseil d'État*, con la sentenza "*Magiera*" del 28 giugno 2002¹⁸³, ha subordinato il risarcimento del danno derivante dalla eccessiva durata di un processo, già previsto dagli artt. 6 par. 1 e 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, ad un regime di colpa semplice e non di colpa grave.

Per quanto attiene al presupposto alternativo alla *faute lourde*, si rileva che il concetto di *déni de justice* è stato talmente ampliato che attualmente tende a coincidere con la nuova definizione di colpa grave.

Il diniego di giustizia è stato infatti da ultimo definito come "*tout manquement à une obligation essentielle et primordiale de la fonction du juge ou de la mission de la justice, ayant eu un résultat gravement préjudiciable pour la victime*", mentre la *faute lourde* è costituita da "*toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi*".

Il secondo regime di responsabilità, disciplinato dall'art. L 141-2, riguarda l'ipotesi di *faute personnelle* del magistrato.

Il concetto di colpa personale del giudice, così come definito dall'art. 11-1 "*Statut de la magistrature*", va inteso come comportamento lesivo del magistrato, ma in ogni caso collegato al servizio pubblico della giustizia o non distaccabile da quel servizio e comunque non privo di qualsivoglia collegamento con esso (*la responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice*).

Solo nel caso di colpa personale del giudice, inoltre, lo Stato può eventualmente agire in rivalsa nei confronti del magistrato responsabile del danno cagionato nell'esercizio delle sue funzioni.

¹⁸³ CE, ass., 28 giugno 2002, n. 239575: Juris Data n. 2002-063993, Rec. CE 2002, p. 248.

In tal caso lo Stato può rivalersi con un'azione riconvenzionale nei confronti del giudice personalmente responsabile del danno, ma solo se la colpa personale è collegata all'esercizio del servizio pubblico della magistratura ed è "intenzionale e particolarmente grave", con una sorta di dolo aggravato.¹⁸⁴

L'azione di rivalsa che lo Stato esercita in seguito al risarcimento dei danni può essere fatta valere, infatti, dallo Stato francese solo nei casi di dolo, frode e concussione e non anche nell'ipotesi di colpa grave del giudice.

L'ultimo regime di responsabilità, la cui disciplina è contenuta nell'art. L 141-3, si fonda sempre sulla colpa personale del giudice, ma trova applicazione in relazione ai magistrati non appartenenti alla giurisdizione ordinaria, come i giudici amministrativi o i giudici speciali e segue, in via generale, la procedura della *prise à partie*.

Tale procedura, regolata in dettaglio dagli artt. 366-1 e ss. del *Code de procédure civile*, è ammessa nei casi di dolo, frode, concussione, colpa grave e diniego di giustizia. In tali ipotesi la responsabilità civile riguarda il comportamento personale del giudice non legato necessariamente al servizio pubblico della giustizia ed è sempre lo Stato a rispondere civilmente delle condanne al risarcimento dei danni.

La causa è di competenza della Corte d'Appello della circoscrizione nella quale il giudice esercita la sua funzione. La *prise à partie* per essere procedibile deve essere autorizzata preventivamente dal Primo Presidente della Corte d'Appello, che decide dopo aver acquisito il parere del Procuratore generale presso la Corte.

Il rifiuto del Primo Presidente può essere impugnato davanti ad una *Chambre civile* della Corte di Cassazione.¹⁸⁵

Dunque, in Francia sussiste un triplice sistema di responsabilità civile per fatto del giudice: responsabilità diretta ed esclusiva dello Stato nel caso di malfunzionamento nel servizio della giustizia, nei soli casi di colpa grave e diniego di giustizia; responsabilità diretta dello Stato con possibilità di azione di rivalsa nei confronti del magistrato nell'ipotesi di colpa personale dello stesso; in ultimo, procedura della

¹⁸⁴DELL'ORFANO, *La responsabilità civile del magistrato. Profili di diritto comparato*, in www.associazionemagistrati.it

¹⁸⁵ AA.VV., *op. cit.*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

prise à partie nei casi di colpa personale dei giudici estranei alla giurisdizione ordinaria.

In conclusione, il sistema francese della responsabilità civile dei magistrati, appare informato ad un maggiore garantismo rispetto a quello italiano, in quanto tutela l'indipendenza della magistratura attraverso la previsione di una sola ipotesi, peraltro molto restrittiva, in cui lo Stato, tenuto di regola in via diretta ed esclusiva al risarcimento, può facoltativamente rivalersi sul singolo magistrato responsabile per colpa personale.

In Italia invece, come detto, il magistrato reso responsabile di un danno nell'esercizio delle sue funzioni è maggiormente esposto al rischio di azioni risarcitorie pretestuose e quindi meno tutelato, in forza soprattutto degli interventi legislativi del 2015 di riforma della legge 117/88, con cui è stato eliminato il filtro endoprocessuale di ammissibilità della domanda e l'azione di rivalsa è stata resa obbligatoria determinando, così, una sorta di responsabilità, non diretta, ma necessaria del magistrato stesso.

2. Spagna

In Spagna, a differenza che in Francia, dove si sono posti problemi in relazione alla distinzione fra giurisdizione ordinaria e amministrativa, vi è un'unica giurisdizione distribuita fra quattro ordini: *civil, penal, contencioso-amministrativo e social*.

Il Titolo IV della Costituzione spagnola del 1978, agli artt. 117-127, configura un potere giudiziario (*Poder Judicial*), costituito da *Jueces y Magistrados*, indipendente, inamovibile, responsabile e soggetto al principio di legalità.

L'art. 117.1 della Costituzione fissa il principio, ribadito dall'art. 1 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985, per cui i giudici sono responsabili della loro condotta, stabilendo che “*la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*”.

Con il successivo art. 121 *Const. Esp.* viene altresì stabilito che “i danni causati da un errore giudiziario, come quelli conseguenti ad un anormale funzionamento dell'amministrazione della giustizia, daranno diritto ad un indennizzo a carico dello Stato, conformemente alla legge” (art. 121 “*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*”).

I magistrati spagnoli, inoltre, in ossequio a quanto dettato dal secondo comma dell'art. 122 *Const. Esp.*, hanno un proprio organo di autogoverno, il *Consejo General del Poder Judicial*, chiaramente ispirato al modello italiano.

Il *Consejo General del Poder Judicial* è formato dal Presidente del Tribunale Supremo, che lo presiede, e da venti membri nominati dal Re per un periodo di cinque anni. Di questi, dodici sono scelti fra giudici e magistrati di tutte le categorie, nei termini stabiliti dalla *Ley Orgánica*, quattro su proposta del Congresso e quattro su proposta del Senato, in entrambi i casi a maggioranza dei tre quinti dei loro membri e vengono scelti fra avvocati e altri giuristi, tutti di riconosciuta competenza e che esercitino l'attività professionale da più di quindici anni.

Il *Consejo General*, inoltre, è titolare della competenza in materia di avanzamento di carriera degli appartenenti al *Poder Judicial*, esclusi i pubblici ministeri, ed è anche

competente per quanto riguarda la responsabilità disciplinare che, come anche nel nostro ordinamento, non ha la funzione di riparare i danni subiti, ma ha funzione sanzionatoria dei magistrati.

La responsabilità disciplinare, in Spagna, è disciplinata dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial* agli artt. 414-427, ampiamente riformata dalle *Leyes Orgánicas 16/1994, de 8 de noviembre e 19/2003, de 23 de diciembre*.

La sanzione disciplinare interviene solo se il giudizio civile o penale si conclude con una sentenza di condanna.

Il regime giuridico di tale forma di responsabilità si caratterizza per la tipizzazione degli illeciti disciplinari, distinti in molto gravi, gravi e lievi, e per l'oggettivizzazione delle condotte, che si risolvono nella mera violazione di obblighi professionali, senza riferimento all'elemento psicologico.¹⁸⁶

Il giudizio si svolge dinanzi al superiore gerarchico del magistrato e si conclude con sanzioni proporzionate al grado della colpa, che vanno dall'ammonizione, all'ammenda, al trasferimento forzoso ad una sede distante almeno cento chilometri da quella in cui il magistrato esercitava le sue funzioni, alla sospensione temporanea, alla radiazione.

Profilo che differenzia l'ordinamento spagnolo rispetto a quello italiano, avvicinandolo a quello francese, è l'indipendenza e la separatezza del Pubblico Ministero (*Ministerio Fiscal*) rispetto ai giudici.

Esso risponde gerarchicamente al *Fiscal General del Estado*, a sua volta nominato dal Governo.

Il fatto che i pubblici ministeri non siano integrati nel *Poder Judicial* e che siano costituzionalmente sottomessi ai principi di unità di azione e dipendenza gerarchica fa sì che parte della dottrina spagnola sostenga che a questi non si applichi l'art. 121 della Costituzione, che stabilisce il principio di responsabilità per i danni derivanti da un malfunzionamento della giustizia, ma che siano, al contrario, sottoposti al regime ordinario di responsabilità dello Stato *ex art. 106.2 Const. esp.*

Dottrina minoritaria, invece, sostiene la posizione opposta, sulla base del disposto di cui all'art. 60 del *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, ai sensi del quale "*la existencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la*

¹⁸⁶ BAIRATI, *op. cit.*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Napoli, 2013

*repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se registré en cuanto les sea de aplicación por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados”.*¹⁸⁷

Per quanto attiene alla responsabilità civile del giudice, la dottrina tradizionale spagnola ha da sempre sostenuto la necessità di una responsabilità sia diretta che indiretta, al pari di quanto avviene per l'amministrazione e per il legislatore.

La maggiore responsabilizzazione dei giudici spagnoli ha da sempre trovato quale fondamento costituzionale gli artt. 24.1 e 9.3 *Const. Esp* che sanciscono i principi di tutela giudiziale effettiva e di responsabilità dei pubblici poteri.

Nell'ordinamento spagnolo esisteva, fino al recente intervento di riforma del 2015, un sistema binario di responsabilità per fatto del giudice (dello Stato e del singolo magistrato), disciplinato dalla *Ley Orgánica del Poder Judicial*.

Come già accennato, la prima forma di responsabilità è quella diretta dello Stato, in base al principio fissato dall'art. 121 Costituzione (“*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*”).

La responsabilità oggettiva dello Stato per fatto del giudice è disciplinata espressamente dagli artt. 292-297 LOPJ, che prevedono, invero, tre titoli di responsabilità e precisamente: l'errore giudiziale, il funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia, salvo il caso di forza maggiore (art. 292), e la carcerazione preventiva seguita da assoluzione perché il fatto non sussiste (art. 294), e ciò indipendentemente dal funzionamento anormale della giustizia.

Per i danni causati da un errore giudiziario o come conseguenza del funzionamento anomalo della giustizia, l'art 292 prevede il diritto dei soggetti danneggiati ad ottenere un indennizzo posto a carico dello Stato, salvo che nei casi di forza maggiore.¹⁸⁸

¹⁸⁷ COBO DEL ROSAL, *Art. 124. El Ministerio Fiscal*, in ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Cortes Generales. Editoriales de derecho reunidas*, Madrid, 1998; GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, in AGUNDEZ FERNANDEZ, *El Poder Judicial, volumen I, Instituto de Estudios fiscales*, Madrid, 1983; MARTIN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1983.

¹⁸⁸ *Artículo 292, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del*

In ogni caso il danno deve essere effettivo, economicamente valutabile e riferibile ad un soggetto determinato o ad un gruppo di soggetti.

La responsabilità dello Stato per *error judicial* o per *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* è una forma di responsabilità oggettiva, non necessariamente associata ad una qualche colpa o negligenza da parte del magistrato, poiché la sua finalità non è sanzionatoria, ma puramente riparatoria dei danni causati ai cittadini.¹⁸⁹

Pertanto l'elemento psicologico, indefettibile nel sistema italiano di responsabilità del giudice, non è necessario presupposto della responsabilità dello Stato.

La rilevanza del dolo o della colpa si apprezza in relazione alla condotta del danneggiato, in quanto i giudici possono limitare il risarcimento del danno, a seguito di una valutazione circa la compensazione dell'illiceità della condotta dell'amministrazione con l'imputabilità del danno al comportamento del soggetto che ha esercitato l'azione di risarcimento, secondo quanto previsto dall'art. 295 LOPJ, ai sensi del quale: "*en ningún caso habrá lugar a indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado*".

L'art. 293 della LOPJ stabilisce che l'indennizzo per errore deve essere preceduto da una decisione giudiziaria che espressamente lo riconosca, derivante da una sentenza emessa in forza di un ricorso di revisione.

In tutti gli altri casi si applicano una serie di regole positivizzate dallo stesso art. 293: l'azione giudiziaria per il riconoscimento dell'errore deve essere sollecitata obbligatoriamente entro tre mesi dal giorno in cui può essere esercitata; la domanda di dichiarazione dell'errore è sottoposta alla Sala del Tribunale supremo corrispondente al medesimo ordine giurisdizionale dell'organo a cui è imputato l'errore; se l'errore è attribuito a una sezione o Sala del Tribunale supremo, la competenza è della Sala speciale prevista dall'art. 61 della LOPJ; in caso di organi

funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título.

En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

La mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización."

¹⁸⁹ BAIRATI, *op. cit.*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Napoli, 2013

della giurisdizione militare, la competenza è della Sala Quinta (militare) del Tribunale supremo; il procedimento per decidere sulla domanda è quello del ricorso di revisione in materia civile, essendone parti, in ogni caso il Pubblico ministero (*Ministerio Fiscal*) e l'Amministrazione dello Stato; il Tribunale emette sentenza definitiva, senza ulteriore ricorso, nel termine di quindici giorni, con previa relazione dell'organo giurisdizionale a cui è attribuito l'errore; se l'errore non è riconosciuto, saranno addebitate le spese al richiedente; non si procede alla dichiarazione di errore contro una risoluzione giudiziaria se non si sono esauriti i ricorsi previsti dall'ordinamento; la semplice richiesta di dichiarazione dell'errore non impedisce l'esecuzione della risoluzione giudiziaria a cui è imputato l'errore.

Sia nel caso di errore giudiziario, sia di funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia, l'interessato deve presentare la propria richiesta di indennizzo direttamente al Ministero della giustizia.

Contro la risoluzione può essere presentato ricorso contenzioso-amministrativo ed il diritto a reclamare l'indennizzo si prescrive nel termine di un anno, a partire dal giorno in cui può essere esercitato.

Accanto alle due ipotesi esaminate dei danni causati dal funzionamento anomalo della giustizia e da un errore giudiziario previste dall'art. 292, l'ordinamento spagnolo conosce una terza ipotesi di responsabilità dello Stato derivante dall'ingiusta detenzione.

L'art. 294¹⁹⁰ disciplina, in particolare, l'indennizzo in favore di chi abbia scontato la carcerazione preventiva essendo poi assolto per inesistenza del fatto imputato o nel caso in cui sia stato dichiarato il non luogo a procedere, sempre che il soggetto ne abbia avuto pregiudizio; la determinazione dell'indennizzo è fissata in funzione del tempo di privazione della libertà e delle conseguenze personali e familiari prodotte.

¹⁹⁰ Artículo 294, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.”

Tale tripartizione è stata criticata da parte della dottrina in quanto le ultime due ipotesi costituirebbero soltanto specificazioni del più generale concetto di “malfunzionamento della giustizia”.¹⁹¹

Altra parte della dottrina e la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* sostengono invece che errore giudiziario e funzionamento anomalo della giustizia abbiano fondamento giuridico distinto.

Mentre l’errore giudiziario si concreta in un’attività giurisdizionale erronea, esternalizzandosi in atti giurisdizionali, il funzionamento anomalo si manifesta in oggettive anomalie della funzione giurisdizionale, ovvero in qualunque difetto nell’attività di giudici e tribunali.¹⁹²

L’art. 121 *Const. Esp.*, posto a fondamento di tale tripartizione, contiene, invero, ipotesi distinte tra loro: la prima, ovvero il *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, costituisce un concetto giuridico indeterminato, che deve essere integrato in forza del riferimento alla natura stessa degli atti e delle funzioni attribuibili, secondo quanto previsto dalla legge, ai magistrati nell’esercizio dell’attività giurisdizionale e alle circostanze del caso concreto.

Il *Tribunal Constitucional*, inoltre, ritiene che in detta ipotesi possano rientrare anche i casi di irragionevole durata del processo (il diritto ad un *proceso sin dilaciones indebidas* è espressamente riconosciuto dall’art. 24.2 della Costituzione); in tal caso è però necessario che il malfunzionamento sia dichiarato in una sentenza, la quale costituisce presupposto necessario dell’azione di risarcimento (*SSTC 4/2007, de 15 de enero, e 178/2007, de 23 de julio*).

La seconda ipotesi prevista dall’art. 121 *Const. Esp.* e specificata negli artt. 292-297 LOPJ consiste nell’errore giudiziario.

In realtà, sebbene con il concetto di errore giudiziario ci si riferisca in via generale al caso di condanna ingiusta o comportamento scorretto da parte del giudice, sia la

¹⁹¹ FERNANDEZ FARRERES, *La responsabilidad patrimonial del Estado-juez*, in *Revista del Poder Judicial*, 12, 1984; SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, in AGUNDEZ FERNANDEZ, *El Poder Judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, enero-abril 1985

¹⁹² ALMAGRO NOSETE, *El sistema español de responsabilidad judicial*, in AGUNDEZ FERNANDEZ, *El Poder judicial*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983; SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de abril de 2000 (RJ 2000/5483, rec. 1311/1996)

disciplina positiva (l'articolo 292.3 LOPJ stabilisce che “*la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización*”) sia la disciplina costituzionale non forniscono alcuna definizione di *error judicial* né un'elencazione di fattispecie tipiche da cui derivino conseguenze risarcitorie.

Pertanto, ai fini di una ricostruzione della nozione di errore giudiziario, occorre rifarsi alla giurisprudenza del *Tribunal Supremo* che, da un lato, ha fornito un'interpretazione estensiva di tale concetto e dall'altro, nella concreta applicazione dei criteri enunciati, ha ammesso il risarcimento derivante da errore giudiziario solo in casi limitati.

In particolare il *Tribunal Supremo*, in applicazione della teoria del cd. “*yerro palmario*” ha chiarito che *el yerro judicial debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron partes o se sienten perjudicados*.¹⁹³

In altre parole, deve trattarsi di un errore manifesto, grossolano, che appaia tale *ictu oculi*, in maniera obiettiva e non solo a chi sia parte del giudizio o sia stato danneggiato dall'errore stesso.

A completamento della disciplina della responsabilità diretta dello Stato per fatto del giudice si pone l'art. 296 LOPJ¹⁹⁴, che prevede che lo Stato risponda dei danni prodotti da giudici e magistrati per dolo o colpa grave, senza che i danneggiati possano in nessun caso agire direttamente contro questi ultimi.

¹⁹³ STS, Sala Segunda, de 5 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6959) e in STS, Sala Primera, de 25 de junio de 2003 (RJ 2003, 4264)

¹⁹⁴ *Artículo 296, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “Los daños y perjuicios causados por los Jueces y Magistrados en el ejercicio de sus funciones darán lugar, en su caso, a responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sin que, en ningún caso, puedan los perjudicados dirigirse directamente contra aquéllos. Si los daños y perjuicios provinieren de dolo o culpa grave del Juez o Magistrado, la Administración General del Estado, una vez satisfecha la indemnización al perjudicado, podrá exigir, por vía administrativa a través del procedimiento reglamentariamente establecido, al Juez o Magistrado responsable el reembolso de lo pagado sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que éste pudiera incurrir, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley. El dolo o culpa grave del Juez o Magistrado se podrá reconocer en sentencia o en resolución dictada por el Consejo General del Poder Judicial conforme al procedimiento que éste determine. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido y la existencia o no de intencionalidad.*

Nel caso di dolo o colpa grave, però, lo Stato può ripetere quanto pagato a titolo di indennizzo al danneggiato mediante un'azione di rivalsa nei confronti del giudice che ha causato il danno.

Come già accennato la *Ley Orgánica del Poder Judicial* prevedeva, fino al 2015, accanto alla responsabilità dello Stato, una forma di responsabilità civile diretta dei giudici per danni dolosi o colposi da essi causati nell'esercizio delle loro funzioni, regolata dagli artt. 411-413, ora abrogati.

Tale forma di responsabilità diretta dei giudici era regolata anche dagli artt. 266.1 e 403.2 della LEC n. 1 del 2000 la quale contemplava la possibilità che giudici e magistrati rispondessero civilmente “*por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable irrogaren en el desempeño de sus funciones*”.

Queste due forme di responsabilità, peraltro, non si escludevano a vicenda essendo consentito ai soggetti danneggiati di agire simultaneamente sia nei confronti del magistrato colpevole *ex artt. 411-413 LOPJ*, sia nei confronti dello Stato *ex artt. 292-297 LOPJ*, con il solo limite della non eccedenza del risarcimento rispetto al danno subito.

Pertanto, ai sensi dell'art. 411 LOPJ, *los Jueces y Magistrados* potevano essere chiamati a rispondere civilmente in via diretta per i danni causati con dolo e colpa grave nell'esercizio delle funzioni.

In virtù dell'art. 1093 *cod. civ.* si trattava di una forma di responsabilità civile extracontrattuale, per cui i magistrati rispondevano direttamente con il loro patrimonio dei danni ingiusti ad essi imputabili.

La responsabilità civile diretta dei magistrati era, dunque, condizionata ad una condotta dolosa o colposa, ai sensi degli artt. 1092 del *Código civil* e 101 del *Código penal*.

I successivi artt. 412 e 413 stabilivano che la responsabilità civile potesse essere rilevata ad istanza della parte danneggiata o dei suoi aventi causa e la questione dovesse essere sollevata dopo il passaggio in giudicato della sentenza definitiva del processo durante il quale si ritenesse fosse stato prodotto il danno.

In ultimo, il secondo comma dell'art. 413 precisava che la sentenza non potesse essere modificata dalla decisione resa nel diverso giudizio di responsabilità civile.¹⁹⁵

L'ordinamento giuridico spagnolo *ante* riforma del 2015 si caratterizzava, quindi, per la presenza di un sistema duale di responsabilità dove, accanto ad una responsabilità patrimoniale – diretta ed oggettiva – dello Stato per errore giudiziario, funzionamento anormale dell'amministrazione della giustizia e prigione preventiva, illecita o indebita, si poneva una responsabilità civile individuale per i danni e i pregiudizi causati da giudici e magistrati nell'esercizio delle loro funzioni con dolo o colpa.

Come detto, però, la *Ley Orgánica* n. 7 del 21 luglio 2015 ha riformato la *Ley Orgánica del Poder Judicial* n. 6 del 1° luglio 1985.

A partire dal 10 ottobre 2015, infatti, è stata eliminata la responsabilità civile diretta dei magistrati che, secondo la relazione che ha accompagnato la legge di riforma, aveva trovato scarsa applicazione nella pratica.

Con questo intervento di riforma il legislatore, equiparando sostanzialmente la responsabilità dei giudici a quella dei pubblici dipendenti, ha adeguato l'ordinamento spagnolo alle raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia di responsabilità civile.

La riforma ha portato all'eliminazione del capo II del Titolo III della LOPJ, comprendente gli artt. da 411 a 413, nonché all'abrogazione dell'art. 297 e alla modifica dell'art. 296.

Pertanto, in forza dell'attuale configurazione delle norme in materia di responsabilità civile del giudice, è previsto che i danni causati dalla condotta del magistrato nell'esercizio delle funzioni configurino una responsabilità diretta dello Stato, per cui

¹⁹⁵ *Artículo 411, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “Los Jueces y Magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa.”*

Artículo 412, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “La responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes, en el juicio que corresponda.”

Artículo 413, Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: “La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo. En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el proceso.”

Articoli abrogati dalla *Ley Orgánica* 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la *Ley Orgánica* 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

il soggetto danneggiato non potrà agire direttamente nei confronti del magistrato – stante la soppressione dell’art. 297 LOPJ e degli artt. 411-413 – potendo attivarsi, in caso di errore giudiziario e malfunzionamento dell’apparato giuridico, secondo le norme che regolano la responsabilità patrimoniale dello Stato, anch’esse modificate con la *Ley 39/2015 del “Procedimiento Administrativo Comùn de las Administraciones Publicas”*.

L’eliminazione della responsabilità diretta non esclude, ovviamente, che l’amministrazione statale possa rivalersi in via amministrativa sul magistrato se questo è incorso in dolo o colpa grave e che, comunque, possa applicare le norme sulla responsabilità disciplinare.

Addentellato normativo sul quale si fonda l’azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato è l’art. 1903 del *Còdigo Civil*¹⁹⁶, che elenca i casi di responsabilità per fatto o atto altrui, stabilendo il principio per cui lo Stato risponde direttamente della condotta dei suoi dipendenti avverso i quali può proporre azione di rivalsa.

Sul punto un dubbio si pone in merito alla necessità del riconoscimento dei due requisiti soggettivi del dolo o della colpa grave del magistrato attraverso una sentenza o una delibera del *Consejo General del Poder Judicial*.

Tale problematicità è rilevata nella Relazione di accompagnamento alla LOPJ, redatta dallo stesso *Consejo General del Poder Judicial*, secondo il quale non sembra opportuna una *resolucion* per determinare il concorso di dolo o colpa grave rilevante al fine di configurare la responsabilità del magistrato, laddove questa sarebbe comunque impugnabile per revisione innanzi al *Tribunal Supremo*.

L’ordinamento spagnolo quindi è certamente quello che, con la *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985, si era mostrato meno garantista per la magistratura, aprendo

¹⁹⁶ Art. 1903 *Còdigo civil*: “La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

ad una vera e propria responsabilità diretta e personale dei giudici, poiché accanto alla responsabilità diretta dello Stato era prevista la possibilità per il danneggiato di agire direttamente in giudizio contro il magistrato responsabile per dolo o colpa grave.

La Spagna, come anche l'Italia, è andata incontro alle censure del Consiglio d'Europa, dovendo parimenti intervenire nel 2015 sulla legge sulla responsabilità civile, ma per motivi diametralmente opposti.

Se all'Italia è stata infatti contestata una eccessiva restrizione delle ipotesi di responsabilità previste dalla legge Vassalli, specialmente con riferimento alla violazione del diritto comunitario, il legislatore spagnolo è stato chiamato, sulle spinte del diritto unionale, a uniformarsi agli altri ordinamenti europei eliminando le ipotesi di responsabilità diretta dei magistrati, in applicazione dei principi fissati dalla Raccomandazione n. 12/2010 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la quale si precisava che “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” e che “i giudici non devono essere personalmente responsabili se una decisione è riformata in tutto o in parte a seguito di impugnazione”, sancendo, in altre parole, la necessità di una responsabilità solo a carico dello Stato, con eventuale possibilità di rivalsa.

Come detto, tali principi sono stati prontamente recepiti dal legislatore spagnolo che, nel 2015, con la *Ley Orgánica* n. 7 ha abrogato gli artt. 411-413 LOPJ, riconducendo l'intero sistema ad un'unica forma di responsabilità, ossia quella diretta dello Stato.

3. Brevi cenni sugli altri ordinamenti europei: Germania e Regno Unito

In Germania, al pari degli altri ordinamenti finora esaminati, è prevista, in via generale, la responsabilità dello Stato-giudice.

La Costituzione tedesca (*Grundgesetz - GG*), all'articolo 34, sancisce la responsabilità dello Stato in caso di violazione dei doveri derivanti dalla propria funzione da parte di un giudice.¹⁹⁷

Il danneggiato, pertanto, non può citare in giudizio direttamente il magistrato che ha cagionato il danno.

La responsabilità civile per fatto del giudice, imputabile allo Stato in base al criterio di cui all'art. 34 GG, è disciplinata dall'art. 839 *Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*.

L'articolo 839, comma 1, stabilisce la responsabilità del funzionario pubblico, quindi anche del magistrato, che violi dolosamente o colposamente i doveri d'ufficio di cui è titolare cagionando un danno a terzi.

Il comma 2 della medesima disposizione prevede che in caso di violazione di un dovere d'ufficio commessa nell'emanazione di provvedimenti (*Urteil*) il giudice è personalmente responsabile per i danni cagionati al cittadino solo se la violazione del dovere si sostanzia in un fatto di reato.¹⁹⁸

Dunque, la responsabilità diretta sorge solo nel caso disciplinato dal secondo comma dell'art. 839, che stabilisce la non applicabilità della disciplina generale fissata nel comma precedente ai casi in cui il giudice abbia cagionato un danno derivante da una fattispecie penalmente rilevante.

Nelle altre ipotesi, su tutte il diniego di giustizia, ovvero il rifiuto o il ritardo da parte del giudice di esercitare le proprie funzioni, opera il *Richterprivileg*, il privilegio del

¹⁹⁷ Art. 34 *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*: “Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden.”

¹⁹⁸ Art. 839 *Bürgerliches Gesetzbuch*: “Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.”

giudice, ossia l'immunità giurisdizionale derivante dal principio di indipendenza della magistratura posto a fondamento del sistema.

Tale principio di indipendenza rileva anche in relazione all'assenza delle previsioni di una responsabilità del giudice in caso di adozione di una decisione giurisdizionale inesatta.

Una corretta applicazione del principio d'indipendenza necessita, infatti, che nell'interesse dell'imparzialità del giudice egli non debba temere azioni o ritorsioni per le decisioni assunte.

Inoltre la garanzia dell'indipendenza della magistratura, fissata anche nel rispetto e a tutela del principio di certezza del diritto, sarebbe gravemente lesa nel caso in cui la presunta ingiustizia o inesattezza derivante da una decisione giudiziaria potesse essere oggetto non soltanto di un ordinario procedimento impugnatorio dinanzi ad altro giudice, ma anche di azione per responsabilità civile.¹⁹⁹

Sullo Stato grava, inoltre, il risarcimento dei danni derivati da ingiusta detenzione, da ingiusta sottoposizione a indagini e dalle sentenze di condanna non confermate nei gradi successivi.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 839 BGB, si rileva che sul piano soggettivo le disposizioni contenute in detta norma siano riferibili sia ai giudici ordinari che a quelli non togati, categorie entrambe previste dall'Ordinamento giudiziario tedesco.

Sul crinale oggettivo il concetto di *Urteil*, di cui al secondo comma dell'art. 839 BGB, ricomprende una serie di provvedimenti giurisdizionali adottati non soltanto ad esito e a chiusura di un procedimento, come la sentenza, ma anche durante il suo svolgimento.

Pertanto, anche in base all'interpretazione giurisprudenziale, che ha allargato le maglie di tale nozione, vi rientrano anche atti processuali aventi carattere tendenzialmente definitivo, come la decisione di condanna alle spese oppure le decisioni che sottopongono a tutela o a curatela le persone.

Rimangono, al contrario, al di fuori dall'ambito oggettivo di applicazione della norma in esame gli atti processuali a carattere tendenzialmente provvisorio quali, ad

¹⁹⁹ AA.VV. *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. L'analisi di una scelta sbagliata*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

esempio, le ordinanze relative all'ammissione di prove, le decisioni sul valore della lite, e, in ambito penale, il mandato di arresto e gli ordini di perquisizione.²⁰⁰

Occorre, infine, rilevare le importanti differenze intercorrenti in materia di responsabilità civile dei giudici tra i sistemi di *civil law* finora esaminati e gli ordinamenti di *common law*, caratterizzati dalla elettività dei giudici e dei pubblici ministeri e dalla previsione di una immunità pressoché assoluta per i danni cagionati da questi ultimi nell'esercizio delle proprie funzioni.

Il principio dell'assoluta irresponsabilità dei giudici nell'esercizio delle funzioni che informa i sistemi di *common law* è posto a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura nel suo complesso, non potendosi agire in nessun caso contro il magistrato, anche se abbia agito con dolo o in difetto di competenza.

Tale irresponsabilità viene spiegata alla luce del principio di indipendenza per cui, per quanto riguarda l'esperienza anglosassone, si sostiene che nel caso della magistratura siano necessarie delle cautele "per assicurarsi che i giudici siano liberi di decidere i casi loro affidati senza speranza e senza timore. Se un politico o un giudice di alto grado ritenessero di poter licenziare un particolare giudice per il semplice fatto che non gradiscono la decisione che ha adottato, il principio dell'indipendenza giudiziaria verrebbe gravemente compromesso e non sarebbe più possibile celebrare un processo giusto.

In questa ipotesi i giudici potrebbero anche essere indotti a pronunciare sentenze ritenute più gradite a chi avesse il diritto di decidere sulla loro carriera, per stroncarla o per farla progredire. Ci sarebbe il rischio di piegare, in base all'interesse personale del giudice, una decisione che dovrebbe essere indipendente e imparziale."²⁰¹

Il principio della *judicial immunity*, che tradizionalmente in Inghilterra aveva trovato applicazione solo per i giudici superiori, posto che per i giudici inferiori vigeva la soggezione patrimoniale per gli atti lesivi compiuti in eccesso di giurisdizione, è stato affermato chiaramente nell'importante precedente giurisprudenziale *Sirros v. Moore* del 1975, in cui la Corte giudicante precisò l'ambito di tale principio che tutela il giudice rispetto alla "*liability in a civil action for damages in respect of acts done in his judicial capacity*".

²⁰⁰ AA.VV., *op. cit.*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015

²⁰¹ Estratto da: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/principles-jud-acc/>

Con tale arresto giurisprudenziale è stato esteso l'ambito di applicazione dell'immunità giudiziale in relazione alla responsabilità civile e si è proceduto ad equiparare la posizione dei giudici inferiori (*Magistrate's Courts*, formate da giudici onorari) a quella dei giudici superiori (*High Court* e *Court of Appeal*).

Pertanto, dal 1975 tutti gli organi esercenti potere giurisdizionale, giudici inferiori, giudici superiori e giudici onorari, godono dell'irresponsabilità sul piano civile in forza dei principi di indipendenza e imparzialità.

In forza di tali principi si ritiene essere "di vitale importanza per una democrazia che i singoli giudici e la magistratura nel suo insieme siano imparziali e indipendenti da tutte le pressioni esterne e l'uno dall'altro, in modo che chi compare davanti a loro e il resto del pubblico possano confidare nel fatto che i loro casi saranno trattati e decisi equamente e secondo la legge.

Quando i magistrati assolvono la funzione giudiziaria devono essere liberi da ogni influenza impropria. Tale influenza potrebbe arrivare da un numero imprecisato di fonti. Potrebbe venire da improprie pressioni del potere esecutivo o legislativo, dalle parti in causa, da particolari gruppi di pressione, dai media, dall'interesse personale o da altri giudici, in particolare più alti in grado.

Tuttavia, mentre una magistratura indipendente ed imparziale costituisce una delle pietre angolari di una democrazia, le modalità concrete grazie alle quali si ottengono le condizioni che danno luogo a questo effetto sono spesso viste con sospetto.

Per esempio, i giudici godono di immunità e non possono essere perseguiti per alcun atto compiuto nell'esercizio della funzione giudiziaria.

Queste regole hanno indotto alcuni ad asserire che i giudici, in qualche modo, sono al di sopra della legge. Ma non è così: i giudici sono soggetti alla legge come ogni altro cittadino. Però, quando esercitano le loro funzioni, devono essere liberi da qualsiasi interferenza: le parti, lo Stato, i media, o singoli individui o entità particolarmente potenti, come le grandi aziende e società. Solo i fatti e la legge devono contare nella decisione.

È necessario capire l'importanza dell'indipendenza della magistratura per la vita della democrazia e l'effetto che produce sul concetto della responsabilità dei magistrati.²⁰²

Il principio della *judicial immunity* è stato successivamente positivizzato dal legislatore con il *Justice of Peace Act* del 1997, in relazione alle *Magistrate's Courts*, con la sola eccezione degli atti compiuti in mala fede in eccesso di giurisdizione.

Tale irresponsabilità ha successivamente subito dei temperamenti a seguito dell'adesione del Regno Unito alla CEDU con lo *Human Rights Act* del 1988, che in attuazione dell'art. 5 par. 5 della Convenzione ha riconosciuto il diritto al risarcimento per ingiusta detenzione.

In questi casi, però, la responsabilità è esclusiva dello Stato-giudice e se da un lato solo i giudici delle Corti inferiori rispondono direttamente per il risarcimento del danno in caso di negligente esercizio delle loro funzioni, dall'altro l'azione di rivalsa può essere esercitata dallo Stato esclusivamente nei casi in cui non sussista la *judicial immunity*.

Per quanto riguarda i Pubblici Ministeri, il *Prosecution of Offences Act* del 1985 stabilisce che la competenza in materia di azioni per il risarcimento del danno intentate contro questi ultimi sia del *Crown Prosecution Service*, con un filtro preliminare di ammissibilità della domanda da parte della *Central Confiscation Unit of the Organised Crime Division*.

Chiarita la sussistenza di un generale principio di *immunity from civil liability*, di grande rilevanza e incidenza è la responsabilità politica dei giudici anglosassoni.

Tramite una procedura detta *address*, che ha sostituito il tradizionale procedimento di messa in stato di accusa (*impeachment*), i giudici delle Corti superiori possono essere rimossi dal loro incarico direttamente dalla Regina, previa presentazione di una petizione da parte di entrambi i rami del Parlamento.

L'*address* si applica in tutti i casi di *misbehaviour*, ossia in tutti i casi in cui il giudice tenga una condotta negligente, come nell'ipotesi di difetto di giurisdizione, incapacità e diniego di giustizia.²⁰³

²⁰² Estratto da: <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/>

²⁰³ DELL'ORFANO, *op. cit.*, in www.associazionemagistrati.it

RILIEVI CONCLUSIVI

“Qualunque impressione faccia su di noi, egli è un servo della legge, quindi appartiene alla legge e sfugge al giudizio umano”.

Questa frase, utilizzata da Franz Kafka nel suo *“Il Processo”* per mettere in risalto l'intangibilità del potere, ben si attaglia ad una visione giusnaturalistica del giudice, inteso quale organo dello Stato-apparato, diretta emanazione del Sovrano e quindi irresponsabile, ma è probabilmente anche la prospettiva di quanti, soprattutto negli ultimi anni, hanno invocato una riforma del sistema della responsabilità civile del giudice al fine di una sua maggiore responsabilizzazione.

Tratto comune, dalle correnti giusnaturalistiche ad oggi, è il malcelato tentativo di piegare l'istituto della responsabilità del giudice a finalità politiche, per assicurare la legittimazione di uno Stato assoluto ieri e per creare una “giustizia per pochi” oggi.

La necessità di un sistema di responsabilità per la magistratura, invero, non è in discussione.

Il principio di responsabilità degli organi dello Stato costituisce infatti un principio generale dello Stato di diritto, il cui fondamento costituzionale è da ricercarsi sia nel principio di uguaglianza formale che nel principio di legalità.

Tutti, infatti, essendo egualmente sottoposti alla legge, devono rispondere degli effetti derivanti dalle proprie azioni.

Nonostante il principio di responsabilità sia un principio generale e costituzionalmente riconosciuto all'interno del nostro ordinamento, non v'è però da dubitare in ordine alla possibilità di introdurre alcune eccezioni ad esso qualora vi sia la necessità di tutelare altri principi costituzionali.

Pertanto, vi sono, all'interno del nostro ordinamento, sia immunità previste espressamente dalla Carta costituzionale, sia limitazioni di responsabilità previste da legge ordinaria.

La *ratio* di base delle immunità previste nella Costituzione risponde al principio per cui esse sono volte a tutelare la funzione politica e solo indirettamente la persona, in forza di un collegamento teleologico con una funzione di interesse pubblico.

Le limitazioni di responsabilità, come le immunità, si risolvono in uno strumento per il corretto espletamento di una funzione rilevante sotto il profilo del pubblico

interesse e infatti, solo collegando la prerogativa alla funzione svolta, possono essere eluse le censure sotto il profilo dell'eguaglianza di fronte alla legge fra i cittadini e i titolari di un pubblico potere.

In definitiva, il principio di responsabilità, fondamentale nel nostro ordinamento, può essere limitato solo in forza di un bilanciamento con altro principio costituzionale e tale bilanciamento, inoltre, può essere effettuato anche dal legislatore ordinario solo se sia rispettoso, però, del modello costituzionale delle immunità.

Necessario corollario è che la funzione giurisdizionale deve essere considerata esercizio di un potere e che il principio di indipendenza della magistratura costituisce il fondamento costituzionale delle limitazioni di responsabilità degli organi giurisdizionali.

Pertanto, partendo dall'assunto per cui l'indipendenza degli organi giurisdizionali non equivale ad una loro irresponsabilità, si può affermare che indipendenza e responsabilità sono principi costituzionali di pari rango e suscettibili di bilanciamento.

Di talchè, la disciplina dettata in tema di responsabilità civile dei magistrati dalla legge n. 117/88, in deroga alla ordinaria disciplina sulla responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c., appare assolutamente coerente con il quadro costituzionale.

Fin dal momento della sua entrata in vigore, la legge Vassalli, che ha segnato il passaggio definitivo dalla responsabilità del giudice a quella dello Stato-giudice, è stata però aspramente criticata in ordine alla sua incoerenza rispetto al risultato referendario del 1987.

È stato sostenuto, infatti, che il limite principale della nuova normativa sarebbe costituito dalla sostanziale immunità assicurata ai magistrati grazie agli istituti della "clausola di salvaguardia", per cui le attività di interpretazione e di valutazione non possono mai costituire fonte di responsabilità, e del "filtro", il giudizio di ammissibilità della domanda previsto dall'art. 5.

Il dato più utilizzato ai fini della critica alla legge del 1988 è stato quello statistico, per cui, in venticinque anni di vigenza della legge, sulle quattrocento cause proposte solo trentaquattro avrebbero superato il vaglio di ammissibilità e di queste ultime ne sarebbero state decise diciotto, tra cui solo in quattro casi vi sarebbe stata condanna dello Stato.

Ed è anche in forza di questi dati, che rivelano una vera e propria carenza di effettività della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati, che la legge ha trovato, come detto, moltissime critiche anche in dottrina, la quale è tornata ad alimentare il dibattito in merito alla necessità di un nuovo intervento legislativo in detta materia.

Le proposte di riforma della legge 117/88 sono state caratterizzate principalmente dalla comune finalità di introdurre una responsabilità diretta del magistrato, previsione che avrebbe potuto portare alla compromissione dell'indipendenza e della serenità di giudizio del giudice stesso, inducendolo ad una "giurisprudenza difensiva" e al "conformismo giudiziario".

In queste proposte di riforma sembra infatti rispecchiarsi il pensiero di talune forze politiche, che tradisce un vero e proprio intento di distorsione e strumentalizzazione di un istituto, quello della responsabilità civile, che nulla ha a che fare con la funzione preventivo-sanzionatoria.

Invero, la responsabilizzazione del magistrato dovrebbe essere realizzata, non già, o non soltanto, attraverso una maggiore incisività della sola responsabilità civile, che come detto persegue finalità esclusivamente riparatorie, ma attraverso una corretta integrazione tra le varie forme di responsabilità presenti nel nostro ordinamento.

Ferme restando le discipline della responsabilità penale e di quella amministrativo-contabile, grande rilievo assume la responsabilità disciplinare, specialmente se letta in combinato con la paventata configurabilità di una responsabilità *lato sensu* politica dei magistrati eletti in seno al Consiglio Superiore della Magistratura.

Un ruolo decisivo sulla riforma della responsabilità civile del giudice è stato, infine, svolto dalla giurisprudenza europea.

La Corte di giustizia ha infatti chiarito in più sentenze come lo Stato italiano sia venuto meno agli obblighi su di esso gravanti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado per effetto di due previsioni contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117: in primo luogo, escludendo qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da

interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo; in secondo luogo, limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

Va sottolineato, però, come le pronunzie della Corte europea non abbiano toccato né il sistema misto della legge Vassalli, strutturato sulla responsabilità diretta dello Stato e sulla responsabilità indiretta del magistrato in sede di rivalsa, né le condizioni e le modalità dell'azione di rivalsa.

E in ogni caso, l'azione di responsabilità civile, con funzione esclusivamente compensativo –satisfattoria, non può rischiare di inficiare l'indipendenza del giudice, consentendo ad ogni cittadino azioni dirette, anche del tutto pretestuose, con scopi devianti o intimidatori.

Invero, la Corte di Lussemburgo ha sì intimato all'Italia di modificare la legge sulla responsabilità civile del giudice, senza spingersi, però, ad investire direttamente il magistrato dell'onere del risarcimento, non toccando il principio per cui debba essere lo Stato e non il singolo giudice a rispondere.

Il magistrato, infatti, ove direttamente - o necessariamente- responsabile, potrebbe farsi condizionare soprattutto da chi sia in possesso dei mezzi politici ed economici per intraprendere contenziosi contro i magistrati stessi, risolvendosi, così, la responsabilità diretta -o anche necessaria ed automatica-, in un pregiudizio per quei cittadini non dotati di risorse economiche tali da potersi permettere un nuovo processo, a seguito di quello nel corso del quale sono anche risultati soccombenti.

In altri termini, ciò che va tutelato non è un privilegio dei magistrati, ma la terzietà, l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario e, quindi, l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, cittadini che hanno diritto ad un giudice giusto e indipendente, che non sia in balia di timori e di condizionamenti indotti dalle parti economicamente più forti.

Sulla spinta soprattutto della giurisprudenza europea, quindi, il legislatore è intervenuto, con la l. 18/2015, sulla legge Vassalli.

Il legislatore del 2015, oltre al dichiarato intento di adeguare l'ordinamento italiano alle indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, sembra aver colto l'occasione, utilizzando come una sorta di “cavallo di Troia” le istanze unionali, per realizzare una vera e propria distorsione di un istituto, quello della responsabilità

civile, che anche in via generale in base all'archetipo di cui all'art. 2043 c.c., non conosce altra funzione che non sia quella riparatoria in prospettiva vittimologica.

Dall'analisi della nuova normativa sulla responsabilità civile dei magistrati, nonostante abbia mantenuto fermo il principio della responsabilità diretta dello Stato, emerge un preoccupante ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina, con un conseguente *vulnus* all'indipendenza di giudizio, soprattutto sotto il profilo della tutela contro azioni pretestuose.

Invero, sarebbe necessario evitare un utilizzo atipico e strumentale dell'istituto della responsabilità civile per finalità ad esso estranee.

Tali finalità sono rinvenibili nella *ratio* di alcune modifiche apportate alla previgente disciplina, su tutte la previsione dell'obbligatorietà dell'azione di rivalsa e l'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda giudiziale.

L'obbligatorietà dell'azione di rivalsa in combinato disposto con l'eliminazione del filtro, infatti, rende la responsabilità del magistrato in sede civile, se non diretta, quantomeno automatica e necessaria e ciò sembra porsi in contrasto sia con i principi costituzionali, sia con quanto effettivamente richiesto dalla giurisprudenza europea.

Di conforto a questa impostazione appare l'analisi comparativa svolta in relazione ai principali ordinamenti europei.

Il sistema francese, ad esempio, appare informato ad un maggiore garantismo rispetto a quello italiano, in quanto tutela l'indipendenza della magistratura attraverso la previsione della sola ipotesi, peraltro molto restrittiva di *faute personnelle*, in cui lo Stato, tenuto di regola in via diretta ed esclusiva al risarcimento, può facoltativamente rivalersi sul singolo magistrato responsabile per colpa personale.

L'ordinamento spagnolo, al contrario, è certamente quello che, con la *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985, si era mostrato meno garantista per la magistratura, aprendo ad una vera e propria responsabilità diretta e personale dei giudici, poiché accanto alla responsabilità diretta dello Stato era prevista la possibilità per il danneggiato di agire direttamente in giudizio contro il magistrato responsabile per dolo o colpa grave.

La Spagna, però, come anche l'Italia, è andata incontro alle censure del Consiglio d'Europa, dovendo parimenti intervenire nel 2015 sulla legge sulla responsabilità civile, ma per motivi diametralmente opposti.

Se all'Italia è stata infatti contestata una eccessiva restrizione delle ipotesi di responsabilità previste dalla legge Vassalli, specialmente con riferimento alla violazione del diritto comunitario, il legislatore spagnolo è stato chiamato a uniformarsi agli altri ordinamenti europei eliminando le ipotesi di responsabilità diretta dei magistrati.

In ultimo, il principio dell'assoluta irresponsabilità dei giudici nell'esercizio delle funzioni che informa i sistemi di *common law* è posto a tutela dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura nel suo complesso, non potendosi agire in nessun caso contro il magistrato.

In questi sistemi, al generale principio di *immunity from civil liability* fa da contraltare, in forza del sistema elettivo dei giudici, la grande incidenza della responsabilità politica.

In conclusione, il sistema della responsabilità civile del magistrato, con le necessarie limitazioni in forza della peculiarità della funzione svolta, deve considerarsi non un vuoto privilegio di casta, ma un presidio a tutela dell'indipendenza della magistratura e, soprattutto, dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

Dunque non una giustizia "difensiva" o ispirata a conformismo giudiziario, vulnerata dalla possibilità che un giudice possa essere esposto al rischio di subire un'azione di responsabilità civile senza clausole di salvaguardia, senza filtri di ammissibilità e con un'automatica azione di rivalsa, ma una giustizia "uguale per tutti", in cui l'indipendenza, l'autonomia e la serenità di giudizio del giudice non possono cedere il passo ad esigenze "punitive" che esulano dalla struttura stessa della responsabilità civile.

Era semplicemente un giudice giusto: e per questo lo chiamavano "rosso" (perché sempre, tra le tante sofferenze che attendono il giudice giusto, vi è anche quella di sentirsi accusare, quando non è disposto a servire una fazione, di essere al servizio della fazione contraria). (Piero Calamandrei, Elogio dei giudici. Scritto da un avvocato, 1935).

APPENDICE

Legge 13 aprile 1988 n. 117

Publicata nella Gazzetta Ufficiale del 15 aprile 1988 n. 88

“Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

Il Presidente della Repubblica

Promulga la seguente legge:

Art. 1.

Ambito di applicazione

1. Le disposizioni della presente legge si applicano a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l’attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all’esercizio della funzione giudiziaria.
2. Le disposizioni di cui al comma primo si applicano anche ai magistrati che esercitano le proprie funzioni in organi collegiali.
3. Nelle disposizioni che seguono il termine “magistrato” comprende tutti i soggetti indicati nei commi primo e secondo.

Art. 2.

Responsabilità per dolo o colpa grave

1. Chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell’esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale.
2. 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.
3. Costituiscono colpa grave:
1. la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; 2. l’affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza é incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; 3. la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; 4. l’emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

Art. 3.

Diniego di giustizia

1. Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non é previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.
2. Il termine di trenta giorni può essere prorogato, prima della sua scadenza, dal dirigente dell'ufficio con decreto motivato non oltre i tre mesi dalla data di deposito dell'istanza. Per la redazione di sentenze di particolare complessità, il dirigente dell'ufficio, con ulteriore decreto motivato adottato prima della scadenza, può aumentare fino ad altri tre mesi il termine di cui sopra.
3. Quando l'omissione o il ritardo senza giustificato motivo concernono la libertà personale dell'imputato, il termine di cui al comma primo é ridotto a cinque giorni, improrogabili, a decorrere dal deposito dell'istanza o coincide con il giorno in cui si é verificata una situazione o é decorso un termine che rendano incompatibile la permanenza della misura restrittiva della libertà personale.

Art. 4.

Competenza e termini

1. L'azione di risarcimento del danno contro lo stato deve essere esercitata nei confronti del presidente del consiglio dei ministri. Competente é il tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello del distretto più vicino a quello in cui é compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva il magistrato al momento del fatto, salvo che il magistrato sia venuto ad esercitare le funzioni in uno degli uffici di tale distretto. In tal caso é competente il tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello dell'altro distretto più vicino, diverso da quello in cui il magistrato esercitava le sue funzioni al momento del fatto. Per determinare il distretto della corte d'appello più vicino si applica il disposto dell'articolo 5 della legge 22 dicembre 1980, n. 879 .
2. L'azione di risarcimento del danno contro lo stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento ovvero, se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si é verificato il fatto che ha cagionato il danno. La domanda deve essere proposta a pena di decadenza entro due anni che decorrono dal momento in cui l'azione é esperibile.
3. L'azione può essere esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto che ha cagionato il danno se in tal termine non si é concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si é verificato.
4. Nei casi previsti dall'articolo 3 l'azione deve essere promossa entro due anni dalla scadenza del termine entro il quale il magistrato avrebbe dovuto provvedere sull'istanza.

5. In nessun caso il termine decorre nei confronti della parte che, a causa del segreto istruttorio, non abbia avuto conoscenza del fatto.

Art. 5.

Ammissibilità della domanda

1. Il tribunale, sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda di cui all'articolo 2.
2. A tale fine il giudice istruttore, alla prima udienza, rimette le parti dinanzi al collegio che è tenuto a provvedere entro quaranta giorni dal provvedimento di rimessione del giudice istruttore.
3. La domanda è inammissibile quando non sono rispettati i termini o i presupposti di cui agli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata.
4. L'inammissibilità è dichiarata con decreto motivato, impugnabile con i modi e le forme di cui all'articolo 739 del codice di procedura civile, innanzi alla corte d'appello che pronuncia anch'essa in camera di consiglio con decreto motivato entro quaranta giorni dalla proposizione del reclamo. Contro il decreto di inammissibilità della corte d'appello può essere proposto ricorso per cassazione, che deve essere notificato all'altra parte entro trenta giorni dalla notificazione del decreto da effettuarsi senza indugio a cura della cancelleria e comunque non oltre dieci giorni. Il ricorso è depositato nella cancelleria della stessa corte d'appello nei successivi dieci giorni e l'altra parte deve costituirsi nei dieci giorni successivi depositando memoria e fascicolo presso la cancelleria. La corte, dopo la costituzione delle parti o dopo la scadenza dei termini per il deposito, trasmette gli atti senza indugio e comunque non oltre dieci giorni alla corte di cassazione che decide entro sessanta giorni dal ricevimento degli atti stessi. La corte di cassazione, ove annulli il provvedimento di inammissibilità della corte d'appello, dichiara ammissibile la domanda. Scaduto il quarantesimo giorno la parte può presentare, rispettivamente al tribunale o alla corte d'appello o, scaduto il sessantesimo giorno, alla corte di cassazione, secondo le rispettive competenze, l'istanza di cui all'articolo 3.
5. Il tribunale che dichiara ammissibile la domanda dispone la prosecuzione del processo. La corte d'appello o la corte di cassazione che in sede, di impugnazione dichiarano ammissibile la domanda rimettono 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. Nell'eventuale giudizio di appello non possono far parte della corte i magistrati che abbiano fatto parte del collegio che ha pronunziato l'inammissibilità. Se la domanda è dichiarata ammissibile, il tribunale ordina la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare; per gli estranei che partecipano all'esercizio di funzioni giudiziarie la copia degli atti è trasmessa agli organi ai quali compete l'eventuale sospensione o revoca della loro nomina.

Art. 6.

Intervento del magistrato nel giudizio

1. Il magistrato il cui comportamento, atto o provvedimento rileva in giudizio non può essere chiamato in causa ma può intervenire in ogni fase e grado del procedimento, ai sensi di quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 105 del codice di procedura civile . Al fine di consentire l'eventuale intervento del magistrato, il presidente del tribunale deve dargli comunicazione del procedimento almeno quindici giorni prima della data fissata per la prima udienza.
2. La decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo stato non fa stato nel giudizio di rivalsa se il magistrato non é intervenuto volontariamente in giudizio. Non fa stato nel procedimento disciplinare.
3. Il magistrato cui viene addebitato il provvedimento non può essere assunto come teste né nel giudizio di ammissibilità, né nel giudizio contro lo Stato.

Art. 7.

Azione di rivalsa

1. Lo stato, entro un anno dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale stipulato dopo la dichiarazione di ammissibilità di cui all'articolo 5 , esercita l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.
2. In nessun caso la transazione é opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa e nel giudizio disciplinare.
3. I giudici conciliatori e i giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrano a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo e nei casi di colpa grave di cui all'articolo 2 , comma terzo, lettere b) e c).

Art. 8.

Competenza per l'azione di rivalsa e misura della rivalsa

1. L'azione di rivalsa deve essere promossa dal presidente del consiglio dei ministri.
2. L'azione di rivalsa deve essere proposta dinanzi al tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello del distretto più vicino a quello in cui é compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva, al momento del fatto, il magistrato che ha posto in essere il provvedimento, salvo che il magistrato sia venuto ad esercitare le funzioni in uno degli uffici di tale distretto. In tal caso é competente il tribunale del luogo ove ha sede la corte d'appello di altro distretto più vicino.
3. La misura della rivalsa non può superare una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento é proposta, anche se dal fatto é derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità. Tale limite non si applica al fatto commesso con dolo. L'esecuzione della rivalsa, quando viene effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non può comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore al quinto dello stipendio netto.

4. Le disposizioni del comma terzo si applicano anche agli estranei che partecipano all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Per essi la misura della rivalsa é calcolata in rapporto allo stipendio iniziale annuo, al netto delle trattenute fiscali, che compete al magistrato di tribunale; se l'estraneo che partecipa all'esercizio delle funzioni giudiziarie percepisce uno stipendio annuo netto o reddito di lavoro autonomo netto inferiore allo stipendio iniziale del magistrato di tribunale, la misura della rivalsa é calcolata in rapporto a tale stipendio o reddito al tempo in cui l'azione di risarcimento é proposta.

Art. 9.

Azione disciplinare

1. Il procuratore generale presso la corte di cassazione per i magistrati ordinari o il titolare dell'azione disciplinare negli altri casi devono esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta, entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma quinto dell'articolo 5 . Resta ferma la facoltà del ministro di grazia e giustizia di cui al secondo comma dell'articolo 107 della costituzione .
2. Gli atti del giudizio disciplinare possono essere acquisiti, su istanza di parte o d'ufficio, nel giudizio di rivalsa.
3. La disposizione di cui all'articolo 2 , che circoscrive la rilevanza della colpa ai casi di colpa grave ivi previsti, non si applica nel giudizio disciplinare.

Art. 10.

Consiglio di presidenza della Corte dei Conti

1. Fino all'entrata in vigore della legge di riforma della corte dei conti, la competenza per i giudizi disciplinari e per i provvedimenti attinenti e conseguenti che riguardano le funzioni dei magistrati della corte dei conti é affidata al consiglio di presidenza.
2. Il consiglio di presidenza é composto:
 1. dal presidente della corte dei conti, che lo presiede;
 2. dal procuratore generale della corte dei conti;
 3. dal presidente di sezione più anziano;
 4. da quattro cittadini scelti di intesa tra i presidenti delle due camere tra i professori universitari ordinari di materie giuridiche o gli avvocati con quindici anni di esercizio professionale;
 5. da dieci magistrati ripartiti tra le qualifiche di presidente di sezione, consigliere o vice procuratore, primo referendario e referendario in proporzione alla rispettiva effettiva consistenza numerica quale risulta dal ruolo alla data dell'1 gennaio dell'anno di costituzione dell'organo.
3. Alle adunanze del consiglio di presidenza partecipa il segretario generale senza diritto di voto.
4. Il consiglio di presidenza ha il compito di decidere in ordine alle questioni disciplinari. Alle adunanze che hanno tale oggetto non partecipa il segretario generale ed il procuratore generale é chiamato a svolgervi, anche per mezzo dei suoi sostituti, esclusivamente le funzioni inerenti alla promozione dell'azione disciplinare e le relative richieste.

5. I cittadini di cui alla lettera d) del comma secondo non possono esercitare alcuna attività suscettibile di interferire con le funzioni della corte dei conti.
6. Alla elezione dei componenti di cui alla lettera e) del comma secondo partecipano, in unica tornata, tutti i magistrati con voto personale e segreto.
7. Ciascun elettore ha facoltà di esprimere soltanto una preferenza. Sono nulli i voti espressi oltre tale numero.
8. Per l'elezione è istituito presso la corte dei conti l'ufficio elettorale nominato dal presidente della corte dei conti e composto da un presidente di sezione, che lo presiede, e da due consiglieri più anziani di qualifica in servizio presso la corte dei conti.
9. Il procedimento disciplinare è promosso dal procuratore generale della corte dei conti. Nella materia si applicano gli articoli 32, 33 commi secondo e terzo, e 34 della legge 27 aprile 1982, n. 186.
 1. Fino all'entrata in vigore della legge di riforma della corte dei conti si applicano in quanto compatibili le norme di cui agli articoli 7, primo, quarto, quinto e settimo comma, 8, 9, quarto e quinto comma, 10, 11, 12, 13, primo comma, numeri 1), 2), 3), e secondo comma, numeri 1), 2), 3), 4), 8), 9), della legge 27 aprile 1982, n. 186.

Art. 11.

Disposizioni concernenti i referendari e primi referendari della corte dei conti

1. È abolito il rapporto informativo di cui agli articoli 29 del regio decreto 12 ottobre 1933, n. 1364, e 4 della legge 13 ottobre 1969, n. 691.
2. Si applicano ai referendari e primi referendari della corte dei conti gli articoli 17, 18, 50, settimo comma, e 51, primo comma, della legge 27 aprile 1982, n. 186, con decorrenza dall'entrata in vigore della presente legge.
3. Al relativo onere si provvede mediante l'indisponibilità per tre anni di cinque posti di quelli cumulativamente previsti per le qualifiche di consigliere, vice procuratore generale, primo referendario e referendario dalla tabella b annessa alla legge 20 dicembre 1961, n. 1345, integrata ai sensi dell'articolo 13 del decreto-legge 22 dicembre 1981, n. 786, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 1982, n. 51, e dell'articolo 7 della legge 8 ottobre 1984, n. 658.

Art. 12.

Stato giuridico ed economico dei componenti non magistrati del consiglio di presidenza della corte dei conti

1. Per lo stato giuridico dei componenti non magistrati del consiglio di presidenza della corte dei conti si osservano in quanto applicabili le disposizioni di cui alla legge 24 marzo 1958, n. 195, e successive modificazioni. Il trattamento economico di tali componenti è stabilito con decreto del presidente del consiglio dei ministri, avuto riguardo alle incompatibilità, ai carichi di lavoro ed all'indennità dei componenti del consiglio superiore della magistratura eletti dal parlamento.

Art. 13.

Responsabilità civile per fatti costituenti reato

1. Chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni ha diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello stato. In tal caso l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio anche nei confronti dello stato come responsabile civile sono regolati dalle norme ordinarie.
2. All'azione di regresso dello stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

Art. 14.

Riparazione per errori giudiziari

1. Le disposizioni della presente legge non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione.

Art. 15.

Patrocinio gratuito per i meno abbienti

1. Chi ha un reddito imponibile risultante dall'ultima dichiarazione dei redditi presentata inferiore a lire dieci milioni, ovvero non è tenuto alla presentazione della dichiarazione dei redditi, ha diritto alla gratuità del giudizio e al patrocinio a spese dello stato per l'esercizio dell'azione civile à sensi della presente legge.
2. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni previste dagli articoli 10 e seguenti della legge 11 agosto 1973, n. 533.
3. Il ministro di grazia e giustizia, con proprio decreto, aggiorna entro il 30 aprile di ciascun anno l'importo di cui al comma primo sulla base dell'indice di svalutazione monetaria rilevato dall'Istat per l'anno precedente.

Art. 16.

Responsabilità dei componenti gli organi giudiziari collegiali

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

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

3. Le disposizioni di cui al comma primo si applicano anche ai provvedimenti di altri giudici collegiali aventi giurisdizione in materia penale e di prevenzione; le disposizioni di cui al comma secondo si applicano anche ai provvedimenti dei giudici collegiali aventi giurisdizione in ogni altra materia. Il verbale delle deliberazioni é redatto dal meno anziano dei componenti del collegio o, per i collegi a composizione mista, dal meno anziano dei componenti togati, ed é sottoscritto da tutti i componenti del collegio stesso.
4. Nei casi previsti dall'articolo 3 , il magistrato componente l'organo giudiziario collegiale risponde, altresì, in sede di rivalsa, quando il danno ingiusto, che ha dato luogo al risarcimento, é derivato dall'inosservanza di obblighi di sua specifica competenza.
5. Il tribunale innanzi al quale é proposta l'azione di rivalsa ai sensi dell'articolo 8 chiede la trasmissione del plico sigillato contenente la verbalizzazione della decisione alla quale si riferisce la dedotta responsabilità e ne ordina l'acquisizione agli atti del giudizio.
6. Con decreto del ministro di grazia e giustizia vengono definiti i modelli dei verbali di cui ai commi primo, secondo e terzo e determinate le modalità di conservazione dei plichi sigillati nonché della loro distruzione quando sono decorsi i termini previsti dall'articolo 4.

Art. 17.

Modifica dell'articolo 328 del codice penale

1. Il secondo comma dell'articolo 328 del codice penale é sostituito dal seguente:

“se il pubblico ufficiale é un magistrato, vi é omissione o ritardo quando siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia”.

Art. 18.

Misure finanziarie

1. Agli oneri conseguenti all'attuazione dell'articolo 15 della presente legge, valutati in lire 2.000 milioni in ragione d'anno a decorrere dall'esercizio 1988, si fa fronte mediante corrispondente riduzione dello stanziamento iscritto, ai fini del bilancio triennale 1988-1990, al capitolo 6856 dello stato di previsione del ministero del tesoro per l'anno 1988, utilizzando parzialmente l'accantonamento “revisione della normativa in materia di patrocinio gratuito”.
2. Gli altri oneri derivanti dall'attuazione della presente legge sono imputati ad apposito capitolo da istituire “per memoria” nello stato di previsione del ministero del tesoro alla cui dotazione si provvede, in considerazione della natura della spesa, mediante prelevamento dal fondo di riserva per le spese obbligatorie e d'ordine iscritto nel medesimo stato di previsione.
3. Il ministro del tesoro é autorizzato ad apportare, con propri decreti, le occorrenti variazioni di bilancio.

Art. 19.

Entrata in vigore

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana.
2. La presente legge non si applica ai fatti illeciti posti in essere dal magistrato, nei casi previsti dagli articoli 2 e 3, anteriormente alla sua entrata in vigore.

3. La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Legge 27 febbraio 2015 n. 18

Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 4 marzo 2015 n. 52

“Disciplina della responsabilità civile dei magistrati”

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

Il Presidente della Repubblica

Promulga la seguente legge:

Art. 1

Oggetto e finalita'

1. La presente legge introduce disposizioni volte a modificare le norme di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilita' civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea.

Art. 2

Modifiche all'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117

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

a) al comma 1, le parole: «che derivino da privazione della liberta' personale» sono soppresse;

b) il comma 2 è sostituito dal seguente:

«2. Fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non puo' dar luogo a responsabilita' l'attivita' di interpretazione di norme di diritto ne' quella di valutazione del fatto e delle prove»;

c) il comma 3 è sostituito dai seguenti:

«3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonche' del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontra stabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

3-bis. Fermo restando il giudizio di responsabilita' contabile di cui al decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonche' del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonche' dell'inescusabilita' e della gravita' dell'inosservanza.

In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonche' del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea».

Art. 3

Modifiche all'articolo 4 ed abrogazione dell'articolo 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117

1. All'articolo 4 della legge 13 aprile 1988, n. 117, sono apportate le seguenti modificazioni:
 - a) al comma 2, secondo periodo, le parole: «due anni» sono sostituite dalle seguenti: «tre anni»;
 - b) al comma 4, le parole: «due anni» sono sostituite dalle seguenti: «tre anni».
2. L'articolo 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117, è abrogato.

Art. 4

Modifica dell'articolo 7 della legge 13 aprile 1988, n. 117

1. L'articolo 7 della legge 13 aprile 1988, n. 117, è sostituito dal seguente:

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

2. In nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa o nel giudizio disciplinare.

3. I giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove».

Art. 5

Modifica all'articolo 8 della legge 13 aprile 1988, n. 117

1. All'articolo 8 della legge 13 aprile 1988, n. 117, il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. La misura della rivalsa non può superare una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, anche se dal fatto è derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità. Tale limite non si applica al fatto commesso con dolo. L'esecuzione della rivalsa, quando viene effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non può comportare complessivamente il pagamento per rate mensili in misura superiore ad un terzo dello stipendio netto».

Art. 6

Modifica all'articolo 9 della legge 13 aprile 1988, n. 117

1. All'articolo 9, comma 1, della legge 13 aprile 1988, n. 117, le parole: «, entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell'articolo 5» sono soppresse.

Art. 7

Modifica all'articolo 13 della legge 13 aprile 1988, n. 117

1. All'articolo 13 della legge 13 aprile 1988, n. 117, dopo il comma 2 è aggiunto, in fine, il seguente:

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

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati. L'analisi di una scelta sbagliata*, in http://www.autonomiaeindipendenza.it/doc/Resp__civile_magistrati.pdf, 2015
- AA.VV., *La responsabilità dei magistrati*, a cura di Volpi, Napoli, 2008
- ALMAGRO NOSETE, *El sistema español de responsabilidad judicial*, in AGUNDEZ FERNANDEZ, *El Poder judicial, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales*, Madrid, 1983
- ANDRINI, *Amministrazione e sindacato in E. Durkheim*, in *Il pubblico funzionario*, in "Educaz. Giurid.", IV, 1981
- BAIRATI, *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino, Napoli, 2013
- BAIRATI, *Responsabilità civile del giudice: Corte di giustizia europea e proposte italiane di riforma*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2011
- BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006
- BIONDI, *Sviluppi recenti e prospettive future della responsabilità del magistrato*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it
- BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Riv. crit. Dir. Priv.*, 1988
- CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015
- CARANTA, *Giudici responsabili?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2006
- CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Milano, 1933
- CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936
- CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova 2011
- CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923
- CICALA, *La giurisprudenza della corte di cassazione sulla responsabilità civile dei magistrati (rassegna critica)*, in *Critica pen.*, 2003
- CIRILLO-SORRENTINO, *La responsabilità del giudice*, Napoli, 1988; SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988
- COBO DEL ROSAL, *Art. 124. El Ministerio Fiscal*, in ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Cortes Generales. Editoriales de derecho reunidas*, Madrid, 1998
- COLOMBINI, *Condizioni per l'azione di risarcimento danni nell'esercizio della funzione giudiziaria*, in *Arch. civ.*, 2002
- CRISAFULLI, *Aspetti problematici del diritto parlamentare*, in *Stato, popolo, governo*, Milano, 1985
- D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di PACE, BARTOLE e ROMBOLI, Napoli, 2010

DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

DALIA-FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 2006

DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008

DAWSON, *The Equitable Remedies of the French Chancery before 1789*, I, Tubingen, 1954

DELL'ORFANO, *La responsabilità civile del magistrato. Profili di diritto comparato*, in www.associazionemagistrati.it.

DONNARUMMA, *Responsabilità dei magistrati e giurisprudenza della corte europea di giustizia*, *Riv. it. Dir. pubbl. comunitario*, 2011

ERODOTO, *Storie*, III, 80

FANTACCHIOTTI, FRESA, TENORE, VITELLO (coordinato da TENORE), *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010

FERNANDEZ FARRERES, *La responsabilidad patrimonial del Estado-juez*, in *Revista del Poder Judicial*, 12, 1984

FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in www.giurcost.org./studi/ferri4.htm., 2011

FLEMING, *The law of torts*, Sydney, 1977

FLICK, *Atti dell'incontro di studio*, organizzato dall'ANM sul tema *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 2013

FRATINI, *Compendio di diritto civile*, Roma, 2015

GAROFOLI-FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008

GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giur. merito*, 2002

GIANNONE CODIGLIONE, *Responsabilità dello Stato per inadempimento degli obblighi comunitari*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da STANZIONE, Padova, 2012

GIULIANI-PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995

GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, in AGUNDEZ FERNANDEZ, *El Poder Judicial, volumen I*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1983

HUBNER, *Zur Haftung des "iudex qui litem suam fecit"*, Iura, 1954

JAZZETTI, *La nuova responsabilità civile dei magistrati*, in www.ilquotidianogiuridico.it, 2011

LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, *Corr. Giur.*, 2008

LUPU, *La responsabilità civile del magistrato: primi bilanci sull'applicazione della l. n. 117/1988*, in *Resp. civ.*, 2004

MARRA, *La responsabilità civile del Pubblico Ministero per inerzia nell'attività d'indagine*, su www.autonomieindipendenza.it, 2016

MARTIN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MASI, *Il sindacato delle magistrature comunali nel sec. XIV*, Riv. it. sc. giur., N.S., 1930

MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. II, Milano, 1923

NAPPI, *Commentario al codice di procedura civile*, Vol. I, Milano, 1941

NEUMANN, *Lo Stato democratico e lo Stato autoritario*, Bologna, 1957

NORDIO, *In attesa di giustizia. Dialogo sulle riforme possibili*, Milano, 2010

PATRONO, *Eterogenesi dei fini? Se non si pone un rimedio, la (nuova) normativa degli illeciti disciplinari dei magistrati sembra destinata al fallimento*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di Bartole, Pace, Romboli, Napoli, 2010

PERROT, *Institutions judiciaires*, Parigi, 1983

PISANELLI, in MANCINI, PISANELLI, SCIALOJA, *Commentario del codice di procedura civile per gli stati sardi*, vol. IV, Torino, 1857

PISANELLI, *Relazione ministeriale sul progetto di codice di proc. Civ.*, 1863

PROTO PISANI, *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il giudizio nei confronti dello Stato*, in *Foro it.*, 1988, 420

PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, L. II, C.XI

RICCIOTTI, *La vera storia del mugnaio di Saint Souci e la responsabilità civile dei magistrati*, in *Critica pen.*, 2005

ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, II, Torino, 1966

RODOTA', *Atti Camera, X Legislatura*, seduta del 19 dicembre 1987

ROUSSELET, *Histoire de la Magistrature française, des origines a nos jours*, I, Paris, 1957

RUVOLO-SCIARRINO, *Europa e responsabilità civile dei magistrati: il mito e la realtà. Prospettive interpretative e di riforma legislativa*, in http://unicost.eu/media/32648/europa_e_responsabilit__civile_dei_magistrati_tra_mito_e__realt_.p rospettive_interpretative_e_di_riforma_legislativa.pdf

SAPORITO, *La responsabilità civile del magistrato*, in *Professioni e responsabilità civile*, a cura di STANZIONE- SICA, Zanichelli, Bologna, 2006

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1961

SCARSELLI, *Appunti sulla responsabilità civile del giudice*, *Foro it.*, 2009; AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010

SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro Italiano*, 2006

SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, in AGUNDEZ FERNANDEZ, *El Poder Judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983

SOLLA SASTRE, *Le responsabilità del giudice in Spagna: una ricognizione storico-giuridica (1834-1870)*, in *Cultura jurisdiccional y orden constitucional en Espana e Hispanoamèrica III*

TENORE (a cura di), *La nuova corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2013

TIRA, *La responsabilità civile dei magistrati: evoluzione normativa e proposte di riforma*, Associazione italiana costituzionalisti, www.rivistaaic.it

TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, enero-abril 1985

TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto Comunitario*, in LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. IV, Padova, 2003

TRIMARCHI, in *Atti dell'incontro di studio* (organizzato dall'ANM), sul tema *La responsabilità civile dei magistrati*, 2013

TROILO, *Ancora in tema di responsabilità civile dei magistrati: gli sviluppi recenti*, in www.giurcost.org/studi/Troilo.pdf;

v. JHERING, *Lo scopo del diritto*, a cura di LOSANO, Torino, 1972

VARANO, *Responsabilità del magistrato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., XVII*, Torino, 1998

VIGORITI, *Le responsabilità del giudice*, Bologna 1984

VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in *Ordinamento giudiziario*, a cura di PIZZORUSSO, Bologna, 1974

WINDSCHEID, *Diritto della Pandette*, trad. di FADDA- BENZA, Torino, 1925-26

ZAGREBELSKY, *La magistratura ordinaria dalla Costituzione a oggi*, in *Storia d'Italia - I corpi e la legge*, Torino, 1998

ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Considerazioni su alcuni aspetti generali*, Milano, 1977

ZANGARA, *Le prerogative costituzionali*, Padova, 1972

ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Annuario*, 2004