



RESPONSABILITÀ CIVILE DEL GIUDICE: CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA E PROPOSTE ITALIANE DI RIFORMA

LORENZO BAIKATI

SOMMARIO **1.** INTRODUZIONE - **2.** LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DELLO STATO PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO EUROPEO DA PARTE DEL GIUDICE. - **3.** L'ESPERIENZA ITALIANA. - **4.** L'ULTIMO TENTATIVO DI RIFORMA DELLA DISCIPLINA ITALIANA. - **5.** CONCLUSIONI

1. In Italia il tema della responsabilità civile del giudice è tornato di attualità. Al centro di aspre polemiche politiche in particolare negli anni '70 e '80, la fattispecie è stata disciplinata dalla c.d. Legge Vassalli n. 117/1988, a seguito di referendum (celebrato l'8 e 9 novembre 1987) approvato con amplissimo consenso, anche sull'onda emotiva di clamorosi errori giudiziari¹. Tuttavia, sin dagli anni della sua approvazione, tale disciplina è apparsa, secondo unanime opinione, del tutto inadeguata ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva ai soggetti danneggiati dall'attività giurisdizionale, in quanto delineata in modo talmente restrittivo da precludere, nella sostanza, qualunque forma di risarcimento patrimoniale². Anche per queste ragioni, la responsabilità civile dei magistrati è stata tema di bandiera di alcuni partiti politici anche in un momento successivo all'approvazione del referendum, e le istanze di riforma si sono susseguite secondo un ritmo costante³. D'altra parte, il dibattito è

¹ Su tutti, si pensi alla drammatica vicenda di Enzo Tortora, presentatore televisivo condannato nel 1985 per concorso esterno in associazione camorristica e traffico di sostanze stupefacenti, e successivamente assolto con formula piena in Appello (con sentenza confermata in Cassazione) dopo 7 mesi di reclusione e 5 mesi di arresti domiciliari.

² Le ragioni attengono ad elementi di carattere sia sostanziale sia processuale. Da una parte, ricordiamo la peculiare previsione circa l'elemento soggettivo (secondo la quale può agire per ottenere il risarcimento dei danni "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"), nonché la c.d. clausola di salvaguardia, in forza della quale non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove (art.2). Sotto il profilo processuale, non solo il previo esaurimento delle vie di ricorso ordinarie, ma soprattutto il filtro previsto dall'art. 5 in ordine all'ammissibilità dell'azione risarcitoria, hanno reso tale strada particolarmente ardua e costosa.

³ In particolare, dal Partito Radicale, dal Partito Socialista Italiano e dal Partito Liberale Italiano (promotori del precitato referendum). Inoltre, durante la c.d. Seconda Repubblica sono state avanzate molte proposte di



ripreso con maggior vigore a seguito dell'affermazione, da parte della Corte di giustizia, del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione Europea imputabile ad un organo giurisdizionale. In tempi recentissimi, infine, è stata presentata in Parlamento una proposta di riforma tesa, secondo le dichiarazioni dei proponenti, a modificare la disciplina italiana secondo gli impulsi provenienti dai giudici europei, in relazione all'incompatibilità fra discipline sancite con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁴.

Al di là dell'esito del dibattito, non vi è dubbio che questo episodio richiami profili di estremo interesse per il comparatista, in merito alla circolazione di modelli proposti dalle istituzioni sovranazionali, che tendono ad influenzare i regimi nazionali ben oltre la sfera di applicazione, e quindi di primazia, dei primi rispetto ai secondi⁵. La nostra attenzione si concentrerà, dunque, sui fenomeni di imitazione intercorrenti fra diversi livelli, indotti da fattori che si collocano a margine rispetto ai principi istituzionali che impongono una restrizione dell'autonomia degli Stati membri a favore dell'applicazione del diritto europeo. In questo caso, infatti, la recezione nel diritto nazionale di soluzioni approntate a livello comunitario non è dovuta al principio di primazia ma appare, piuttosto, come un effetto indotto in ossequio ad una malintesa applicazione del principio gerarchico.

Tale fenomeno merita, dunque, una riflessione, che si concentrerà su alcuni profili specifici. In primo luogo, sull'equilibrio di principi quali la primazia e l'effettività del diritto dell'Unione Europea, nel rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri. D'altro canto, oggetto dell'analisi sarà il tema dell'analogia fra le fattispecie di responsabilità dello Stato-giudice. Infine, ci concentreremo sul ruolo svolto dalle istituzioni sovranazionali (nel caso specifico, dalla Corte di giustizia) come fattore di mutamento dei diritti nazionali anche oltre gli specifici obblighi derivanti dalla partecipazione alla Unione Europea⁶. Una riflessione critica circa le ultime istanze di riforma della disciplina italiana di responsabilità

riforma, fra le quali ricordiamo: Camera dei Deputati, 11 dicembre 1996, n. 2689; 16 gennaio 2002, n.2148; 8 luglio 2002, n. 2979; 8 novembre 2002, n. 3371; 4 febbraio 2005, n. 5595; 4 maggio 2006, n. 477.

⁴ Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*. Causa C-173/03. Racc. I-05177. In questa sede non intendiamo approfondire il tema, affrontato a più riprese dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, circa l'irragionevole durata dei processi, a proposito della quale è disponibile una amplissima bibliografia. Il nostro esame si concentrerà, viceversa, sulle ipotesi di danni derivanti da comportamento attivo dei giudici nazionali, e non da malfunzionamento dell'amministrazione della giustizia.

⁵ Per una trattazione della responsabilità civile dei magistrati in prospettiva comparata, v. M. GRAZIADEI, U. MATTEI, *Judicial responsibility in Italy: A New Statute*, 38 *American Journal of Comparative Law*, 1990, 103.

⁶ Cfr. G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006, pag. 42.



civile del giudice ci impone di esaminare, in primo luogo, il modello europeo, per poi soffermarci sulla disciplina italiana e proporre, infine, alcune riflessioni conclusive.

2. A partire dalla sentenza Francovich⁷, la Corte di giustizia ha sempre affermato che in caso di violazione del diritto UE il cittadino danneggiato ha diritto al risarcimento qualunque sia l'organo statale responsabile della violazione⁸. Nel corso degli anni '90 si è quindi sviluppato un filone giurisprudenziale che ha applicato la figura dell'illecito comunitario alle violazioni riferibili allo Stato nelle sue funzioni esecutive e legislative, mentre, per quanto riguarda l'estensione al potere giudiziario, non solo a livello comunitario, ma anche a livello statale, sia le istituzioni, sia la dottrina, si sono pronunciate in termini particolarmente prudenti, e solo negli ultimi anni si è assistito ad una apertura in tal senso⁹. La ragione di questo atteggiamento è riconducibile al fatto che al riconoscimento dell'illecito comunitario per fatto del giudice osta un conflitto dogmatico di non facile soluzione: infatti, alcuni caratteri della funzione giurisdizionale impediscono una sua applicazione *tout court*¹⁰. Le ragioni consistono nelle fondamentali questioni coinvolte in sede di approvazione di una siffatta disciplina; ci riferiamo, in particolare, ai problemi attinenti

⁷ Sentenza della CGCE, del 19 novembre 1991. Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana.– Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. 1991, pag. I-05357.

⁸ La Corte ha più volte affermato che tale risarcimento è dovuto nel caso in cui si verificano tre presupposti: la norma di diritto comunitario che è stata violata attribuisce diritti ai singoli; la violazione del diritto comunitario deve essere sufficientemente caratterizzata; il nesso di causalità diretto tra la violazione del diritto comunitario e il danno subito dai soggetti lesi. Su tali requisiti si tornerà a breve.

⁹ Prima della già citata sentenza Traghetti del Mediterraneo, la Corte di giustizia era precedentemente intervenuta sul tema, includendo espressamente i giudici nazionali fra gli organi suscettibili di generare responsabilità, con la sentenza Köbler, risalente al 2003. Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239.

¹⁰ “Sulla manifesta violazione occorre però spendere qualche parola, che richiama l'organo al quale si imputa la violazione. Qui non si tratta del legislatore (quante volte il legislatore ha male applicato una direttiva!) né del Governo o della Pubblica Amministrazione (quante volte i governi sono stati tratti a giudizio per violazione di diritto comunitario! E proprio un caso di erronea interpretazione e applicazione del diritto comunitario ha aperto la strada a questa figura di illecito: il caso Francovich costituisce la pietra miliare al riguardo). Qui si tratta del giudice che “interpreta” e “applica”. Ora, solo in caso di sentenze abnormi si può pensare che l'interpretazione e l'applicazione di una corte suprema siano errate, anche perché alla corte suprema spetta, normalmente, il potere di nomofilachia, cioè il compito di indicare la corretta interpretazione della legge”. Cit. da G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 2005, pag. 4.



all'indipendenza del giudice e all'intangibilità della cosa giudicata. Il rispetto del principio dell'indipendenza del potere giudicante, come noto, impone che l'ordinamento preveda meccanismi volti a garantire che il giudice possa svolgere le sue funzioni al riparo da pressioni esterne. È opinione comune che l'imparzialità del giudice possa essere messa a rischio da un regime di responsabilità civile derivante da errori giudiziari non accompagnato dalle adeguate garanzie. Inoltre, la stessa terzietà del giudice potrebbe essere messa in pericolo da una troppo ampia applicazione di tale fattispecie, soprattutto nei casi di asimmetrica potenzialità economica delle parti.

A proposito dell'intangibilità del giudicato, le obiezioni si fondano sull'esigenza di assicurare il principio della certezza del diritto. Infatti, la forza della cosa giudicata delle sentenze, come manifestazione della stabilità nelle relazioni giuridiche, può essere messa a rischio nell'ipotesi in cui, sulla base del contenuto di una sentenza passata in giudicato, sia possibile fondare una successiva condanna al risarcimento nei confronti del soggetto danneggiato da tale pronuncia¹¹.

Ciò equivale a permettere che un altro tribunale possa pronunciarsi nuovamente nel merito di una causa già decisa e, se del caso, optare per una sostanziale correzione della decisione passata in giudicato¹². La Corte di giustizia, tuttavia, a tal proposito ha fatto notare che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione¹³. Un

¹¹ Cfr. N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, LVIII - Marzo, 3, 2008, (pp. 559 - 561), pag. 560.

¹² Si tratterebbe, dunque, di una intromissione rispetto all'operato dei giudici di ultima istanza (le cui decisioni non sono impugnabili), nella condizione di "controllore esterno", da parte dell'organo giudiziario chiamato a giudicare della responsabilità del giudice. Tale elemento è approfondito in D. SARMIENTO, *Poder judicial e integración europea: la construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Thomson/Civitas, Madrid, 2004, pag. 271.

¹³ Tali temi sono bel lungi dall'essere risolti. In particolare, secondo opinione unanime, il principio di legalità e di autorità della cosa giudicata, su impulso della giurisprudenza comunitaria, devono essere ritematizzati anche in chiave di diritto interno. Infatti, non vi è dubbio che alcune soluzioni adottate dalla Corte di giustizia implicino inevitabili limitazioni del principio di legalità. Ci riferiamo non solo alle più volte citate sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo, ma al noto caso Lucchini (Sentenza CGCE (grande sezione) del 18 luglio 2007, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA. Causa C-119/05, Racc. 2007 pag. I-06199), in cui la Corte ha dichiarato, su domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato italiano, che una sentenza di un giudice nazionale passata in giudicato non può costituire un ostacolo al recupero di un aiuto statale corrisposto in violazione del diritto comunitario, sancendo così, in sostanza, il dovere di



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 giudicata¹⁴.

Una volta affrontate tali questioni di fondo, la Corte ha introdotto un modello di responsabilità per fatto del giudice che, come precedentemente accennato, consiste in una gemmazione della c.d. dottrina Francovich, seppur corretta in considerazione delle peculiari prerogative della funzione giurisdizionale¹⁵. Per poterne apprezzare il regime giuridico è necessario ricordare i requisiti previsti per l'applicazione del principio alle altre funzioni dello Stato.

Come noto, secondo costante giurisprudenza comunitaria, il risarcimento deve essere accordato al soggetto danneggiato nel caso in cui si verifichino tre presupposti, ovvero che la norma europea violata sia attributiva di diritti, che la violazione sia grave e manifesta, e

disapplicare l'art. 2909 c.c.. Cfr. A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2008, (pp. 1 - 28), pp. 22 – 23.

¹⁴ A tal proposito, la dottrina ha sottolineato come, a seconda della natura del giudizio, la diversità dell'oggetto e delle parti non sia costante. Facciamo notare che in un giudizio di natura risarcitoria, quale quello promosso da Köbler, il precedente giudicato nazionale è un elemento costitutivo dell'illecito e, quindi, è compatibile con la regola del primato del diritto comunitario. Nei giudizi restitutori, invece il giudizio è incompatibile con il principio della supremazia del diritto comunitario. Si pensi, ad esempio, alla appena citata sentenza Lucchini, relativa ad una controversia con oggetto aiuti di Stato incompatibili con le regole del mercato comune. Senza addentrarci nell'analisi di tale sentenza, sottolineiamo che in questo caso le due cause presentavano non solo gli stessi soggetti (Lucchini s.p.a. e Stato italiano), ma anche la stessa *causa petendi* (la legittimità o no dell'atto comunitario) e lo stesso *petitum* (l'erogazione o no dell'aiuto di Stato). A tal proposito, v. P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 5, 2007, (pp. 1591 - 1603); D. SIMON, *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une jurisdiction nationale devenu définitif*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 10, 2007.

¹⁵ Giudici europei e nazionali, Avvocati generali e dottrina hanno contribuito ad analizzare il mutamento della funzione dei giudici nazionali, non più “*bouches de la loi*”, ma controllori critici della conformità fra ordinamenti posti a diversi livelli. Il potere/dovere di disapplicare il diritto interno incompatibile con il diritto UE e, se del caso, di sostituirlo con quest'ultimo, contribuisce a delineare la funzione giurisdizionale secondo coordinate del tutto nuove. Infatti, mentre i legislatori nazionali sono tenuti a piegare le proprie scelte politiche in conformità rispetto al diritto di fonte sovranazionale, il giudice individua, sceglie e crea il diritto tramite l'interpretazione, secondo uno schema interattivo e cooperativo con i giudici europei. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Léger del 8 aprile 2003. Gerhard Köbler contro Republik Österreich. Causa C-224/01. Raccolta 2003 pagina I-10239, par. 59; in dottrina cfr., fra gli altri, C. PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1)*, in *Rivista della Corte dei Conti*, Parte IV, 2006, (pp. 395-425), pag. 414.



che vi sia un nesso di causalità fra tale violazione e il danno subito¹⁶. Tale regime ha l'obiettivo di assicurare l'applicazione del principio ma, al contempo, di coinvolgere gli ordinamenti e i giudici nazionali nel dotare tale disciplina di un contenuto giuridico più completo e stringente.¹⁷ Se la prima e la terza condizione non presentano difficoltà di rilievo, il presupposto della violazione "grave e manifesta" è invece una clausola dai contorni piuttosto generici, che necessita un intervento creativo da parte degli organi giudicanti nazionali chiamati ad applicarla. A tal proposito il giudice comunitario è solo intervenuto proponendo una serie di figure sintomatiche¹⁸, per cui il contenuto giuridico del presupposto della "violazione manifesta" non può che trovare completamento nella giurisprudenza successiva, nazionale ed europea¹⁹.

¹⁶ 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 Köhle 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.

¹⁷ A tal proposito viene richiamato il principio dell'autonomia processuale e istituzionale degli Stati membri, che sono chiamati, appunto, ad applicare i principi enunciati dai giudici comunitari e ad interpretarli in modo da dotarli di contenuto giuridico. Ciò significa che l'applicazione di tale figura e, più in generale, l'effettività del principio della responsabilità dello Stato-giudice, in mancanza di una disciplina unitaria, dipendono, quantomeno in parte, "dalla capacità dei singoli ordinamenti di approntare strumenti sostanziali e procedurali tali da garantire l'effettività della tutela dei singoli da violazioni imputabili all'attività giudiziaria". Cit. da C. PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1)*, in *Rivista della Corte dei Conti*, IV, 2006, pag. 416.

¹⁸ Le figure sintomatiche individuate dalla Corte di giustizia sono le seguenti: 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". Cfr. sent. CGCE, Brasserie du Pêcheur e Factortame III, par. 58.

¹⁹ A tal proposito, la Corte ha dimostrato di essere pienamente cosciente dell'estrema eterogeneità del concetto di colpa negli ordinamenti giuridici nazionali, per cui ha optato per un requisito dai confini volutamente generici. In altri termini, tale soluzione eclettica si pone come compromesso fra i modelli nazionali di responsabilità pubblica. Infatti, la previsione di un sistema di responsabilità oggettiva sarebbe risultato



Già a partire dalle sentenza Köbler viene esplicitamente affermato che la violazione manifesta deve essere intesa in termini particolarmente restrittivi. Al contempo, appare con tutta evidenza che anche in riferimento alla funzione giurisdizionale, ai fini dell'integrazione del contenuto giuridico del secondo presupposto è esclusa una valutazione circa coefficienti psicologici, e non è imposto alcun un vaglio della componente soggettiva dell'organo che commette la violazione²⁰. In altri termini, anche circa il comportamento dei giudici il regime di responsabilità tende all'oggettivizzazione, fondandosi sul concetto di violazione grave e manifesta, che molto deve alla *faute* di ascendenza francese²¹.

In definitiva, se i tre requisiti costituiscono condizione necessaria e sufficiente per accordare il risarcimento ed eventuali condizioni più restrittive imposte dai regimi nazionali, nel caso di violazione di posizioni giuridiche comunitarie, dovranno essere disapplicate, l'elemento della colpa oggettivizzata alla francese si impone come chiave di volta dell'interazione fra giudici europei e ordinamenti nazionali²². Il caso italiano impone un chiaro esempio di tale fenomeno.

contrario a quanto previsto nella maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali e, d'altra parte, avrebbe condotto ad una disparità di trattamento fra Stato violatore rispetto ed Istituzione europea inadempiente. D'altro canto, non prevedendo il requisito autonomo della colpa, la Corte ha evitato l'esplicita soggettivizzazione del sistema, il che avrebbe costituito un grosso ostacolo alla tutela effettiva dei diritti dei cittadini danneggiati dal comportamento degli Stati inadempienti. In particolare, ci riferiamo al fatto che l'elemento soggettivo è spesso molto difficile da provare e ancor più arduo appare il compito nel caso di comportamenti dei soggetti pubblici.

²⁰ Cfr. RASIA C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 6, pp. 661 – 682, pag. 670.

²¹ Sotto questo profilo, l'esperienza francese appare di particolare interesse da un punto di vista comparatistico, poiché sui concetti di *faute lourde* e *faute simple* si fonda un modello di responsabilità pubblica ampiamente imitato ai fini dell'elaborazione del regime di responsabilità patrimoniale imputabile sia alle istituzioni europee sia agli Stati membri. A tal proposito, v. L. COUTRON, *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FLAMM*, in *R.F.D.A.*, 2, mars-avril 2009, (pp. 329 - 342). Cfr. FAVRET J., *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Pedone, Paris, 2000. Il regime francese di responsabilità dinanzi al giudice amministrativo è stato oggetto di diverse indagini comparatistiche. V., ad es., L. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 2007. In tempi recenti, la dottrina ha tuttavia sottolineato il fatto che attualmente l'ordinamento comunitario segue più da vicino il modello tedesco, piuttosto che quello francese. A tal proposito, v. M. FROMONT, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Juris Classeur – Droit administratif*, n°7, luglio 2008, (pp. 8 - 12).

²² Cfr. A.LAZARI, *Là ou est la responsabilité, là est le Pouvoir: il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2009. www.recei.org, pag. 10 (art. pp. 1 – 16).



3. Se in occasione della sentenza Köbler la dottrina aveva cominciato a dibattere circa la compatibilità dei principi enunciati dalla Corte di giustizia con il regime italiano di responsabilità civile per fatto del giudice, il conflitto si è rivelato in termini espliciti con il già citato caso Traghetti del Mediterraneo. Con questa sentenza la Corte di giustizia ha dichiarato che il diritto nazionale può precisare i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione imputabile a un organo giurisdizionale cui ricollegare il diritto al risarcimento ma che, al contempo, tali criteri non possono imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente²³. In particolare, ha dichiarato la disciplina italiana contraria al diritto comunitario in relazione all'esclusione prevista dall'art. 2 della legge 117/1988, secondo cui vengono esclusi dall'alveo della risarcibilità i danni derivanti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale²⁴. D'altra parte, lo stesso giudice europeo sottolinea il problematico rapporto fra l'elemento soggettivo previsto dalla disciplina italiana e il requisito della "violazione manifesta del diritto"²⁵.

²³ Paragrafi 32 e 44.

²⁴ Sentenza Traghetti del Mediterraneo, Massima n° 1: "Infatti, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni cagionati ai singoli da violazioni manifeste del diritto comunitario derivanti dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, in quanto una siffatta esclusione non garantirebbe ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro".

²⁵Paragrafi 53-56: "Per quanto riguarda più in particolare la seconda di queste condizioni e la sua applicazione al fine di stabilire un'eventuale responsabilità dello Stato per una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, occorre tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto come hanno fatto valere anche gli Stati membri che hanno presentato osservazioni in questo procedimento. La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente. 54 Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento dei danni deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato. 55 Fra tali elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE. 56 In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia (v., in tal senso, sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 57)".



Peraltro, la dottrina è concorde nel ritenere che in caso di violazione del diritto europeo imputabile alla funzione giurisdizionale, i soggetti danneggiati debbano ottenere il risarcimento ex art. 2043, e non ex l. 117/1988. A tal proposito vi è chi argomenta tale posizione ricalcando i ragionamenti della Corte di giustizia, ovvero a seguito di un raffronto fra i diversi modelli e la conseguente considerazione circa l'incompatibilità della disciplina italiana con il modello europeo²⁶. D'altra parte, vi è chi giunge ad analoga conclusione tramite un percorso argomentativo del tutto diverso. Secondo tale tesi, il raffronto fra i modelli appare del tutto improprio, perché fondato sull'erronea constatazione circa l'analogia delle due figure²⁷. Dunque, seguendo questa linea argomentativa, l'inapplicabilità della legge 117/1988 deriverebbe non dall'incompatibilità con il diritto UE, ma dal rapporto di specialità tra le discipline, stante la diversa natura, nazionale o sovranazionale, della posizione giuridica violata²⁸. Secondo questa tesi, l'illecito coniato a livello comunitario non si caratterizza in via ontologica quale illecito giudiziario, ma quale illecito dello Stato in senso proprio, "rispetto al quale è un accidente che si tratti di organo legislativo, esecutivo o giudiziario"²⁹. Ne consegue che nel caso di violazione del diritto europeo imputabile ad un

²⁶ Autorevole dottrina sostiene che nelle controversie che presentano profili di illecita violazione del diritto comunitario la l. 13 aprile 1988, n° 117 debba essere disapplicata perché risulta incompatibile con il diritto comunitario "sotto più e qualificanti profili". Cfr. R. CARANTA, *Giudici responsabili?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2006, (pp. 2386 - 2395), pag. 2395; L. 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, (pp. 447 - 461), pag. 457.

²⁷ Cfr. E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro Italiano*, 2006, (pp. 418 - 420), pag. 419. Quest'ultimo orientamento è in linea con le perplessità manifestate da coloro i quali sottolineano che la responsabilità civile del magistrato non è modellata secondo lo schema della clausola generale, ma sulla base di ipotesi tipiche di illecito. Cfr. L. CORSARO, M. POLITI, *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 1989, (pp. 366 - 378), pag. 368. Gli autori a tal proposito affermano che, in realtà, lo scopo della normativa non è di individuare ipotesi di responsabilità del magistrato, ma "di definire ed affermare la responsabilità dello Stato per alcuni illeciti del magistrato".

²⁸ Tale orientamento sembra essere stato seguito nel dettare la Sentenza Trib. Genova, 23 aprile 2008.

²⁹ Cit. da E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2005, (pp. 3-13), pag. 8. Del resto, la stessa Corte di giustizia (Sent. Köbler, par. 42) ha sottolineato che la responsabilità dello Stato membro imputabile all'attività giudiziaria non consiste in una responsabilità personale dei giudici, ma in una misura che coinvolge lo Stato, a prescindere dall'esercizio successivo dei meccanismi disciplinari corrispondenti. Il soggetto dell'imputazione è lo Stato, e sarà quest'ultimo a risarcire il cittadino danneggiato. Cfr., fra gli altri, G. ANAGNOSTARAS, *The principle of state liability for judicial breaches: The Impact of European Community Law*, in *European Public Law*, 7, 2, 2001, (pp. 281-305), pp. 287 - 289. A tal proposito facciamo notare, in ogni caso, che tale soluzione non appare dissimile rispetto a quella che caratterizza la disciplina nazionale, che non solo pone l'accento sull'obbligo di riparazione dei danni a carico dello Stato, ma svincola la responsabilità statale da quella personale conducendo ad una "vera e propria rottura



organo giurisdizionale, debba trovare applicazione una disciplina altra rispetto alla 117/1988, non per incompatibilità di quest'ultima, ma per mancanza dei requisiti sostanziali di applicabilità.

Qualunque sia l'esito di tale dibattito, da cui pure dipendono conseguenze giuridiche di assoluto rilievo³⁰, ad oggi, per effetto della non applicazione della disciplina italiana nel caso di violazione del diritto europeo, convivono due diverse discipline a seconda del fondamento, comunitario o di diritto interno, delle posizioni giuridiche violate. Nel primo caso, i giudici italiani escludono l'applicazione della legge 117/1998 relativa alla responsabilità civile del magistrato³¹, e quindi applicano il paradigma comunitario, e in particolare il requisito costituito dal carattere manifesto della violazione stessa da parte dell'organo giudiziario, completato dalla fattispecie ex art. 2043 c.c. Invece, nei giudizi aventi ad oggetto condotte giudiziarie lesive di norme e diritti che si fondano unicamente sul diritto interno, continuerebbe a trovare applicazione la legge 117/88.

Tale doppio regime implica un asimmetrico sistema di tutela, non facile da giustificare³². In caso di violazione del diritto comunitario non troverebbe applicazione la c.d. clausola di

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”. Cit. da F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica di Diritto Privato*, 1988, (pp. 643 - 684), pag. 670. “Pertanto, mentre sul versante “esterno” e quindi nel rapporto con il cittadino-danneggiato lo Stato risponderà solo in presenza dei presupposti richiesti dalle legge, su quello “interno” la responsabilità del magistrato riguarderà esclusivamente i suoi rapporti con lo Stato”. Cit. da L. MANGIARACINA, *Responsabilità dello Stato membro per danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2008, (pp. 247 - 268), pp. 256 - 263.

³⁰ Infatti, a seconda che si opti per il primo orientamento o per il secondo, sarebbe possibile applicare anche all'illecito comunitario quelle disposizioni della disciplina italiana relative alla responsabilità del giudice che non appaiono in contrasto con il diritto comunitario. Si pensi agli articoli dedicati ai termini di prescrizione biennale che, seppur più brevi rispetto ai termini ordinari, sono sicuramente compatibili con il diritto comunitario. Inoltre, a seconda dell'approccio, sarebbe possibile applicare l'art. 7 relativo all'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

³¹ Ciò detto, come vedremo, permangono molte incertezze a proposito delle possibilità di convivenza delle due discipline, e delle prospettive di influenza del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario riferito ad un organo giurisdizionale sulla disciplina nazionale di responsabilità civile del magistrato. Tra l'altro, come vedremo, nelle altre esperienze considerate anche in caso di illecito comunitario trova applicazione la disciplina relativa alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice.

³² D'altra parte, le analogie sotto il profilo sostanziale sono piuttosto evidenti; si pensi, in primo luogo, che in entrambi i casi si tratta di un illecito imputato in via diretta allo Stato per fatto commesso da un organo giurisdizionale che si fonda sul 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,



salvaguardia, mentre tale disposizione verrebbe senz'altro applicata in presenza di una posizione giuridica fondata sul diritto interno³³. Inoltre, nel primo caso il soggetto danneggiato deve provare la sussistenza della violazione manifesta del diritto, mentre nel secondo si applicano i comportamenti tipizzati che integrano il presupposto della colpa grave previsto dalla disciplina italiana³⁴. Infine, troverebbe applicazione un diverso regime di diritto processuale; si pensi al già citato articolo 5 comma 1, che prevede un preliminare esame sull'ammissibilità della richiesta risarcitoria ad opera dello stesso giudice competente a decidere nel merito, applicabile solo nel secondo caso³⁵.

Questo doppio regime è stato oggetto di diverse riflessioni da parte della dottrina, poiché implica un sistema di tutele differenziato, a fronte di posizioni giuridiche che possono apparire sostanzialmente analoghe. Diversi autori hanno affermato che su tale palese discriminazione a rovescio potrebbe pronunciarsi la Corte Costituzionale alla luce del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost.³⁶. La questione fondamentale consiste, a nostro

nell'altro alla colpa come elemento soggettivo della fattispecie". Cit. da T. TORRESI, *La responsabilità dello Stato per violazione del Diritto Comunitario*, in N. LIPARI, *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. IV, CEDAM, Padova, 2003, (pp. 644 - 679), pag. 675.

³³ Infatti l'attività interpretativa di diritto interno è esente da un vaglio in termini di responsabilità. Costituisce ostacolo decisivo la clausola di salvaguardia di cui all'art. 2, secondo la quale "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". Tale disposizione fu approvata in Parlamento con voto quasi unanime, poiché si voleva evitare la possibilità di giudicare il modo in cui il magistrato aveva interpretato la norma o valutato il fatto "e sul perché non avesse operato una diversa interpretazione o valutazione, così incidendo nella sostanza stessa della giurisdizione". Cit. da L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, pag. 103.

³⁴ Art. 2.3, l. 117/1988: "Costituiscono colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione".

³⁵ Cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 194.

³⁶ Tale tesi è espressa da Vincenzo Roppo, secondo cui, "a seguito del riconoscimento del principio della responsabilità comunitaria dello Stato derivante da provvedimento giurisdizionale senza più gli ostacoli dell'attività di interpretazione di norme e di valutazione dei fatti e delle prove, nonché del limite del dolo e della colpa grave, dovrebbe emergere l'illegittimità costituzionale della l. 117/88 laddove, irragionevolmente e in contrasto con il principio di eguaglianza, dispone per le violazioni giudiziarie del diritto interno un grado di protezione più basso di quello accordato per le violazioni del diritto comunitario". Cit. da V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una "case story" in attesa del finale*, in *Rivista diritto privato*, 11, 2, 2006, (pp. 347 - 376), pag. 375. Cfr. C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa:*



avviso, nello stabilire se la partecipazione allo spazio giuridico europeo, da cui deriva, in capo ai cittadini, una titolarità di diritti necessariamente eterogenea, possa giustificare tale sdoppiamento. Riteniamo infatti perfettamente sostenibile che la asimmetria della tutela delle posizioni giuridiche soggettive rientri nella fisiologia degli spazi giuridici multilivello. Infatti, i rapporti fra diversi livelli giuridici, quando fondati sul principio di competenza e non solo su quello di gerarchia, conducono necessariamente ad un caleidoscopio di posizioni giuridiche, che assumono colorazione a secondo dell'ordinamento nazionale considerato e delle disposizioni che regolano i suoi rapporti con lo spazio giuridico comune. I recenti dibattiti parlamentari, così come l'ultima proposta di riforma, dimostrano come tali rapporti possano essere malintesi, e come la sfaccettata realtà giuridica europea possa essere oggetto, anche da parte di chi svolge ruoli istituzionali, di pericolosi pressapochismi.

4. La sentenza Traghetti del Mediterraneo è stata l'occasione per riflettere circa l'incompatibilità della disciplina italiana rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia e circa le tensioni derivanti dalla convivenza di tali discipline³⁷. In questo senso, è indubbio che la giurisprudenza comunitaria abbia contribuito a rafforzare le istanze che invocano una riforma della disciplina italiana, in considerazione della problematica esistenza di un doppio binario di tutela, a seconda che l'azione risarcitoria trovi o meno fondamento nel diritto comunitario. Anche in considerazione di tali tensioni, da più parti, negli ultimi anni, è stato invocato un nuovo intervento del legislatore italiano, con particolare riguardo al carattere ingiustificatamente discriminatorio della differenziazione fra strumenti di tutela a seconda del fondamento delle posizioni giuridiche violate³⁸. La netta asimmetria fra disciplina italiana

una discriminazione a rovescio?, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2006, (pp. 1116 - 1131), pp. 1130 - 1131; F. FERRARO, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2007, (pp. 55 - 89), pag. 69.

³⁷ Per meglio dire, “la giurisprudenza comunitaria ha scardinato l'impianto della legge n° 117 del 1988”. Cit. da F. BIONDI, *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2006, (pp. 839 - 842), pag. 841.

³⁸ Il metodo utilizzato, dunque, sembrerebbe porsi nella direzione auspicata da quella parte della dottrina che sostiene la necessità di un intervento del legislatore “anche per evitare disparità di trattamento in situazioni distinguibili solo per la loro rilevanza europea”. Cit. da CARANTA, *Giudici responsabili? cit.*, pag. 2395. Vi è chi invece sostiene che il ruolo di raccordo fra livello comunitario e ordinamento interno dovrebbe essere ricoperto dalla Corte di cassazione, tramite un'interpretazione della disposizione nazionale quanto più possibile in consonanza con le linee dettate dalla Corte di giustizia. Ad esempio, vi è chi ipotizza che la Suprema Corte potrebbe “considerare come “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile” di cui alla lettera a) del comma 3 dell'art. 2 della legge 117/1988, qualsiasi violazione sufficientemente



e giurisprudenza comunitaria è stata anche alla base delle ultime proposte di riforma presentate in Parlamento in sede di discussione della legge comunitaria 2010. “Ce lo chiede l’Europa”, secondo un adagio che costella le dichiarazioni dei proponenti, i dibattiti parlamentari, i titoli dei giornali, ecc. Al momento in cui scriviamo, il testo è in discussione alla Camera dei Deputati, e, anche in considerazione della durissima presa di posizione del Consiglio Superiore della Magistratura³⁹, è difficile prevedere l’esito di tale iniziativa. Tuttavia, è possibile svolgere alcune riflessioni circa il peculiare rapporto fra diritto nazionale e diritto europeo, in relazione ai fenomeni di imitazione fra ordinamenti collocati su diversi livelli.

I promotori della riforma sostengono la sua necessità a seguito dei pronunciamenti della Corte di giustizia circa la incompatibilità della disciplina italiana rispetto al principio della responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile alla funzione giurisdizionale⁴⁰. Tuttavia, come noto, i rapporti fra diritto nazionale e diritto europeo sono regolati non solo da un principio di gerarchia, ma anche di competenza. Per cui, il fatto che la Corte di giustizia abbia stabilito l’incompatibilità della disciplina italiana con la giurisprudenza della Corte di giustizia impone la disapplicazione del primo nel caso in cui la posizioni giuridiche violate siano fondate sul diritto comunitario, ma non può certo impedire che tale disciplina trovi applicazione nel caso di violazione di posizioni giuridiche fondate sul diritto interno. Di conseguenza, è da escludere che la riforma della disciplina italiana sia in qualche modo imposta dalle istituzioni comunitarie, e che l’Italia corra il rischio di subire sanzioni nel caso in cui non metta mano a tale disciplina.

Tuttavia, allontanandoci dalle dinamiche parlamentari nazionali, non vi è dubbio che i modelli nazionali tendano inevitabilmente a convergere, una volta stabilito, a livello comunitario, un modello di riferimento. Nel caso in questione, tale fenomeno appare in

caratterizzata del diritto comunitario (rinviando in tal modo anche ai criteri indicati dall’organo giudiziario sopranazionale) per “proteggere” la disciplina italiana della responsabilità civile del magistrato (almeno con riferimento a questa parte del documento normativo), senza dover incorrere nella difficile scelta tra la drastica, ma doverosa, disapplicazione di essa o la sua (comunitariamente illegittima) applicazione, soluzione quest’ultima che rischierebbe, a lungo andare, di causare allo Stato gravi conseguenze (come possono essere quelle derivanti da una responsabilità non solo di natura civilistica, ma anche pubblicistica, ossia nei confronti della Comunità”. Cit. da F. FERRARO, *L’illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo (seconda parte)*, in *Danno e responsabilità*, 6, 2007, (pp. 629 - 641), pp. 635 – 636.

³⁹ Al momento in cui si scrive, il documento è stato approvato a larga maggioranza dalla Sesta commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, ed è in attesa di essere sottoposto al *plenum*.

⁴⁰ In tempi recentissimi (il 29 luglio 2010) è stato presentato un ricorso da parte della Commissione europea (Causa C-379/10) che richiede di condannare l’Italia per l’infrazione consistente in clausola di salvaguardia ed elemento soggettivo.



tutta evidenza. Infatti, non vi è dubbio che nel panorama italiano, l'affermazione del principio comunitario applicato anche alla funzione giurisdizionale abbia costituito un elemento di squilibrio. A tal proposito, rinviamo non solo a quanto detto in fase introduttiva, ma facciamo riferimento ad un aspetto specifico, che costituisce l'oggetto principale di dibattito. Come noto, la legge 117/1988 impone la prova di un elemento soggettivo costituito o dal dolo o dalla colpa grave, a sua volta consistente in alcuni comportamenti tipizzati⁴¹. Secondo l'ultima proposta, tale elemento soggettivo dovrebbe essere integrato dalla "violazione manifesta del diritto" mutuando, in questo modo, la terminologia usata dalla Corte di giustizia⁴².

Tale soluzione merita alcune note di commento, muovendo dai dati riportati finora. Come noto, il presupposto della violazione manifesta del diritto costituisce una soluzione di compromesso, poiché altro non è che una condizione dai confini volutamente generici, volta a delegare applicazione e completamento giuridico ai legislatori e ai giudici nazionali. Peraltro, come accennato in precedenza, la stessa Corte di giustizia ha affermato che la responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto UE è imputabile alla funzione giurisdizionale solo in casi del tutto eccezionali, in considerazione delle peculiarità della funzione giurisdizionale e dei principi coinvolti circa l'indipendenza del potere giudicante e il principio di cosa giudicata. In questo quadro, un intervento del legislatore nazionale che riproduce testualmente le espressioni della Corte di giustizia implica conseguenze ampiamente criticabili. Infatti, una mera riproduzione di tale espressione nella legge nazionale introdurrebbe un elemento estremamente pericoloso non solo per l'indipendenza e la terzietà della funzione giurisdizionale, ma anche in termini di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive. In mancanza di una più chiara delimitazione del concetto (da applicare, si badi bene, anche in caso di violazione di posizioni giuridiche interne), i giudici nazionali potrebbero, a seconda dei casi, interpretare estensivamente o restrittivamente la fattispecie, aprendo a un ventaglio di possibilità che va dalla pressochè totale equiparazione

⁴¹ Secondo l'art. 2.3 della l. 117/1988 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 è 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.

⁴² Quindi, secondo le dovesse essere approvato l'emendamento Pini (dal nome del proponente), il nuovo art. 2 prevederebbe, accanto alle ipotesi tipizzate di colpa grave, anche la "violazione manifesta del diritto" o "violazione palese del diritto", il che implicherebbe un allineamento rispetto alla giurisprudenza europea nonché un ampliamento in chiave atipica dell'elemento soggettivo.



dei magistrati agli altri funzionari dello Stato (perdendo dunque di vista le prerogative della loro funzione), fino a condurre ad una forma di immunità che risulterebbe, peraltro, contraria, all'art. 28 della Costituzione Italiana.

Del resto, se si considera la granitica giurisprudenza nazionale sul punto⁴³, non è difficile prevedere che la conseguenza più probabile sarebbe la seconda. Per di più, nel caso di violazione di posizione giuridica soggettiva fondata unicamente sul diritto nazionale, in mancanza dell'elemento di garanzia costituito dal meccanismo del rinvio pregiudiziale, l'irrigidimento della giurisprudenza apparirebbe pressoché ineluttabile, e implicherebbe con tutta probabilità una tendenza "difensiva" dei giudici, da cui deriverebbero conseguenze negative anche in tema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Inoltre, un quadro sommario delle discipline nazionali dimostra come, in generale, ai magistrati sia assicurata l'immunità pressoché totale o, in ogni caso, sia prevista una responsabilità patrimoniale solo in casi di gravità eccezionale⁴⁴. Il che dimostra

⁴³ Peraltro, la giurisprudenza non ha certo contribuito ad allargare il sistema di tutele, rimanendo orientata per un'applicazione particolarmente restrittiva. V. Cassazione civile 31 maggio 2006, n° 13000; Cassazione civile 27 novembre 2006, n° 25123. In termini non dissimili si sono espresse corti di grado inferiore. V. Tribunale di Roma 2 gennaio 2002, in *Diritto e Giustizia*, 2004, 41, 76; Trib. Roma 28 giugno 2001, *Mediobanca.Banca di Credito Finanziario S.p.A. e Vincenzo Maranghi v. Repubblica Italiana*, in *Giur. Mer.*, 2002, 359, con Nota di F. GIANFILIPPI, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato-giudice*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, (pp. 362 - 366).

⁴⁴ Un panorama delle discipline nazionale propone un quadro estremamente eterogeneo, ma comunque contrassegnato da un'estrema cautela dovuta all'ossequio verso i principi di indipendenza del potere giudicante. In Inghilterra (così come in Irlanda e a Cipro) è escluso in radice che il giudice risponda, direttamente o indirettamente, dei danni causati nell'esercizio delle sue funzioni (l'unica deroga alla *judicial immunity* riguarda l'ingiusta detenzione). Più in generale negli ordinamenti di *common law* prevale la teoria della assoluta irresponsabilità del giudice. A tal proposito, v. V. VARANO, voce *Responsabilità del magistrato*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sezione civile, XVII, UTET, Torino, 1998. 114 ss. E' prevista una responsabilità indiretta in Francia (l'art. 11 della legge del 5 luglio 1972 di riforma della procedura civile, stabilisce che "*l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice*"), e che la sua responsabilità "*n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice*"), in Germania (l'articolo 34 della Costituzione, dopo aver sancito il principio della responsabilità dello Stato, stabilisce che «in caso di dolo o colpa grave può essere fatto valere il diritto di rivalsa», mentre il par. 839 del BGB precisa che l'obbligo al risarcimento viene meno se chi ha subito il dolo o la colpa grave «ha omesso di impedire il danno mediante l'impiego di mezzi legali»), Portogallo (solo in seguito a condanna penale) e in Belgio (solo in caso di dolo). Nei Paesi Bassi risponde sempre e solo lo Stato, senza rivalsa sui magistrati. Tra l'altro, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli stati membri del sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità, adottata il 17 novembre 2010 stabilisce espressamente (par. 66 e ss.) 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. 67. Soltanto lo stato, ove abbia dovuto



inequivocabilmente due aspetti. Il primo è che, se si prendesse per buono il rilievo secondo cui la riforma del regime di responsabilità civile dei giudici è un dovere derivante dalla partecipazione italiana all'Unione Europea, questo dovrebbe valere, a maggior ragione, quanto meno per tutti quegli ordinamenti che prevedono per i giudici un'immunità totale o limitano l'ambito della risarcibilità solamente a casi del tutto eccezionali. Inoltre, tale asimmetria rispetto alle altre discipline nazionali dimostra come sia del tutto frequente e accettabile sotto il profilo istituzionale un doppio livello di tutela, anche in considerazione del fatto che lo stesso paradigma comunitario di responsabilità per fatto del giudice è esplicitamente indirizzato ad una applicazione in casi di particolare gravità.

5. L'ultima iniziativa volta a riformare la disciplina italiana relativa alla responsabilità civile dei magistrati è certamente istruttiva sotto il profilo comparatistico. Dimostra in primo luogo il fatto che la giurisprudenza della Corte di giustizia, e il diritto europeo nel suo complesso, sono un modello che orienta gli interventi dei legislatori nazionali anche al di là dei doveri derivanti dalla partecipazione all'Unione Europea. Questo appare particolarmente evidente in tema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, il cui duplice fondamento, al contempo nazionale ed europeo, fa sì che il cittadino europeo svolga il fondamentale ruolo di primo guardiano della corretta applicazione del diritto comunitario e, al contempo, si proponga come dinamico ed inconsapevole fattore di mutamento dall'interno e di convergenza degli ordinamenti nazionali. Tuttavia, il tema della responsabilità civile del magistrato dimostra come l'autonomia degli ordinamenti nazionali sia non solo un principio cardine della realtà giuridica europea, ma che implichi la necessaria convivenza fra speculari regimi di tutela previsti a livelli diversi e interdipendenti.

Per quanto riguarda più in dettaglio il risarcimento dei danni derivanti da responsabilità dello Stato-giudice, non vi è dubbio che la Corte di giustizia, in considerazione della delicatezza del tema, così come dell'estrema eterogeneità delle soluzioni adottate a livello nazionale, abbia preferito evitare qualunque forma di ingerenza che, tra l'altro, apparirebbe totalmente estranea ai compiti delineati dai Trattati. Infine, non pare azzardato sostenere

concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale. 68. L'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non devono fondare responsabilità penale, tranne che nei casi di dolo". Per una disamina in chiave comparatistica circa il tema della responsabilità del giudice, v. V.VIGORITI, voce *Responsabilità del giudice*. *Diritto comparato e straniero*, Enciclopedia Giuridica, Treccani, Roma, 1991, vol. XXVI, pagg. 1 – 7.



che gli interventi legislatori nazionali dimostrano che diritto europeo, e le decisioni dei giudici sovranazionali in particolare, vengono per lo più vissuti come fonte di fastidiosi obblighi cui adempiere, salvo poi essere richiamati strumentalmente in sede di riforma di temi particolarmente sensibili sotto il profilo politico e istituzionale. Per cui, se l'obiettivo del legislatore consiste nel mero ampliamento della sfera di responsabilità civile dei magistrati, sarebbe preferibile abbandonare i pletorici richiami alla giurisprudenza europea. Se invece si persegue un armonico raccordo fra disciplina nazionale e diritto europeo, si dovrebbe procedere, tuttalpiù, alla riforma della c.d. clausola di salvaguardia (lasciata del tutto inalterata dalla proposta attualmente in discussione), e delegare ai giudici nazionali l'opera di tessitura della trama giuridica europea, nella consapevolezza che in uno spazio giuridico multilivello lo sdoppiamento degli strumenti di tutela costituisce a pieno titolo una delle regole del gioco.