

Brevi note a margine del discorso tenuto dal Presidente Mattarella all'incontro con i Magistrati ordinari in tirocinio: interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*

di **Maria Grazia Nacci**, *Professore aggregato di Istituzioni di diritto pubblico e di Diritto regionale e degli enti locali, Università degli Studi di Bari Aldo Moro*

ABSTRACT: The essay, by moving from the recent speech of the President of the Republic Mattarella to the magistrates in training and awaiting for the decision of the Constitutional Court on the Law n.18 / 2015, offers some thoughts regarding the freedom and the judicial interpretation limits in connection with the theme of accountability in the exercise of the judicial function.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Interpretazione e responsabilità nell'epoca della 'giudiziarizzazione' degli ordinamenti giuridici. 3. Evoluzione del quadro normativo di riferimento fino alla legge 27 febbraio 2015, n.18. 4. Alcuni rilievi conclusivi in attesa delle determinazioni della Consulta sulle impugnazioni della normativa del 2015.

1. Premessa

Lo scorso 6 febbraio 2017, il Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, ha incontrato per la seconda volta, presso il Quirinale, i magistrati in tirocinio nominati con d.m. 18 gennaio 2016, tenendo un discorso denso di sollecitazioni, a margine del quale si propongono qui di seguito alcune riflessioni.

Il Presidente, invero, evocando l'impegno e la responsabilità della professione che i tirocinanti si accingono ad intraprendere, sottolinea l'accentuata complessità dell'attività cui i magistrati sono oggi chiamati, anche "*per il rilievo sempre maggiore che, nel nostro ordinamento, assumono le pronunzie delle Corti europee*" e, dunque, per "*la prospettiva non più solo nazionale nella quale il magistrato deve muoversi*", delineandosi "*un orizzonte più ampio entro il quale realizzare la fondamentale tutela dei diritti*", in una dimensione europea che, senza affievolire, ma anzi alimentando, la tradizione giuridica italiana, mira ad assicurare a quella tutela dei diritti maggiore completezza ed efficacia.

In tale ottica, il Presidente richiama l'importanza, la ricchezza e la complessità del dialogo in atto fra le Corti, nazionali ed europee¹, insistendo sul fondamentale compito gravante sui magistrati

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹ Di "mondializzazione giurisdizionale" intesa come rete giudiziaria globale caratterizzata "*da richiami alle sentenze straniere, scambio di argomentazioni, formazione comune, dialogo tra giurisdizioni*", parla V. TONDI DELLA MURA, I

di sviluppare questa interlocuzione, senza però mai perdere di vista i propri valori costituzionali, che devono rimanere punto di riferimento imprescindibile².

Il Presidente, quindi, fornisce chiare indicazioni in tema di libertà e limiti dell'interpretazione giudiziale: compito dei magistrati sarà *“riuscire a dare le risposte che l'ordinamento giuridico consente attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni che conducono a individuare gli interessi in rilievo e a bilanciare i valori di cui essi sono espressione”*, fermo restando che tali disposizioni devono essere *“considerate anzitutto nei loro espressi enunciati”*; le decisioni del magistrato, *“per essere credibili, devono essere sorrette da una solida preparazione, frutto di un assiduo impegno professionale”*, *“evitando di correre il rischio dell'arbitrio”*, così tutelando *“l'alto valore di civiltà rivestito dalla certezza del diritto”*, atteso il diritto dei cittadini alla *“prevedibilità delle decisioni giudiziarie per ricavarne regole di rigorosa legalità di comportamento”*.

“L'equilibrio nell'esercizio della funzione giudiziaria consiste nel saper evitare il duplice rischio di applicazioni meccanicistiche delle norme o di letture arbitrariamente 'creative' delle stesse”.

In tal modo, *“si tutela al meglio l'autonomia e l'indipendenza della magistratura”*.

Così sintetizzati i punti nodali del discorso tenuto da Mattarella, emergono, come è evidente, rilevanti questioni, quali la libertà interpretativa del singolo giudice (che non è più *bouche de la loi*, ma non può neanche atteggiarsi ad arbitrario creatore di diritto), la necessità di una solida preparazione giuridica, il fondamentale dialogo con le Corti europee, l'integrazione tra ordinamento nazionale ed eurounitario, l'irrinunciabile valore della certezza del diritto, i principi di autonomia ed indipendenza della magistratura, questioni tutte che, come è noto, si incrociano nel tema della responsabilità per l'esercizio della giurisdizione, tema che si legge fra le righe di questo discorso, sebbene non espressamente affrontato dal Presidente, forse anche volutamente, per ragioni di opportunità, in un momento in cui c'è grande attesa per le decisioni della Corte costituzionale su una serie di questioni di legittimità sollevate in ordine alla più recente normativa italiana sul punto³.

2. Interpretazione e responsabilità nell'epoca della 'giudiziarizzazione' degli ordinamenti giuridici

Alle parole del Presidente è sottesa la consapevolezza della rilevanza sempre maggiore che nel tempo ha assunto il potere giudiziario, il cui progressivo rafforzamento è ricollegato a diversi fattori,

rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»), in *Archivio Rivista Aic*, 2012, 4.

² Emblematico in tal senso il noto caso Taricco, per cui si rinvia a M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, n. 2/2016; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirme fuori?*, in www.forumcostituzionale.it; S. BISSARO, *I “nodi” della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, *ibidem*; M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in www.giurcost.org. (12 febbraio 2016).

³ Il riferimento è, ovviamente alla legge n.18 del 27 febbraio 2015 (che ha modificato la previgente disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati dettata dalla legge n. 117/1988), contro la quale sono state immediatamente sollevate diverse questioni di legittimità costituzionale (cfr. gli atti di promovimento del Tribunale penale di Treviso, dell'8 maggio 2015, del Tribunale di Verona, III Sezione civile, 12 maggio 2015, cui hanno fatto seguito le ordinanze del Tribunale di Catania del 6 febbraio 2016, del Tribunale di Enna del 25 febbraio 2016 e 10 marzo 2016, nonché del Tribunale di Genova del 10 maggio 2016).

primo fra tutti il progressivo indebolimento del potere legislativo⁴, la cui sostanziale abdicazione al compito di disciplinare materie controverse e sensibili, ha lasciato spazio alla supplenza del potere giudiziario; a ciò si aggiunga il superamento della sola legalità legale a favore della legalità costituzionale⁵ (che include oggi anche la Carta europea dei diritti dell'uomo e, quindi, gli effetti della tutela multilivello dei diritti) e l'inserimento del giudice nel circuito dell'attuazione del diritto eurounitario⁶.

E' noto che questa *giudiziarizzazione* dei moderni ordinamenti giuridici ha portato con sé un sempre maggiore interesse per il tema della responsabilità nell'esercizio della giurisdizione, che incide, a sua volta, sul principio di indipendenza della magistratura.

Ed invero, nella tradizione liberale, imperniata sull'idea del giudice-funzionario, soggetto solo alla legge e mero applicatore di essa, la cui *voluntas* si assumeva univoca, evidente e razionale, l'indipendenza del giudice era presupposto per la meccanica, oggettiva ed egualitaria applicazione del comando normativo, non implicava alcuna discrezionalità interpretativa⁷, sicché di responsabilità del giudice poteva parlarsi solo nei casi estremi di doloso allontanamento dalla *ratio legis* o di assoluta incapacità di ricostruzione della stessa. L'indipendenza, in tale contesto, si traduceva in sostanziale irresponsabilità.

L'ordinamento repubblicano, instaurando la legalità costituzionale – che impone che la *voluntas* espressa dalla legge non sia più libera, ma debba fare i conti con i principi ed i diritti fondamentali e fondanti espressi nella Costituzione – ed assegnando al giudice comune il ruolo di filtro per l'accesso al giudizio sulle leggi, ha portato con sé un fondamentale mutamento del rapporto fra giudice e legge, ponendo le basi per un diverso regime di responsabilità.

⁴ Cfr. sul tema R. ROMBOLI, *I diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, Bari, 2012, 1069 ss. L'incapacità del legislatore di porre in essere adeguate regole di fronte alle continue sollecitazioni sociali, si traduce, a volte, in vera e propria omissione legislativa, altre, nell'adozione di fonti il cui contenuto, spesso a maglie larghe, lascia ampi margini di discrezionalità nella fase applicativa della legge, che, una volta nelle "mani del giudice", può subire interpretazioni, per così dire, "creative", agevolate anche dal sempre più frequente intersecarsi su una stessa fattispecie giuridica di fonti normative nazionali ed europee, che finisce per ampliare i margini del potere interpretativo giudiziale (così A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti? Brevi osservazioni sui confini della funzione giurisdizionale*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La disegualianza nello Stato costituzionale. Atti del Convegno (Campobasso, 19-20 giugno 2015)*, (Quaderni del gruppo di Pisa. Convegni), Napoli, 2016, 326 ss.

Di inevitabile e fisiologica *co-produzione* tra legislatore e giudice nella realtà della dimensione giuridica, parla A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Bari, 2015, 25, il quale ritiene che solo attraverso l'attività co-produttiva dei giudici (comuni e costituzionali), possano trovare effettiva garanzia i principi di democrazia sociale sanciti nella Costituzione repubblicana (che è di tutti, non solo di una maggioranza politica di governo) e, in ogni caso, trovare idonea compensazione gli inevitabili limiti di un legislatore/produttore impossibilitato a risolvere "le sempre nuove esigenze avvertite dal corpo sociale che (...) non trovano ancora espressione in una precisa disposizione legislativa".

⁵ Quale portato del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto (così, M. LUCIANI, *Sulla legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, II, Torino, 2005, 508 ss., il quale parla di difficile convivenza fra i due tipi di legalità, non avendo la legalità costituzionale esaurito ed assorbito in sé la legalità legale).

⁶ Così E. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati recenti novità*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 3/2016, 11.

⁷ Cfr., *ex plurimis*, C. MEZZANOTTE, *Sulla nozione di indipendenza del giudice*, in B. CARAVITA (a cura di), *Magistratura, CSM e principi costituzionali*, Roma-Bari, 1994, 14.

Il giudice, infatti, acquisendo la facoltà di denunciare le norme sospette di incostituzionalità, non è più soggetto alla legge in modo assoluto, ma *sub condicione* della sua conformità alla Carta fondamentale; egli, peraltro, in virtù della giurisprudenza costituzionale, è chiamato ad esercitare il potere/dovere di interpretare autonomamente la legge in maniera conforme a Costituzione, la quale, d'altronde, nell'enunciare numerosi principi anche antagonistici fra di loro, si espone per sua natura ad una continua ed evolutiva attività ermeneutica di ricostruzione e bilanciamento di tali principi⁸.

Attività ermeneutica viepiù articolata nel c.d. *multilevel constitutionalism*⁹.

In tale mutato contesto, l'indipendenza del giudice ha finito per divenire strumento di tutela della libertà interpretativa, finanche della creatività, del giudice.

Ma, in questa nuova accezione, il principio dell'indipendenza deve fare i conti con un altro principio costituzionale, quello della certezza del diritto, imponendosi un bilanciamento tra i due: discrezionalità (se non vera e propria creatività) del potere interpretativo come strumento di adattamento evolutivo dell'ordinamento *versus* garanzia di regolarità, stabilità e, in definitiva, di uguaglianza¹⁰.

Si pone il problema di distinguere l'erronea applicazione del diritto determinata da *ignorantia iuris* (della disposizione normativa e dei relativi tradizionali o prevalenti orientamenti giurisprudenziali), dal fisiologico esercizio della propria autonomia interpretativa che può condurre a soluzioni del tutto nuove, divergenti da indirizzi pregressi.

Si tratta di un *discrimen* fondamentale, in quanto l'indipendenza, da garanzia di uguale ed imparziale tutela dei diritti, non può trasmodare in irresponsabilità assoluta anche in presenza di *ignorantia iuris* o di eccessivo soggettivismo interpretativo, che mini anche il livello minimo di uniformità del sistema, a detrimento della legittimazione stessa della giurisdizione.

Il mutato contesto in cui si assiste ad un significativo protagonismo del giudiziario non può consentire il mantenimento della sostanziale irresponsabilità propria del giudice-funziario, ponendosi forte il tema dell'individuazione di forme di responsabilità idonee soprattutto ad evitare l'arbitrio, più che a limitare la discrezionalità¹¹.

⁸ Cfr. in questi termini anche E. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati recenti novità*, cit., 12 ss.

⁹ Espressione di I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review (CMLR)*, 1999, 703 ss.

¹⁰ Pur non potendosi più sostenere l'idea di un giudice mero esecutore tecnico della legge, non può, tuttavia, dimenticarsi la *funzione* cui il giudice è preposto dall'ordinamento giuridico, cioè quella di garante dell'uguale applicazione della legge (uguale per tutti), ove le situazioni giuridiche portate *sub iudice* siano le medesime (così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1664 ss.), laddove, invece, il diritto creativo giurisprudenziale si presenta idoneo ad ingenerare disuguaglianze dinanzi a situazioni astrattamente dello stesso tipo (cfr. A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale "creativo" è uguale per tutti?*, cit., 331 ss. la quale pone l'ipotesi di soggetti che, nello stesso momento storico, pur rivendicando gli stessi diritti in assenza di un dettato legislativo, ottengano, secondo la discrezionalità del rispettivo giudice, "giudizi" creativi differenti, ovvero l'ipotesi di antinomia tra diritto giurisprudenziale e legislazione successiva a questo). Sul fondamentale compito del giudice di assicurare la garanzia dell'eguaglianza, cfr. V. TONDI DELLA MURA, *Il patto costituzionale fra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, 2015, 481 ss.

¹¹ Cfr. in questi termini R.G. RODIO, *Notazioni preliminari sui profili costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati (Parte I)*, in *Logos*, 2015, II. Della necessità di far derivare una più ampia sfera di responsabilità in capo ai magistrati in correlazione con la sussistenza di un potere discrezionale nella loro attività interpretativa parla F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006. Cfr. sul tema anche A. ANZON DEMMIG, *La responsabilità del giudice come rimedio contro interpretazioni «troppo creative»: osservazioni critiche*, in *AA.VV.*, *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, *Annuario AIC 2004*, Padova, 2008, 253 ss.

In definitiva, si impone il bilanciamento tra indipendenza e responsabilità, per salvaguardare un minimo di certezza del diritto compatibile con il pluralismo del sistema: questo, in sintesi, il messaggio che traspare dal discorso del Presidente Mattarella, il quale, nel prospettare la complessità dell'attività che i tirocinanti si apprestano ad intraprendere nel contesto attuale, contiene un monito, implicito ma evidente, a tenere una 'condotta responsabile', nel senso, appunto, di 'competente ed efficiente'¹².

3. Evoluzione del quadro normativo di riferimento fino alla legge 27 febbraio 2015, n.18

Di seguito si propone una breve ricostruzione delle soluzioni adottate nel tempo dall'ordinamento italiano per rispondere all'esigenza di realizzare il suddetto problematico bilanciamento.

Occorre innanzitutto premettere che il principio di responsabilità della magistratura discende dall'assoggettamento degli appartenenti all'ordine giudiziario al principio di legalità, atteso che la circostanza che la funzione giurisdizionale si sostanzia nell'esercizio di un 'potere', secondo uno dei principi fondanti degli Stati democratici, porta con sé l'esigenza di configurare un corrispondente sistema di responsabilità¹³, di apprestare strumenti sanzionatori e riparatori rispetto ad atti illeciti eventualmente compiuti dai magistrati¹⁴.

La responsabilità del magistrato, in tutte le sue forme, civile¹⁵ (sulla quale si incentrano primariamente le presenti note), penale, disciplinare e amministrativa, strettamente connessa al ruolo del potere giudiziario nell'ordinamento ed alla natura della funzione giurisdizionale¹⁶, trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 28 della Costituzione italiana¹⁷.

Ed invero, tale norma, nel disporre che "*I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti*", non v'è dubbio che si rivolga anche ai magistrati, come pacificamente statuito, peraltro, dal Giudice delle leggi nel lontano 1968¹⁸, in quanto fissa un principio generale valido per tutti coloro che svolgano una qualunque attività statale (ivi compresa la giurisdizione, appunto), vale a dire il principio della responsabilità giuridica per gli atti compiuti nell'ambito di tale attività.

¹² G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, 1987, 282.

¹³ M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988, 6 ss.

¹⁴ Così G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, 780.

¹⁵ Per una ricostruzione storica delle tappe di affermazione di tale tipo di responsabilità in capo ai magistrati cfr. F. 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.rivistaaic.it* (3 novembre 2007), 23 ss.

¹⁶ Così F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 1 ss.

¹⁷ F. MERUSI, M. CLARICH, *Art. 28*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1991, 356 ss.

¹⁸ Cfr. la sentenza n.2 del 1968, in cui si legge: "*In verità l'art.28, dicendo responsabili della violazione di diritti soggettivi tanto i 'funzionari' e i 'dipendenti', quanto lo Stato, ha ad oggetto l'attività, oltre che degli uffici amministrativi, di quelli giudiziari. (...) L'autonomia e l'indipendenza della magistratura e del giudice ovviamente non pongono l'una al di là dello Stato, quasi legibus soluta, né l'altro al di fuori dell'organizzazione statale. Il magistrato è e deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione; ma questa è funzione statale ed i giudici, esercitandola, svolgono attività abituale al servizio dello Stato (...)*".

Tuttavia, la peculiarità delle funzioni che i predetti soggetti sono chiamati a svolgere ha da sempre giustificato, nella giurisprudenza costituzionale¹⁹, la previsione di un regime giuridico di responsabilità civile differenziato rispetto a quello degli altri pubblici impiegati, onde garantire l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione.

Se, dunque, è ragionevole che la responsabilità del giudice sia diversa da quella di qualunque altro pubblico impiegato, onde garantire la serenità di giudizio e, dunque, l'esercizio dell'attività giurisdizionale “*libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza*”²⁰, pur tuttavia i limiti e le condizioni particolari cui essa soggiace non possono tradursi nella totale negazione della responsabilità medesima²¹, cosa che, di fatto, è avvenuta per lungo tempo nell'ordinamento italiano.

Come è noto, infatti, la materia *de qua*, fino all'entrata in vigore della Legge n.117/88, era regolata dagli artt.55, 56 e 74 del codice di procedura civile²², che prevedevano una responsabilità diretta dei magistrati²³, dettando, tuttavia, una disciplina di particolare *favor* per tali soggetti istituzionali, in quanto la relativa area dell'illiceità era limitata unicamente alle ipotesi di dolo, frode, concussione ed omissione di atti d'ufficio, con previsione, peraltro, dell'improcedibilità della domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice in assenza di previa autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia²⁴ (c.d. filtro di ammissibilità).

Tale disciplina, pur configurandosi come eccessivamente limitativa della responsabilità civile del magistrato²⁵, era passata indenne al vaglio di costituzionalità (già nel 1968, con la citata sentenza n.2) ed è stata superata solo un ventennio più tardi, nel 1987, per effetto dell'abrogazione delle suddette norme codicistiche per via referendaria (con una partecipazione altissima del corpo elettorale al referendum abrogativo dell'8 e 9 novembre 1987), che ha imposto al Parlamento un intervento normativo culminato nell'emanazione della Legge 13 aprile 1988, n. 117 (c.d. ‘Legge Vassalli’, dal nome dell'allora Ministro della Giustizia, che aveva presentato il relativo disegno di legge)²⁶.

In realtà, anche tale normativa, che introduceva una serie di ipotesi di responsabilità diretta dello Stato e solo indiretta dei magistrati²⁷, da più parti ritenuta più propriamente compatibile con i

¹⁹ Cfr. anche le sentenze n. 26/1987 e n. 468/1990.

²⁰ Così Corte cost., sentenza n. 18/1989.

²¹ Cfr. Corte cost., sentenza n. 2/68.

²² Articoli abrogati dal D.P.R. 9 dicembre 1987, n. 497, a seguito del *referendum* del 1987.

²³ In realtà, sebbene, appunto, la suddetta disciplina codicistica non prevedesse una responsabilità dello Stato per gli illeciti civili commessi dai magistrati nell'esercizio delle funzioni, la Corte costituzionale ha ritenuto di non poter desumere da tale silenzio l'esclusione della responsabilità statale, stante il disposto dell'art.28 Cost., che non può non consentire alla vittima di un danno ingiusto, causato dal comportamento di un magistrato, di agire per il risarcimento nei confronti dello Stato (cfr. Corte cost., sentenza n.2/68, ove si afferma che una legge che negasse al cittadino danneggiato dal giudice qualunque pretesa verso l'amministrazione statale sarebbe “contraria a giustizia”).

²⁴ Dal 1999, Ministro della Giustizia (cfr. art.16 del d.lgs. n. 300/1999).

²⁵ Soprattutto nella parte in cui escludeva del tutto tale responsabilità per l'ipotesi di colpa grave, circostanza che aveva indotto una autorevolissima dottrina a ritenere la disciplina *de qua* costituzionalmente illegittima per violazione del principio di ragionevolezza, che si iscrive nell'art.3 Cost. (così, A.M. SANDULLI, *Atti del giudice e responsabilità civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Milano, 1978, 1292 ss.; in tal senso si esprime anche G. FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in *www.giurcost.org*, (14 dicembre 2011), 2 ss.

²⁶ Cfr. sul tema G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, 217.

²⁷ Infatti, fatta eccezione per l'ipotesi in cui il danno fosse derivato da un fatto costituente reato (regolato dalle norme ordinarie sulla responsabilità degli impiegati civili), la vittima di un danno ingiusto, derivante da un

principi di autonomia e indipendenza²⁸, è stata da subito considerata insoddisfacente – oltre che di dubbia costituzionalità²⁹ – e, in circa un trentennio di vigenza, si è rivelata assolutamente inadeguata rispetto allo scopo dichiarato³⁰.

Invero, la ricerca di un ragionevole bilanciamento fra indipendenza e responsabilità ha, di fatto, condotto al totale accantonamento del secondo termine di quel bilanciamento³¹, in un contesto in cui la responsabilità del magistrato, pur ampliata, rispetto al passato, dai soli casi di dolo anche alla colpa grave, diveniva di difficile configurazione in concreto, per effetto, da un lato, della configurazione tassativa dei casi di colpa grave³², dall'altro, della c.d. clausola di salvaguardia interpretativa (art.2, comma 2, l. n.117/88), che escludeva tale responsabilità in relazione all'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove³³.

comportamento o un atto o un provvedimento giudiziario posto in essere da qualunque magistrato, ordinario o speciale, non aveva la possibilità di agire direttamente nei confronti di tale magistrato, bensì solo contro lo Stato, al fine di ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivanti da privazione della libertà personale, con una limitata azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato stesso (esercitabile dal Presidente del Consiglio entro un anno dal risarcimento avvenuto, in misura non superiore, salvo il caso di dolo, ad una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio).

²⁸ Si pensi non solo alle posizioni espresse dal giudice costituzionale nelle note sentenze nn. 2/1968, 26/1987 e 18/1989, ma anche da autorevolissima dottrina: *ex plurimis*, cfr. G.M. FLICK, *La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà*, in *Federalismi.it* 2012, n. 11 (23 maggio 2012), 3 ss.; V.M. CAFERRA, *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015, 125 ss.; A. D'ALOIA, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in *www.forumcostituzionale.it* (29 marzo 2015), 5.

²⁹ Cfr. A. GIULIANI, N. PICARDI, *I profili di costituzionalità della legge 13 aprile 1988, n. 117, e la sentenza 19 gennaio 1989, n. 18, della Corte costituzionale*, in L. SCOTTI (a cura di), *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988.

³⁰ Cfr. F. DAL CANTO, *La legge n.18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, in *Rivista Trimestrale*, fascicolo n.3/2015, 4, il quale sottolinea come la disciplina di cui alla legge n.117/88, a causa della formulazione delle sue disposizioni, ma anche della interpretazione che delle stesse è prevalsa in giurisprudenza, in circa ventisei anni di vigenza, cioè fino a tutto il 2014, ha portato a sole sette condanne per risarcimento del danno, a fronte di quattrocento azioni intentate.

³¹ Così A. D'ALOIA, *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, cit., 1 ss. Di irresponsabilità di fatto dei magistrati per gli illeciti civili parla anche N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, in *Annuario Aic 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 2008, 228 ss. In senso contrario, G. FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., 6 ss., il quale richiamando i dati del biennio 2007-2008, parla di esplosione dei provvedimenti di accoglimento delle richieste avanzate dai cittadini (109 solo nel 2008, numero superiore a quello registrato nei cinque anni precedenti).

³² Infatti, la colpa grave non veniva in rilievo come ipotesi generica, bensì, come costituita da: 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 (art. 2, comma 3).

³³ A ciò si aggiunga anche il disposto di cui all'art.5 della legge Vassalli, che prevedeva la dichiarazione di inammissibilità della domanda, da parte del Tribunale competente a pronunciarsi sull'azione risarcitoria contro lo Stato, "quando non sono stati rispettati i termini o i presupposti indicati dagli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando è manifestamente infondata". Tale giudizio di ammissibilità pur motivato dall'esigenza di attivare "un meccanismo di deterrenza a monte contro azioni temerarie, artificiose, fittizie, di mera turbativa", finiva per introdurre un nuovo filtro, di tipo endoprocessuale, idoneo a limitare ulteriormente la possibilità di far valere effettivamente tale forma di responsabilità

Così è accaduto che, la legge Vassalli – che, a causa della formulazione delle sue disposizioni, ma anche della interpretazione che delle stesse è prevalsa in giurisprudenza³⁴, aveva, di fatto, ridotto la configurabilità di ipotesi di responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale ai soli casi di interpretazioni abnormi e aberranti, ovvero dolose – sia stata censurata più volte in sede europea.

In particolare, proprio la c.d. clausola di salvaguardia (*ex art.2, comma 2, L. n. 117/88*) è stata dichiarata incompatibile con il diritto dell'Unione europea con due sentenze della Corte di Giustizia (*Traghetti del Mediterraneo*, 13 giugno 2006, causa C-173/03, e *Commissione c. Italia* del 24 novembre 2011, causa C-379/10), con le quali è stata ritenuta dallo stesso giudice “*inaccettabile*” l'assolutezza dell'esclusione di responsabilità per l'attività interpretativa del giudice, in quanto l'interpretazione rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale, il giudice è sempre posto di fronte a tesi contrapposte ed è sempre chiamato ad interpretare le norme giuridiche nazionali e/o europee, al fine di decidere la controversia sottoposta al suo vaglio³⁵: di qui la conclusione secondo cui “*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 risulti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operata da tale organo giurisdizionale*”; come pure “*osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente*” (violazione per il cui accertamento il giudice europeo fornisce una serie di indici, fra cui, compare, in ogni caso, l'ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia).

Così, sotto la spinta di tali ripetuti interventi che, a sostegno della *primauté* e dell'effettività del diritto eurounitario, hanno censurato tanto l'*error in procedendo* del mancato rinvio pregiudiziale, strumento di raccordo fra diritto nazionale ed europeo, quanto l'*error in iudicando* della manifesta violazione del diritto europeo da parte dei giudici di ultimo grado, il legislatore italiano ha modificato la disciplina della responsabilità civile dei magistrati³⁶ con l'emanazione della legge 27 febbraio 2015, n.18.

Tra le novità più rilevanti ai fini di cui alla presente riflessione, deve ricordarsi, in primo luogo, la ridefinizione del concetto di *colpa grave*, che viene ampliata fino a ricomprendere il *travisamento del fatto o delle prove*, l'*emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dei casi previsti dalla legge o senza motivazione* e la *violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione Europea* e, in secondo luogo, l'eliminazione della c.d. clausola di salvaguardia

³⁴ Cfr. G. SCARSELLI, *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, in *Foro it.*, 2001, I, 3558.

³⁵ Cfr. sul tema F. DAL CANTO, *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 29 ss.; F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un «brutto» colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2006, 839 ss.; P. MORELLI, *Quarto grado di giudizio per i “diritti Ue”. Il danno del giudice: respinte le restrizioni della legge 117/88*, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 29, 104 ss.; G. MERONE, *Il naufragio europeo della legge sulla responsabilità dei magistrati*, *ivi*, fasc. 32, 8 ss.; A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in A. PACE, S. BARTOLE, R. ROMBOLI (a cura di), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Napoli, 2010, 11 ss.

³⁶ Numerosi i progetti di legge di modifica di tale disciplina presentati in precedenza, senza, tuttavia, sortire l'effetto sperato: per una ricognizione di tali tentativi, cfr. G. FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati*, cit., 6 ss.

interpretativa³⁷, che, in teoria, dovrebbero portare all'affermazione di un regime di responsabilità connotato da maggiore effettività rispetto a quanto accaduto sinora, fermo restando che solo la concreta applicazione della nuova normativa e la futura prassi giudiziaria potranno disvelare la reale portata del cambiamento.

4. Alcuni rilievi conclusivi in attesa delle determinazioni della Consulta sulle impugnazioni della normativa del 2015

In realtà, il primo banco di prova che la nuova normativa dovrà affrontare è dato dal vaglio di costituzionalità cui è stata sottoposta in tempi sorprendentemente rapidi, essendo stata percepita da parte delle associazioni di categoria (Associazione Nazionale dei Magistrati e Magistratura Democratica³⁸), come punitiva³⁹ e suscettibile di incidere negativamente sull'autonomia ed indipendenza della magistratura.

In tutte le ordinanze di rimessione alla Corte della disciplina sulla responsabilità del 2015⁴⁰ si lamenta, infatti, la possibile negativa incidenza della stessa sulla libertà interpretativa del giudice, il quale risulterebbe condizionato dalla consapevolezza che la scelta di una opzione interpretativa piuttosto che una altra potrebbe esporlo a responsabilità.

In attesa di conoscere quali saranno le determinazioni della Consulta non sembra, in realtà, condivisibile il timore della categoria.

Si tratta, invero, di un tema complesso, che non può essere affrontato esaustivamente in questa sede; ci si limita, però, ad osservare che la nuova disciplina non sembra idonea a minare la libertà interpretativa del giudice, il quale è tenuto a conoscere il diritto nazionale e la giurisprudenza delle Supreme Corti interne, nonché il diritto dell'Unione europea e gli orientamenti della Corte di Giustizia (oltre, ovviamente, il diritto convenzionale come interpretato dalla Corte EDU), fermo restando che, ove, nell'esercizio del proprio potere interpretativo, dovesse maturare dubbi o perplessità o un orientamento diverso, egli ha a disposizione lo strumento della motivazione per esprimere le proprie ragioni e legittimarsi, internamente ed esternamente, in quanto il motivato dissenso dal diritto vivente non sembra riconducibile alla nozione di colpa grave foriera di responsabilità, ferma restando la sua sindacabilità.

Nel caso, però, in cui il giudice in questione sia una Corte superiore, l'esigenza di ricomporre l'unità dell'ordinamento impone una cooperazione forte in tale direzione.

³⁷ A queste si aggiunge la resa più agevole delle condizioni per chiedere direttamente allo Stato il risarcimento dei danni da 'malagiustizia'; l'introduzione dell'*obbligo di rivalsa* da parte dello Stato (nella specie da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri), che potrà arrivare fino alla metà dello stipendio annuo del magistrato, con trattenuta fino ad un terzo della retribuzione mensile; la scomparsa del c.d. *filtro di ammissibilità della domanda* (previsto dall'art.5 della Legge Vassalli).

³⁸ Cfr. sul punto V.M. CAFERRA, *Il processo al processo*, cit., 135 ss.

³⁹ Giudizio condiviso, per alcuni versi, anche da una parte della dottrina (cfr. R. ROMBOLI, *La nuova legge sulla responsabilità civile del giudice: una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Napoli, 2016, 861 ss.).

⁴⁰ Cfr. i già citati atti di promovimento del Tribunale penale di Treviso, dell'8 maggio 2015, del Tribunale di Verona, III Sezione civile, 12 maggio 2015, cui hanno fatto seguito le ordinanze del Tribunale di Catania del 6 febbraio 2016, del Tribunale di Enna del 25 febbraio 2016 e 10 marzo 2016, nonché del Tribunale di Genova del 10 maggio 2016.

Ed, invero, com'è noto, nel diritto interno, vige l'obbligo per la sezione semplice di una Corte superiore interna che ritenga di discostarsi dal principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, di rimettere la questione a quest'ultima⁴¹, così come, nel diritto eurounitario, vige l'obbligo per il giudice di ultima istanza⁴² (la facoltà, per il giudice di merito) che abbia dubbi in ordine all'interpretazione (o alla validità) di una norma europea, del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. L'obiettivo è quello di dialogare sul punto con gli organi giurisdizionali deputati a garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto (interno ed europeo) e, nel caso, di incidere sugli orientamenti consolidati, ponendo le premesse per una loro modifica⁴³.

Pertanto, colpa grave, foriera di responsabilità, potrà configurarsi solo in caso di ignoranza delle disposizioni normative e degli orientamenti dominanti espressi dai suddetti organi, ovvero in caso di ignoranza o elusione volontaria della regola che prescrive la conformazione all'orientamento o, in alternativa, a seconda dei casi, la rimessione o il rinvio della questione (anche alla Corte costituzionale, ove se ne ravvisino gli estremi), sottoponendo all'organo competente la propria argomentata tesi dissenziente: di qui l'importanza della solida preparazione e del continuo aggiornamento professionale del magistrato cui il Presidente Mattarella richiama i magistrati in tirocinio.

Ma la libertà interpretativa del giudice resta, invece, preservata dalla possibilità di motivare il proprio dissenso dal diritto vivente, provando a mutarlo, ma con gli strumenti previsti dall'ordinamento, inserendosi armonicamente nel processo di progressiva e collettiva definizione di un diritto uniforme ragionevole⁴⁴.

Si tratta, invero, di regole che lungi dal minare l'esercizio della funzione giurisdizionale, appaiono idonee a riportarlo nell'alveo costituzionale, consentendo ai magistrati di realizzare pienamente – come ricordato dal Presidente Mattarella – *“la tutela dei diritti e la garanzia di giustizia”* ad essi affidata, in quanto *“senza questa non c'è dignità della persona, non c'è uguaglianza, non c'è democrazia”*.

⁴¹ Obbligo di rimessione previsto a carico della sezione semplice, rispettivamente, alle Sezioni unite civili della Corte di Cassazione dall'art.374 c.p.c., all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dall'art. 99 c.p.a. ed alle Sezioni riunite della Corte dei conti dall'art.1, comma 7, d.l. n. 453/1993, conv. in L. n. 19/1994 e s.m., regole tutte finalizzate a restituire alle supreme magistrature la loro funzione nomofilattica.

⁴² Cfr. art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE).

⁴³ Fermo restando, però, che la funzione nomofilattica delle supreme magistrature non può essere confusa con la funzione politico-legislativa di normazione, per cui nessun precedente, neppure il più autorevole, ha la capacità di “egualizzare” situazioni giuridiche “diseguali”, come invece può (o, anzi, dovrebbe) la legge nel rispetto dell'art. 3 della Costituzione (così A.M. NICO, *Il diritto giurisprudenziale “creativo” è uguale per tutti?*, cit., 2 ss.). In altri termini, resta aperto il problema, non sviscerabile in questa sede, della vera e propria ‘creazione normativa’ da parte degli organi giurisdizionali (privi, nel nostro sistema, di legittimazione democratica) in assenza della legge o, comunque, ben oltre le interpretazioni che essa consente, che finisce per intaccare la funzione politica del Parlamento.

⁴⁴ L'espressione è di F. ELEFANTE, *La responsabilità civile dei magistrati recenti novità*, cit., 30.