

### ***1. Premessa generale sul d.d.l. A.S. n. 1626***

Il disegno di legge proposto dal Governo concerne la materia della responsabilità civile dei magistrati, da tempo al centro di un ricco e articolato dibattito sul piano culturale, giuridico ed istituzionale.

La disciplina della responsabilità civile per l'esercizio della funzione giudiziaria è chiamata a coniugare interessi di alto rango costituzionale.

Da un lato, la legge deve rendere effettivi gli strumenti di tutela del cittadino danneggiato dal cattivo esercizio dei poteri dello Stato, in sintonia con quanto previsto dall'art. 28 della Costituzione. D'altro canto, le relative norme, contribuendo a delineare le condizioni giuridiche e materiali di esercizio della funzione giurisdizionale nell'ordinamento nazionale, non potranno rinunciare alla salvaguardia della piena ed assoluta autonomia e indipendenza della stessa giurisdizione, valore irrinunciabile in chiave di realizzazione dello Stato di diritto (art. 104 cost.).

È, invero, evidente che il regime legale delle circostanze in cui un magistrato può essere chiamato a rispondere personalmente, sul piano civile, delle proprie determinazioni funzionali può costituire un forte elemento di condizionamento del merito delle sue scelte che, secondo la Costituzione, devono essere assunte in assoluta indipendenza, soggette esclusivamente alla legge (arg. ex art. 101, comma 2, Cost).

Il Consiglio Superiore della Magistratura ha già fornito una lettura ampia ed argomentata del contesto culturale, istituzionale e giuridico, in cui deve essere collocata la riflessione in ordine alla disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

Le delibere del 28 giugno 2011 e del 14 marzo 2012, da intendersi come integralmente richiamate in questa sede, poggiano su importanti pronunce del giudice delle leggi secondo cui la garanzia costituzionale dell'indipendenza della magistratura necessariamente postula il riconoscimento di uno spazio di assoluta autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e di imparziale interpretazione delle norme di diritto, al di fuori di ogni condizionamento, istituzionale o professionale, anche informale, ovvero derivante da personali aspettative o timori (Corte cost., sent. n. 18 del 1989).

Nelle delibere richiamate sono state sottolineate le peculiarità della funzione giurisdizionale, che si esprime tipicamente e per definizione nell'ambito della risoluzione dei conflitti - tra consociati o tra consociati e interessi e poteri pubblici o collettivi - e postula il sacrificio delle aspettative di uno o più soggetti privati, le cui prerogative, personali ovvero

patrimoniali, sono obiettivamente ed inevitabilmente pregiudicate dagli atti autoritativi tesi a rendere effettiva l'applicazione della legge penale o civile. La magistratura, quale istituzione deputata a tale applicazione coattiva, spesso corredata dall'esercizio di un insieme di strumenti di carattere riparatorio e sanzionatorio, talvolta di rilevante afflittività, è quindi naturalmente – si potrebbe dire istituzionalmente - esposta alle inevitabili rivendicazioni di chi non abbia visto le proprie ragioni condivise.

Ed è proprio in considerazione del nesso forte esistente tra obiettiva delicatezza della funzione istituzionale e necessaria garanzia dell'autonomia ed indipendenza del suo esercizio che sono stati ritenuti pienamente conformi a Costituzione i limiti e le condizioni restrittive, sul piano processuale e sostanziale, stabiliti dalla legge vigente e dalle regolamentazioni precedenti. La Corte costituzionale ha così avuto modo di chiarire (sent. n. 2 del 1968) che la responsabilità di cui all'art. 28 Cost. *“non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni”*, ma anzi *“appunto la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione super partes del magistrato possono suggerire ... condizioni e limiti alla sua responsabilità...”*.

Nelle già richiamate delibere il CSM ha, inoltre, fatto riferimento specifico al sistema giuridico sovranazionale in cui, a seguito di ripetute pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (*Köbler*, 30 settembre 2003, causa C- 224/01; *Traghetti del Mediterraneo*, 13 giugno 2006, causa C- 173/03 e *Commissione europea c. Repubblica italiana*, 24 novembre 2011, causa C- 379/10), si è originato l'obbligo dello Stato italiano di conformarsi ai principi di regolamentazione della materia stabiliti in sede europea.

Si è, in merito, chiarito che il principio del risarcimento dei danni per violazione del diritto comunitario non investe la responsabilità personale del magistrato, ma soltanto quella dello Stato, atteso che, secondo la Corte europea, è soltanto alla responsabilità degli Stati membri di risarcire i danni cagionati ai singoli che si riferisce il giudizio di incongruità della limitazione di una normativa, che preveda la responsabilità per atti giudiziari nei soli casi di dolo o colpa grave del giudice, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Mette conto in proposito rilevare che le esplicite sollecitazioni provenienti dagli ordinamenti e dalle fonti internazionali e sopranazionali sembrano piuttosto indirizzate ad evidenziare la preoccupazione che l'aggravamento delle condizioni di responsabilità civile dei magistrati costituisca una potenziale minaccia all'estrinsecazione di un esercizio della funzione giurisdizionale conforme ai principi dello Stato di diritto. In tal senso si sono pronunciate le Nazioni

Unite fin dal 1985<sup>1</sup>, e in termini analoghi il Consiglio consultivo dei Giudici europei del Consiglio d'Europa<sup>2</sup>, nonché il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa<sup>3</sup>.

In questa prospettiva appare opinabile l'*incipit* della relazione di accompagnamento del disegno di legge, secondo cui il delicato tema della responsabilità civile dei magistrati merita di essere riesaminato in ragione della *“esigenza di un riequilibrio delle posizioni politico-istituzionali coinvolte e del superamento definitivo di un conflitto ancora in corso”*.

A ciò si aggiunge che la trama di fondo del d.d.l. sembra orientata ad una utilizzazione atipica dell'istituto della responsabilità civile per finalità ad esso non proprie.

Il tradizionale impianto positivo della responsabilità civile assegna, infatti, a questo istituto una funzione riparatoria e compensativo-satisfattoria, cioè indirizzata esclusivamente a ripristinare il patrimonio del danneggiato dalla perdita subita o addirittura a trasferire il danno dal soggetto che lo ha subito ad altri, senza in ogni caso connotazioni etiche, né intenzioni afflittive o addirittura punitive (come impropriamente evidenziato a pagina 4 nella relazione di accompagnamento).

In questi principi, a presidio della funzione giurisdizionale e quindi della esigenza di mettere il magistrato in condizione di essere imparziale, senza condizionamenti diretti e indiretti, deve trovare fondamento la disciplina della materia: responsabilità diretta solo per lo Stato in caso di cattivo esercizio della giurisdizione; esperibilità di quella azione solo sulla base di un giudicato a cui ancorare le pretese del cittadino danneggiato; esistenza di un vaglio di ammissibilità di quelle pretese; azione di rivalsa nei confronti del magistrato colpevole solo in base a presupposti determinati e in termini ristretti; responsabilità patrimoniale del magistrato in dati limiti quantitativi.

In altri termini, l'istituto della responsabilità civile non può essere utilizzato per mettere pressione ai magistrati al fine di aumentare la diligenza del singolo e la qualità della giurisdizione.

---

<sup>1</sup> *United Nations Basic Principles on the Independence of the Judiciary* adottati nel 1985 nell'ambito del *7th United Nations Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders*, in cui si richiede che i giudici siano dotati della piena autorità di agire, liberi da pressioni e timori, adeguatamente retribuiti e forniti degli strumenti materiali idonei a consentir loro di svolgere in modo soddisfacente il proprio servizio. Al punto 16 della risoluzione, si prevede che i giudici dovrebbero godere della personale immunità per danni civili derivanti da azioni o omissioni nell'esercizio delle loro funzioni.

<sup>2</sup> L'Opinione n. 3 del 19 novembre 2002 afferma ai paragrafi 55-57 che *“Un principio generale vuole che i giudici debbano essere assolutamente immuni da ogni responsabilità civile personale nei confronti di eventuali pretese avanzate direttamente contro di essi connesse con l'esercizio delle loro funzioni quando agiscono in buona fede.”*

<sup>3</sup> La *Magna Charta dei Giudici europei* adottata a Strasburgo il 17 novembre 2010 e recepita nella **Raccomandazione CM / Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri** al cap. VII prevede ai paragrafi 66 – 68:

*“L'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove...per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave.*

*Soltanto lo stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale.*

*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”.*

D'altronde la tutela del cittadino, sotto tale profilo, deve puntare su altri versanti. In particolare: a) sugli ordinari mezzi di impugnazione; b) sugli strumenti indennitari per inefficienze anche non ascrivibili a colpe del singolo; c) su misure ordinamentali quali il rigore nel reclutamento, la formazione permanente che coltivi con la preparazione tecnica anche la responsabilità professionale e culturale del giudice, la serietà nelle valutazioni di professionalità, il sistema disciplinare efficiente in grado di sanzionare davvero le inescusabili negligenze dei singoli, attraverso il suo diverso complesso di regole, sostanziali e procedurali esattamente tipizzate dalla Costituzione e dalla legge ordinaria.

Se invece considerassimo, come pure ermeneuticamente è possibile, tale intervento legislativo, nella sua impostazione generale, come mosso dall'esigenza di dare corretta attuazione al menzionato orientamento della Corte di giustizia (responsabilità diretta dello Stato), oltre che ad esigenze presenti nella pubblica opinione, questo CSM non potrebbe e non può che prenderne atto con soddisfazione, purché naturalmente la correzione della legge Vassalli non porti pregiudizio ai principi sopra richiamati. Ecco perché il nostro parere si sforzerà di fare chiarezza sia su ciò che davvero la Corte europea ci chiede, sia sulle parti del d.d.l. che rischiano di compromettere quei principi, evidenziando altresì, sul punto specifico della valutazione di ammissibilità della domanda risarcitoria prevista dall'art. 5 della legge n. 117, soluzioni alternative alla proposta di mera soppressione della medesima.

## ***2. L'orientamento della Corte di Giustizia in materia di responsabilità dello Stato per violazione manifesta del diritto europeo da parte di organo giurisdizionale di ultima istanza***

Sintetizzando e sviluppando un orientamento giurisprudenziale avviato a partire dalle richiamata sentenza *Köbler* e precisato con la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza *Commissione europea c. Repubblica italiana* ha affermato il principio secondo cui la normativa nazionale non può escludere la responsabilità dello Stato (italiano) per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti dall'interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

In particolare, per quanto riguarda la nozione di colpa grave, secondo la Corte non sarebbe stato dimostrato che la legge n. 117/88 sia stata effettivamente interpretata dalla giurisprudenza italiana, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, *“in termini tali da corrispondere al requisito di «violazione manifesta del diritto*

vigente» fissato dalla giurisprudenza della Corte [di giustizia]” (v. p. 43-45).

L'orientamento della Corte di Giustizia individua, quale presupposto insuperabile da parte della normativa dei singoli Stati membri, la figura della “*violazione manifesta del diritto dell'Unione europea*”, riferita sia al momento dell'esegesi normativa, quanto a quello della valutazione dei fatti e delle prove; ed in ogni caso, in presenza di essa, non è possibile opporre al danneggiato, il quale agisca nei confronti dello Stato per ottenere il risarcimento della posizione giuridica incisa, il fatto che la condotta del magistrato non abbia raggiunto un determinato *standard* di rimproverabilità soggettiva.

Diventa pertanto necessario, al fine di costruire una disciplina di diritto interno conforme alle prescrizioni della giurisprudenza della CGUE, definire il reale significato della nozione di “violazione manifesta”. In proposito, la Corte assume quale criteri rivelatori “*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*”. Detti parametri non vengono definiti nella loro dimensione, per così dire, “quantitativa”, non essendo specificato, ad esempio, “quanto” la norma europea debba essere “chiara e precisa” affinché la relativa violazione da parte del magistrato non possa che determinare una necessaria responsabilità dello Stato. Per realizzare una “violazione manifesta”, dunque, il giudice dovrà incorrere in un errore interpretativo o valutativo (quest'ultimo in materia di valutazione dei fatti o della prova) che, tenuto conto del “grado di chiarezza e di precisione della norma violata”, anche alla luce della “posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria” debba considerarsi assolutamente “inescusabile”: condizione che, secondo una sorta di presunzione assoluta ritenuta dalla Corte, tipicamente ricorrerà nel caso della “*mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE*” così come in quello in cui la decisione sia “*intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte*” di Giustizia (in tale senso già la sentenza *Köbler* ai punti 51-56 e 59).

### **3. Analisi delle singole disposizioni del disegno di legge governativo**

L'art 1 del disegno di legge in parola novella integralmente l'articolo 2 della legge n. 117/88, riformulando i primi tre commi dello stesso ed inserendo un'ulteriore comma, il 3-*bis*.

### ***A) La nuova formulazione del primo comma dell'art. 2 della legge n. 117/88***

Il nuovo primo comma ribadisce l'inquadramento della responsabilità *ex art. 2* nella categoria generale della responsabilità civile dello Stato per l'operato dei suoi dipendenti e non tradisce l'ispirazione tratta, sul piano lessicale, dall'art. 2043 cod. civ..

Gli elementi di novità sono eminentemente tre: l'estensione della responsabilità statale anche in caso di attività giudiziaria svolta, con dolo o colpa grave, dal magistrato onorario; la ricomprensione nella sfera dei danni risarcibili, in ogni caso e non solo nell'ipotesi di privazione della libertà personale, anche dei danni non patrimoniali; infine la nuova collocazione offerta, nel testo della disposizione, alla categoria del diniego di giustizia.

La prima novità sembra, in verità, una mera specificazione di quanto già previsto all'art. 1, ove il concetto di magistrato responsabile viene espressamente riferito a *tutti gli appartenenti alle magistrature [...] che esercitano attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria*. Del resto, al di là della persistente limitazione alla responsabilità per dolo dei giudici popolari *ex art. 7* comma 3, l'unico elemento distintivo della disciplina prevista per il magistrato onorario rispetto al magistrato di ruolo era, e rimane tuttora, la limitazione del *quantum debeatur* in caso di rivalsa dello Stato, valevole solo per il magistrato di ruolo e non anche per il magistrato onorario (art. 8, l. n. 117/88).

La seconda novità è, invece, di natura più sostanziale. Essa sembra un doveroso adeguamento del testo legislativo agli orientamenti giurisprudenziali che riconducono la tutela risarcitoria della persona al sistema bipolare del danno patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo comprensivo, oltre che del danno biologico in senso stretto, del danno morale soggettivo come tradizionalmente inteso nonché dei pregiudizi diversi ed ulteriori costituenti conseguenza della lesione di un interesse costituzionalmente protetto (Cass., Sez. Un., n. 26972, 26973, 26974, 26975 del 2008 e Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235).

Degno di nota è anche un terzo aspetto di novità della riformulazione del primo comma. Il d.d.l. si propone di anticipare nel testo il riferimento al diniego di giustizia, prima collocato dopo il riferimento *“al comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni”*, quale fonte di responsabilità dello Stato. In questo modo il legislatore ha forse inteso meglio evidenziare il necessario coefficiente di imputazione soggettiva che deve sostenere la condotta integrante diniego di giustizia. Mentre nella precedente formulazione, infatti, il riferimento al *dolo e colpa grave* sembrava espressamente concernere le ulteriori ipotesi di responsabilità, atteso che la nozione di *“diniego di giustizia”* veniva riportata solo successivamente, nella nuova formulazione essa precede il

riferimento al “dolo” o alla “colpa grave”, sebbene dopo un’apparente disgiuntiva (qual è l’*ovvero* ivi utilizzato), sicché non parrebbe esservi più alcun dubbio che anche tale categoria, poi meglio esplicitata al successivo art. 3, debba essere riconducibile ai predetti criteri di imputazione soggettiva.

***B) Il nuovo secondo comma dell’art. 2 della legge n. 117/88***

Di ben maggiori complessità sono le problematiche poste dalla nuova formulazione del secondo comma, il cui testo originario (“*nell’esercizio delle funzioni giudiziarie non può dare luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove*”) viene ora fatto precedere dalla introduzione di una clausola di riserva (“*Fermo quanto previsto dal comma 3 e salvi i casi di dolo*”).

In particolare, la tradizionale clausola di salvaguardia, secondo la nuova formulazione, troverebbe limite nel dolo del magistrato, fermo quanto previsto in tema di colpa grave, di cui si dirà nei seguenti paragrafi.

Si rammenti che, secondo l’interpretazione formatasi sino ad oggi, la nozione di dolo del testo vigente (legge n. 117 del 1988) consisterebbe “*non nella semplice volontarietà dell’azione che si assume dannosa, bensì nel senso della diretta consapevolezza di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, di ledere i diritti della parte*” (Cass., 16 novembre 2006, n. 24370; Cass., 30 marzo 2010, n. 7622; Cass., 16 febbraio 2009, n. 3734). Sulla base di tale assunto, per la sussistenza della responsabilità del magistrato - e, quindi, quella dello Stato per responsabilità dei dipendenti ai sensi dell’art. 28 Cost. - l’attore dovrebbe fornire la prova di una simile consapevolezza ovvero del fatto che l’emissione del provvedimento o il compimento dell’atto di istruzione da parte dell’organo inquirente siano stati determinati da fini estranei alle esigenze dell’amministrazione della giustizia.

Simili orientamenti si fondano sul principio secondo il quale, anche solo ai fini della responsabilità statale (altra cosa è, come si vedrà in prosieguo, l’azione di rivalsa), sindacare l’attività valutativa ed interpretativa posta in essere dal magistrato significa incidere profondamente sull’autonomia e indipendenza del potere giudiziario.

Per cui, la cosiddetta clausola di salvaguardia (ossia la regola secondo cui l’attività di interpretazione di norme di diritto ovvero di valutazione del fatto e della prova non può dare luogo a responsabilità civile), non tollera letture riduttive, in quanto giustificata dal carattere fortemente

valutativo dell'attività giudiziaria ed attua, come precisato da Corte cost. 19 gennaio 1989, n. 18, l'indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio. Tanto è vero che, pacificamente, non può ritenersi che il giudice sia obbligato a decidere conformemente all'interpretazione già effettuata precedentemente dallo stesso o da altro giudice in relazione ad un'altra controversia (Cass., 31 maggio 2006, n. 13000).

Sarebbe allora opportuno mantenere inalterato, senza contaminazioni di sorta, con impropri quanto fuorvianti riferimenti all'elemento soggettivo del dolo, ascrivibile al magistrato, il principio per cui l'interpretazione di una norma – al pari dell'attività valutativa – non è mai sanzionabile se resta nell'arco dei suoi possibili significati, con riferimento all'elemento lessicale ed a quello logico.

In questo senso il testo attualmente vigente fonda le forme di tutela del cittadino danneggiato sulle ipotesi in cui il magistrato abbia proceduto al di fuori dei possibili significati della disposizione come formulata dal legislatore, giungendo ad una “*violazione manifesta della legge*” nel senso suggerito dalla stessa giurisprudenza europea (ovvero quello di interpretazione o valutazione “*assolutamente inescusabile*”), ovvero abbia operato un vero e proprio “*travisamento dei fatti e delle prove*” di cui al successivo comma 3, come declinato dal nuovo comma 3-bis dell'art. 2 l. 117/88 ed inteso con le avvertenze appresso indicate nel testo. Depone, del resto, verso questa perimetrazione dei due concetti la stessa clausola di riserva di cui si discute, la quale appunto suggerisce che solo in presenza di una di queste due categorie (la “*violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea*” ed il “*travisamento dei fatti e delle prove*”) sia consentita una qualche forma di sindacato sull'interpretazione delle norme e sulla valutazione del fatto.

In conclusione, una modifica del testo vigente così come prevista dal disegno di legge in esame, mettendo a repentaglio l'autonomia e l'indipendenza della funzione giurisdizionale, potrebbe determinare un inesauribile contenzioso da parte di chi attore, convenuto, chiamato in causa, imputato, parte offesa sia, comunque, rimasto soccombente nella vicenda processuale. E quindi, potrebbe produrre conseguenze distorte ed essere, pur contro la intenzione del Governo, fonte di ulteriori rallentamenti della macchina giudiziaria e di possibili ingiustizie.

### ***C) La nuova nozione di “colpa grave”***

La nozione di colpa grave è integralmente riscritta dal legislatore, nel senso che essa viene oggettivata in indici rivelatori quali, appunto, la “*violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea*” ovvero “*il travisamento del fatto o delle prove*”, cui parrebbe estranea ogni considerazione in termini di elemento soggettivo della condotta illecita.

Oggi infatti, perché vi sia la responsabilità dello Stato, è necessario che la condotta del magistrato, connotata da colpa grave, sia qualificata da “negligenza inescusabile” (v. Cass., 7 novembre 2003, n. 16696). In particolare, la colpa grave del magistrato è ravvisabile non con riferimento alla diligenza impiegata nell’attività accertativa e valutativa dei fatti, ma all’assenza di tali attività, ovvero alla totale mancanza di analisi degli atti del procedimento, dai quali risulti l’incontestabile sussistenza o insussistenza del fatto rispettivamente negato o affermato (Cass., 20 ottobre 2006, n. 22539). Tanto che la negligenza inescusabile implica, secondo la giurisprudenza, la necessità di un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall’art. 2236 cod. civ., nel senso che si esige che la colpa stessa si presenti come “non spiegabile”, e cioè priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l’errore del magistrato (v. Cass., 5 luglio 2007, n. 15227; conf. Id. 26 maggio 2011, n. 11593).

Al contrario, il disegno di legge contiene appunto indici rivelatori di tipo oggettivo, prescindendo, in virtù dell’eliminazione del riferimento alla “negligenza inescusabile”, da ogni indagine di tipo soggettivo in ordine all’operato dell’apparato statale.

L’oggettivizzazione della colpa, calibrata sul dato della mera “violazione manifesta della legge” anche a prescindere dalla “negligenza inescusabile”, ora espunta dai presupposti della responsabilità dello Stato, ancorché temperata dal nuovo comma 3-*bis* con riferimento alla “violazione manifesta della legge e del diritto dell’Unione europea” (che si limita a riprendere la lettera dei punti 42 e 43 della sentenza *Traghetti del Mediterraneo* della CGUE, dove è richiamata la nozione di “inescusabilità”), porta a radicare la responsabilità civile sul dato di una manifesta alterazione del significato di una disposizione e pertanto al superamento della consolidata elaborazione giurisprudenziale di legittimità, secondo cui l’attività del giudice «si sostanzia in opera creativa della volontà della legge nel caso concreto, per cui, in definitiva, il giudice non potrebbe mai incorrere, per definizione, in un “eccesso di potere giurisdizionale”, a meno che non sia sconfinato in un’attività di formale produzione normativa, applicando cioè non già una norma esistente, da lui, appunto, interpretata, bensì una norma dal medesimo creata (così, tra le molte, Cass. Sez. U., 12 dicembre 2013 n. 27847).

#### ***D) Il travisamento del fatto e delle prove***

A differenza della “violazione manifesta della legge e del diritto dell’Unione europea”, che mantiene, attraverso il riferimento alla rilevanza dell’inescusabilità della violazione, un aggancio a coefficienti di natura soggettiva, il “travisamento del fatto e delle prove” è bastevole, di per sé, ad integrare la colpa grave.

Va subito segnalato che la categoria del “travisamento del fatto e delle prove” sostituisce la previsione di cui alle attuali lett. b) e c) del comma 3 dell’art. 2, che oggi danno rilevanza, se determinato da negligenza inescusabile, all’errore c.d. di tipo revocatorio (ovvero all’errore che ai sensi dell’art. 395, n. 4, c.p.c. consente l’attivazione del mezzo di impugnazione straordinaria della revocazione), nel senso che l’ipotesi di colpa grave in esame oggi si rinviene nel caso dell’affermazione o della negazione di un fatto, la cui esistenza sia stata incontrastabilmente esclusa o – al contrario – risulti incontrastabilmente accertata sulla base degli atti del procedimento (e, dunque, la cui esistenza o inesistenza sia chiaramente posta in luce dalle risultanze degli atti).

E’ peraltro evidente che, a seconda della concreta declinazione interpretativa della nuova locuzione, vi sia forte il rischio di una possibilità di indagine surrettizia circa l’interpretazione dei fatti, la violazione o falsa applicazione di norme giuridiche o l’attività valutativa del giudice di situazioni processuali, con un sostanziale sindacato sul merito dell’attività giurisdizionale e con un conseguente *vulnus* all’indipendenza del magistrato. Rischio attenuato, ma non del tutto escluso, dalla nozione di travisamento dei fatti e delle prove elaborata dalla giurisprudenza disciplinare, proprio perché formata in tutt’altro contesto sistemico e con finalità affatto diverse, rispetto alle quali è estranea l’esigenza riparatoria tipica della responsabilità civile.

Al fine di scongiurare un esito siffatto, che certamente minerebbe il cuore della giurisdizione, è necessario che l’errore rilevante sia quello che deve apparire di assoluta immediatezza e di semplice e concreta rilevabilità, senza che la sua constatazione necessiti di argomentazioni induttive o di indagini ermeneutiche, e che esso non possa consistere, per converso, in un preteso, inesatto apprezzamento delle risultanze processuali: in una parola, ancora una volta, l’errore inescusabile.

Appare quindi indispensabile uno sforzo del legislatore volto a precisare, anche per evitare un aumento esponenziale e tuttavia inutile del contenzioso, che il travisamento debba essere espressamente qualificato come inescusabile o comunque come “palese” o “evidente” o “macroscopico”, e debba quindi consistere in un errore di percezione o in una mera svista materiale che abbia indotto il giudice a supporre l’esistenza di un fatto la cui verità era esclusa in modo incontrovertibile, oppure a considerare inesistente un fatto accertato in modo parimenti indiscutibile alla stregua degli atti e dei documenti di causa. Fermo restando che l’errore che, invece, concerna le norme in materia di ammissione, assunzione o valutazione delle prove sarà comunque apprezzabile nei termini della rilevanza accordata alla “violazione manifesta della legge”.

In particolare, per quanto riguarda l’esame delle prove testimoniali, va ineludibilmente evidenziato che il travisamento sia configurabile soltanto limitatamente all’attività preliminare della

lettura delle deposizioni raccolte e della percezione del loro incontestabile significato letterale e logico da parte del giudice, e non pure in relazione all'attività successiva, consistente nella interpretazione e valutazione del loro contenuto.

Costituisce poi fonte di grande perplessità la circostanza che il d.d.l. in oggetto abbia ripreso alla lettera anche l'inciso della motivazione delle menzionate pronunce della Corte di giustizia in cui si impone di tener conto, per determinare se sussista la violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, "della posizione adottata eventualmente da una istituzione dell'Unione europea": che le supreme magistrature ordinaria e amministrative del nostro Paese siano vincolate ad adottare soluzioni elaborate anche da organi non giurisdizionali, persino a carattere politico, dell'Unione europea, è incompatibile con i principi di base del nostro ordinamento e pertanto tale inciso andrebbe espunto o, almeno, circoscritto alle sole istituzioni aventi natura giurisdizionale o il potere di adottare norme generali con effetti in tutti i paesi dell'U.E., non essendo univocamente interpretabile il richiamo alla necessità di tener conto "della posizione adottata eventualmente da un'istituzione europea".<sup>4</sup>

A questo Consiglio Superiore corre inoltre l'obbligo di valutare conseguenze anche di ordine

---

<sup>4</sup> L'incompatibilità con i principi basilari del nostro ordinamento giuridico risulta con particolare evidenza in alcuni parti del d.d.l. A.S. n. 1070, Buemi e a., specialmente su due punti.

In primo luogo laddove, attraverso la modifica delle norme dell'ordinamento giudiziario relative alle attribuzioni della Corte di Cassazione, contenute nell'art. 65 del R.D. n. 12 del 1941 e con la corrispondente innovazione delle norme in materia di responsabilità civile, si configura una nuova ipotesi di responsabilità diretta del magistrato in tutti i casi in cui egli si discosti, salvi i casi di "ignoranza inevitabile", dall'interpretazione della legge accolta dalla Corte di legittimità. Tale disciplina, peraltro, pone problemi di non poco momento, sia per l'affermazione in sé del principio che qualifica come illecita la "violazione del precedente" del giudice di legittimità; sia per la mancata specificazione del riferimento alla nozione di "interpretazione della legge accolta dalla Corte di legittimità", atteso che la disposizione in esame non contiene alcuna precisazione sul punto e che l'unico appiglio per l'interprete è dato dal riferimento, contenuto nella relazione, alla nozione, anch'essa tutt'altro che perspicua, di "*consolidata giurisprudenza della Cassazione*". E' evidente che una siffatta disciplina, ispirata al principio dello *stare decisis*, è destinata a rendere il nostro sistema giudiziario assai poco permeabile alle sollecitazioni della giurisprudenza di merito, che storicamente ha invece rivestito un ruolo fondamentale nell'implementazione del sistema dei diritti fondamentali, anche di ascendenza costituzionale.

In secondo luogo, il d.d.l. n. 1070. prevede che il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione renda un parere scritto obbligatorio in presenza di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, attribuendogli un ruolo quasi omologo a quello dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (v. l'art. 76, comma 2-bis del R.D. n. 12 del 1941). L'ulteriore ipotesi di responsabilità civile diretta di cui trattasi è prevista proprio nel caso in cui il giudice, investito di una richiesta di rinvio pregiudiziale del medesimo tenore di quella già oggetto del parere del P.G., decida in maniera da esso difforme: si tratta di una singolare ipotesi di spostamento sostanziale della competenza, che arriverebbe alla paradossale alternativa, a seconda dell'interpretazione che ne venisse data, di radicare da un lato l'eventuale responsabilità in capo alla Procura generale o, dall'altro, di escludere qualunque responsabilità.

prettamente processuale quanto all'identificazione del giudice competente a decidere le relative controversie. Infatti, anche in virtù delle conclusioni raggiunte da Cass., Sez. Un., 16 marzo 2010 n. 6307, in tema di irragionevole durata del processo conclusosi dinanzi al Consiglio di Stato, tale giudice va individuato, *rebus sic stantibus*, nel Tribunale di Perugia ai sensi dell'art. 4 l. n. 117/88. È dunque facile prevedere, per tale ufficio, un notevole aggravio del carico giudiziario con riferimento alla trattazione delle cause per responsabilità civile fondate sull'attività giudiziaria dei magistrati della Corte di cassazione e degli organi di vertice delle magistrature amministrative e contabili, atteso che tutti i magistrati, anche quelli che non hanno un distretto di appartenenza, operano comunque in una sede (Roma), rispetto alla quale può individuarsi la sede diversa *ex art. 11 cod. proc. pen.* in quella di Perugia, al fine di assicurare che i giudici competenti a decidere sulla responsabilità non siano prossimi ai giudici cui la responsabilità è ascritta (Cass., 5 giugno 2012, n. 8997).

#### ***4. L'art. 2 e la soppressione dell'art. 5 della legge n. 117/88, avente ad oggetto la valutazione preliminare di ammissibilità***

All'art. 2, disposizione rubricata “*Soppressione della preliminare valutazione di ammissibilità della domanda*”, il disegno di legge in esame dispone l'abrogazione dell'art. 5 della legge n. 117/1988, che, come noto, prevede una valutazione preliminare di ammissibilità rispetto al giudizio di merito di cui all'art. 2 della stessa legge<sup>5</sup>.

L'esame di questo specifico punto della riforma deve muovere da brevi cenni sulla struttura e sulla funzione dell'istituto che si intende abolire.

Quanto all'attuale struttura della fattispecie, in estrema sintesi, la vigente norma prevede che il tribunale, sentite le parti, deliberi in camera di consiglio sulla previa ammissibilità della domanda, in base ai termini o ai presupposti di cui agli articoli 2, 3 e 4 ovvero quando la medesima è manifestamente infondata. Tale preliminare *dictum* viene reso con decreto motivato impugnabile, che, se negativo, è reclamabile *ex art. 739 c.p.c.*, se invece positivo, dispone l'immediata prosecuzione del processo.

Dunque, l'istituto è finalizzato ad escludere dal giudizio di merito quelle sole domande votate certamente al rigetto, non solo per la loro macroscopica infondatezza nel merito, ma anche

---

<sup>5</sup> Di ulteriore, particolare, impatto sul piano processuale sarebbe, poi, la norma del d.d.l. Buemi, assente invece nel DDL governativo, che, sovvertendo il contenuto espresso dell'art. 6 comma 2 l. 117/1988, prevede che l'accertamento dei fatti compiuto nel procedimento di responsabilità civile contro lo Stato faccia stato nel procedimento in sede di rivalsa anche quando il magistrato non vi è intervenuto volontariamente ed, in ogni caso, nel procedimento disciplinare. Tale assetto realizza in concreto una sorta di azione diretta nei confronti del magistrato, non compatibile con i principi richiamati in premessa.

per ragioni ostative, ugualmente insuperabili, quali il mancato esaurimento dei mezzi d'impugnazione o la consumazione della decadenza biennale.

Si tratta pertanto, come è stato evidenziato in dottrina, di un meccanismo di deterrenza a monte contro azioni temerarie, artificiose, fittizie, di mera turbativa.

I benefici che la norma intende salvaguardare sono molteplici.

Da un lato, viene impedita la pendenza inutile di moltissimi giudizi di merito; dall'altro canto, questo effetto deflattivo fa anche sì che i processi ammissibili possano giovare di una più rapida trattazione nel merito.

In ogni caso, ed in via prioritaria, la norma tutela la serenità del singolo magistrato, che, al riparo da azioni pretestuose e temerarie, può veder limitato il peso dell'esposizione processuale a casi e tempi razionalmente circoscritti.

Ciò merita peculiare attenzione anche valutando che il magistrato "cui viene addebitato il provvedimento" può intervenire nel procedimento (art. 6) ai sensi dell'art. 105 c.p.c.

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

Si rammenti che la Corte costituzionale ha costantemente *"riconosciuto il rilievo costituzionale di un meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle 'condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati che 'la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono'"* (Corte cost. sent. n. 468/1990; nello stesso senso v. sent. n. 2 del 1968 e sent. n. 26 del 1987).

Alla luce di tali premesse, pare appropriato ragionare sulle motivazioni che, nell'ottica del legislatore, giustificerebbero la novella.

Nella Relazione al disegno di legge si afferma che l'eliminazione del filtro andrebbe incontro *"all'esigenza di rendere più immediata ed effettiva la responsabilità del magistrato.. in chiave di semplificazione"*.

In questa prospettiva, non possono sottacersi alcuni rilievi in ordine al valore che il disegno di legge pare avere ascrivito al dato statistico relativo agli esiti della fase deliberativa, evidentemente inteso come manifestazione di un non corretto funzionamento dell'attuale meccanismo processuale.

Come si legge nella relazione, il disegno di legge attraverso l'abolizione della valutazione preliminare di ammissibilità parrebbe forse voler rimediare all'elemento empirico, ritenuto in qualche modo anomalo, che nell'ultimo decennio 2005-2014 vi sono stati solo 9 casi di sentenze di condanna in applicazione della legge n. 117.

Reputa invece il C.S.M. che quel dato statistico denunci non già un limite processuale, ma costituisca piuttosto il precipitato di una peculiare modalità di conformazione della fattispecie sostanziale, in uno alla possibile rarità di ricorrenza, anche solo astratta, dei suoi elementi costitutivi.

Ragionando in termini di economicità e razionalità degli strumenti normativi, vi è da chiedersi che senso giuridico potrebbe avere una cognizione formale, piena ed esauriente, su una domanda già *in actis* mancante dei suoi presupposti tipici. E, similmente, sfugge la logica processuale per cui, sempre in caso di giudizio di certezza in negativo, anziché definire in modo snello e celere la questione, si debba comunque sottoporre tutti i soggetti (magistrato coinvolto, parti, avvocati, collegio giudicante) alle "*forche caudine*" del giudizio pieno sul merito della lite.

E' anche da ritenere che un compiuto esame di quello che sarebbe il procedimento giurisdizionale nel caso di intervenuta abrogazione dell'art.5 della legge 13 aprile 1988, n. 117 porti alla conclusione che l'eliminazione della valutazione preliminare di ammissibilità non rimuoverebbe affatto un ostacolo all'immediato ed effettivo accertamento della responsabilità del magistrato, bensì servirebbe solo ad affidare la fase processuale finalizzata all'accertamento dei presupposti costitutivi tipici della responsabilità a meccanismi più incerti, meno garantisti per lo stesso cittadino e meno rispondenti ad esigenze di economia processuale.

E' al riguardo da premettere che, in assenza di una speciale disciplina, il procedimento di responsabilità civile del magistrato è governato dalle norme processuali che regolano il procedimento civile ordinario di primo grado, come integrato dalla disposizione di cui all'art. 50 - bis c.p.c. nella parte in cui prevede che, nelle cause di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, il tribunale giudica in composizione collegiale.

In tale contesto, quindi, l'intervenuta abrogazione della preliminare fase di delibazione collegiale avrebbe quale unico effetto quello di spostare il momento di valutazione dei requisiti di ammissibilità dell'azione come espressamente previsti dall'articolo 4 della legge 13 aprile 1988, n. 117 - e finanche il momento della valutazione di manifesta infondatezza della domanda, già prevista dall'articolo 5 (che è sostanzialmente rapportabile alla palese insussistenza dei presupposti

costitutivi della pretesa risarcitoria come individuati nella stessa legge) - in una fase successiva del processo la cui individuazione sarebbe riservata non al collegio ma al solo giudice istruttore. Solo a quest'ultimo, infatti, sarebbe di fatto demandata la scelta se affidare alla sentenza collegiale conclusiva del giudizio ogni decisione circa l'ammissibilità e la fondatezza della domanda oppure ricorrere allo strumento processuale di cui all'art. 187 c.p.c. che consente al giudice istruttore di rimettere le parti davanti al collegio qualora ritenga la causa matura per la decisione senza bisogno di assumere mezzi di prova.

Il nostro ordinamento positivo annovera, del resto, altri casi<sup>6</sup> in cui una determinata domanda, per la particolare delicatezza degli interessi coinvolti, sia preceduta da un giudizio di ammissibilità, il quale sfocia in un'autonoma pronuncia. Si tratta piuttosto di stabilire fino a qual punto la fissazione di limiti di esercizio non abbia a snaturare il diritto di azione (o di difesa), intaccandone indebitamente il nucleo minimo garantito.

A quest'ultimo riguardo, com'è stato posto in evidenza dalla Corte costituzionale, la legge n. 117/1988 non contrasta con alcuna norma costituzionale, non frapponendo alcun ostacolo obiettivo a che il cittadino, il quale si assuma danneggiato da un atto commissivo o omissivo di un organo giurisdizionale, possa avanzare la propria pretesa risarcitoria nell'ambito di un processo "giusto".

Si può affermare, dunque, che il disegno riformatore appare in controtendenza rispetto ad un ordinamento che si va evolvendo nel segno della limitazione dell'accesso alla giurisdizione, come da ultimo emblematicamente rappresentato dal d.l. n. 132/2014, ispirato ad una strategia di contenimento della domanda giudiziaria.

Alla luce degli argomenti riportati, pare dunque ormai fisiologica la necessità di sistemi processuali limitativi, non solo volti ad evitare l'abuso del diritto alla tutela giurisdizionale, ma anche tali da costituire un possibile vantaggio per il titolare della pretesa sostanziale, rappresentando il modo di soddisfazione della posizione medesima più pronto e meno dispendioso, in vista dell'interesse della funzione giurisdizionale e quindi della collettività tutta.

In ragione di tutto quanto fino ad ora sostenuto, non può essere considerata utile e funzionale la completa eliminazione del meccanismo della preliminare valutazione di ammissibilità della domanda risarcitoria verso la Stato.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Il riferimento più immediato, e quasi d'obbligo, va alle forme di delibazione previste dall'art. 713 c.p.c. (per la domanda di interdizione e inabilitazione), per la tutela collettiva risarcitoria, dall'art. 140 bis del codice del consumo di cui al d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (novellato dall'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27) per i conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato dall'art. 37 l. 11 marzo 1953, n. 87. Il «filtro» è stato introdotto dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, anche nel giudizio di cassazione.

<sup>7</sup> Senza pensare poi alle possibili conseguenze in termini di astensione nei procedimenti in cui si siano originate le azioni di responsabilità e negli eventuali ulteriori procedimenti in cui siano coinvolte le stesse parti e/o i difensori.

Il C.S.M. reputa indispensabile mantenere una valutazione sommaria di ammissibilità che, lungi dall'anticipare un giudizio di merito collegiale affidato in via esclusiva alla cognizione piena nel contraddittorio tra le parti, consenta che iniziative sicuramente sfornite di ogni possibilità di seria considerazione siano immediatamente definite.

La delibazione preliminare dovrebbe verificare il rispetto delle condizioni formali per la proposizione della domanda ( ad esempio, il rispetto del termine stabilito dalla legge per l'introduzione del giudizio, ovvero il previo esperimento dei rimedi impugnatori) nonché la "non manifesta infondatezza" dell'istanza , escludendo che, come ora, si estenda «ai presupposti di cui agli articoli 2, 3, 4» della legge n. 117 cit., come prevede il vigente art. 5, comma 3 della legge, e cioè vale a dire, di fatto, anche al merito della causa.

Oltre a tale modifica, un'altra sarebbe opportuna: distinguere tra il giudice chiamato alla valutazione preliminare di ammissibilità e quello chiamato a decidere la controversia una volta superata tale valutazione. Una tale distinzione avrebbe il grande vantaggio di far venire meno l'eventuale effetto di trascinamento collegato alla coincidenza, attualmente prevista, tra le due autorità giudicanti.

### ***5. La riformulazione dell'azione di rivalsa***

L'art. 3 del d.d.l. n.1626 modifica le disposizioni della Legge n. 117/88 relative a presupposti ed effetti del giudizio di rivalsa (art. 7), competenza per l'azione di rivalsa e misura della stessa (art. 8).

La relazione di accompagnamento precisa che "la modifica della disciplina dell'azione di rivalsa che lo Stato responsabile è chiamato a promuovere nei confronti del magistrato autore della condotta illecita, per negligenza inescusabile" persegue la finalità di rendere "*più immediata ed effettiva*" la responsabilità del magistrato, operando in tre distinte direzioni: chiarificazione della natura obbligatoria dell'azione di rivalsa; aumento del tempo utile per la proposizione della domanda di rivalsa; congruo incremento della misura della rivalsa, fino alla metà dell'annualità dello stipendio del magistrato.

Va preliminarmente espressa una valutazione di assoluto favore per la scelta del d.d.l. di preservare, anche attraverso il meccanismo dell'azione di rivalsa, il principio dell'esclusiva legittimazione processuale dello Stato nel giudizio eventualmente promosso dal danneggiato: come riconosciuto da autorevoli voci dottrinali e affermato nei citati pareri del C.S.M., il modello del cd. "doppio binario", caratterizzato dall'autonomia della responsabilità dello Stato rispetto a quella del magistrato, costituisce un indispensabile strumento di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, e - in tale prospettiva - è oggetto della Raccomandazione n. 12 del 2010 del

Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che – nel recepire la <<Magna Charta>> dei Giudici europei adottata a Strasburgo il 17 novembre 2010 dal Consiglio consultivo dei giudici europei, al par. 67 prevede espressamente che *“soltanto lo Stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, possa chiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione dinanzi a un Tribunale”*.

Più in generale è bene ricordare che, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici democratici, la responsabilità dei magistrati è soggetta a regime differenziato rispetto a quello dei privati e degli altri funzionari pubblici, e che è in ogni caso esclusa la responsabilità civile diretta dei magistrati: si va dal regime di immunità assoluta (negli ordinamenti di *common law*, come Stati Uniti, Canada, Regno Unito, Israele) a forme di responsabilità indiretta, con limitata possibilità di rivalsa dello Stato citato in giudizio e condannato nei confronti del giudice (così in Francia, Belgio, Paesi Bassi, Germania, Svizzera) e laddove, come in Spagna, la responsabilità dello Stato concorre con quella civile diretta del magistrato, è previsto il “filtro” di un apposito tribunale, finalizzato a verificare la sussistenza dei presupposti soggettivi del dolo o della colpa grave.

L'art. 3 del disegno di legge n. 1626 dispone la sostituzione dell'art. 7 della legge n. 117/1998 nei seguenti termini: *“Lo Stato, entro tre anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, deve esercitare l'azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all'articolo 2, commi 2, 3 e 3-bis, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile.*

*2. In nessun caso la transazione è opponibile al magistrato nel giudizio di rivalsa o nel giudizio disciplinare.*

*3. I giudici popolari rispondono soltanto in caso di dolo. I cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo o negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove».*

Quanto all'innalzamento da uno a tre anni del termine per esercitare l'azione di rivalsa, va evidenziato che il significativo ampliamento dei termini per la rivalsa determina, accanto al rischio di un *vulnus* al principio della certezza dei rapporti giuridici, una eccessiva penalizzazione per il magistrato coinvolto, esposto alle determinazioni dell'amministrazione per un periodo di ben tre anni, addirittura superiore al termine di decadenza biennale, previsto dall'art. 4, comma 2, legge n. 117/1988 per l'esercizio da parte del danneggiato dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato.

La previsione del d.d.l. sulla obbligatorietà dell'azione di rivalsa che, secondo la relazione di accompagnamento, ha la mera funzione *“di chiarire la natura obbligatoria dell'azione che lo Stato promuove nei confronti del magistrato”*, si traduce, in realtà, in uno strumento distonico rispetto al

nuovo sistema fondato, alla luce di quanto in precedenza evidenziato, su canoni di responsabilità di tipo prevalentemente oggettivo, e presenta profili di possibile interferenza con la garanzia dei principi costituzionali di autonomia ed indipendenza della magistratura.

Quanto alle innovazioni relative all'estensione dell'ambito oggettivo del presupposto dell'azione di rivalsa, richiamate le considerazioni già esposte in ordine alle nozioni di diniego di giustizia, violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione Europea e travisamento del fatto o delle prove (di cui all'art. 2, c ommi 2, 3 e 3-bis, richiamato dall'art 7, nella sua nuova formulazione), appare necessario richiamare l'attenzione all'ulteriore presupposto dell'azione di rivalsa individuato nel coefficiente psicologico del “*dolo o negligenza inescusabile*”, che abbia inciso, sul piano eziologico, sulla violazione manifesta della legge e del diritto dell'Unione europea ovvero sul travisamento del fatto o delle prove (v. ultimo inciso del comma 1 dell'art. 7).

“Dolo” e “negligenza inescusabile” segnano dunque, con l'esclusione dell'ipotesi di diniego di giustizia, il discrimine tra la responsabilità dello Stato - costruita, in coerenza con le statuizioni della Corte di Giustizia, secondo un'ottica eminentemente obiettiva – e quella del magistrato, saldamente ancorata a profili di attribuibilità psicologica. Deve dunque considerarsi pacifico che il magistrato - come nel sistema attuale - continuerà ad essere assoggettato alla rivalsa, peraltro per l'integralità del danno cagionato, qualora abbia agito con dolo mentre l'esito positivo dell'azione di parziale recupero sarà altrimenti condizionato all'accertamento della “*negligenza inescusabile*”, parametro, oggi previsto all'art. 2, comma 3, lett. a), b) e c), i cui lineamenti sono stati chiaramente descritti dalla giurisprudenza (v.Cass. 14.2.2010 n.2107; Cass.5.7.2007 n.15227).

Va peraltro sottolineato che la proposta di modifica al vigente art. 8, quanto meno nella parte in cui prevede l'incremento da un quinto ad un terzo dello stipendio netto della misura delle somme mensilmente decurtabili, ove l'esecuzione della rivalsa avvenga mediante trattenuta diretta sullo stipendio, non accompagnata peraltro dall'esplicita indicazione nella relazione di accompagnamento delle ragioni che la giustificano, introduce una ingiustificata disparità di trattamento per i magistrati rispetto a quanto previsto per tutti gli altri dipendenti pubblici.

#### ***6. Le modifiche che attengono alla magistratura onoraria***

L'art. 2, comma 1, della legge n. 117/88, nel testo novellato dal disegno di legge di matrice governativa, stabilisce espressamente che l'azione tendente ad ottenere il risarcimento da parte dello Stato può essere promossa dal danneggiato anche quando la condotta illecita sia stata posta in essere da un magistrato onorario. La modifica, certamente funzionale ad esigenze di chiarezza del testo normativo, appare, tuttavia, priva di effettiva portata innovativa, atteso che la formulazione originaria – e non toccata dalla recente iniziativa legislativa - dell'art. 1 della legge n. 117/88

prevede, al comma 1, che le disposizioni in merito alla responsabilità civile si applicano, oltre che agli appartenenti alla magistratura ordinaria, “*agli estranei che partecipano all’esercizio della funzione giudiziaria*”, nozione amplissima che, per *communis opinio*, si estende tanto ai privati chiamati a partecipare all’amministrazione della giustizia ex art. 102, comma 3, Cost. (giudici popolari delle Corti di Assise, componenti privati dei Tribunali per i Minorenni e delle relative Sezioni di Corte di Appello, componenti privati dei Tribunali di Sorveglianza, esperti delle Sezioni Agrarie di Tribunali e Corti di Appello), che ai magistrati onorari ammessi dalla legge di ordinamento giudiziario, in attuazione del disposto di cui all’art. 106, comma 2, Cost., allo svolgimento di funzioni attribuite a giudici singoli (giudici onorari di tribunale, vice-procuratori onorari, giudici di pace).

Sebbene, infatti, la nozione di “*magistrato onorario*” inserita nel nuovo comma 1 dell’art. 2 individui, *ictu oculi*, un sottoinsieme della più ampia categoria degli “*estranei che partecipano all’esercizio della funzione giudiziaria*”, si da indurre il dubbio di un non perfetto coordinamento tra le norme, va segnalato, per converso, come il comma 3 dell’art. 1 sia netto nel ribadire che nelle seguenti disposizioni (ivi compresa, dunque, quella contenuta nell’art. 2, comma 1), il termine “*magistrato*” comprende “*tutti i soggetti indicati nei commi 1 e 2*”.

La disposizione, in quanto riferita alla responsabilità dello Stato nei confronti dei consociati, non sollecita ulteriori riflessioni, posto che il diritto al ristoro in favore del soggetto danneggiato da atto illecito concretatosi nell’esercizio di attività giurisdizionale non pare potere essere in alcuna misura condizionato dall’appartenenza, o meno, dell’autore (o di alcuni tra gli autori) dell’illecito alla magistratura professionale.

Diverse considerazioni devono essere effettuate in relazione all’azione di rivalsa, la cui disciplina il disegno di legge in commento intende innovare – in particolare novellando il comma 3 dell’art. 7 - anche con specifico riferimento all’ipotesi in cui lo Stato sia stato condannato al risarcimento del danno ingiusto provocato da un magistrato onorario.

L’intervento risponde, per questa parte, alla necessità di emendare un profilo di incoerenza della normativa in atto vigente, da tempo sottolineato dai commentatori.

Al momento della sua originaria introduzione, infatti, il primo periodo del citato comma 3 prevedeva la limitazione della responsabilità al solo caso di dolo – e, quindi, l’esclusione di quella per colpa grave – di giudici conciliatori e giudici popolari: la *ratio* della discriminazione rispetto agli altri magistrati onorari era stata efficacemente tratteggiata dalla Corte Costituzionale nella motivazione della sentenza n. 18 del 1989, ove era stato affermato che “*il possesso di specifiche conoscenze giuridiche da parte dei vice pretori onorari, che non sono richieste per la nomina a giudice popolare o a giudice conciliatore, costituisce un elemento di differenziazione rilevate*

*rispetto al tema della responsabilità per gli errori compiuti nell'esercizio delle rispettive funzioni: esso, pertanto, è idoneo a giustificare la previsione, per i vice pretori onorari, di una più ampia responsabilità rispetto a quella stabilita per i giudici popolari ed i giudici conciliatori”.*

Essendo stata, successivamente, sostituita la figura del giudice conciliatore con quella del giudice di pace, che ne ha, in certa misura, assorbito le competenze, l'art. 39 della legge n. 374/1991 ha previsto che in tutte le disposizioni di legge in cui veniva utilizzata l'espressione “*giudice conciliatore*”, essa dovesse intendersi sostituita da quella “*giudice di pace*”.

Ne è conseguito che il più favorevole regime di imputazione della responsabilità è stato, in via pressoché automatica, esteso ai giudici di pace, i quali, a differenza dei conciliatori, sono magistrati con competenze penali e civili, sottoposti a rigorosi vincoli deontologici, selezionati in base a competenza giuridica ed esperienza e soggetti ad uno specifico percorso formativo. Del tutto iniqua si palesa, dunque, la diversità di trattamento rispetto a giudici onorari di tribunale e vice-procuratori onorari, che il d.d.l. n. 1626 mira ad eliminare circoscrivendo la limitazione della responsabilità alle ipotesi di dolo ai soli giudici popolari delle Corti di Assise.

Sul punto vale la pena, peraltro, di osservare come, seguendo la linea tracciata dalla Corte costituzionale e seguita dal disegno di legge in discorso, potrebbe pervenirsi all'assimilazione ai giudici popolari delle residue figure, sopra elencate, di privati chiamati a partecipare all'amministrazione della giustizia in attuazione del disposto dell'art. 102, comma 3, Cost., che sono, del pari, connotate dalla provenienza da ambiti extra-giuridici.

Parzialmente divergente è la soluzione approntata, al riguardo, dal d.d.l. n. 1626 che stabilisce che essi, definiti quali “*cittadini estranei alla magistratura che concorrono a formare o formano organi giudiziari collegiali*” rispondono, oltre che per dolo, in caso di “*negligenza inescusabile per travisamento del fatto o delle prove*”, ciò che definisce un regime intermedio tra quelli riservati, rispettivamente, ai giudici popolari ed ai magistrati togati (cui sono equiparati, si ricorda, giudici onorari di tribunale, vice procuratori onorari e giudici di pace).

Detta scelta discende, plausibilmente, dal fatto che, mentre i giudici popolari sono sorteggiati in elenchi composti da cittadini privi di specifiche qualificazioni professionali, gli esperti chiamati a comporre organi collegiali si connotano perché dotati di precise competenze in determinati campi del sapere (quali, ad esempio, la psicologia, la pedagogia, la psichiatria o l'agronomia), il cui apporto si reputa funzionale al migliore esercizio della funzione giurisdizionale nel settore minorile, dell'esecuzione penale o del diritto agrario.

Avuto riguardo al puntuale riferimento alla composizione di organi collegiali, sarebbe opportuno chiarire quale sia la disciplina riservata alle ipotesi in cui il giudice onorario di tribunale sia chiamato a comporre, in supplenza del togato, il Collegio, nonché alla figura, di nuova istituzione, del magistrato

onorario in appello che – sottoposto in linea di principio, quale giurista di formazione – a responsabilità analoga a quella del magistrato ordinario, svolgerà funzioni esclusivamente collegiali.

Per quanto concerne la responsabilità dei giudici di pace appare utile segnalare, da ultimo, la necessità di adattare, a livello applicativo, la nozione di “*violazione manifesta della legge o del diritto dell’Unione europea*” alle fattispecie in cui la decisione sia adottata secondo equità e, quindi, la *regula iuris* sia coniata per la singola vicenda in trattazione.

Il presente parere viene trasmesso al Ministro della Giustizia.

