

Responsabilità per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie: cosa richiede la costituzione? Brevi considerazioni anche alla luce delle modifiche introdotte con legge 27 febbraio 2015 n. 18*

di Marco Pierangeli – Dottore di ricerca in Scienze giuridiche e Teoria del diritto presso l'Istituto italiano di Scienze umane (Sum) ora Istituto di Scienze Umane e Sociali, struttura accademica della Scuola Normale Superiore.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the new substantial rules on the civil liability of judges and the State, introduced by Law No. 18, February 27, 2015. The research starts from the constitutional implications of that liability and, in particular, it focuses on the weight given by the lawmaker to the aforesaid implications. Afterwards, by reviewing certain constitutional provisions, the author manages to point out which rights the people damaged by miscarriage of justice are entitled to. In addition, some specific problematic issues are discussed. Lastly, the result of this research is represented by a few proposals, submitted by the author, aimed at preventing the judicial errors (and the liabilities stemming therefrom) from occurring.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profili sostanziali e implicazioni della responsabilità civile dei magistrati per come affermata dalla nuova legge 27 febbraio 2015 n. 18. – 3. La possibilità di risarcimento nei confronti dello Stato e nei confronti del magistrato alla luce dell'art. 28 Cost. – 4. I diritti del danneggiato ai sensi dell'art. 24, quarto comma, Cost. – 5. Questioni problematiche e prospettive generali di riforma.

1. Introduzione

Che l'esercizio delle funzioni giudiziarie sia suscettibile di dar luogo a errori e, dunque, a potenziali responsabilità, rappresenta un'implicazione condivisa con qualsiasi altra attività umana.

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

Cionondimeno nel contemporaneo contesto ordinamentale, a differenza di ogni altra evenienza di danno e lesione di diritti, la disciplina di siffatte ipotesi deve uniformarsi a specifiche quanto variegata esigenze costituzionali e, al contempo, mantenere intatta l'autonomia e l'indipendenza, oltretutto l'imparzialità, la terzietà e la serenità di giudizio dei singoli magistrati.

A tal proposito, a circa un anno e mezzo dall'entrata in vigore della legge 27 febbraio 2015, n. 18, modificativa della previgente normativa di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, sembra utile interrogarsi anzitutto sui concreti effetti che la nuova disciplina delle ipotesi sostanziali di responsabilità sta avendo, da un lato, in ordine al quotidiano esercizio della giurisdizione¹ e, dall'altro, in ordine alle effettive possibilità di ristoro in capo ai soggetti danneggiati.

In esito a tale analisi, si procederà poi da un'ottica più generale e sistematica al fine di valutare, alla luce della nuova normativa, alcune questioni problematiche di rilevanza costituzionale e la possibilità di un più ampio inquadramento del tema in questione con allargamento al più congeniale ambito della riparazione agli errori giudiziari, tentando altresì di individuare talune possibili prospettive *de iure condendo*.

In accordo con le esigenze di garanzia riconnesse all'esercizio della funzione giurisdizionale e in compiuta attuazione delle previsioni di tutela dettate dalla legge fondamentale per (tutte) le ipotesi di errore giudiziario, si cercherà di proporre soluzioni che sembrino in grado di assicurare al meglio le possibilità di ristoro in capo ai soggetti danneggiati (svincolando le relative fattispecie dalla necessaria correlazione con un fatto illecito commesso dal magistrato) e al contempo prevedano specifici spazi di interlocuzione tra tutti i soggetti processuali. Ciò, in particolare, attraverso meccanismi che consentano alle medesime parti del giudizio di intervenire anche in via preventiva e comunque mirata, in modo da abbattere al massimo grado le probabilità stesse che gli errori giudiziari si verificino (o diventino definitivi), specie nelle nuove e più discusse ipotesi di manifesta violazione di legge o di travisamento dei fatti e delle prove.

D'altra parte, l'importanza di trovare una declinazione adeguata al tema della responsabilità derivante dall'esercizio delle funzioni giurisdizionali trova ulteriore conferma laddove si considerino i seguenti ulteriori aspetti: anzitutto, le potenziali (e intuitive) connessioni di tale problematica con le norme che regolano la procedura processuale, giacché è proprio in funzione ed in dipendenza di queste ultime che l'atto od omissione giudiziari ipoteticamente fonti di responsabilità vengono a esistere o possono trovare soluzione²; in secondo luogo, gli

¹ Seppur l'attuale disciplina involga indifferenziatamente tanto la responsabilità dei magistrati giudicanti quanto di quelli che esercitano le funzioni requirenti, le peculiarità che informano l'attività dei magistrati del p.m. richiedono un esame autonomo e specifico tale da esulare dalle possibilità del presente contributo, il quale pertanto si limiterà ad estendere sul punto le sole conclusioni valide per entrambe le funzioni.

² D'altronde, non è affatto un caso se l'art. 4, comma 2, legge 13 aprile 1988, n. 117, prevedeva e prevede che *"L'azione di risarcimento del danno contro lo Stato può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento [...]"*.

In proposito si veda anche la giurisprudenza di legittimità secondo cui tale disposizione deve essere intesa *"nel senso che l'azione risarcitoria debba ritenersi preclusa nell'ipotesi in cui il rimedio previsto non sia stato esperito (v. Cass. n. 11438/1999, n. 4682/1998, n. 13003/1997, n. 2186/1996, n. 1884/1994). L'intento primario espresso dal legislatore*

innumerevoli riflessi che un'accorta disciplina dei riti (opportunamente congegnata in modo da contemplare degli adeguati meccanismi di prevenzione a impulso e onere delle parti) possa ingenerare sia in relazione alla necessità ed al numero delle impugnazioni, sia con riferimento al grado di "giustizia percepita" dei provvedimenti giurisdizionali, con ogni conseguenza anche in ordine al livello di legittimazione dell'intero ordine giudiziario per come delineata all'art. 101, primo comma, Cost.³

2. Profili sostanziali e implicazioni della responsabilità civile dei magistrati per come affermata dalla nuova legge 27 febbraio 2015 n. 18

Dagli stessi lavori preparatori relativi alla legge 27 febbraio 2015, n. 18, emergono chiaramente, in tutta la loro problematicità, la stretta correlazione tra disciplina della responsabilità da esercizio delle funzioni giudiziarie e disciplina del processo⁴, nonché – soprattutto – la specifica attitudine del tema in questione ad incidere (anche profondamente) sui profili dell'autonomia e dell'indipendenza, oltretutto sullo stesso assetto della magistratura rispetto a quello delineato nell'architettura costituzionale⁵.

nell'articolo 4, secondo comma, della legge del 1988 è stato di dare la prevalenza alla rimozione del provvedimento dannoso e di privilegiare i rimedi endoprocessuali rispetto all'azione risarcitoria, subordinando quest'ultima alla circostanza che il danneggiato abbia utilizzato gli strumenti processuali normalmente apprestati dall'ordinamento per eliminare o, almeno, ridurre il danno" (così, da ultimo, Cass., sez. I civ., 17 aprile 2015, n. 7924).

³ Su tali implicazioni poste dal tema della responsabilità dei magistrati cfr., in particolare, A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce dell'esperienza comunitaria*, Relazione al Seminario interdisciplinare dell'AIC *Problemi della giustizia in Italia*, tenutosi in Roma addì 8 giugno 2009, pag. 3, laddove esprime il concetto per cui "L'indipendenza ha bisogno della responsabilità, è anche responsabilità, e anzi questa è un aspetto non secondario della credibilità e dell'autorevolezza della funzione giurisdizionale, proprio in vista della sua 'missione' costituzionale, che è principalmente quella di dare corpo all'idea della difesa effettiva ed inviolabile dei diritti della persona, che la Repubblica è chiamata (dall'art. 2 Cost.) non solo a riconoscere ma a garantire, appunto attraverso la figura imparziale del giudice e la struttura (rectius: le strutture) del processo", e pag. 3, laddove specificamente osserva che "Questa responsabilità [...] è parte necessaria – come si è detto – di una giustizia amministrata in nome del popolo, secondo la formula costituzionale di apertura del titolo dedicato alla Magistratura, che richiama tutti quei principi in cui si realizza la centralità del popolo nella Costituzione democratica (e tra questi, i diritti, la loro effettiva garanzia, il principio di responsabilità di tutti coloro che esercitano una funzione pubblica, salvi i temperamenti e le eccezioni sostenuti da motivazioni di rilievo altrettanto costituzionale)"; nonché M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: Inquadramento storico-sistemico e profili problematici*, in *Osservatorio costituzionale*, maggio 2015, pag. 2, secondo cui "non è per niente scontato che la massima indipendenza debba escludere la responsabilità (e viceversa), ben potendosi al contrario sostenere che la credibilità dei magistrati – elemento tutt'altro che secondario della legittimazione del giudiziario – poggia anche e proprio sulla responsabilità degli stessi".

⁴ A tal proposito cfr., ad esempio, la Relazione tecnica al d.d.l. Senato n. 1070, pag. 4, secondo cui "Il punto di equilibrio, raggiunto nel 1988 dalla cosiddetta «legge Vassalli», richiede di essere rivisto alla luce di un ripensamento dei meccanismi remediali interni al giudizio".

⁵ In relazione alla natura problematica di tali aspetti cfr. anche A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce dell'esperienza comunitaria*, Relazione, cit., pag. 2, laddove evidenzia che "il rapporto tra indipendenza e responsabilità (civile) del magistrato delinea un equilibrio stretto, in cui è particolarmente elevato il rischio che lo spostamento – anche parziale – dello schema verso uno dei due termini possa comportare una nuova sintesi

Invero, già dall'esame della Relazione tecnica al d.d.l. Senato n. 1070 adottato quale testo base dalla II Commissione permanente (Giustizia) nella seduta n. 74 (ant.) del 20 dicembre 2013, si può constatare come la modifica del regime di responsabilità dei magistrati si presti facilmente quale strumento per ridurre (o finanche azzerare), in via indiretta ma allo stesso tempo difficilmente resistibile, il margine di discrezionalità tipicamente proprio dell'attività interpretativa: si veda, ad esempio, il passaggio in cui – con l'espresso fine di introdurre una sorta di vincolatività del precedente giurisdizionale⁶ – si proponeva di novellare la normativa in materia di ordinamento giudiziario con l'affermazione di un principio per cui “disattendere la consolidata giurisprudenza della Cassazione fa uscire il magistrato dall'«ombrello» della clausola di salvaguardia, e lo rende potenzialmente attingibile dalle azioni risarcitorie dirette dei soggetti lesi”⁷.

D'altro canto, la I Commissione permanente (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica, in sede consultiva, aveva subito ravvisato come “tale innovazione può presentare profili di illegittimità in riferimento al principio di autonomia e di indipendenza della magistratura” e, proprio per questo, subordinava il proprio parere non ostativo alla condizione che il testo fosse “reso coerente con quel principio costituzionale”⁸.

eccessivamente squilibrata, nella quale uno dei due elementi subisce un sostanziale svuotamento a vantaggio dell'altro”, e pag. 3, laddove specificamente osserva che “Questa responsabilità [...] può tuttavia, se non configurata in modo attento ed equilibrato, rivelarsi un fattore di condizionamento e di distorsione di quelle prerogative di indipendenza, libertà interpretativa, imparzialità, che sono il tratto irrinunciabile della giurisdizione”.

⁶ Riforma prospettata dai firmatari in quanto l'ordinamento giudiziario veniva dagli stessi negativamente ritenuto “scarsamente permeabile alla nomofiliachia della Corte suprema”: cfr. *ivi*, 4.

⁷ In questi termini la Relazione tecnica al d.d.l. Senato n. 1070, 4.

A ben vedere, poi, la portata della modifica legislativa *ivi* proposta si dimostrava potenzialmente ancora più cogente e restrittiva, stante in particolare la mancata esplicitazione del riferimento alla sola giurisprudenza “consolidata” di legittimità quale limite all'operatività del principio in questione, nonché la prospettata applicabilità *tout court*, in tali ipotesi, dell'art. 2043 c.c.: “DISEGNO DI LEGGE – Art. 1 (Modifiche all'ordinamento giudiziario, di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni) – 1. L'articolo 65 del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, e successive modificazioni, è sostituito dal seguente: «Art. 65 – Attribuzioni della Corte suprema di cassazione. – 1. La Corte suprema di cassazione ha sede ha Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio della Repubblica e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato. 2. La Corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia: a) assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge; b) assicura l'unità del diritto oggettivo nazionale; [...] 3. La Corte suprema di cassazione espleta le funzioni di cui alle lettera a) e b) del comma 2 mediante le attribuzioni decisorie, conferite dai codici di procedura civile e di procedura penale, in ordine ai giudizi che le sono sottoposti. Salvo il caso di ignoranza inevitabile, come definita dalla sentenza della Corte costituzionale 24 marzo 1988, n. 364, gli atti ed i provvedimenti dei restanti giudici ordinari, civili e penali, che nell'esercizio delle rispettive funzioni si discostino dall'interpretazione della legge, espressa ai sensi del primo periodo, legittimano la proposizione dell'azione risarcitoria secondo la disciplina ordinaria. In tal caso: a) la responsabilità è valutata ai sensi dell'art. 2043 del codice civile; b) si applica il comma 2 dell'art. 13 della legge 13 aprile 1988, n. 117, e successive modificazioni»”.

⁸ In questi termini l'intervento del relatore sen. Palermo (Aut (SVP, UV, PATT, UPT)-PSI-MAIE) nella seduta del n. 118 (pom.) del 19 aprile 2014.

Questo il testo del parere approvato in detta seduta: “La Commissione, esaminato il disegno di legge in titolo, esprime, per quanto di competenza, parere non ostativo, a condizione che il testo sia reso coerente con il principio costituzionale di autonomia e indipendenza della magistratura, requisiti fondamentali per l'esercizio imparziale delle funzioni giurisdizionali, a garanzia dell'uguaglianza davanti alla legge”.

Inoltre, anche nella stessa II Commissione permanente (Giustizia) del Senato della Repubblica, in sede referente, venivano espresse “alcune considerazioni critiche sul disegno di legge, nella parte in cui introduce forme di responsabilità civile diretta del magistrato”⁹, essendosi altresì rilevato come “[l]a norma in questione finisce per riconoscere artificiosamente surrettizie competenze legislative all’organo giurisdizionale della legittimità”¹⁰ e pervenendo così, in esito a siffatta discussione, all’integrale soppressione di quella parte della proposta legislativa contenente il suddetto tipo di innovazioni¹¹.

Nondimeno, nel seguito dell’esame parlamentare – che ha visto approvare emendamenti sostitutivi presentati dal Governo, miranti a riprodurre il testo e le finalità del d.d.l. Senato n. 1626¹² – l’articolato ha poi finito per assumere, seppur in modo più velato e mediato, una formulazione comunque potenzialmente incidente sulla sfera di autonomia e indipendenza della magistratura e sui correlati profili di imparzialità, terzietà e serenità di giudizio dei soggetti ad essa appartenenti.

Difatti – esclusa l’introduzione di nuove forme di azione diretta (ulteriori rispetto al caso di azione civile per fatto-reato commesso dal magistrato, già prevista all’art. 13 legge 13 aprile 1988, n. 117) – l’intervento riformatore ha ampliato le fattispecie di errore giudiziario risarcibile e ciò, nello specifico, inserendo delle deroghe alla c.d. clausola di salvaguardia.

In particolare, alla luce della nuova disciplina, le attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove sono ora suscettibili di dare luogo a responsabilità, non solo nei casi di dolo¹³, ma altresì nei casi in cui comunque pervengano ad una “violazione manifesta

⁹ Questa la descrizione dell’intervento del sen. Lumia (PD) contenuta nel Resoconto sommario relativo alla seduta n. 108 (pom.) del 29 aprile 2014.

¹⁰ Questa la descrizione dell’intervento del sen. Falanga (FI-PdL XVII) contenuta nel Resoconto sommario relativo alla seduta n. 108 (pom.) del 29 aprile 2014.

¹¹ Modifica operata nel corso della medesima seduta n. 108 (pom.) del 29 aprile 2014 mediante l’approvazione degli emendamenti 1.1 e 1.100 dal contenuto appunto soppressivo del succitato art. 1 del disegno di legge n. 1070 in questione.

¹² Al fine di accelerarne l’iter parlamentare, il testo del d.d.l. Senato n. 1626, di iniziativa governativa, recante “Riforma della disciplina della responsabilità civile dei magistrati”, è stato infatti riproposto sotto forma di emendamenti – approvati in sede referente secondo quanto stabilito a partire dalla seduta n. 147 (pom.) del 30 settembre 2014 della 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato della Repubblica – all’articolato del d.d.l. Senato n. 1070, già adottato come testo base dalla medesima Commissione e in fase di trattazione più avanzata.

¹³ Sulla sostanziale coincidenza dei casi di “dolo” con le sole ipotesi di effettiva sussistenza di un “fatto-reato” si veda la giurisprudenza di legittimità laddove evidenzia come “quella del comportamento doloso del giudice che non integri reato costituisce ipotesi del tutto residuale, stante la difficoltà di individuare uno spazio di “dolo civile”, ossia un ambito di configurabilità di una condotta tenuta con la coscienza e volontà di violare i doveri di ufficio non riconducibile ad una delle fattispecie di reato ipotizzabili nel caso di comportamento doloso del magistrato, e che, per altro verso, anche fatti costituenti reato possono essere prospettati come fonte di responsabilità ai sensi dell’art. 2” (così, Cass., sez. I civ., sentenza 20 settembre 2001, n. 11880; conf. Cass., sez. III civ., 3 gennaio 2014, n. 41).

Cionondimeno, si rinvencono comunque alcune pronunce che propongono una definizione di tale concetto in termini civilistici: “In tema di responsabilità civile dei magistrati, la nozione di «dolo» cui fa riferimento l’art. 2 l. n. 117 del 1988 (non dissimile da quella cui faceva riferimento in precedenza l’art. 55, 1° comma, n. 1, c.p.c. abrogato dall’art. 1 d.p.r. 9 dicembre 1987 n. 497) va intesa nel senso non della semplice volontarietà dell’azione che si assume dannosa, bensì della diretta consapevolezza di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, in un processo penale, di ledere i diritti

della legge nonché del diritto dell'Unione europea" oppure ad un "travisamento del fatto o delle prove"¹⁴.

Tale ampliamento delle fattispecie assoggettabili ad azione risarcitoria è stato, ad ogni buon conto, affiancato dalla contestuale introduzione di un doppio binario di responsabilità secondo cui – accanto alle tradizionali ipotesi nelle quali l'azione diretta del danneggiato nei confronti dello Stato si accompagna a quella indiretta di quest'ultimo nei confronti del magistrato – esistono ora delle ipotesi in cui, ferma restando la responsabilità dello Stato, difetta invece la successiva azione di regresso verso il magistrato¹⁵.

Le fattispecie rientranti in questa nuova categoria vedono dunque lo Stato quale unico soggetto giuridico destinato a sopportarne le correlate conseguenze civili.

Seguendo questa direzione, è quindi possibile prevedere la risarcibilità in favore dei soggetti danneggiati dall'erroneo esercizio delle funzioni giurisdizionali senza coinvolgere necessariamente la responsabilità civile dei magistrati che in ipotesi vi abbiano dato causa e, perciò, lasciando inalterati la sfera di autonomia e indipendenza loro propria nonché i profili di imparzialità, terzietà e serenità di giudizio ad essa correlati.

Tuttavia l'intervento riformatore si è sviluppato solo in parte secondo le prospettive dischiuse da tale possibilità¹⁶.

Infatti, dopo aver esteso l'azione di responsabilità nei confronti dello Stato alle ulteriori ipotesi di "violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea" e di "travisamento del

dell'imputato" (così, ad es., Cass., sez. III civ., 16 novembre 2006, n. 24370, massima) o, più in generale, "di ledere i diritti della parte soccombente" (così, *ibidem*, parte motiva; conf. Cass., 16 ottobre 2007, n. 21618).

¹⁴ Così prevede il nuovo art. 2, comma 2 e ss., legge 13 aprile 1988, n. 117: "2. Fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove. 3. Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. 3-bis. Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea".

¹⁵ L'introduzione di una tale innovazione risulta peraltro frutto di un'esplicita impostazione governativa in tal senso (cfr., ad es., l'intervento del Ministro Orlando alla seduta n. 160 (nott.) del 5 novembre 2014 della 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato della Repubblica, laddove afferma che "si profila con chiarezza l'impostazione del Governo circa i criteri di definizione della responsabilità dello Stato verso il cittadino e quelli, in parte diversi, che caratterizzano l'attività dell'azione di rivalsa nei riguardi del magistrato che ha cagionato il danno"), impostazione poi condivisa in sede parlamentare.

¹⁶ In proposito cfr. R. ROMBOLI, *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?* (in *La nuova responsabilità civile dei magistrati: l. 27 febbraio 2015 n. 18*), in *Il foro italiano*, cit., 317 e ss., che evidenzia infatti un vero e proprio svuotamento della c.d. clausola di salvaguardia.

fatto o delle prove”, la nuova disciplina prevede ora che pure l’azione di rivalsa¹⁷ nei confronti del magistrato debba¹⁸ essere ugualmente esercitata anche laddove l’evento dannoso sia scaturito dall’attività di interpretazione di norme di diritto o da quella di valutazione del fatto e delle prove, seppur con limitazione ai soli casi di “negligenza inescusabile”¹⁹ (oltretutto, ovviamente, ai casi di dolo).²⁰ Ciò, oltretutto, mantenendo lo stesso precedente automatismo e lasciando così intendere

¹⁷ Che ai sensi dell’art. 8 legge 13 aprile 1988, n. 117, continua a doversi proporre da parte del presidente del Presidente del Consiglio dei ministri, nonché dinanzi all’a.g.o. per come individuata con il criterio dell’art. 11 c.p.p.

¹⁸ La prima parte del nuovo art. 7 legge 13 aprile 1988, n. 117, dispone che “*Il Presidente del Consiglio dei ministri, entro due anni dal risarcimento avvenuto sulla base di titolo giudiziale o di titolo stragiudiziale, ha l’obbligo di esercitare l’azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di [...] ovvero nei casi in cui [...]*”.

In effetti, lungi dall’introdurre un’ipotesi di azionabilità discrezionale della rivalsa nei casi diversi da quelli indicati in tale articolo (poi si vedrà quali sono), il motivo dell’esplicitazione del concetto di obbligatorietà nella nuova formulazione dell’art. 7 è stato quello di (ribadire e) “*chiarire la natura obbligatoria dell’azione che lo Stato promuove nei confronti del magistrato per il recupero di quanto pagato al danneggiato*”: in questi termini cfr. la Relazione tecnica al d.d.l. Senato n. 1626 di iniziativa governativa recante “*Riforma della disciplina della responsabilità civile dei magistrati*”, la cui formulazione sul punto in questione è stata poi riprodotta nella disciplina in commento.

Per l’attribuzione di questo significato alla nuova disposizione cfr. anche M. NISTICÒ, *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in *Osservatorio costituzionale*, cit., 18, secondo cui “*sarebbe infatti evidente il contrasto tra l’esercizio di forme di discrezionalità politica del Presidente del consiglio nella scelta sull’esercizio della rivalsa e principi di autonomia ed indipendenza – che notoriamente si affermato anzitutto nei confronti dell’esecutivo – della magistratura*”; nonché E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di «colpa grave»* (in *La nuova responsabilità civile dei magistrati: l. 27 febbraio 2015 n. 18*), in *Il foro italiano*, 2015, parte V, 317 e ss., secondo cui “*l’obbligo di esercizio ha il senso non dell’introduzione di un’area implicita di facoltatività per i casi non previsti, ma dell’identificazione di un dovere funzionale del soggetto competente*”.

¹⁹ Per la definizione del concetto di “negligenza inescusabile” cfr. la consolidata giurisprudenza di legittimità secondo cui essa “*implica la necessità della configurazione di un quid pluris rispetto alla colpa grave delineata dall’articolo 2236 c.c., 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. In altri termini, i presupposti della responsabilità di cui al citato articolo 2, devono ritenersi sussistenti allorché nel corso dell’attività giurisdizionale si sia concretizzata una violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma stessa ovvero una lettura di essa in termini contrastanti con ogni criterio logico o l’adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo o ancora lo sconfinamento dell’interpretazione nel diritto libero*” (così, da ultimo, Cass., sez. III civ., sentenza 17 aprile 2016, n. 6791; conf. Cass., sez. VI civ., ordinanza 27 dicembre 2012, n. 23979, nonché, *ex plurimis*, Cass., sez. III civ., sentenza 5 luglio 2007, n. 15227, con richiamo *ivi* a Cass., n. 25133/2006; Cass., n. 16935/2002; Cass., n. 13339/2000; Cass., n. 6950/1994).

²⁰ Così prosegue infatti la seconda parte del nuovo art. 7 legge 13 aprile 1988, n. 117: “[...] *ha l’obbligo di esercitare l’azione di rivalsa nei confronti del magistrato nel caso di diniego di giustizia, ovvero nei casi in cui la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell’Unione europea ovvero il travisamento del fatto o delle prove, di cui all’art. 2, commi 2, 3 e 3-bis, sono stati determinati da dolo o negligenza inescusabile*”.

Occorre peraltro rilevare, in questa formulazione dell’articolo, la mancanza di un riferimento esplicito alle ipotesi di negazione o affermazione incontrastabilmente smentite dagli atti circa l’esistenza di un fatto nonché alle eventualità di emissione di un provvedimento cautelare privo di motivazione o al di fuori dei casi consentiti dalla legge, ipotesi che, stando al dato letterale risultante dalla nuova disciplina e al contrario che in quella previgente, sembrerebbero ora sottratte alla rivalsa.

Per un verso, tuttavia, tale incongruità appare superabile sul piano interpretativo, specie in presenza dell’espresso richiamo alle previsioni “*di cui all’art. 2, commi 2, 3 e 3-bis*” e alla possibilità di intendere le fattispecie di emissione di un provvedimento cautelare privo di motivazione o al di fuori dei casi consentiti dalla legge e quelle di negazione o affermazione incontrastabilmente smentite dagli atti circa l’esistenza di un fatto (esplicitate all’art. 2, ma rimaste implicite nell’art. 7 a seguito del passaggio dalla formulazione dell’emendamento governativo “2.301 testo corretto”

che – in ogni caso di condanna dello Stato ai sensi della normativa in commento – il magistrato interessato dovrà comunque affrontare l'intero giudizio di rivalsa in sede civile, anche solo per veder riconosciuto il difetto del relativo elemento psicologico, con evidente aggravio rispetto a qualsiasi altra ipotesi di danno erariale ²¹ in cui, a tacer d'altro, la competente procura contabile può anche definire con l'archiviazione le notizie di danno carenti dei presupposti per procedere ²².

alla sua riformulazione “2.301 testo 2” poi approvata dalla Commissione unitamente, per quanto interessa sotto questo profilo, al subemendamento “2.301 testo 2/9 testo corretto”, poi ulteriormente modificato in Assemblea con l'approvazione dell'emendamento “2.700”) quali sottocategorie delle nuove e più generali categorie rispettivamente di “violazione manifesta della legge” e di “travisamento del fatto o delle prove”. Il tutto, in particolare, sia avuto riguardo all'intentio legis espressamente codificata all'art. 1 legge 27 febbraio 2015, n. 18 (secondo cui: “La presente legge introduce disposizioni volte a modificare le norme di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117, al fine di rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati [...]”), sia avuto riguardo ai lavori preparatori laddove, oltre alle indicazioni nel senso della ricomprensione di tutti i profili di responsabilità “nell'ampia previsione generale dell'emendamento governativo” e alle “rassicurazioni offerte dal Ministro circa l'omnicomprensività della fattispecie di responsabilità” in questione rese nel corso della seduta n. 160 (nott.) del 5 novembre 2014 alla 2ª Commissione permanente (Giustizia) del Senato della Repubblica, si rinviene anche l'espressa affermazione per cui, proprio a proposito dell'azione di rivalsa di cui all'art. 7, “La Commissione ha anche convenuto di renderla espressamente obbligatoria, ancorandone i presupposti alla stessa base normativa descritta innanzi [cioè, appunto, l'intero art. 2, n.d.r.], ma stabilendo che l'elemento soggettivo della condotta recante danno da parte del magistrato deve essere esclusivamente quello del dolo o della negligenza inescusabile” (così, espressamente, la Relazione orale all'Assemblea del sen. Buemi, relatore del provvedimento, nella seduta n. 354 (ant.) del 19 novembre 2014 del Senato della Repubblica).

Per altro verso, poi, si vedano le osservazioni di E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di «colpa grave»* (in *La nuova responsabilità civile dei magistrati: l. 27 febbraio 2015 n. 18*), in *Il foro italiano*, cit., 317 e ss., secondo cui “Il riferimento nell'art. 7 in materia di rivalsa al solo travisamento del fatto (e delle prove), e non anche all'affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento, tradisce la difficoltà di rinvenire, già nello stesso corpo della legge, una differenza fra le due ipotesi. Che le nozioni convergano trova conferma nell'art. 2 d.leg. 23 febbraio 2006 n. 109, sugli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, che contiene il riferimento solo al «travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile»”.

²¹ Per una rapida indicazione di tutte le ipotesi di responsabilità per danno erariale degli appartenenti alla magistratura, e relativa disciplina, si veda V. TENORE, *Responsabilità amministrativo contabile del magistrato*, estratto, con successive integrazioni, da AA.VV., *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, Giuffrè, 2010, cap. V, e consultabile su internet in www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=1254

In ordine ad ulteriori questioni poste dalla disciplina dell'azione di rivalsa e dal suo intreccio con la giurisdizione della Corte dei conti si veda G. D'AURIA, «L'altra responsabilità» dei magistrati (in *La nuova responsabilità civile dei magistrati: l. 27 febbraio 2015 n. 18*), in *Il foro italiano*, cit., 317 e ss.

²² Anomalia solo in parte mitigata dalla considerazione del C.S.M., parere 29 ottobre 2014, in *Il foro italiano: le banche dati: archivio merito ed extra*, 2014.509, per cui – nel contesto della nuova disciplina e a seguito dell'abrogata previsione del c.d. filtro di ammissibilità della domanda di cui al previgente art. 5 legge 13 aprile 1998, n. 117 – verrebbe comunque mantenuto un “momento di valutazione dei requisiti di ammissibilità dell'azione [...] 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”.

Per la disamina delle varie questioni poste dall'abrogazione del c.d. filtro di cui al previgente art. 5 legge 13 aprile 1998, n. 117, si veda G. ZAMPETTI, *Osservazioni sugli aspetti processuali della nuova disciplina sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati: profili costituzionali*, in questo stesso dossier.

Ora, se è vero che era comunque opportuno raccordare le strette esigenze di compatibilità con l'ordinamento eurounitario²³ ai necessari canoni di razionalità e ragionevolezza dell'intervento riformatore dal punto di vista interno,²⁴ la disciplina in commento va ben oltre anche rispetto a tale occorrenza.

Difatti l'ulteriore e specifica motivazione di siffatta riforma – per come dichiarata nell'analisi tecnico-normativa di accompagnamento al d.d.l. Senato n. 1626 di iniziativa governativa, poi confluito come visto nella disciplina in commento – è stata anche quella secondo cui “L'intervento normativo sulla responsabilità civile dei magistrati è reso necessario dall'esigenza di riequilibrio delle posizioni politico-istituzionali coinvolte e di superamento definitivo di un aspro confronto ancora attuale riguardante il rapporto tra poteri dello Stato (politico-legislativo e giudiziario), rapporto che viene significativamente inciso dalla modulazione della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati, quali esponenti di un ordine che esprime la propria funzione nell'applicazione della legge. L'obiettivo perseguito è dunque quello di rimodulare tale disciplina rendendola maggiormente effettiva, incidendo così sul predetto rapporto in termini di ulteriore responsabilizzazione del magistrato nel caso di violazione manifesta della legge”²⁵.

Sembra emergere, allora, una vera e propria rielaborazione nella concezione dello strumento risarcitorio in chiave regolativa delle relazioni tra poteri dello Stato, volta sostanzialmente a intervenire sulla sfera di attribuzioni della magistratura.

D'altro canto – realizzata mediante l'esplicito ridimensionamento della c.d. clausola di salvaguardia e la prevista, sebbene limitata, esposizione del magistrato all'azione di rivalsa dello Stato anche in ipotesi di esercizio non doloso delle attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove – questa parte della riforma in commento, piuttosto che favorire il corretto esplicarsi della giurisdizione, si sta dimostrando, da un lato, priva di effetti tangibili in

²³ Dopo aver inizialmente affermato in via generale (con le pronunce del 19 novembre 1991 nelle cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich*, e del 5 marzo 1996 nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*) la responsabilità dello Stato per inadempimento e violazione del diritto comunitario, la Corte di giustizia ha poi chiarito (con la pronuncia del 30 settembre 2003 nella causa C-224/01, *Köbler*) che tale responsabilità sussiste anche nel caso di violazione scaturente da provvedimenti giurisdizionali di un organo di ultima istanza e (dapprima con la pronuncia del 13 giugno 2006 nella causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, successivamente con la pronuncia del 24 novembre 2011 nella causa C-379/10, *Commissione c. Italia*) ha ulteriormente precisato, da un lato, che tale responsabilità dello Stato non può essere esclusa per il solo fatto di derivare dall'attività di interpretazione del diritto o di valutazione di fatti e prove e, dall'altro, che la sua sussistenza non può essere limitata ai soli casi di dolo o colpa grave del magistrato laddove ciò si traduca in un'esclusione della responsabilità statale anche nei casi di violazione manifesta del diritto vigente.

²⁴ Per una rapida disamina di tali questioni si veda, in particolare, il contributo di I. PELLIZZONE, *La responsabilità dello Stato-giudice tra interpretazione conforme, disapplicazione e prospettive di riforma: brevi riflessioni a margine della sentenza del 24 novembre 2011 della Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, vol. 2/2012, e la dottrina ivi richiamata.

²⁵ Ciò peraltro, dichiarando che: come “*indicatore che consentirà di verificare il grado di raggiungimento degli obiettivi indicati va segnalato il numero (su base annuale) delle cause aventi ad oggetto la responsabilità civile dei magistrati. Questo dato va ulteriormente ripartito in: - procedimenti definiti con condanna o con rigetto o con dichiarazione di inammissibilità della domanda; - procedimenti proposti nei confronti di magistrati ordinari o di magistrati speciali (amministrativi, contabili, militari); - procedimenti proposti nei confronti di magistrati togati o di magistrati onorari*” (così, *ibidem*), lasciando così l'ulteriore dubbio se dai semplici numeri delle cause risarcitorie e dei relativi esiti possa veramente desumersi il livello di “responsabilizzazione” di una determinata categoria.

ordine al miglioramento della quotidiana vita giudiziaria e, dall'altro, foriera di specifici e problematici riflessi proprio nel concreto esercizio delle suddette attività a questa consustanziali ²⁶.

Si vedano, ad esempio, i casi sottesi alle varie questioni di legittimità costituzionale già sollevate in via incidentale perlopiù nell'ambito di procedimenti giudiziari di tipo ordinario – non involgenti l'accertamento della responsabilità né dello Stato né del magistrato ai sensi della legge in questione ²⁷ – da cui emergono chiaramente le concrete eventualità di *impasse* ²⁸, tendenze a evitare il più possibile di pronunciarsi ²⁹ o comunque a sostituire l'applicazione del principio del libero convincimento con il criterio della scelta meno rischiosa ³⁰, orientato cioè alla ricerca della decisione meglio difendibile in un successivo giudizio di rivalsa ³¹, specie nelle vicende più complesse.

Per contro la Consulta ha da tempo avvertito che l'attività giurisdizionale “deve essere immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione formale o sostanziale ad altri organi, e deve

²⁶ A tal proposito cfr. A. LEPRE, *Responsabilità civile dei magistrati e giurisprudenza difensiva*, Relazione al convegno tenutosi presso la Corte d'Appello di Roma il 6 novembre 2015, consultabile su internet all'indirizzo <http://www.magistraturaindipendente.it/responsabilita-civile-dei-magistrati-e-giurisprudenza-difensiva.htm>

²⁷ In ordine al profilo della “rilevanza” alcuni atti di promovimento richiamano il principio affermato da Corte cost. sent. n. 18/1989 secondo cui “*debbono ritenersi influenti sul giudizio anche le norme che, pur non essendo direttamente applicabili nel giudizio a quo, attengono allo status del giudice, alla sua composizione nonché, in generale, alle garanzie e ai doveri che riguardano il suo operare. L'eventuale incostituzionalità di tali norme è destinata ad influire su ciascun processo pendente davanti al giudice del quale regolano lo status, la composizione, le garanzie e i doveri: in sintesi, la <protezione> dell'esercizio della funzione, nella quale i doveri si accompagnano ai diritti*”.

Per la disamina delle varie questioni sollevate si veda A. RIDOLFI, *A proposito delle questioni di legittimità costituzionale sulla legge n. 18/2015 e della responsabilità dei magistrati in generale*, in questo stesso dossier.

²⁸ Cfr., in particolare, il caso sotteso all'Atto di promovimento Ordinanza del Tribunale di Catania del 6 febbraio 2016, iscritto al Reg. ord. n. 113 del 2016 pubbl. in G.U. 8 giugno 2016, n. 23, in cui il giudice si trova a dover rivalutare, in sede di opposizione *ex art. 1 comma 51 legge n. 92/2012*, delle risultanze istruttorie che si prestano ad apprezzamenti diametralmente opposti.

²⁹ Cfr., in particolare, il caso sotteso all'Atto di promovimento Ordinanza del Tribunale di Enna del 25 febbraio 2016, iscritto al Reg. ord. n. 126 del 2016 pubbl. in G.U. 6 luglio 2016, n. 27, in cui il giudice si trova a dover pronunciare su un'istanza di provvisoria esecuzione *ex art. 648 c.p.c.* in presenza di orientamenti giurisprudenziali asseritamente discordanti e prima ancora che le parti abbiano depositato le memorie istruttorie *ex art. 183, sesto comma, c.p.c.*

³⁰ Cfr., in particolare, il caso sotteso all'Atto di promovimento Ordinanza del Tribunale di Treviso in data 8 maggio 2015, iscritto al Reg. ord. n. 218 del 2015, pubbl. in G.U. 28 ottobre 2015, n. 43, in cui il giudice si trova a dover valutare la colpevolezza dell'imputato sulla base di sole prove c.d. non rappresentative, implicanti cioè delicate valutazioni in ordine alla gravità, precisione e concordanza degli indizi *ex art. 192 c.p.p.*

³¹ A tal proposito cfr. C.S.M., deliberazione 28 giugno 2011, in *Il foro italiano: le banche dati: archivio merito ed extra*, 2011.543, secondo cui l'attività giurisdizionale “*per essere correttamente svolta, deve essere "libera" e non essere condizionata da "atteggiamenti difensivi" di categoria*” atteso che diversamente il giudice “*potrebbe essere indotto, dal timore della responsabilità, a prendere la decisione che causa un danno alla parte che è nella condizione meno favorevole ad agire in giudizio per il risarcimento dei danni ovvero ad assumere una decisione che sia formalmente coerente con i precedenti orientamenti giurisprudenziali - dunque idonea a porlo al riparo da eventuali azioni risarcitorie - ma sostanzialmente non risponda alla domanda di giustizia della concreta vicenda esaminata*”; nonché C.S.M., deliberazione 14 marzo 2012, in *Il foro italiano*, 2012, parte III, 230 e ss., secondo cui “*È evidente, in proposito, che il rischio di incorrere in responsabilità civile ha di per sé un effetto distorsivo sull'operato dei magistrati, i quali potrebbero essere indotti, al fine di sottrarsi alla minaccia della responsabilità, ad adottare, tra più decisioni possibili, quella che consente di ridurre o eliminare il rischio di incorrere in responsabilità, piuttosto che quella maggiormente conforme a giustizia*”.

altresì essere libera da prevenzioni, timori, influenze, che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza”³² e che “[v]a escluso nel giudice qualsiasi anche indiretto interesse alla causa da decidere, e deve esigersi che la legge garantisca l'assenza di qualsiasi aspettativa di vantaggi, come di timori di alcun pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione”³³.

E a ben vedere infatti, seppur mitigato dal mantenimento dell'elemento soggettivo minimo della “negligenza inescusabile” quale condizione affinché ricorra la separata fattispecie di rivalsa dello Stato, ciò apre comunque una breccia nella sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita in capo alla magistratura³⁴, con conseguente rischio di condizionarne e snaturarne, quantomeno in ipotesi, le modalità di esercizio³⁵.

³² Corte cost. sent. n. 128/1974.

³³ Corte cost. sent. n. 60/1969.

³⁴ A tal proposito cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione: una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, vol. 3/2012, 20 e s., il quale illustra le rilevanti problematiche relative all'introduzione di una responsabilità da attività interpretativa osservando che “*Si tratta, dunque, di una questione di delicatezza estrema*”.

³⁵ Peralto, in tale ottica, i profili oggetto delle suddette q.l.c. avrebbero potuto assumere rilievo anche quali argomenti da far valere in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, *sub specie* di conflitto per menomazione.

Invero, seppur inizialmente la giurisprudenza costituzionale non ammetteva l'impugnabilità, in detta sede, degli atti aventi valore di legge, in seguito la Corte ha finito per accettare anch'essi quale possibile oggetto di tali conflitti (vedasi, in proposito, L. BUFFONI, *Il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato avente per oggetto atti legislativi*, in *Giur. cost.*, 2002, 2269 e ss.), la cui effettiva ammissibilità è stata però circoscritta dapprima alle ipotesi in cui “*non esista un giudizio nel quale questi debbano trovare applicazione e quindi possa essere sollevata la questione di legittimità costituzionale in via incidentale*” (così Corte cost. ord. n. 343/2003; cfr. anche Corte cost. sent. n. 221/2002) e poi ulteriormente ristretta fino a ricomprendere i soli casi in cui “*non sussista la possibilità, almeno in astratto, di attivare il rimedio della proposizione della questione di legittimità costituzionale nell'ambito di un giudizio comune*” (così Corte cost. n. 284/2005).

Ora, in effetti, i casi come quello di specie dovrebbero essere esclusi dalla proponibilità del conflitto proprio alla stregua di tali limitazioni, specie ove si reputi applicabile anche alle q.l.c. in argomento il concetto di “rilevanza” nel più ampio senso enucleato, in particolare, da Corte cost. sent. n. 18/1989 e poc'anzi ricordato. D'altra parte è proprio con riferimento a siffatte ipotesi involgenti l'asserita lesione di prerogative dell'organo-potere giudiziario che si esprime Corte cost. n. 278/1997, laddove evidenzia che, in relazione alle norme assunte come pregiudizievoli per la propria sfera di attribuzioni, lo stesso giudice ricorrente “*è chiamato o può essere chiamato a fare applicazione per definire giudizi innanzi a sé pendenti*”, sicché “*già dispone della possibilità di attivare il giudizio incidentale sulla costituzionalità della legge*” (in proposito cfr. anche Corte cost. n. 457/1999).

Purtuttavia, qualora si ipotizzi in generale l'illegittimità di una disciplina legislativa in ragione di una lesione dalla stessa arrecata ad una sfera di attribuzioni costituzionalmente garantita, ciò significa che – almeno in potenza – le prerogative che la Costituzione pone in capo ad un determinato organo-potere sono in qualche modo insidiate e che quest'ultimo, perciò, non è posto in grado di svolgere appieno la propria funzione costituzionale. Tal che, a fronte del richiamato orientamento della Corte, rimane il dubbio se lo scrupolo di preservare al massimo le forme di q.l.c. quale (pressoché) unico modo di introdurre un sindacato di legittimità su atti legislativi sia davvero prevalente in confronto al rischio che un conflitto in atto di tono costituzionale si trascini anche a lungo nel tempo continuando potenzialmente ad incidere su delicati equilibri istituzionali in attesa che si creino le condizioni affinché venga sollevata in via incidentale la relativa questione e che essa, in presenza di queste, venga in concreto sollevata dal giudice *a quo* (il quale, in pratica, verrebbe così impropriamente a svolgere in tali casi la stessa funzione che, nelle ipotesi di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, viene invece riservata alla Consulta nell'apposita fase di ammissibilità).

Proprio a tal proposito è stato infatti rilevato che, nelle evenienze di questo tipo, “*il controllo, se pur astrattamente ipotizzabile, è tuttavia difficile o tardivo*”, concedendosi che, appunto, “*si può ipotizzare il conflitto di attribuzioni (ove la legge interferisca incostituzionalmente nell'organizzazione o nei poteri di altro potere costituzionale)*” (in tal senso

La stessa Corte costituzionale, in sede di scrutinio della previgente disciplina, evidenziava che la garanzia di tale sfera di “indipendenza è diretta infatti a tutelare, in primis, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto”, pervenendo alla declaratoria di infondatezza della censura proprio in quanto “[t]ale attività non può dar luogo a responsabilità del giudice [...] Né può sostenersi - come fa il giudice a quo - che la legge impugnata spingerebbe il giudice a scelte interpretative accomodanti e a decisioni meno rischiose in relazione agli interessi in causa, così influenzando negativamente sulla sua imparzialità. Come si è ora rilevato, l'art. 2, comma secondo, della l. n. 117 esclude espressamente che possa dar luogo a responsabilità «l'attività d'interpretazione di norme di diritto» e quella di valutazione del fatto e delle prove”³⁶.

Per far fronte alla diversa impostazione contenuta nel nuovo dettato normativo si è allora cercato, con notevole sforzo ermeneutico, di proporre una possibile interpretazione conforme che porti a scindere la disciplina delle ipotesi di violazione manifesta del diritto eurounitario dalle altre ipotesi di violazione manifesta della legge in modo da mantenere comunque, con riferimento a queste ultime, la piena applicabilità della c.d. clausola di salvaguardia³⁷.

G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, 304). In questa linea di pensiero si è dunque reputato problematico “riservare al giudizio incidentale la salvaguardia delle competenze costituzionali di un organo legittimato al conflitto”, mentre “forse, in un sistema di giustizia costituzionale “maturo” è ben plausibile che il conflitto assuma la veste dello strumento di soluzione delle controversie istituzionali, come accaduto in Italia a partire dal caso Mancuso (sent. n. 7 del 1996). E si può anche arrivare a condividere l'ipotesi che alcuni soggetti istituzionali (i legittimati al conflitto ex art. 37 l. n. 87 del 1953, in specie) godano di strumenti di ricorso privilegiati rispetto ai (comuni) cittadini” (in tal senso A. CELOTTO, *Una inammissibilità che non persuade*, commento a Corte cost. n. 284/2005, consultabile su internet all'indirizzo <http://www.giurcost.org/studi/celotto.html>).

³⁶ Corte cost. sent. n. 18/1989.

³⁷ Così, in particolare, E. SCODITTI, *Le nuove fattispecie di «colpa grave»* (in *La nuova responsabilità civile dei magistrati: l. 27 febbraio 2015 n. 18*), in *Il foro italiano*, cit., 317 e ss., secondo cui “Il giurista deve allora fare opera d'interpretazione conforme a Costituzione di quanto il legis-latore ha fatto e mantenere fermo quanto si ricavava dalla precedente formulazione della disposizione, e cioè che i casi di colpa grave non costituiscono interpretazione di norme di diritto o valutazione del fatto e delle prove, attività sottratte alla responsabilità civile in quanto identificative della funzione giudiziaria, salvo il caso della violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, nel quale la compatibilità di responsabilità ed esercizio dell'attività interpretativa discende dall'assorbimento dell'illecito dell'organo giudiziario in quello dello Stato considerato nella sua unità [...] Si potrebbe quindi concludere sul punto che, mentre «violazione manifesta della legge» va interpretato in modo conforme alla Costituzione, e dunque riferendolo alla disposizione, «violazione manifesta del diritto dell'Unione europea» va interpretato in modo conforme al dictum sovranazionale, e dunque esteso anche alla norma e all'interpretazione”.

Ancora più complessa, poi, la questione relativa alle locuzioni “travisamento del fatto” e “travisamento delle prove”: se per quest'ultima, “In coerenza a quanto rilevato a proposito della violazione manifesta di legge, si può affermare che, manifestandosi anche le prove in enunciati linguistici, il travisamento concerna il misconoscimento dei dati linguistici, e dunque il livello percettivo che precede la valutazione”, per la prima occorre osservare che “Lo sdoppiamento che l'art. 2, 3° comma, ha stabilito fra travisamento del fatto e affermazione, o negazione, del fatto contrastata dagli atti del procedimento incrina in modo serio il bilanciamento fra il principio costituzionale di indipendenza della magistratura e quello di responsabilità perché invade il campo della valutazione del fatto, istituzionalmente affidato al libero convincimento del giudice. Se la norma avesse parlato solo di travisamento del fatto, e non anche della prova, si sarebbe potuto forse, in chiave d'interpretazione adeguatrice, intendere il fatto così come si presenta nel processo, e cioè nei limiti della prova, e intendere travisamento del fatto come misconoscimento del dato linguistico mediante cui la prova si manifesta. La presenza anche del travisamento della prova impedisce una simile interpretazione”; sicché, conclude sul punto, “Quando il senso linguistico della disposizione non consente altre vie, e tale ci sembra il caso del travisamento del fatto, la questione di legittimità costituzionale diventa attuale”.

Tuttavia, già avvertita come problematica prima della riforma³⁸, l'effettiva percorribilità di una tale soluzione sembra ancora più difficile *de iure condito*, sia avuto riguardo all'effettivo impianto della riforma in commento (stante la scelta di mantenere un rigido parallelismo tra l'ambito oggettivo delle fattispecie di errore giudiziario risarcibile e quello delle ipotesi di rivalsa), sia soprattutto per i profili di contrasto con l'art. 3 Cost., il cui pur necessario bilanciamento con le previsioni inerenti alle prerogative magistratuali non pare comunque consentire interpretazioni che conducano a diverse declinazioni dei diritti del danneggiato a seconda che la manifesta violazione subita verta o meno in materia di diritto eurounitario³⁹.

Sicché, per la ricerca di un possibile equilibrio in grado di coniugare i principi applicabili alla responsabilità dei magistrati con i diritti comunque riconosciuti in capo ai soggetti danneggiati – al fine di proporre degli ulteriori spunti valevoli sia nell'ambito dell'attuale attività ermeneutica sia in vista di eventuali ulteriori interventi normativi – pare utile ripercorrere in estrema sintesi la dimensione costituzionale delle questioni in gioco prendendo le mosse dai relativi parametri e innanzitutto, per un verso, dall'art. 28 Cost. e, per l'altro, dall'art. 24, quarto comma, Cost.

3. La possibilità di risarcimento nei confronti dello Stato e nei confronti del magistrato alla luce dell'art. 28 Cost.

Da un primo e assai comune punto di vista, la natura pubblica delle funzioni giudiziarie rimanda anzitutto alla previsione dell'art. 28 Cost. quale possibile fondamento della responsabilità sia in capo al personale statale che le esercita sia in capo allo Stato⁴⁰.

³⁸ Cfr., in particolare, A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'U.E. del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Rivista AIC*, vol. 1/2012, 6 e s., secondo cui "l'eventuale distinta considerazione, sotto questo profilo, del diritto dell'Unione europea e del diritto interno, per quanto riguarda l'attività dei giudici, deve ritenersi assolutamente improponibile non solo - e non tanto - sotto il profilo della razionalità/ragionevolezza (art. 3 Cost.), quanto - e soprattutto - perché il nostro legislatore, imponendo una disciplina più severa a tutela dell'efficacia della normativa comunitaria, mostrerebbe di preoccuparsi delle possibili violazioni del diritto dell'Unione più di quanto si preoccupi delle violazioni del diritto nazionale. E ciò in evidente violazione dell'art. 54 Cost. che impone, al massimo livello, l'osservanza della Costituzione e delle leggi".

³⁹ Cfr. M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione: una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, cit., 21, secondo cui "le incongruenze dommatiche messe in luce [...] non verrebbero meno, specialmente in punto di rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza".

⁴⁰ Cfr., sul punto, Corte cost. sent. 2/1968, laddove evidenzia come "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. Che si riferisca solo ai primi, è opinione dell'Avvocatura, ma la Corte non può accoglierla. 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 fuori dall'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: tanto che la Costituzione (art. 98) li ricorda insieme ai pubblici impiegati e sono numerose le leggi che, scritte per questi, valgono anche per quelli.

In effetti proprio l'art. 28, come risulta da affermazioni ripetute lungo il suo procedimento formativo, ha inteso estendere a quanti agiscano per lo Stato quella responsabilità personale che prima era espressamente prevista solo per alcuni di loro (giudici, cancellieri, conservatori di registri immobiliari). Con il che si sono venuti ad accomunare gli

Tuttavia la particolarità delle relative funzioni impone una specifica cautela nell'individuazione dei rimedi esperibili avverso il suo erroneo esercizio e dei soggetti concretamente tenuti a sopportarne il relativo onere economico, tant'è che, accanto alla predetta considerazione, si è da subito precisato che “la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione, *super partes* del magistrato possono suggerire, come hanno suggerito *ante litteram*, condizioni e limiti alla sua responsabilità”⁴¹.

D'altra parte, già quanto al significato stesso del richiamato precetto costituzionale, ci si è ripetutamente interrogati su quali siano l'effettivo contenuto precettivo da attribuirvi e le sue concrete ricadute sulla legislazione ordinaria.

Per un verso, dal dibattito svoltosi in assemblea costituente, emerge che la disposizione *in nuce* veniva principalmente intesa come volta ad affermare, in discontinuità rispetto al passato, un principio generale di responsabilità diretta dei funzionari e dipendenti pubblici in ordine ai pregiudizi arrecati ai terzi nell'esercizio delle loro funzioni⁴².

In tale ottica, anzi, detto articolo potrebbe interpretarsi come teso a “instaurare un rapporto tra i pubblici funzionari come tali ed i cittadini che sollecitasse il senso di responsabilità dei primi verso i secondi, come è richiesto in ogni ordinamento che mette prima gli uomini degli apparati”.⁴³ E proprio l'attitudine di tale parametro ad informare il tema della responsabilità civile è stata valorizzata al fine di sostenere l'esistenza di un divieto costituzionale ad introdurre previsioni di favore in ordine alle conseguenze dei fatti illeciti commessi dai funzionari e dipendenti pubblici rispetto alla disciplina applicabile alla generalità dei privati⁴⁴.

uni e gli altri in una stessa proposizione normativa, affermandosi un principio valevole per tutti coloro che, sia pure magistrati, svolgano attività statale: un principio generale che da una parte li rende personalmente responsabili, ma dall'altra non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni”.

⁴¹ Così, espressamente, già la stessa Corte cost. sent. 2/1968.

⁴² Si veda, in particolare, l'intervento del Presidente della I Sottocommissione, onorevole F. TUPINI, nella seduta pomeridiana del 15 aprile 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Parte VIII, 2895, laddove illustra che “Questo articolo rappresenta una notevole conquista nel piano costituzionale. Afferma un principio ormai maturo nella coscienza nazionale e un progresso importante nel campo del diritto pubblico. L'articolo consta di due elementi fondamentali: 1) la responsabilità personale del funzionario; 2) la garanzia, che vorrei dire sussidiaria, dello stato, in ordine alle omissioni o agli atti dei funzionari in dispregio alle leggi penali, civili e amministrative”.

Per questa ricostruzione storica cfr. anche F. MERUSI e M. CLARICH, *Art. 28*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna e Roma, Zanichelli e Società editrice del foro italiano, 1991, *passim*.

⁴³ Così G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento: prospettive di riforma*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, vol. I, 784.

⁴⁴ Su tale interpretazione si veda, in particolare, E. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 1953, 269 e s., secondo cui – posto che “lo art. 28 non contiene una completa descrizione della fattispecie condizionante il sorgere del diritto al risarcimento” – “Il richiamo alla legge civile vale appunto, senza possibilità di dubbio, ad integrare la fattispecie lacunosamente prevista nell'art. 28 [...] il quale, in breve, pone il funzionario o dipendente dello Stato e di ogni altro potere pubblico nella medesima situazione di un qualsiasi privato” e, aggiunge, “Da ciò consegue che una qualsiasi norma di legge ordinaria la quale stabilisse, nei riguardi dei funzionari o dipendenti, una fattispecie diversa da quella comune, ad esempio limitando nei loro riguardi l'elemento soggettivo soltanto al dolo, o dando una diversa disciplina al nesso di causalità tra condotta ed evento-danno, sarebbe in contrasto con la Costituzione”.

Per altro verso, accanto al senso suggerito da queste indicazioni, sono state anche proposte interpretazioni alternative, di tipo principalmente sistematico, volte a conferire alla disposizione una portata diversa.

Da un lato, infatti, il riferimento alla commissione di atti “in violazione” di diritti ha consentito di intravedere l’esistenza di una norma volta a disciplinare tutti (e solo) i casi di danni volontariamente arrecati a terzi dai funzionari e dipendenti pubblici ⁴⁵, perciò con l’ulteriore conseguenza di estendere la responsabilità allo Stato nella totalità di siffatte ipotesi ⁴⁶, seppur con l’eccezione dell’attività giurisdizionale in cui la responsabilità sarebbe assorbita e garantita nella diversa previsione costituzionale relativa alla riparazione degli errori giudiziari ⁴⁷.

Dall’altro, l’uso del termine “diritti” ha suggerito una relazione con i diritti fondamentali dell’uomo e con la previsione di cui all’art. 2 Cost., della quale l’art. 28 Cost. potrebbe costituire il corollario, imponendo al legislatore di sanzionare sempre la lesione di tali diritti fondamentali ⁴⁸.

⁴⁵ Su tale interpretazione si veda, in particolare, C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, ora in ID., *La Costituzione italiana: Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 107 e ss.

⁴⁶ In tal modo ricomprendendo anche quelle eventualità che, secondo la tradizionale declinazione del rapporto di immedesimazione organica in senso stretto, avrebbero condotto a escludere la riferibilità alla pubblica amministrazione dell’illecito commesso dal dipendente (cfr. *Idem*, 116 e ss.).

In ogni caso, poi, siffatta problematica è stata sostanzialmente superata dall’evoluzione giurisprudenziale in materia, mediante l’individuazione del fondamento della responsabilità della pubblica amministrazione nel rinnovato concetto di “occasionalità necessaria” il quale, secondo la definizione ormai consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, “ricorre quando il dipendente non abbia agito quale privato per fini esclusivamente personali ed estranei all’amministrazione di appartenenza, ponendo in essere una condotta ricollegabile, anche solo indirettamente, alle attribuzioni proprie dell’agente” (così, da ultimo, Cass., sez. III civ., sentenza 10 ottobre 2014, n. 21408; conf., *ex plurimis*, Cass., sez. III civ., sentenza 29 dicembre 2011, n. 29727; Cass., sez. III civ., sentenza 29 dicembre 2011, n. 29727; Cass., sez. III civ., 21 novembre 2006, n. 24774; nonché, anche per una breve ricostruzione dei precedenti sviluppi giurisprudenziali sul punto, Cass., sez. III civ., sentenza 30 gennaio 2008, n. 2089; Cass., sez. III civ., sentenza 12 agosto 2000, n. 10803).

⁴⁷ Vedasi, sul punto, la tesi di C. ESPOSITO, *La responsabilità dei funzionari e dipendenti pubblici secondo la Costituzione*, cit., ora in ID., *La Costituzione italiana: Saggi*, cit., 130-131, secondo cui “rispetto agli organi giurisdizionali, ha pieno vigore solo la statuizione della responsabilità diretta dei funzionari per gli atti in lesione dei diritti. È escluso invece che anche in tale caso «la responsabilità civile si estende allo Stato»”, chiarendo poi come tale disposizione “escluderebbe che di per sé la responsabilità per il dolo del giudice nel giudizio si estenda automaticamente allo Stato, e lascia alle leggi di risolvere la questione” (pag. 131, nota 55).

⁴⁸ Su tale interpretazione si veda, in particolare, F. MERUSI e M. CLARICH, *Art. 28*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, cit., 361 e ss.; nonché R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, Cedam, 1999, 94-96.

Peraltro, in tale accezione, il riferimento ai diritti fondamentali potrebbe leggersi anche in combinato con la nuova formulazione dell’art. 117, primo comma, Cost., e, in particolare, con riferimento alla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, conferendo così copertura costituzionale ai c.d. “obblighi positivi” scaturenti in via generale da tutti quanti i diritti in essa riconosciuti, anche a prescindere da puntuali indicazioni da parte della Corte EDU.

Sul tema vedasi, in particolare, F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?* in V. MANES e V. ZAGREBELSKY, *La convenzione europea dei diritto dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, Giuffrè, 2011, 243 e ss., il quale peraltro ricorda che “la Corte di Strasburgo fa propria una cruciale acquisizione della dottrina e della prassi costituzionalistica tedesca” secondo cui “il riconoscimento di un diritto fondamentale comporta cioè, a carico dello Stato, altresì il dovere di attivarsi per tutelare il godimento del diritto contro aggressioni illecite da parte di terzi, e correlativamente conferisce al singolo una pretesa a che lo Stato adempia diligentemente tale dovere” il quale “si declina, a livello primario, nel dovere di vietare la commissione di fatti lesivi del diritto fondamentale; e, al livello

La Corte costituzionale, senza prendere specifica posizione in merito, si è limitata ad enucleare da tale parametro un solo – e più evidente – limite negativo, rappresentato dall'illegittimità di una disciplina che escluda la responsabilità in maniera assoluta⁴⁹. Invero, seppur inizialmente articolato con riferimento a normativa regolante i rapporti tra lo Stato e i propri dipendenti, tale esito interpretativo ha poi trovato normale espressione anche nella generalità dei rapporti verso i terzi, sia dello Stato sia dei suoi funzionari⁵⁰.

Ciò posto è dunque possibile affermare che, anche senza interpretazioni estensive, l'art. 28 Cost. si oppone, già nel suo contenuto minimo, a una disciplina che comunque preveda, sia pure alternativamente, l'assenza di responsabilità in capo ai dipendenti pubblici oppure l'assenza di responsabilità in capo allo Stato⁵¹.

A tal proposito si è poi precisato – valorizzando la *ratio* che dal punto di vista storico aveva portato all'introduzione dell'art. 28 Cost., a discapito del senso letterale suggerito dalla disposizione costituzionale – che eventuali limitazioni della responsabilità dei dipendenti pubblici in ipotesi specifiche non costituisce, di per sé, violazione del precetto costituzionale giacché la “esclusione di responsabilità limitata a determinate fattispecie” deve ritenersi “consentita dall'art. 28 Cost.,

secondario, nel dovere di assicurare nel caso concreto l'effettiva applicazione di tali norme da parte degli organi statali a ciò deputati” (pag. 248).

⁴⁹ Così, nello specifico, a partire da Corte cost. sent. n. 1/1962 laddove si evidenzia che, pur senza “risolvere tutte le numerose e delicate questioni circa l'interpretazione dell'art. 28 della Costituzione [...], non è lecito disconoscere che sarebbe in contrasto con il precetto fondamentale contenuto nell'art. 28 della Costituzione una legge che, come quelle ora in esame, adottasse una disciplina tale da escludere in tutto, più o meno manifestamente, la responsabilità stessa”.

⁵⁰ In tal senso si veda infatti Corte cost. sent. n. 4/1965, laddove più genericamente ribadisce che “Come altra volta si è avvertito (sentenza 23 gennaio 1962, n. 1), è in contrasto con il precetto fondamentale contenuto nell'art. 28 della Costituzione la legge che, della responsabilità quivi regolata, adottasse una disciplina tale da comportarne una esclusione più o meno manifesta”; in senso analogo cfr. anche, in particolare quanto alle limitazioni della responsabilità dei dipendenti pubblici, Corte cost. sent. n. 49/1976, secondo cui “detta norma se, da un lato, enuncia il principio della responsabilità personale dei dipendenti pubblici verso i danneggiati, dall'altro non esclude la possibilità che per quella dei medesimi vengano introdotte regole particolari e diverse rispetto ai principi comuni in materia (sentenze n. 123 del 1972 e n. 2 del 1968), sempre che la disciplina adottata non sia tale da comportare un'esclusione più o meno manifesta di ogni responsabilità (sentenza n. 4 del 1965)”. Più di recente, con particolare riferimento alle limitazioni della responsabilità dello Stato, cfr. altresì Corte cost. sent. n. 142/1998, laddove esclude la violazione di tale parametro nella fattispecie sottoposta al suo scrutinio, proprio in quanto detta responsabilità “risulta non già esclusa, ma solo disciplinata e fissata entro un ragionevole limite temporale giustificato dalle particolari regole di contabilità e di tesoreria applicabili agli enti specificati nella norma”.

⁵¹ Quanto poi ai rapporti tra le due forme di responsabilità si ricordi, in particolare, il dibattito tenutosi in Assemblea costituente nella seduta pomeridiana del 15 aprile 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Parte VIII, 2890 e ss. laddove – a fronte del testo «Lo Stato e gli enti pubblici garantiscono il risarcimento dei danni arrecati dai loro dipendenti» predisposto dalla I Sottocommissione e della relativa concezione per come espressa dal suo Presidente, onorevole F. TUPINI, secondo cui “al termine «garantiscono» deve essere dato un valore di garanzia sussidiaria” (così F. TUPINI nel suo intervento a pag. 2897; nello stesso senso cfr. anche il suo precedente intervento a pag. 2895-2896 secondo cui “la responsabilità prevista è graduata, cioè investe prima il funzionario e in via sussidiaria l'Amministrazione dello Stato”) – è poi prevalsa sulla spinta di diverse sollecitazioni, soprattutto degli onorevoli Nobili Tito Oro e Costantini, l'approvazione della diversa proposta emendativa in virtù della quale «Le norme relative alla responsabilità civile sono estese allo Stato ed agli enti pubblici per i fatti dei loro dipendenti».

secondo valutazioni rimesse alla discrezionalità legislativa” purché venga mantenuta “idonea garanzia al diritto dei terzi al risarcimento dei danni”⁵².

E prima ancora, proprio con specifico riferimento al tema in questione, la Consulta aveva evidenziato che “la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni”⁵³.

Tal che – dovendosi bilanciare la previsione dell’art. 28 Cost. e le esigenze eurouнитарie con le previsioni relative all’autonomia e indipendenza della magistratura, ed essendo la predisposizione della diretta responsabilità dello Stato una garanzia certamente idonea a garantire i diritti risarcitori dei terzi – la delimitazione della responsabilità diretta dei magistrati alle sole ipotesi di reato⁵⁴ e l’articolazione di un doppio binario di responsabilità per le restanti fattispecie, con un sottoinsieme più limitato di ipotesi di rivalsa⁵⁵, si dimostra essere in effetti una soluzione costituzionalmente compatibile, se non proprio obbligata.

⁵² Così, in particolare, Corte cost. sent. n. 64/1992 laddove, dopo aver ripercorso la genesi storica della disposizione costituzionale, chiarisce che “*In questa linea, l'art. 28 della Costituzione ha inteso in primo luogo affermare, a maggior garanzia della legalità dell'azione amministrativa e a miglior tutela dei cittadini, la responsabilità "diretta" dei pubblici dipendenti e della pubblica amministrazione per gli atti compiuti in violazione di diritti. In secondo luogo, con il riferimento alle leggi ordinarie per la configurazione di tale responsabilità, ha inteso attribuire al legislatore una discrezionalità che, tenendo conto della complessità delle esigenze e degl'interessi a confronto, gli consentisse sia di limitare la responsabilità diretta dei pubblici dipendenti in relazione all'elemento psicologico, sia di escluderla, in riferimento a determinate fattispecie, per talune particolari categorie di soggetti tenuti. Statuendo, infine, che, nei casi in cui vi è responsabilità diretta dei pubblici dipendenti, questa "si estende allo Stato e agli enti pubblici", ha inteso stabilire che in detti casi non può essere esclusa la responsabilità diretta anche della pubblica amministrazione. Con tale ultima statuizione, peraltro, il precetto costituzionale non ha vincolato il legislatore ad escludere la responsabilità della pubblica amministrazione ove non sussista la responsabilità del pubblico dipendente: anzi - tenuto conto che la ratio dell'art. 28 è quella di rafforzare, oltre che la legalità dell'azione amministrativa, la tutela dei privati contro gli atti illeciti della pubblica amministrazione - deve ritenersi implicito nel suo complessivo contenuto che la legittimità delle norme, esclusive o limitative della responsabilità diretta dei pubblici dipendenti, va valutata anche tenendo conto della contestuale previsione della responsabilità diretta della pubblica amministrazione*”.

⁵³ Corte cost. sent. n. 26/1987.

⁵⁴ Si noti peraltro che “*Una interpretazione della norma secondo criteri di ragionevolezza e di coerenza impone pertanto di ritenere che - assunto il sistema di garanzie posto dagli artt. 2, 4 e 5 della legge in esame come indefettibile in ogni caso in cui si faccia valere in giudizio la responsabilità civile del magistrato - l'azione speciale ai sensi dell'art. 2 e quella ordinaria di cui all'art. 13 non costituiscano due sistemi concorrenti tra loro, ma che il secondo rimedio sia diretto a regolare unicamente il giudizio di liquidazione del danno conseguente ad un reato già sottoposto al vaglio del giudice penale ovvero già accertato in via definitiva nella competente sede penale. Tale ricostruzione appare l'unica coerente con l'impianto complessivo della normativa in esame, che appare diretta essenzialmente a disciplinare la responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato, assumendo il dolo, la colpa grave ed il diniego di giustizia non come cause di responsabilità diretta del magistrato stesso verso il cittadino, ma come fonti e limiti della responsabilità dello Stato (salva ovviamente l'azione di rivalsa), tenendo ferma la precedente disciplina in ordine alla responsabilità personale e diretta del magistrato verso il danneggiato per qualsiasi atto o comportamento integrante reato commesso nell'esercizio delle funzioni*” (così, Cass., sez. I civ., sentenza 20 settembre 2001, n. 11880; conf. Cass., sez. III civ., 3 gennaio 2014, n. 41).

⁵⁵ Sulla scissione ed ampliamento della responsabilità statale rispetto a quella del magistrato quale esito del bilanciamento tra i diversi principi costituzionali in materia cfr. anche F. BIONDI, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in *Forum*

D'altronde la necessità che il tema in questione sia regolato secondo i canoni della responsabilità indiretta appare ora ancor più chiara e pregnante alla luce di quanto previsto a tal proposito dalla nota Raccomandazione del Consiglio d'Europa in materia, secondo cui “[s]oltanto 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”⁵⁶.

Così appuntati in estrema sintesi gli aspetti della questione sul versante della responsabilità, occorre ora accennare agli ulteriori diritti che la Costituzione riconosce in capo ai soggetti comunque lesi per fatto della giurisdizione e, cioè, anche a prescindere dall'effettiva possibilità di individuare un soggetto del processo a cui il danno sia effettivamente imputabile.

4. I diritti del danneggiato ai sensi dell'art. 24, quarto comma, Cost.

Invero, le conseguenze civili derivanti dall'errato esercizio delle funzioni giudiziarie vengono regolate, nell'ordinamento italiano, anche da ulteriori istituti che si affiancano alla normativa in commento⁵⁷.

Il codice di procedura penale contempla infatti due distinte fattispecie che configurano il diritto a una riparazione, di natura indennitaria⁵⁸, esclusivamente da parte dello Stato: l'una in favore del condannato con sentenza penale definitiva successivamente dichiarato innocente in sede di

di *Quaderni Costituzionali*, 19 giugno 2006, pag. 3; la stessa autrice, tuttavia, ipotizzava poi di rimodulare le permanenti ipotesi di responsabilità dei magistrati in modo da renderla in tali casi diretta (pag. 4).

⁵⁶ In tal senso il par. 67 della “Raccomandazione CM / Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità” adottata il 17 novembre 2010 in occasione della 1098ª riunione dei Delegati dei Ministri.

Sui riflessi interni delle raccomandazioni del Consiglio d'Europa nel tema in questione cfr., in particolare, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione: una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, cit., 15-16, secondo cui “vuoi perché da tempo esse sono state assunte dalla Corte costituzionale quali utili materiali di giudizio (sentt. nn. 231 del 1985; 826 del 1988; 315 del 1990; 259 del 1996; 433 del 1997; 399 del 1998), vuoi perché a partire dalle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 la stessa Corte ha assunto una prospettiva di valorizzazione del diritto internazionale, è difficile immaginare che potrebbero essere disattese a cuor leggero, né si potrebbe negare loro quanto meno un'efficacia interpretativa delle norme interne, e nemmeno si potrebbe escludere che la loro violazione sia eventualmente lamentata davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, anche in ragione della speciale posizione riservata dalla CEDU al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (ai sensi del suo art. 54, infatti, “nessuna disposizione della [...] Convenzione porta pregiudizio ai poteri conferiti al Comitato dei Ministri dallo Statuto del Consiglio d'Europa”)”.

⁵⁷ Cfr. a tal proposito A. PACE, *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di giustizia dell'U.E. del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Rivista AIC*, vol. 1/2012, 10, secondo cui anche la stessa legge 13 aprile 1988, n. 117 è “qualificabile come «legge che determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» (art. 24 comma 4 Cost.)”.

⁵⁸ La giurisprudenza di legittimità è da tempo consolidata nell'affermare la natura non risarcitoria della riparazione, con rilevanti conseguenze in ordine alla non indispensabilità dell'elemento soggettivo in capo al danneggiante e al tipo di pregiudizi indennizzabili (cfr., ad esempio, Cass., sez. IV pen., sentenza 25 novembre 2003, in *Il foro italiano*, 2004, parte II, 138) nonché all'ampiezza dell'onere probatorio a carico del danneggiato, che non è tenuto a provare il danno (cfr., ad esempio, Cass., sez. IV pen., sentenza 9 aprile 2009, n. 35662), ma solo la sua eventuale personalizzazione ove richiesta (cfr., ad esempio, Cass., sez. IV pen., sentenza 25 febbraio 2010, n. 10690).

revisione, come previsto agli attuali artt. 643 e ss. c.p.p., l'altra nei casi di persona ingiustamente sottoposta a misura cautelare personale inframuraria, come previsto agli attuali artt. 314 e s. c.p.p.

Orbene, tali ipotesi rappresentano chiara attuazione dell'art. 24, quarto comma, Cost.; disposizione sulla quale è stato pure osservato che, "nel prescrivere al legislatore di prevedere la riparazione degli errori giudiziari, non può non prescrivergli implicitamente anche di prevedere i mezzi di accertamento di tali errori"⁵⁹.

Pure la Corte costituzionale, sul punto, ha ritenuto che "l'ultimo comma dell'art. 24 è disposizione rivolta al legislatore, cui prescrive il raggiungimento di un certo fine e perciò l'adozione di discipline conformi al principio affermato e idonee a renderlo effettivamente operante", precisando peraltro che "una legge che si limiti a dare attuazione parziale (o un inizio di attuazione) al principio costituzionale, non per questo può dirsi incostituzionale, purché - beninteso - non sia tale da precludere comunque ulteriori estensioni dell'istituto ad altre e diverse ipotesi, oltre quella regolata"⁶⁰.

Quanto alla struttura delle fattispecie, poi, è ancora la Consulta a confermare come sia corretto "concepire, nell'alveo scavato dall'art. 24, quarto comma, della Costituzione, una riparazione in assenza di fatti illeciti o di responsabilità imputabili ad alcuno", la quale, "in considerazione della qualità del bene offeso, ha riguardo unicamente alla oggettività della lesione stessa"⁶¹.

Tale peculiarità dell'istituto in parola dà anche ragione delle vicende topografiche della relativa disposizione costituzionale che, inizialmente inserita in quello che sarebbe diventato l'art. 28 Cost., è stata poi ricollocata in calce ai primi tre commi dell'attuale art. 24 Cost.

D'altronde, a ben vedere, si potrebbe osservare che la prevista riparazione degli errori giudiziari contiene, per così dire, una doppia anima: da un lato è portatrice di istanze spiccatamente solidaristiche volte a sanare le lesioni di determinati beni giuridici, avvenute per fatto della giurisdizione e rivelatesi poi ingiuste; dall'altro rappresenta un corollario del diritto di azione e difesa in giudizio⁶² che – principio cardine per la pacifica convivenza e per la garanzia di ogni altro diritto⁶³ – richiede più di tutti una norma di chiusura in virtù della quale, laddove gli strumenti giudiziari per come approntati dall'ordinamento falliscano macroscopicamente nella loro finalità giustiziale, siano previsti degli specifici rimedi volti a ristorare un siffatto sostanziale svuotamento

⁵⁹ Così, in particolare, M. SCAPARONE, *Art. 24-26*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Bologna e Roma, Zanichelli e Società editrice del foro italiano, 1981, 129, nota 5, aggiungendo altresì che, proprio per tale ragione, "non sembra azzardato ritenere che la disposizione in esame costituzionalizzi pure l'istituto della revisione delle sentenze penali di condanna".

⁶⁰ Corte cost. sent. n. 1/1969.

⁶¹ Corte cost. sent. n. 446/1997.

⁶² A tal proposito cfr. A. D'ALLOIA, *La responsabilità del giudice alla luce dell'esperienza comunitaria*, Relazione, cit., 17, secondo cui anche "Il diritto di poter chiedere, a certe condizioni, il risarcimento dei danni conseguenti ad un illecito commesso nell'esercizio della funzione giurisdizionale, costituisce ormai un contenuto del diritto di difesa, costituzionalmente garantito come inviolabile, e del buon andamento del servizio 'giustizia', oltre che un riflesso possibile dello stesso inquadramento anche della giustizia nella sfera di esplicazione della sovranità popolare".

⁶³ Cfr., in proposito, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali: parte generale*, Padova, Cedam, 2003, 22; nonché R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, cit., 63-64.

della tutela giurisdizionale da parte di chi l'effettiva attuazione di tale principio supremo doveva invece garantire, cioè lo Stato⁶⁴.

Ora, è pur vero che l'istituto della riparazione degli errori giudiziari nasce storicamente in ambito penale⁶⁵, anche perché è questo il campo in cui più gravi ed evidenti si dimostrano le ulteriori conseguenze dell'errore, andando a incidere sulla libertà personale e, talvolta, sulla stessa vita dell'individuo.

Tuttavia – avuto riguardo ai lavori dell'Assemblea costituente, accanto a interventi che si limitavano a contemplare le innovazioni di una tale previsione con specifico riferimento alla sfera penale⁶⁶ – è dato anche scorgere, altresì, espresse indicazioni nel senso della sua applicabilità generale ai vari ambiti del diritto⁶⁷.

E infatti anche in dottrina si è rilevato che “[l]a nozione tradizionale di errore giudiziario, limitato alla materia penale, può essere ulteriormente allargata, fino a ricomprendervi qualunque atto giudiziario che abbia provocato un danno ingiusto ad un cittadino, il quale ha il diritto di essere indennizzato per la lesione del suo fondamentale *diritto alla giustizia*, sancito dall'art. 24 Cost.”⁶⁸,

⁶⁴ Cfr. anche M. SCAPARONE, *Art. 24-26*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, cit., 127 e s., secondo cui l'art. 24, quarto comma, Cost., “*rappresenta uno svolgimento dei principi affermati nell'art. 2 in quanto, da un lato, configura una particolare ed ulteriore tutela per i diritti inviolabili offesi dallo scorretto esercizio della funzione giurisdizionale, dall'altro, in attuazione del principio di solidarietà, stabilisce che il rischio di errore connesso all'esercizio di tale funzione deve per quanto possibile essere accollato non al singolo eventualmente colpito dal provvedimento viziato, ma all'intera collettività*”.

⁶⁵ Vedasi M. SCARDIA, voce *Errore giudiziario (riparazione dell')*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, 325 e s.

⁶⁶ In tal senso gli interventi alla seduta del 26 marzo 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Parte VIII, dell'onorevole Preziosi, alle pagg. 2508-2509, e dell'onorevole Bellavista, a pag. 2512.

⁶⁷ Si ricordino, in particolare, l'intervento alla seduta del 26 marzo 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Parte VIII, laddove l'onorevole Carboni evidenziava che “*la formula non fa alcuna discriminazione tra errori giudiziari in materia penale e in materia civile*” (pag. 2504) e l'intervento dell'onorevole Cavallari che, nel parlare di questa disposizione durante la seduta pomeridiana del 27 marzo 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Parte VIII, si rivolge non solo alle ipotesi di condanne e carcerazioni, ma anche a “*circostanze meno gravi, per esempio nei casi di sequestro di beni deperibili, prolungato anche oltre quel termine che comporterebbe lo svolgersi ordinario dell'azione giudiziaria*” (pag. 2567); si ricordino altresì, ancor più chiaramente, le proposte emendative, accettate dalla I Sottocommissione e poi approvate nel corso della seduta pomeridiana del 15 aprile 1947, volte a spostare la disposizione in parola dall'allora art. 22 del progetto (odierno art. 28 Cost.) per unirla con quello che sarebbe diventato l'art. 24 Cost. “*laddove sono sanzionati i principi generali in tema di esercizio di azioni a tutela dei propri diritti e interessi*” (così l'intervento dell'onorevole Dominedò, in *Atti dell'Assemblea costituente*, Parte VIII, 2892, e in senso analogo anche l'intervento dell'onorevole Carignani, alle pagg. 2894-2895).

⁶⁸ Così, in particolare, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1997, 219, corsivo originale.

A tal proposito cfr. anche Corte cost. sent. n. 1/1969 laddove non esclude affatto che il costituente “*avrebbe fatto propria una lata nozione dell'errore giudiziario, comprensiva di ogni provvedimento dell'autorità giudiziaria, «che privi il cittadino di uno dei suoi diritti fondamentali (ad esempio, della libertà personale e dei beni) e che sia successivamente riconosciuto erroneo*””, indicando anzi come plausibile, al pari di quella opposta, un'interpretazione per cui la portata dell'ultimo comma dell'art. 24 Cost. “*si estenda all'intero campo della funzione giurisdizionale (argomentando [...] dalla collocazione della norma nel contesto di un articolo che ha riguardo, in tutte le sue restanti disposizioni, a qualsiasi tipo e specie di giudizi)*”.

lesione che, in quanto tale, rileva nella sua oggettività in capo a chi l'abbia subita ⁶⁹, a prescindere da valutazioni di carattere soggettivo relativamente alla condotta del magistrato che in ipotesi vi abbia dato causa.

5. Questioni problematiche e prospettive generali di riforma

Nell'ottica delineata dalle precedenti considerazioni s'impone dunque, anzitutto, una stretta correlazione tra i casi di riparazione per errore giudiziario, così inteso, e le ipotesi di responsabilità per danno cagionato nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, potendosi infatti osservare che tali concetti si pongono in posizione di complementarietà avendo in realtà riguardo allo stesso tipo di fenomeno, di cui ciascuno ne esprime uno specifico riflesso costituzionale; cioè, da un lato, i diritti che conseguono al danneggiato in caso di errore e, dall'altro, l'individuazione del soggetto tenuto a sopportarne definitivamente il relativo onere.

In altre parole le peculiarità applicative dell'art. 28 Cost. alla materia in questione ⁷⁰ e la presenza di una specifica disposizione costituzionale proprio in materia di errori giudiziari sembrano suggerire una soluzione per cui – fermo restando il diritto dei soggetti lesi ad ottenere in ogni caso la riparazione *ex art. 24*, quarto comma, Cost., di qualsiasi danno cagionato dall'erroneo esercizio delle funzioni giurisdizionali – il relativo onere resti a carico dello Stato in tutti i casi in cui le ragioni dell'erroneità del relativo provvedimento attengano alle modalità di esplicazione delle attribuzioni magistratali costituzionalmente tutelate (e, in particolare, all'attività di interpretazione giuridica e a quella di valutazione del fatto e delle prove), mentre negli altri casi potrà essere variamente trasferito in capo al magistrato, con tutte le cautele e limitazioni comunque imposte dalla particolare natura delle funzioni esercitate ⁷¹.

⁶⁹ A tal proposito cfr. A. D'ALOIA, *La responsabilità del giudice alla luce dell'esperienza comunitaria*, Relazione, cit., 21, secondo cui in effetti “Una risposta più adeguata e corrispondente all'esigenza sociale diffusa di una più ampia tutela riparatoria del cittadino nei confronti degli errori giudiziari potrebbe essere cercata nella direzione di un rafforzamento in senso ‘oggettivo’ della responsabilità dello Stato [...] L'esito sarebbe quello di valorizzare le potenzialità inesprese del principio costituzionale della riparazione degli errori giudiziari, finora limitato – senza che la Costituzione imponga questo risultato (vedi ad es. la sent. della Corte Costituzionale n. 1 del 1969) – al piano della privazione della libertà personale”.

⁷⁰ Vedasi *supra*, paragrafo 2.

⁷¹ In senso analogo cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 218-220, secondo cui “Sarebbe in tal modo possibile riparare pienamente gli effetti dannosi della malagiustizia”, mentre “La responsabilità del magistrato sarebbe conseguente all'avvenuta riparazione e andrebbe valutata con le limitazioni e la prudenza dovute alla natura peculiare della funzione giudiziaria”.

A conclusioni in parte simili, seppur invertendo i termini e concependo la previsione di cui all'ultimo comma dell'art. 24 Cost. come fattispecie residuale applicabile in difetto dei requisiti per la sussistenza di una vera e propria ipotesi di responsabilità *ex art. 28 Cost.* completa sia dell'elemento oggettivo sia di quello soggettivo, perviene anche M. SCAPARONE, *Art. 24-26*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, cit., 128, il quale osserva altresì che, “Nel predisporre una tutela per i diritti, la norma privilegia i valori lesi dallo scorretto esercizio della funzione giurisdizionale rispetto a quelli lesi dallo scorretto esercizio di un'altra pubblica funzione”.

Occorre allora rimarcare che la normativa in commento, pur avendo opportunamente introdotto una differenziazione tra le ipotesi di responsabilità dello Stato e quelle di responsabilità (anche) del magistrato, ha tuttavia mantenuto un parallelismo sul piano oggettivo pure in relazione ad attività rientranti nel campo semantico della c.d. clausola di salvaguardia.

Da ciò deriva, da un lato, l'esposizione della presente novella alle già indicate problematiche di legittimità costituzionale⁷² e, dall'altro, il rischio di imporre soluzioni interpretative di tipo restrittivo che pervengano giocoforza ad un rinnovato appiattimento anche della responsabilità statale così riformata sulle sole eventualità di errori non derivanti da attività di interpretazione giuridica o di valutazione del fatto e delle prove⁷³.

Tali problematiche sono poi acuite dalla disciplina del giudizio di rivalsa, la cui automaticità poteva avere un senso nell'originaria identità oggettiva e soggettiva delle relative fattispecie, mentre la deviazione dai canoni della normale responsabilità per danno erariale non sembra più giustificabile nel nuovo assetto normativo, risultando anzi foriera di anomalie sistematiche e discutibili inasprimenti rispetto al regime generale⁷⁴.

Ulteriore implicazione derivante dal suddetto inquadramento della problematica è altresì che – sia ai sensi dell'art. 24, quarto comma, Cost., sia ai sensi dell'art. 28 Cost.⁷⁵, anche in relazione all'art. 117, primo comma, Cost. e all'art. 13 CEDU⁷⁶ – esiste un preciso dovere dello Stato di approntare specifici rimedi volti a impedire *in nuce* il verificarsi stesso degli errori giudiziari o a consentirne, quantomeno, una pronta rimozione.

⁷² Vedasi *supra*, paragrafo 1.

⁷³ Vedasi *supra*, nota 37.

⁷⁴ Nelle ordinarie eventualità di danno erariale (anche indiretto, cioè conseguente alla condanna della p.a. per fatto del dipendente) – a differenza di quanto delineato con la normativa in commento e oltre a quanto osservato *supra*, paragrafo 1, sulla normale competenza del p.m. contabile in ordine all'azione di responsabilità amministrativo-contabile, il quale può anche definire con archiviazione la relativa notizia di danno – anche laddove venga all'esito ritenuta sussistente un'ipotesi di responsabilità, le fattispecie sottoposte alla giurisdizione della Corte dei conti sono ulteriormente valutate alla luce di ogni altra circostanza oggettiva o soggettiva che eventualmente impedisca nel concreto di ritenere il danno pienamente imputabile al dipendente, onde poter nel caso esercitare il c.d. potere riduttivo dell'addebito. A fronte di una condanna pronunciata in tale sede, poi, il limite delle trattenute operabili sugli emolumenti del dipendente è pari al solo quinto.

A tal proposito cfr. anche C.S.M., parere 29 ottobre 2014, in *Il foro italiano: le banche dati: archivio merito ed extra*, 2014.509, secondo cui, da un lato, “*La previsione del d.d.l. sulla obbligatorietà dell'azione di rivalsa [...] si traduce, in realtà, in uno strumento distonico rispetto al nuovo sistema*” e, dall'altro, “*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, [...] introduce una ingiustificata disparità di trattamento per i magistrati rispetto a quanto previsto per tutti gli altri dipendenti pubblici*”.

⁷⁵ Entrambi i parametri implicano, infatti, in accordo alla natura fondamentale del diritto tutelato, la conseguente predicabilità di specifici obblighi positivi in capo allo Stato. Si impone quindi l'esigenza, non solo di prevedere la riparazione in sé per sé, ma anche di predisporre appositi istituti volti a evitare la produzione stessa di una lesione al diritto di azione e difesa in giudizio nella sua dimensione sostanziale: a tal proposito cfr. *supra*, nota 59 (in relazione all'art. 24, quarto comma, Cost.) e nota 48 (in relazione all'art. 28 Cost.).

⁷⁶ Quest'ultimo parametro in quanto esplicita il contenuto “effettivo” e non solo procedurale della garanzia giurisdizionale che deve essere assicurata dall'ordinamento, con ciò implicando ancora più espressamente la necessità, sul punto, di interventi a contenuto preventivo da parte dello Stato.

D'altra parte, più in generale, la stessa Corte costituzionale ha avuto cura di segnalare che “non sono certamente l'entità dell'indennizzo, o la responsabilità conseguente, ad incidere sul buon andamento dell'amministrazione. Questo non deriva, se non in misura marginale, dall'affermazione di responsabilità patrimoniale più o meno estesa a carico dei funzionari, ma piuttosto dai sistemi di controlli sulla legalità dell'azione dei singoli organi [...]”⁷⁷.

Ora, dovendosi escludere un vero e proprio controllo nella materia in questione stante il fondamentale principio di indipendenza nelle sue declinazioni istituzionale e funzionale nonché interna ed esterna, un contributo nella suddetta direzione – non certo di controllo in senso tecnico ⁷⁸, quanto piuttosto di pura e semplice segnalazione al magistrato – potrebbe essere efficacemente prestato dalle stesse parti processuali (le uniche ad avere del pari una cognizione completa dei fatti di causa), purché messe effettivamente in condizioni di farlo in via preventiva e mirata rispetto alla decisione finale.

Potrebbe allora considerarsi assai opportuno, oltretutto costituzionalmente rilevante, introdurre delle soluzioni processuali in virtù delle quali il giudice risponda (no del, ma) nel processo, che consentano cioè di emendare l'errore giudiziario in via endofasica e che, al contempo, l'onere della parte di attivarsi in tal senso venga a costituire una condizione di ammissibilità della successiva azione volta a ottenerne la riparazione, ove ovviamente ne permanga la necessità in quanto lo stesso non sia stato così subitaneamente rimosso.

Più in particolare, a tal proposito, occorre osservare come la struttura emergente dai codici di rito (soprattutto in ambito privatistico, dopo la riforma del giudice unico di primo grado) tenda a delineare una figura del magistrato tendenzialmente separata rispetto allo sviluppo dell'istruttoria e alla materia del contendere. Per usare un'immagine efficacemente descrittiva della giurisdizione

⁷⁷ Così, espressamente, Corte cost. sent. n. 148/1999, la quale procede poi ad indicare ulteriori rimedi “*nell'esercizio dei poteri disciplinari di fronte alla colpevole negligenza nel condurre le procedure [...] e nell'esercizio dei poteri-doveri di denuncia e di rapporto rispetto a comportamenti a carattere doloso*”.

⁷⁸ A tal proposito cfr. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2006, 147 e s., la quale osserva infatti che, appunto in senso lato e per quanto concerne le indicazioni “*su come è stato condotto il processo, sono state valutate le prove e sono stati interpretati i fatti e le disposizioni di legge, la funzione della motivazione può anche essere considerata uno strumento di “controllo” del rispetto delle regole. Le motivazioni che sorreggono questo genere di decisioni possono infatti aiutare ad alimentare la fiducia nell'azione della magistratura, senza che il “controllo” si traduca in una sanzione*”. Va peraltro osservato che, ove di contro emergano gravi errori o sviste, l'effetto è invece quello contrario, cioè di minare in radice la fiducia nell'azione dei magistrati.

Orbene, se tali potenzialità (allo stesso tempo positive e negative) sono vere con riferimento alla motivazione finale dei provvedimenti, tanto più lo si dimostrano in relazione alle fasi preliminari della decisione.

Difatti, laddove le parti (con le quali psicologicamente si identificano tutti i consociati in quanto potenzialmente tali) non abbiano nessun modo per evitare *ex ante* che le decisioni giurisdizionali siano affette da gravi errori o sviste, l'idea che il popolo tende ad avere del processo rischia di appiattirsi su concezioni fatalistiche e quasi ordaliche, con evidente nocimento dell'immagine stessa della magistratura e con correlativo aumento del tasso di litigiosità stante la maggiore e concreta probabilità che chi ha torto finisca invece alla fine per avere erroneamente ragione in sede giudiziaria.

Al contrario, laddove sia dato modo alle parti di intervenire concretamente sui passaggi del processo decisionale onde nel caso poterne segnalare *ex ante* l'errato fondamento, la fiducia nella magistratura verrebbe ad essere certamente alimentata da una tale rinnovata possibilità dialogica, con conseguente riaffermazione nel popolo di concezioni più evolute del processo e con probabile diminuzione del tasso di litigiosità, stante la consapevolezza che chi ha torto conservi solo poche probabilità di vedersi riconosciuta erroneamente ragione in sede giudiziaria.

ordinaria si potrebbe quasi dire che da un lato, una volta delibato sull'ammissione delle prove, il giudice civile ⁷⁹ si trovi nella posizione di osservare dal di là di un vetro lo svolgersi del procedimento ⁸⁰ senza poter più interloquire con le parti ⁸¹; e che dall'altro, sia il magistrato civile sia quello penale, all'esito di una fase conclusiva concepita in senso esclusivamente unidirezionale, venga infine a ritrovarsi in balia del fascicolo nella solitudine della decisione: l'eventualità che questa sia affetta da errore per via della naturale fallibilità umana, specie a fronte dei considerevoli carichi di ruolo a volte addirittura esorbitanti, è solo questione di maggiore o minore probabilità.

Alle conseguentemente inevitabili evenienze di provvedimenti erronei riescono a far fronte solo in parte, e con enorme difficoltà, i tradizionali rimedi a carattere impugnatorio giacché, da un lato, l'appello risulta l'unico strumento attualmente percorribile anche nei casi non infrequenti in cui si tratti di riformare errori macroscopici o vere e proprie sviste sia nell'individuazione delle norme applicabili sia nella percezione stessa delle emergenze istruttorie e dei fatti di causa o finanche ipotesi di omessa pronuncia su domande e eccezioni formulate dalle parti (con l'ovvio risultato di congestionare il giudice di secondo grado, stato endemico in cui versano da tempo pressoché tutte le Corti distrettuali) e, dall'altro, anche il giudizio di appello continua ad essere strutturato (nonostante le recenti riforme, giacché principalmente orientate verso il fine di falciare il numero delle impugnazioni mediante l'inasprimento del regime fiscale cui queste sono soggette ⁸², l'introduzione di filtri di ammissibilità ⁸³ e di sanzioni in caso di esito negativo del gravame ⁸⁴, piuttosto che intervenire a monte sulla disciplina che regola la pronuncia delle decisioni giudiziarie)

⁷⁹ Ad eccezione dei limitati istituti processualciviltistici della revoca di ordinanza di cui all'art. 177 c.p.c. e dell'invito al contraddittorio nei casi di cui all'attuale art. 101 c.p.c.

⁸⁰ Per alcune particolarità relative al caso della giurisdizione amministrativa si veda A. TRAVI, *La responsabilità civile e i giudici amministrativi* (in *La nuova responsabilità civile dei magistrati: l. 27 febbraio 2015 n. 18*), in *Il foro italiano*, cit., 317 e ss., secondo cui "Lo stesso rapporto con i «fatti» rende il giudice amministrativo più vulnerabile, dato che le vertenze a lui devolute spesso non ineriscono agli sviluppi di singoli fatti isolati (come si verifica normalmente nel contenzioso civile sulla responsabilità), ma comportano il confronto con serie articolate di fatti, la cui evidenza può più facilmente sfuggire. Anche la circostanza che il giudice amministrativo disponga raramente mezzi istruttori può agevolare una sottovalutazione dei fatti, che, quando diventi «travisamento», o affermazione del fatto incontrastabilmente escluso, può costituire ragione di responsabilità".

⁸¹ In ambito penalistico sono invece riconosciuti diversi poteri d'impulso al giudice penale, tra cui la possibilità di disporre anche d'ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prova ex art. 507 c.p.p. e la possibilità di indicare alle parti nuovi o più ampi temi di prova nel corso dell'esame testimoniale ex art. 506 c.p.p., nonché la necessità di sollecitare il p.m. alla modifica dell'imputazione per la ricerca di una soluzione endofasica di eventuali contrasti in ordine all'individuazione della fattispecie giudiziale (così, in particolare, Cass., SS.UU. pen., 20 dicembre 2007, n. 5307/08 Battistella, arg. ex artt. 423 e 517 c.p.p., soluzione dibattuta in dottrina e in parte contestata con particolare richiamo all'art. 111 Cost., ma probabilmente necessaria al fine di garantire l'attuazione dell'art. 112 Cost. nelle sue proiezioni processuali necessarie a rendere effettiva e non solo formale l'obbligatorietà di esercizio dell'azione penale).

⁸² Si veda, ad esempio, il comma 1-bis dell'art. 13 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)", introdotto con l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012).

⁸³ Si vedano, in particolare, i nuovi artt. 348-bis e 348-ter c.p.c., introdotti con d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese", convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134.

⁸⁴ Si veda, ad esempio, il comma 1-quater dell'art. 13 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (Testo A)", introdotto con l. 24 dicembre 2012, n. 228 (legge di stabilità 2013).

sulla base della stessa sostanziale separatezza e incomunicabilità tra giudice e parti processuali già evidenziata con riferimento al primo grado, esponendo anche l'esito dell'impugnazione a probabilità di errore analoghe ad esso.

In tal modo le parti del processo si trovano nella condizione per cui il primo e unico momento nel quale possono avere effettivo riscontro in ordine al risultato comunicativo delle argomentazioni e delle prove fino ad allora offerte al giudice è rappresentato, nella maggior parte dei casi, dal deposito della sentenza o del provvedimento del magistrato, cioè quando questi sono al contempo divenuti irrevocabili da parte di chi li ha in ipotesi erroneamente o per mera svista così pronunciati.

Viene in mente, a tal proposito, l'immagine del giudice quale incarnazione della Giustizia che – bendata a significare l'uguaglianza davanti alla legge⁸⁵ – si ritrovi poi all'esito del giudizio ad aver posto, nella cecità in cui è costretta, dei pesi sbagliati sul piatto della bilancia o ad aver travisato i fatti di causa usando poi maldestramente la propria spada, senza poter più tornare indietro.

Orbene, un accenno di attenzione a questo tipo di problematica è in parte rinvenibile nell'operata riforma dell'art. 342 c.p.c.⁸⁶, specialmente nella parte in cui impone l'espressa indicazione nell'atto di appello “delle modifiche alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado”, atteso che, in questo modo, il giudice dell'impugnazione si dovrebbe ritrovare ad affrontare un *thema decidendum* più chiaro e limitato, mediato sia dalla pronuncia di primo grado sia dalle diverse prospettazioni delle parti che su essa si appuntano e perciò, in un certo senso, costruito all'esito di una pronuncia che (oltre alla decisione in sé) contiene anche – per quanto interessa in ordine al profilo che si va esponendo – la (prima) esposizione del risultato comunicativo raggiunto tra le parti e il giudice di prime cure.

Tuttavia, poiché le fattispecie di responsabilità si risolvono nella maggior parte dei casi in errori che trovano la propria spiegazione proprio nella fallacia comunicativa in ordine ai presupposti della decisione (vale a dire la consistenza delle domande e dei fatti di causa nonché le norme giuridiche invocate e applicabili), anche il relativo rimedio – per essere veramente tale ed efficace – deve necessariamente partecipare della natura bidirezionale indispensabile affinché l'esito della comunicazione in ordine ai suddetti elementi sia verificabile dalle parti (ed eventualmente emendabile su impulso delle stesse) prima che il magistrato proceda alla decisione vera e propria, soprattutto e a cominciare proprio dal primo grado di giudizio.

Peraltro, a ben vedere, l'ordinamento già contiene degli istituti in grado di assolvere a tale finalità.

⁸⁵ Per alcune rapide indicazioni sull'iconografia della Giustizia vedasi la presentazione dell'Università di Modena e Reggio Emilia - Biblioteca universitaria di area giuridica, *Fondo antico: Immagini della Giustizia*, consultabile su internet, a partire dall'introduzione, all'indirizzo <http://www.fondiantichi.unimo.it/fa/giustizia/default.html>

⁸⁶ Modificato dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, recante “Misure urgenti per la crescita del Paese”, convertito con modificazioni in l. 7 agosto 2012, n. 134.

Invero, le norme applicabili alla discussione delle cause dinanzi agli organi collegiali delle varie giurisdizioni prevedono generalmente la relazione preliminare della causa da parte di un componente del collegio, cui segue la discussione delle parti ⁸⁷.

Orbene, con ogni evidenza, la relazione della causa rappresenta un fondamentale momento di incontro e di confronto tra tutte le parti del processo atteso che – nei giudizi ove viene debitamente tenuta, oltre a ragguagliare gli altri componenti del collegio – costituisce la prima, pressoché unica, preziosa sede in cui le parti hanno la possibilità di interloquire in senso bidirezionale con il giudice, anche per segnalare eventuali omissioni errori o sviste, mentre l'organo giudiziario ha la possibilità di chiedere conferma alle parti in ordine al contenuto degli atti di causa e delle difese delle parti.

In sede civile tale possibilità è stata quasi del tutto perduta a seguito della riforma del giudice unico di primo grado, in esito alla quale per le poche cause rimaste di competenza collegiale risulta ora rimessa alla sola istanza di parte ⁸⁸, mentre nessun modello decisionale applicabile al tribunale in composizione monocratica prevede più espressamente la partecipazione attiva del giudice alla fase di discussione ⁸⁹ (e lo stesso è da dirsi anche per l'amministrazione della giustizia di pace ⁹⁰).

Riconsiderando allora la problematica dei danni arrecati dall'erroneo esercizio delle funzioni giurisdizionali alla luce dell'evidenziata e cruciale importanza di un effettivo confronto fra parti e giudice prima che questi proceda alla decisione vera e propria, sembra allora possibile pervenire ad alcune conclusioni.

Da un lato, *de iure condito*, potrebbe valorizzarsi la fase della relazione della causa, ove espressamente prevista, anche allo specifico fine di chiarire nel confronto tra tutti i soggetti del processo i presupposti della decisione evitando così il più possibile di incorrere in errori attinenti tali aspetti. Mentre, ove non espressamente prevista una vera e propria relazione, potrebbe comunque fondarsi sulle esigenze costituzionali sottese alla prevenzione degli errori giudiziari un'interpretazione degli altri modelli decisionali nel senso che il magistrato provveda comunque (anche a tutela da sue future responsabilità!) ad indicare preventivamente alle parti i presupposti di fatto e di diritto sui quali deciderà la causa, stimolandone così eventuali interventi correttivi e mettendosi altresì al riparo da qualsivoglia ipotesi di negligenza inescusabile.

Dall'altro, *de iure condendo*, potrebbe ipotizzarsi una modifica dei modelli decisori nel senso di introdurre, sulla falsariga del procedimento delineato all'art. 380-*bis* c.p.c., un contatto scritto tra parti e giudice prima della decisione definitiva, accompagnato da una sanzione di nullità

⁸⁷ Si vedano, ad esempio, gli artt. 379 e 437 c.p.c.; gli artt. 602 e 614 c.p.p.; l'art. 34 d.lgs 31 dicembre 1992, n. 546, recante "Disposizioni sul processo tributario"; e da ultimo l'art. 91 del recentissimo d.lgs 26 agosto 2016, n. 174, recante "Codice di giustizia contabile", il quale altresì prevede, al quarto comma, che "All'udienza, il presidente o il giudice monocratico, regola la discussione, determina i punti sui quali essa deve svolgersi e l'ordine degli interventi orali e di eventuali repliche".

⁸⁸ Come ora previsto agli artt. 275 e 352 c.p.c., secondo i quali peraltro tale facoltà dovrebbe esercitarsi al buio e senza poter avere alcun sentore in ordine al fatto che il tribunale stia rischiando o meno di incorrere effettivamente in errore.

⁸⁹ Come ora previsto agli artt. 281-*quinquies*, 281-*sexies* e 352, quinto comma, c.p.c., nonché, prima ancora, all'art. 429 c.p.c.

⁹⁰ Come ora previsto all'art. 321 c.p.c.

analogamente a quanto previsto all'art. 101 c.p.c. la quale sia però rilevabile ed emendabile dallo stesso giudice e nella stessa fase in cui essa si sia verificata. E con ciò, laddove la parte interessata non abbia così segnalato l'eventuale svista, verrebbe anche ad escludersi la sussistenza stessa di un errore giudiziario qualificabile come tale (stante il concorso in tal caso portato dall'inattività della parte nella definitiva commissione di esso). Inoltre, pur esulando dall'ambito del presente contributo, sia consentito aggiungere come un siffatto modello possa anche estendersi ad operare quale più idoneo e meno aleatorio filtro per le questioni prospettabili nel successivo giudizio di appello o per la sua stessa ammissibilità, consentendo allo stesso tempo di assicurare già in primo grado una decisione più aderente agli atti di causa e alle concrete prospettazioni delle parti e, forse, giungendo in tal modo anche a limitare i casi in cui queste ultime si trovino nell'effettiva necessità di proporre già solo un'impugnazione. Sempre a questo più ampio proposito sia infine concesso di segnalare, vista anche la possibile incidenza nel prevenire il ripetersi di eventuali violazioni manifeste del diritto, l'utilità di informare i giudici di primo grado circa l'esito delle impugnazioni dei propri provvedimenti.

Discorso a parte e ben più specifico andrebbe fatto per la posizione dei magistrati requirenti, in ordine alla quale tuttavia – per quanto consentito delle più generali conclusioni del presente contributo – potrebbe comunque almeno ipotizzarsi l'opportunità di un'interlocuzione istituzionalizzata delle parti istanti con il p.m. da svolgersi il più possibile allo stato degli atti e subito prima delle effettive determinazioni in ordine all'esercizio dell'azione penale o ad altri specifici provvedimenti di sua competenza⁹¹.

In ogni caso, poi, seguendo una tale prospettiva si potrebbe contribuire alla concreta diminuzione delle conseguenze dannose riconducibili all'errato esercizio delle funzioni giurisdizionali e, con ciò, le evenienze stesse di responsabilità colposa del magistrato, riconducendosi così la concreta operatività dell'istituto in commento alle sole ipotesi davvero patologiche e ridimensionandosi al contempo tutte le evidenziate problematiche ad esso sottese.

⁹¹ Si pensi, ad esempio, alla convalida dei sequestri reali.