

LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE NELL'ORDINAMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO

ROBERTO ROMBOLI*

RESUMEN: La disciplina de la responsabilidad de los magistrados reviste en cada ordenamiento una posición absolutamente particular y de extrema delicadeza, en cuanto viene a ponerse inevitablemente en estrecha conexión con los fundamentos principales de la autonomía, la independencia y la imparcialidad de la autoridad judicial, así como con el necesario control en orden a la profesionalidad del magistrado. Evidentemente es en realidad el riesgo de un uso instrumental de la responsabilidad con el propósito de influir o intentar influir en la decisión del juez. En consideración de ello el ensayo se abre con una parte dedicada a la evolución del rol del juez en Italia, como consecuencia de la realización del estado constitucional, del estado social de la Unión Europea, que ha producido una verdadera "revolución" sintetizable en la transición de un magistrado "boca de la ley", mecánico aplicador del deseo del legislador a un magistrado "creador" del derecho. En la parte central viene en cambio desarrollada una exposición crítica de las varias formas de responsabilidad del juez en el ordenamiento italiano, sea de aquellos que tienen un fundamento de carácter más general (la responsabilidad política y la responsabilidad constitucional) sea de aquellas de naturaleza jurídica. Entre éstas se presta particular atención a la responsabilidad disciplinaria, individualizando el fundamento, el procedimiento, el caso del ilícito y las sanciones, así como la responsabilidad civil. De esto último vienen identificados los principios constitucionales y reconstruida la evolución

* Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università di Pisa.

de la normatividad. Específicamente viene analizada la influencia habida sobre tal disciplina de la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Unión Europea y las consecuentes hipótesis de modificación discutidas en Italia. Algunas notas son finalmente dedicadas a la responsabilidad contable y a la responsabilidad penal del juez. El artículo se cierra con una reflexión en orden a la aplicación a la actividad jurisdiccional del principio "donde está el poder debe estar la responsabilidad", en el cual se examina el problema relativo a la configuración de la magistratura como "poder" del Estado y se analiza la legitimación del derecho jurisprudencial, diversificándolo de aquellas del derecho legislativo o político.

PALABRAS CLAVE: Constitución. Magistratura. Responsabilidad. Independencia del Juez. Derecho jurisprudencial.

ABSTRACT: La disciplina della responsabilità dei magistrati riveste in ogni ordinamento una posizione assolutamente particolare e di estrema delicatezza, in quanto viene a porsi inevitabilmente in stretta connessione con i fondamentali principi di autonomia, indipendenza e imparzialità dell'autorità giudiziaria, nonché con il necessario controllo in ordine alla professionalità del magistrato. Evidente è infatti il rischio di un uso strumentale della responsabilità al fine di influire o tentare di influire sulla decisione del giudice. In considerazione di ciò il saggio si apre con una parte dedicata alla evoluzione del ruolo del giudice in Italia, quale conseguenza della realizzazione dello stato costituzionale, dello stato sociale e dell'Unione europea, che ha prodotto una vera "rivoluzione" sintetizzabile nel passaggio da un magistrato "bocca della legge", meccanico applicatore del volere del legislatore ad un magistrato "creativo" del diritto. Nella parte centrale viene invece svolta una esposizione critica delle varie forme di responsabilità del giudice nell'ordinamento italiano, sia di quelle aventi un fondamento di carattere più generale (la responsabilità politica e la responsabilità costituzionale), sia di quelle di natura giuridica. Tra queste particolare attenzione viene prestata alla responsabilità disciplinare, individuando il fondamento, il procedimento, le fattispecie di illecito e le sanzioni, nonché alla responsabilità civile. Di quest'ultima vengono identificati i principi costituzionali e ricostruita l'evoluzione della normativa. Specificamente viene analizzata l'influenza avuta su tale disciplina dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ed alle conseguenti ipotesi di modifica discusse in Italia.

Alcuni cenni sono infine dedicati alla responsabilità contabile ed alla responsabilità penale del giudice. Lo scritto si chiude con una riflessione in ordine all'applicazione all'attività giurisdizionale del principio "dove è il potere deve esservi responsabilità", in cui viene esaminato il problema relativo alla configurabilità della magistratura come "potere" dello stato e viene ricercata la legittimazione del diritto giurisprudenziale, diversificandola da quella del diritto legislativo o politico.

PAROLE CHIAVE: Costituzione. Magistratura. Responsabilità. Indipendenza del giudice. Diritto giurisprudenziale.

SOMMARIO: I. Tre premesse. II. Evoluzione del ruolo del giudice a seguito della realizzazione dello stato costituzionale, sociale e dell'ordinamento dell'Unione europea. III. 1. Il fondamento della responsabilità del giudice ed il rapporto con la garanzia di indipendenza della magistratura. III. 2. La responsabilità politica e la c.d. responsabilità "diffusa". III. 3. La responsabilità costituzionale: il controllo delle sentenze dei giudici nel processo costituzionale relativo ai conflitti tra poteri ed a quelli tra stato e regioni. III. 4. La responsabilità disciplinare: i valori tutelati, l'oggetto (la "tipizzazione" degli illeciti disciplinari). III. 5. Segue: il procedimento disciplinare (iniziativa, giudice competente, difesa del magistrato, decisione, sanzioni applicabili). III. 6. Segue: le misure paradisciplinari. III. 7. La responsabilità civile: principi costituzionali e valori tutelati. La disciplina previgente e l'abrogazione referendaria. La legge 117/1988: presupposti e procedimento per l'azione di responsabilità verso lo stato. III. 8. Segue: la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e le ricadute sulla disciplina contenuta nelle legge 117/1988. III. 9. Segue: le ipotesi di riforma. I differenti piani coinvolti: a) de iure condito e de iure condendo; b) diritto eurounitario e diritto nazionale; c) responsabilità dello stato (e diritto di rivalsa) e responsabilità del giudice. III. 10. Segue: verso una nuova disciplina della responsabilità del giudice e dello stato per l'attività giurisdizionale. III. 11. La responsabilità contabile e la responsabilità penale. La riparazione degli errori giudiziari ed il risarcimento dei danni subiti per irragionevole durata del processo. IV. Il principio "dove è il potere deve esservi responsabilità": conseguenze e limiti della sua applicazione all'attività giurisdizionale. La magistratura come "potere" dello stato e la legittimazione del diritto giurisprudenziale rispetto a quella del diritto politico.

I. TRE PREMESSE

La riflessione su un tema assai importante e delicato quale quello del fondamento e delle forme di responsabilità nei confronti di chi svolge funzioni giurisdizionali, con il compito principale quindi di garantire il rispetto delle regole giuridiche, necessita di alcune considerazioni preliminari riguardo ad aspetti che vengono necessariamente ad influire sul tema da trattare e sulle soluzioni da valutare.

Una prima, più generale, riguarda il ruolo che in un determinato ordinamento viene riconosciuto al giudice, nella sua funzione giurisdizionale. Si pensi alle differenze che si pongono a seconda che ci riferiamo ad ordinamenti di *common law* oppure di *civil law*.

Nell'esperienza nordamericana il ruolo che viene assegnato al giudice è quello di garante dei diritti fondamentali, anche in particolare nei confronti del potere politico e del legislatore, come espressione della superiorità della Costituzione (potere costituente) nei confronti della legge (potere costituito).¹

Assai diversa, e per certi aspetti quasi opposta, la situazione nell'Europa continentale, dove si assiste ad un passaggio traumatico dallo stato assoluto allo stato liberale attraverso una rottura con il vecchio ordinamento e la necessità quindi di stabilire un catalogo di diritti da preser-

¹ Nel noto paragrafo 78 del Federalista di Hamilton è previsto che i giudici, a fronte di un'antinomia fra una legge fondamentale ed altra che tale non è, debbono conformare la propria pronuncia alla prima, allo stesso modo come nella successione temporale delle leggi si fa prevalere la legge successiva rispetto alla precedente. In entrambi i casi si tratterebbe di una regola di interpretazione derivante dalla natura delle cose.

E' partendo da questi principi e dal riconoscimento del ruolo dei giudici quali garanti dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione che, dopo pochi anni, in quel paese si realizzerà il primo modello di giustizia costituzionale, con carattere diffuso, dichiarativo ed incidentale, introdotto in via giurisprudenziale a partire dalla pronuncia *Marbury versus Madison* del 1803.

vare e da rafforzare. Il compito di garante della attuazione e della effettività di questi diritti non viene però riconosciuto ai giudici, quanto prioritariamente al soggetto politico, in quanto le costituzioni appaiono principalmente come un programma politico che deve essere attuato in particolare da parte del legislatore, il quale viene quindi ad assumere in proposito un ruolo centrale.²

La situazione subisce un profondo mutamento con le costituzioni successive alla seconda guerra mondiale, approvate a seguito ed in risposta alle esperienze degli ordinamenti totalitari ed autoritari nazisti e fascisti, i quali fanno cadere l'illusione di una legge comunque giusta, in quanto espressione della sovranità popolare e pongono con decisione la necessità di prevedere istituzioni di garanzia, collocate in posizione di autonomia e di indipendenza di fronte al potere politico ed in grado di impedire un ritorno alla dittatura e di offrire una reale tutela dei diritti fondamentali.

² Non altrettanto può dirsi per il giudice che viene al contrario visto con sospetto, risentendo della posizione assunta di funzionario al servizio del potere regio e ritenuto quindi di conseguenza potenzialmente ostile nei confronti dei nuovi diritti riconosciuti dalle costituzioni, oltre che privo di qualsiasi legittimazione democratica.

Le fonti del diritto si riducono pertanto sostanzialmente alla sola legge e netto è il primato della scelta politica sulla giurisdizione, espressa da funzionari, meccanici applicatori della legge, cui non è riconosciuto alcun margine di discrezionalità neppure in sede di interpretazione della stessa (si pensi all'istituto del *référé législatif*). I giudici sono la mera "*bouche de la loi*", secondo la celebre definizione di Montesquieu.

L'eventuale contrasto tra la legge e la Costituzione non viene, di conseguenza, risolto alla maniera appena vista con riguardo all'ordinamento nordamericano, ma attraverso l'esaltazione della democrazia rappresentativa. La legge, in quanto approvata dai diretti rappresentanti del corpo elettorale e quindi espressione della sovranità popolare, non può che essere "giusta" e comunque non può essere posta in discussione da alcuno, tantomeno da parte dei giudici.

L'onnipotenza del legislatore e l'assenza di limiti precludono quindi qualsiasi ipotesi di controllo di costituzionalità sotto l'aspetto sostanziale ed impediscono quindi il sorgere di una giustizia costituzionale.

Una seconda necessaria premessa concerne le garanzie riconosciute all'attività giurisdizionale e in questo senso in Italia, con la Costituzione del 1948, è stata disciplinata, in un apposito titolo, "la magistratura", circondando la stessa di tutta una serie di garanzie, tali da distinguere nettamente lo *status* del magistrato rispetto a quello degli altri dipendenti pubblici.

In particolare gli elementi più caratterizzanti rispetto al passato, e che qualificano il "modello italiano di ordinamento giudiziario", possono essere riassunti in quattro punti: *a)* l'autonomia e l'indipendenza "esterna", ossia nei confronti di possibili influenze provenienti appunto dall'esterno della magistratura e dal potere politico e dalla maggioranza di governo in particolare. Questo aspetto trova la sua principale realizzazione nella istituzione di un organo apposito (il Consiglio superiore della magistratura), per due terzi composto da magistrati, eletti da magistrati, cui sono state assegnate le funzioni amministrative e disciplinari nei confronti dei magistrati, un tempo svolte dal ministro della giustizia; *b)* l'indipendenza "interna", fondata sul principio per cui i magistrati si distinguono tra di loro solo per diversità di funzioni e quindi non per gradi, in base alla quale viene cancellata la precedente concezione di una magistratura organizzata per gradi, con poteri molto penetranti dei "capi" degli uffici giudiziari; *c)* l'indipendenza dal potere politico (e dal governo) del pubblico ministero il quale, in materia penale, ha l'obbligo di esercitare l'azione penale e non risponde pertanto all'indirizzo politico di maggioranza; *d)* il riconoscimento al giudice (e solo al giudice) della possibilità di attivare davanti alla Corte costituzionale una questione di costituzionalità della legge che egli è chiamato ad applicare in un caso pratico, sollevando pertanto lo stesso in questi casi dalla soggezione alla legge ordinaria del parlamento.

Con la terza premessa intendo invece segnalare l'importanza e la delicatezza che assume, in un ordinamento costituzionale quale quello italiano, la disciplina regolante lo *status* del magistrato, per il quale la Costituzione stabilisce una riserva di legge (la legge sull'ordinamento giudiziario),³ in considerazione che la stessa viene a svolgere una funzione descrittiva, ed al tempo stesso prescrittiva, del tipo di giudice che si ritiene conforme al modello costituzionale.

La disciplina della responsabilità del giudice viene ad assumere una posizione assolutamente di primo piano, in quanto rappresenta, come vedremo, un momento davvero cruciale per la vita professionale dello stesso, potendo le diverse forme di responsabilità essere impiegate allo scopo di influire sulla libertà ed indipendenza del giudice.

La disciplina della responsabilità viene quindi a porsi in stretta connessione e quasi come anello di congiunzione tra le garanzie di indipendenza ed imparzialità ed i controlli circa la professionalità del giudice da un lato e la collocazione e legittimazione nel sistema costituzionale del medesimo, dall'altro.

In ragione di queste premesse il presente scritto si articolerà in tre parti, la prima (II) dedicata al ruolo assegnato ed esercitato oggi dal giudice nell'ordinamento italiano ed europeo, la seconda (III) concernente i differenti

³ La Costituzione, nel suo titolo IV, fa con molta frequenza espressamente rinvio alla "legge sull'ordinamento giudiziario", così allorché stabilisce che "la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario" (art. 102, 1° comma), che "spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni (...) nei riguardi dei magistrati" (art. 105), che "la legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli" (art. 106, 2° comma), che "il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario" (art. 107, 4° comma) e che "le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge" (art. 108, 1° comma).

tipi di responsabilità del giudice (politica, costituzionale, disciplinare, civile, contabile e penale), la terza (IV) infine relativa alla responsabilità del giudice in rapporto al (supposto) esercizio di un "potere" da parte della magistratura ed al (supposto) fondamento della sua legittimazione nel circuito democratico.

II. EVOLUZIONE DEL RUOLO DEL GIUDICE A SEGUITO DELLA REALIZZAZIONE DELLO STATO COSTITUZIONALE, SOCIALE E DELL'ORDINAMENTO DELL'UNIONE EUROPEA

Sul primo aspetto da varie parti è stato giustamente sottolineato come il ruolo del giudice sia attualmente assai diverso da quello svolto nello stato liberale monoclasse in cui la legge formale del parlamento costituiva l'unica vera e più importante fonte del diritto e riguardo alla giurisdizione valeva l'assoluto primato della legge, per cui il giudice era conseguentemente visto come un soggetto che, in considerazione delle proprie capacità tecnico-giuridiche, era chiamato ad applicare la stessa, ricercando la volontà con essa espressa dal legislatore. Un giudice, come si dice, "bocca della legge" e meccanico applicatore di un sistema giuridico chiaro e completo.

Quel ruolo è inevitabilmente e profondamente mutato con la realizzazione dello stato costituzionale, della forma di stato sociale e poi dell'Unione europea.

La "rivoluzione" apportata dalla Costituzione non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene ad inserirsi nel previgente sistema, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole.

La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento "politico" della formazione del diritto, risulti adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale.

Tali principi debbono servire, da un lato, a svolgere una funzione unificante per l'interpretazione delle singole leggi spesso espressione di interessi particolari e, dall'altro, a guidare il giudice nell'individuazione della soluzione specifica per il singolo caso di fronte alla difficoltà della legge di prevedere e regolare i casi concreti. Ne deriva un'indubitabile dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come "bocca della legge" o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente nel dettato normativo.

La realizzazione di un sistema di controllo di costituzionalità delle leggi — che in Italia vede, per molti anni, l'"unica via" di accesso nel giudizio incidentale, incentrato sulla necessaria collaborazione del giudice sia in "fase ascendente" che in quella "discendente" — viene a modificare radicalmente il ruolo del giudice nei confronti della legge e nell'interpretazione della stessa.

Le decisioni interpretative di rigetto, utilizzate fin dall'inizio della sua attività da parte della Corte costituzionale, mostrano all'evidenza la possibilità di fornire diverse interpretazioni di uno stesso atto normativo e la necessità di orientarsi, tra le diverse possibili letture, verso quella che meglio si armonizza e realizza i principi costituzionali.

Questo elemento risulterà particolarmente evidente allorché la Corte costituzionale negli anni Novanta del secolo scorso ha mostrato con decisione la tendenza a valorizzare maggiormente l'attività interpretativa del giudice nel giudizio di costituzionalità delle leggi.

Dalla affermazione secondo cui una legge non può essere denunciata e dichiarata incostituzionale solo perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma solo quando è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente conformi, si è infatti passati all'obbligo, pena la inammissibilità della questione sollevata, di dimostrare, da parte del giudice, di aver previamente sperimentato ed escluso la possibilità di una lettura della disposizione impugnata tale da superare i prospettati dubbi di costituzionalità.

Anche l'utilizzo, da parte della Corte costituzionale, di certe tecniche decisorie tendono a mostrare i margini notevoli che si aprono al giudice nella sua attività interpretativa, si pensi al giudizio di ragionevolezza ed alla conseguente attività di bilanciamento oppure alle decisioni c.d. additive di principio, con cui la Corte, nel dichiarare l'incostituzionalità di una norma, non provvede a riempire direttamente il vuoto così creato, ma si limita a porre i principi cui il legislatore dovrà attenersi nel dettare la nuova disciplina, precisando che, in assenza di ciò, sarà il giudice che provvederà a dare una tutela con riguardo ai casi concreti e con efficacia limitata al giudizio in corso.

In una situazione di grave ritardo o di persistente inerzia del legislatore di fronte ai diritti sociali ed alle domande che vengono poste per la concreta realizzazione degli stessi, i giudici comuni (come pure, ovviamente, la Corte costituzionale) si sono trovati ad essere destinatari di tutta una serie di domande sociali ed hanno quindi cercato, attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali,

di porre rimedio alle omissioni legislative dando tutela alle nuove istanze sociali che non trovavano riconoscimento nella legislazione.

Tutto ciò ha portato ad una progressiva, maggiore espansione della funzione dell'autorità giudiziaria come "giudice dei diritti" rispetto a quella di "giudice della legalità" e particolarmente nell'ambito dei c.d. "diritti nuovi", ossia di quei diritti che, pur non espressamente previsti dalla Costituzione sono, specie in considerazione dell'evoluzione dei costumi e della società, riconducibili ai valori costituzionali attraverso l'opera interpretativa posta in essere dal legislatore o dal giudice, comune e/o costituzionale.⁴

Ulteriore incidenza sul ruolo che attualmente viene assegnato al giudice deriva dalla realizzazione dell'ordinamento dell'Unione europea.

L'importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto dell'UE, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso gli strumenti della pregiudiziale comunitaria e del potere-dovere di disapplicazione e l'obbligo di interpretazione delle fonti nazionali in conformità ai principi del diritto dell'UE. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione

⁴ La felice espressione dei "nuovi diritti" non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzionale, vengono "creati" più o meno *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale o di giudici comuni.

Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un'operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di "diritti inviolabili" o diritti fondamentali possa essere determinata, oltre che ovviamente attraverso l'intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.

pregiudiziale del diritto dell'UE è poi venuto ad assumere un'efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo.

Attraverso la possibilità di disapplicazione della fonte nazionale, in quanto contrastante con il diritto dell'UE, il giudice comune viene così ad esercitare una sorta di controllo diffuso di "comunitarietà" nei confronti della legge nazionale, che segue spesso al rinvio pregiudiziale, il quale viene ad assumere caratteri, per certi versi simili a quelli della pregiudiziale di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale.

La complessità del ruolo del giudice deriva quindi dal fatto che questi viene a rivestire il ruolo di giudice della legalità dell'ordinamento, anche se rispetto ad esso acquisita sempre maggiore rilievo quello di giudice dei diritti; il giudice è il portiere della Corte costituzionale, ma deve evitare di aprire la porta quando il dubbio di costituzionalità può essere superato facendo ricorso ai propri poteri interpretativi (c.d. interpretazione conforme) e può, ricorrendone le condizioni, risolvere il caso applicando direttamente la Costituzione; il giudice deve pure perseguire un'interpretazione della normativa nazionale conforme sia ai principi contenuti nella Cedu, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo, sia al diritto dell'UE e, quando necessario, proporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia di Lussemburgo, nonché, anche sulla base della risposta di quest'ultima, procedere alla diretta disapplicazione (o non applicazione) della legge nazionale ritenuta in contrasto con il diritto dell'UE.

III. 1. *Il fondamento della responsabilità del giudice ed il rapporto con la garanzia di indipendenza della magistratura*

La natura speciale e particolare dell'attività svolta dalla magistratura e la necessità quindi di circondare la stessa di particolari garanzie a tutela dell'indipendenza ed imparzialità della stessa, non escludono che anche per i magistrati siano previste forme di responsabilità, le quali possono essere differenti a seconda del modello di ordinamento giudiziario realizzato, sia nella tipologia, sia nella intensità.

Di assoluta rilevanza possono ad esempio risultare in proposito le modalità di accesso alla magistratura, a seconda cioè che i suoi componenti vi accedano attraverso un pubblico concorso, fondato sulla preparazione tecnica dei candidati oppure gli stessi siano eletti dal corpo elettorale o nominati da organi politici, sulla base di un programma o del prestigio acquisito.

Per questo vengono normalmente contrapposti due tipi di giudice: il *magistrato-funziionario*, selezionato attraverso un concorso, perlopiù irresponsabile verso l'esterno e responsabile invece in via disciplinare, cui si contrappone il *magistrato-professionale*, indipendente da qualsiasi organo politico, estraneo all'organizzazione dello stato-persona ed avente un rapporto diretto con gli interessati, verso i quali è pertanto responsabile civilmente.

L'ipotesi italiana si colloca in una posizione mediana tra queste due ipotesi, in quanto per l'accesso ed il rapporto di servizio si è venuta a realizzare la prima figura, ma al tempo stesso la situazione di autonomia e indipendenza dal potere politico-amministrativo avvicina i magistrati alla seconda figura. Anche in considerazione di ciò sussiste infatti in Italia una responsabilità del giudice, sia a livello disciplinare che a livello civile.

La Corte costituzionale, in varie occasioni, ha avuto modo di sottolineare come l'indipendenza del giudice non sia di ostacolo alla previsione di forme di responsabilità, sottolineando che gli artt. 101, 102, 104, 108 Cost. non valgono ad assicurare al giudice uno *status* di assoluta irresponsabilità neppure nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, sussistendo piena compatibilità tra l'indipendenza della funzione con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile o penale, ma anche amministrativa (sent. 385/1996) e che tutti coloro che svolgono attività statale (compresi i magistrati) debbono essere responsabili, anche se la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei principi costituzionali dettati a tutela della indipendenza e della autonomia delle funzioni giurisdizionali (sent. 26/87).

I magistrati pertanto, come rileva Pizzorusso, in quanto impiegati dello Stato, è del tutto naturale che siano soggetti a forme di responsabilità con riguardo ad eventuali illeciti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni giurisdizionali. Ciò riguarda, allo stesso modo, sia i giudici ordinari che quelli speciali, sia i magistrati giudicanti che quelli requirenti.

Le garanzie che la Costituzione ha inteso riconoscere alla magistratura fanno sì che la disciplina della responsabilità del giudice, nei suoi aspetti sostanziali e procedurali, debba essere attentamente studiata e calibrata in modo da evitare che questa possa porsi in contrasto con i valori della indipendenza e della imparzialità, essendo evidente il rischio di un uso strumentale, al limite ricattatorio, delle previste sanzioni allo scopo di influire e forzare la decisione.

I principi costituzionali specificamente dedicati alla materia si esauriscono nell'affermazione secondo cui "i fun-

zionari ed i dipendenti dello stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti" (art. 28 Cost.), nel riconoscimento al CSM della competenza a pronunciare "i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati" (art. 105 Cost.) ed al ministro della giustizia della "facoltà di promuovere l'azione disciplinare" (art. 107, 2° comma, Cost.).

Nella ricostruzione della dottrina e nella legislazione ordinaria sono state indicate o disciplinate diverse forme di responsabilità del giudice.

In particolare si è parlato di a) responsabilità politica; b) responsabilità costituzionale; c) responsabilità disciplinare; d) responsabilità civile; e) responsabilità amministrativo-contabile; f) responsabilità penale.

III. 2. La responsabilità politica e la c.d. responsabilità "diffusa"

Per quanto concerne la *responsabilità politica*, con tale espressione viene comunemente indicato (G.U. Rescigno) il fenomeno di comune esperienza per cui coloro che esercitano un potere ritenuto politico possono essere criticati e di fatto vengono sottoposti a critica da parte di coloro che sono soggetti a quello stesso potere politico, tanto che questo dissenso può condurre all'abbandono, volontario o coattivo, del potere da parte di coloro che sono stati criticati.

In tale accezione pare evidente come in un ordinamento quale quello italiano non sia possibile parlare di responsabilità politica dei giudici in senso politico-istituzionale,⁵

⁵ Secondo Ugo Rescigno (*L'esercizio dell'azione pubblica ed il pubblico ministero*, in *Separazione dei poteri* cit., 141) è evidente che "coloro che parlano di responsabilità politica dei magistrati non abbiano la minima cognizione del significato e della portata di ciò che essi dicono".

mentre tale forma di responsabilità è stata richiamata sulla base della previsione costituzionale secondo cui "la giustizia è amministrata in nome del popolo" (art. 101, 1° comma, Cost.), derivandone la necessità di una forma di controllo da parte della pubblica opinione e di una partecipazione critica alle scelte giurisdizionali che dovrebbero rendere conto delle stesse all'opinione pubblica, individuando quegli interessi che il giudice deve necessariamente tenere presenti nell'esercizio delle sue funzioni per far sì che la giurisprudenza sia il più possibile rispondente al modo di essere della società (Bucalo).

Al proposito pare il caso di precisare come il richiamo al popolo italiano, nel cui nome la giustizia è amministrata, non vale certo a significare che il giudice, nel decidere un caso, debba seguire il sentimento popolare, quando invece egli è soggetto "soltanto" alla legge (*rectius* al diritto).

Per quanto riguarda poi quella che viene chiamata la responsabilità politica diffusa, consistente nella possibilità di commentare e criticare le decisioni assunte dalla magistratura "in nome del popolo italiano", sembra che tale assolutamente legittima attività - a vantaggio della quale assume un significato l'obbligo di rendere pubblico il contenuto e le motivazioni delle pronunce giurisdizionali - deve essere inquadrata nell'ambito della libertà di manifestazione del pensiero, tutelata dall'art. 21 della Costituzione e non meriti pertanto, anche ad evitare confusione, l'elaborazione della autonoma nozione di responsabilità politica diffusa.

Il contrasto che si è venuto a creare negli ultimi anni in Italia tra il potere giudiziario e quello politico ha determinato una prassi assolutamente particolare, secondo la quale personaggi politici, anche titolari di importanti incarichi istituzionali, esprimono con una certa frequenza critiche alle sentenze, non fondate, come dovremmo attenderci, su

ragioni di natura tecnico-giuridica, bensì di carattere politico, trascurando il fondamentale principio per cui il giudice, seppure amministra la giustizia in nome del popolo italiano, è primariamente soggetto al diritto.

Le critiche vengono così rivolte ai giudici come se si trattasse di una precisa parte politica, venendo così ad utilizzare la responsabilità politica nel suo significato proprio, ma ciò conduce la responsabilità politica su un terreno non suo, trascinando "i giudici sul piano politico, proprio nello stesso istante in cui coloro che criticano i giudici, nel criticarli politicamente, dicono di volerli ricondurre alla loro funzione specifica, che non è politica" (G.U. Rescigno).

III. 3. *La responsabilità costituzionale: il controllo delle sentenze dei giudici nel processo costituzionale relativo ai conflitti tra poteri ed a quelli tra stato e regioni*

Con il termine "responsabilità costituzionale" vengono indicate quelle ipotesi in cui la Corte costituzionale, nell'ambito delle sue competenze, si trova a giudicare sulla legittimità di un provvedimento giurisdizionale, quindi a svolgere un controllo e, seppure in senso ampio e applicando "sanzioni" costituzionali, ad evidenziare una responsabilità di chi ha pronunciato il provvedimento impugnato.

Nell'ordinamento italiano, allorché si pose il problema di individuare le strade attraverso le quali far valere la rigidità della Costituzione e di specificare pertanto le vie di accesso alla Corte costituzionale, quella prescelta fu la via incidentale, per cui la possibilità di impugnare una legge per presunta violazione della Costituzione fu riservata al giudice nel corso di un giudizio concreto, escludendo qualsiasi altra via di accesso diretto, sia da parte di soggetti politici, quali le minoranze parlamentari, sia di un'azione

popolare o di pubblici "difensori della Costituzione", sia da parte dei singoli soggetti interessati. La via incidentale in Italia rappresenta infatti — a parte il ricorso delle regioni verso leggi statali e dello stato verso leggi regionali, usato perlopiù per garantire il riparto di competenza tra i due enti territoriali — non "una" delle vie di accesso, ma l'"unica" via di accesso alla Corte.

Di conseguenza non viene a realizzarsi ciò che accade per altri ordinamenti — si pensi in particolare all'*amparo* costituzionale spagnolo — ossia che una sentenza del giudice possa formare oggetto di un ricorso diretto davanti al Giudice costituzionale allorché si ritiene che la stessa abbia violato un diritto fondamentale del cittadino. Se è certo che tale strumento serve, specie nel momento di entrata in vigore della Costituzione, a rafforzare il significato ed il valore della Costituzione e della sua superiorità normativa, è altrettanto vero che ciò può determinare il formarsi di un rapporto non sempre facile tra il Giudice costituzionale ed i giudici comuni i quali, incaricati di tutelare i diritti dei cittadini vengono "accusati" — ed in certi casi "condannati" — per aver, al contrario, determinato una violazione dei diritti fondamentali.

Nell'ordinamento italiano due sono invece le competenze attraverso le quali la Corte costituzionale è stata chiamata a giudicare su singoli provvedimenti giurisdizionali, vale a dire quelle concernenti la risoluzione dei conflitti tra poteri dello stato e dei conflitti tra stato e regioni.

Con riguardo alla prima, nel definire la nozione di "potere dello stato", la Corte ha stabilito che "i singoli organi giurisdizionali, esplicando le loro funzioni in situazione di piena indipendenza, costituzionalmente garantita, sono da considerare legittimati — attivamente e passivamente — ad essere parti di conflitti di attribuzione, prescindendo dalla

proponibilità di gravami predisposti a tutela di interessi diversi" (sent. 228, 229/1975), venendo così a definire quello giudiziario come un "potere diffuso".

A seguito di ciò il conflitto tra poteri avente ad oggetto un atto giurisdizionale avrebbe potuto trasformarsi in un ulteriore strumento di impugnazione nei confronti delle sentenze dei giudici, ma questo non si è verificato soprattutto in quanto la Corte costituzionale ha tenuto fermo fin dall'inizio, e poi sempre ribadito, il principio secondo cui il ricorso non può avere ad oggetto semplici "*errores in iudicando*" del giudice, da far valere attraverso il normale sistema delle impugnazioni, ma solamente la denuncia di una "esorbitanza" dai limiti costituzionalmente fissati al potere giudiziario, come nel caso di provvedimenti abnormi (ad esempio disapplicazione di un atto legislativo).

Con riferimento al conflitto tra stato e regioni, l'accoglimento di una nozione di conflitto quale *vindicatio potestatis* avrebbe chiaramente escluso la possibilità della regione di impugnare una sentenza del giudice, stante la totale incompetenza di quest'ultima in materia di giustizia e ordinamento giudiziario. La Corte costituzionale ha invece accolto una nozione di conflitto anche come "interferenza", ammettendo quindi la possibilità di impugnare un atto anche quando non viene rivendicata la propria competenza alla pronuncia dello stesso, ma viene solamente denunciato che esso interferisce illegittimamente nell'esercizio delle proprie funzioni costituzionali.

III. 4. La responsabilità disciplinare: i valori tutelati, l'oggetto (la "tipizzazione" degli illeciti disciplinari)

Passando adesso alle forme più strettamente giuridiche di responsabilità dei magistrati, quelle di più frequente applicazione e per le quali maggiori sono pertanto sia la ela-

borazione dottrinale che gli interventi giurisprudenziali, sono la responsabilità disciplinare e quella civile.

La previsione di tali forme di responsabilità si pone a salvaguardia sia dell'interesse corporativo proprio ed interno allo stesso ordine giudiziario, sia di quello più generale ad un corretto ed efficiente svolgimento dell'attività giurisdizionale, nonché del diritto del cittadino alla difesa e ad un "giusto processo" e può riguardare, per il primo aspetto, una responsabilità disciplinare (ed anche penale o contabile) e, per il secondo, una responsabilità civile.

Alla sanzione disciplinare viene comunemente attribuita una doppia funzione, sia in un significato repressivo di una condotta illecita, sia didattico-preventivo per il futuro e mentre, per altro verso, una funzione sanzionatoria può ritenersi, come abbiamo detto, conforme alla garanzia di indipendenza della magistratura parrebbe senz'altro in contrasto con la medesima un uso "conformativo" della sanzione disciplinare, tendente cioè ad indirizzare e forzare la decisione del giudice.

La *responsabilità disciplinare* attiene a comportamenti illeciti (c.d. illeciti disciplinari) tenuti dal magistrato, in ragione dei quali viene aperto nei suoi confronti un apposito procedimento che si conclude con una pronuncia giurisdizionale.

La domanda relativa alla posizione paritaria o meno a tal fine tra magistrati requirenti e magistrati giudicanti trova una risposta nella soluzione del problema più generale —che non può essere trattato, ma solo segnalato, in questa sede— del ruolo e della posizione riconosciuti ai magistrati del pubblico ministero nell'ordinamento costituzionale ed ordinario di un determinato paese, vale a dire quello relativo alle garanzie di indipendenza "esterna", nei riguardi dei soggetti politici e del ministro della giustizia in

particolare, di indipendenza "interna" ossia della organizzazione interna delle procure, dei rapporti, da un lato, con gli organi decidenti e, dall'altro, con la polizia giudiziaria ed infine delle condizioni di esercizio dell'azione penale.

In Italia, vigente lo Statuto albertino che prevedeva una giustizia amministrata in nome del re dai magistrati da lui nominati, la responsabilità disciplinare era fondata su una nozione ampia e generica di illecito disciplinare e veniva fatta valere al di fuori di alcun procedimento formalizzato, tanto meno con garanzie di tipo giurisdizionale e quindi senza alcuna pubblicità o possibilità di intervento del magistrato incolpato. Una forma di responsabilità quindi tendente quasi esclusivamente a valorizzare l'esigenza di autotutela dell'ordine giudiziario, con un rilievo del tutto residuale per l'interesse al buon funzionamento della giustizia.

Successivamente nel 1907 e 1908 fu introdotta una parziale tipizzazione degli illeciti con la previsione di norme di chiusura ("comportamenti che comunque rendessero il magistrato immeritevole della fiducia e considerazione che debbono godere e tali da compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario") ed un procedimento di tipo giurisdizionale davanti al Consiglio disciplinare ed alla suprema corte disciplinare, mentre durante il regime fascista (r.d. 2786/23 e poi r.d. 12/41) fu ridisegnata la composizione della corte alla quale fu assegnata una funzione meramente consultiva nei riguardi del ministro che decideva in via definitiva sulla sanzione da irrogare e fu eliminata la tipizzazione.

Alla caduta del fascismo la materia fu regolata dapprima dal r.d. 511/1946, poi dalla Costituzione e dalle leggi attuative.

Per un periodo assai lungo, fino alla recente riforma del 2006, la previsione dell'illecito disciplinare è stata regolata

dall'art. 18 r.d. 12/41, in base al quale veniva sanzionata la condotta del magistrato che "manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori condotta che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'ordine".

Il carattere generico della previsione aveva fatto dubitare della sua costituzionalità, risultando tanto più abnorme in quanto il procedimento aveva un carattere giurisdizionale, quasi sulle orme di un processo penale, informato al principio di legalità.

In considerazione di ciò fu sollevata la questione di legittimità costituzionale di tale disposizione per supposta violazione della libertà di manifestazione del pensiero del magistrato come cittadino, del principio di legalità e della indipendenza-imparzialità del giudice.

La Corte costituzionale (sent. n. 100 del 1981) ritenne infondata tale questione, rilevando come il principio di legalità sia previsto per il processo penale, mentre il processo disciplinare, per quanto svolto in forme giurisdizionali, resta distinto da quello penale. In particolare la Corte affermò che, per il perseguimento delle finalità proprie del giudizio disciplinare (ossia perseguire la fiducia nella magistratura e garantirne il prestigio), risultava impossibile tipizzare l'illecito, trattandosi di fare riferimento a principi deontologici, che non consentono di essere ricompresi in schemi preordinati allo scopo di sanzionare, con norme di chiusura, tutti i comportamenti capaci di ledere la reputazione del singolo magistrato o la dignità dell'ordine al quale appartiene, per occorreva dettare disposizioni di portata generale, giacché una indicazione tassativa avrebbe reso legittimi atteggiamenti non previsti, ma egualmente riprovati dalla coscienza sociale.

Quanto poi alla supposta violazione della libertà di manifestazione del pensiero, la Corte sostenne che i magistrati godono degli stessi diritti garantiti ad ogni cittadino, ma le funzioni esercitate e la qualifica rivestita possono giustificare un trattamento particolare, nel senso che la libertà di manifestazione del pensiero deve essere bilanciata con l'esigenza di tutelare, in funzione dell'indipendenza e della imparzialità, la considerazione di cui il magistrato deve godere presso l'opinione pubblica, assicurando la fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria, risultando vietato l'esercizio anomalo di quella libertà che si verifica quando vengano lesi i predetti valori.

Diversi anni dopo l'Italia è stata condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 2 agosto 2001), per aver sanzionato disciplinarmente un magistrato che aveva aderito ad una loggia massonica non segreta, in quanto il carattere generico degli illeciti disciplinari non consentiva al magistrato di poter sapere che l'adesione alla massoneria costituiva un illecito disciplinare. Secondo la Corte di Strasburgo le limitazioni al diritto di libertà di associazione "non possono costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, sono fondamentali per la tutela di beni fondamentali dello stato".

Nel lungo periodo di vigenza dell'art. 18 predetto l'individuazione delle fattispecie integranti gli estremi dell'illecito disciplinare è derivata dalla giurisprudenza della sezione disciplinare del Csm, la quale, in via pretoria, ha fissato principi e precedenti che hanno finito per costituire un valido punto di riferimento in sostituzione di un intervento legislativo che specificasse il contenuto degli illeciti.

La sostituzione del giudice disciplinare al legislatore nella specificazione degli illeciti è stata assai criticata dalla

dottrina maggioritaria ed anche dalle associazioni dei magistrati, rilevando come la genericità della fattispecie potesse in concreto consentire un uso improprio dello strumento disciplinare e come, se l'applicazione delle sanzioni correttamente era riservata dalla Costituzione all'organo di autogoverno della magistratura, la previsione della disciplina sostanziale e processuale spettava invece al parlamento. Non è mancata comunque una parte minoritaria secondo la quale invece doveva preferirsi una specificazione fatta in via giurisprudenziale, caso per caso, in quanto meglio aderente alla realtà.

La invocata "tipizzazione" degli illeciti disciplinari è stata realizzata dalle riforme del 2005 e 2006.

La disciplina contenuta nel d. lgs. 109/2006, come modificato dalla l. 269/2006, indica dapprima i doveri del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, individuandoli in quelli di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della persona. Essi (si pensi in particolare al dovere di "correttezza") mostrano la stretta connessione che viene a porsi tra i comportamenti che debbono ritenersi rilevanti sotto il profilo disciplinare rispetto a quelli relativi al profilo professionale ossia della carriera ed a quelli di opportunità o di natura etica.

In tal senso la situazione è stata efficacemente raffigurata da Dal Canto come quella di cerchi concentrici di differenti dimensioni, una più stretta relativa a comportamenti sanzionati in via disciplinare, una media a comportamenti che possono solo aver conseguenze sulla vita professionale del magistrato ed infine una più ampia relativa ai comportamenti semplicemente opportuni o prescritti dai codici etici del magistrato.

La legge procede ad elencare in maniera molto specifica tutta una serie di illeciti, distinguendo gli stessi tra:

- a) illeciti nell'esercizio delle funzioni;
- b) illeciti fuori dell'esercizio delle funzioni;
- c) illeciti conseguenti a determinati reati.⁶

Le ipotesi *sub a)* e *sub b)* non contengono le c.d. norme di chiusura, attraverso le quali si definiscano illeciti disciplinari tutti quei comportamenti, non espressamente previsti, ma che potrebbero ritenersi lesivi dei doveri del magistrato. Tale norma resta infatti solamente per i comportamenti *sub c)*, per i quali costituisce illecito "qualun-

⁶ Volendo ricordare, a titolo di esempio, alcuni tra i comportamenti previsti come illecito disciplinare, tra i primi (*sub a*) sono indicati: la violazione dei doveri del magistrato che arrechi un ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti; la consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione; l'ingiustificata interferenza nell'attività giudiziaria di altro magistrato; la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile; il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile; l'emissione di provvedimenti privi di motivazione; l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile; la reiterata o grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario; l'indebito affidamento ad altri di attività rientrante nei propri compiti; il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni; il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio; la divulgazione, anche dipendente da negligenza, di atti del procedimento coperti dal segreto o di cui sia previsto il divieto di pubblicazione; l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave ed inescusabile negligenza; l'emissione di un provvedimento restrittivo della libertà personale fuori dei casi consentiti dalle legge, determinata da negligenza grave ed inescusabile.

Tra i secondi (*sub b*) sono indicati: l'uso della qualità di magistrato al fine di conseguire vantaggi ingiusti per sé o per altri; il frequentare persona sottoposta a procedimento penale o di prevenzione o persona dichiarata delinquente abituale, professionale o per tendenza; l'ottenere prestiti o agevolazioni da soggetti che il magistrato sa essere parti o indagati in procedimenti penali o civili pendenti presso l'ufficio giudiziario di appartenenza; la partecipazione ad associazioni segrete; l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l'esercizio delle funzioni o comunque compromettere l'immagine del magistrato.

Per i terzi (*sub c*) si fa riferimento ai fatti per i quali sia intervenuta condanna irrevocabile o sia stata pronunciata una sentenza, ai sensi dell'art. 444, 2° comma, cpp.

que fatto costituente reato idoneo a ledere l'immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l'azione penale non può essere iniziata o seguita".

L'eliminazione delle clausole di chiusura conduce quindi a ritenere che la tipizzazione degli illeciti ha determinato altresì l'effetto di dover considerare tassativi i casi che possono integrare gli estremi dell'illecito, potendo ciò risultare eccessivo in un campo quale quello disciplinare in cui non appare facile indicare compiutamente in astratto i comportamenti da sanzionare e potendosi quindi determinare la impossibilità di sanzionare certi comportamenti in quanto non esplicitamente previsti, pur se meritevoli di esserlo.

Con riguardo alle ipotesi *sub a)* sono state fortunatamente eliminate, con la legge del 2006, ipotesi previste dalla legge dell'anno precedente e che facevano riferimento all'attività interpretativa del giudice la quale, per andare esente da responsabilità, avrebbe dovuto essere svolta "in conformità dell'art. 12 delle preleggi" oppure alla c.d. usurpazione di poteri, espressa attraverso una formula assai sibillina e pertanto possibile fonte di equivoci, se non di abusi, con cui venivano sanzionati "atti o provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi o ad altri organi costituzionali".

Per quanto concerne invece i casi *sub b)* sono stati anche in questo caso eliminate ipotesi di illecito assai generiche, quali quella di tenere, anche fuori dall'esercizio delle proprie funzioni, "comportamenti, ancorché legittimi, che compromettano la credibilità personale, il prestigio e il decoro del magistrato o il prestigio dell'istituzione giudiziaria".

Si è posto in particolare il problema della legittimità costituzionale della previsione come illeciti disciplinari di

comportamenti e che rappresentino esercizio di un diritto costituzionale del magistrato-cittadino (quale ad esempio la libera manifestazione del pensiero o la libertà di associazione e di riunione). In particolare la legge del 2005 prevedeva ad esempio, quale illecito disciplinare, la "iscrizione o partecipazione ai partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di centri politici".

La posizione dominante si è espressa nel senso che tali previsioni possono ritenersi costituzionalmente corrette solo se espressione di altri, prevalenti valori costituzionali (ad es. quelli della indipendenza e imparzialità del giudice), dovendo il relativo bilanciamento essere il frutto di una scelta del legislatore, la quale potrà essere controllata, nella sua ragionevolezza, dal Giudice costituzionale.

III. 5. *Segue: il procedimento disciplinare (iniziativa, giudice competente, difesa del magistrato, decisione, sanzioni applicabili)*

Sotto l'aspetto processuale la Costituzione rimette l'iniziativa alla scelta facoltativa del ministro della giustizia (art. 107, 2° comma, Cost.), la quale evidenzia la sussistenza di un interesse generale sottostante al procedimento disciplinare e quindi la necessità che l'iniziativa provenga dall'esterno. La natura facoltativa trova la sua spiegazione nel carattere politico della scelta, di cui il ministro deve rispondere prima in consiglio dei ministri, poi soprattutto davanti al parlamento.

Accanto a tale legittimazione la legge ordinaria ne ha prevista un'altra in capo al procuratore generale presso la corte di cassazione, quindi dall'interno dell'ordine giudiziario, il quale, coerentemente con la natura giurisdiziona-

le della sua figura e del suo operare, ha invece l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare.

Tale previsione ha suscitato alcune perplessità, specie paventando il rischio di un eccessivo numero di procedimenti disciplinari, anche del tutto strumentali e di un conseguente ingolfamento delle questioni pendenti davanti al giudice disciplinare.

Questa possibile conseguenza è in larga misura scongiurata dal potere del P.G. di dichiarare l'archiviazione della denuncia, quando il fatto non costituisce condotta rilevante ai fini disciplinari o perché ritenuto di scarsa rilevanza o se il fatto forma oggetto di denuncia non circostanziata o se il fatto non rientra in nessuna della fattispecie previste dalla legge o se dalle indagini il fatto risulta inesistente o non commesso. L'archiviazione deve essere accettata dal ministro della giustizia.

Una innovazione di rilievo, tendente allo stesso scopo nonché ad allentare la rigidità della tipizzazione degli illeciti, è quella relativa alla "condotta disciplinare irrilevante", vale a dire la previsione per cui l'illecito disciplinare non è configurabile allorché il fatto sia ritenuto di scarsa rilevanza, a giudizio ovviamente del titolare dell'iniziativa e della sezione disciplinare, in sede di giudizio.

Il processo disciplinare si svolge dinanzi ad una sezione del Csm (sezione disciplinare) composta da sei membri effettivi e dieci supplenti nominati dal Csm al suo interno. I membri effettivi sono il vice-presidente del Csm che presiede la sezione, un componente "laico" e quattro "togati" (tre giudici ed un p.m.) e restano in carica per l'intera consiliatura.⁷

⁷ Lo scorso anno (aprile 2001) il governo Berlusconi di centro-destra ha presentato una riforma costituzionale con il chiaro intento di realizzare un riposizionamento della politica rispetto alla giurisdizione ed una forte riduzione della ruolo del giudice nel sistema costituzionale.

L'azione disciplinare può essere proposta entro un anno dalla conoscenza del fatto e comunque non oltre dieci anni dal fatto stesso, trascorsi i quali l'azione si prescrive.

La riforma riguardava l'intero assetto della magistratura ed andava a modificare alcuni aspetti-cardine del modello italiano di ordinamento giudiziario così come si era venuto a realizzare dopo l'entrata in vigore della Costituzione ed in applicazione dei principi ivi contenuti.

Tra i vari aspetti che venivano coinvolti vi era anche quello relativo alla responsabilità del giudice, infatti il disegno di legge costituzionale prevedeva alcune innovazioni sia con riguardo alla responsabilità disciplinare, sia a quella civile.

Per quanto concerne la prima la modifica era relativa alla autorità competente a decidere sulla responsabilità disciplinare: non più una sezione speciale del Consiglio superiore della magistratura, ma un "Corte di disciplina" unica per giudici e pubblici ministeri, ma formata da due sezioni separate una per i primi, l'altra per i secondi.

A parte che non risultava affatto definita quale avesse dovuto essere la competenza del *plenum* rispetto a quella della singola sezione, ci potremmo chiedere anche dove risieda l'opportunità di distinguere il "giudice disciplinare" a seconda che si tratti di magistrati giudicanti o requiranti, dal momento che le fattispecie di illecito disciplinare sono le stesse, come pure il procedimento disciplinare e una delle proclamate finalità della riforma risiede nell'evitare una "giurisdizione domestica".

Le finalità cui mira la creazione di un apposito organo giudicante per gli illeciti disciplinari, rispetto alla normativa attuale, sono infatti essenzialmente quelle di evitare influenze che potrebbero derivare dal fatto che lo stesso soggetto si trova a giudicare sia in ordine alle questioni di carattere amministrativo, attinenti più strettamente alla "carriera" del magistrato, sia a quelle disciplinari, nonché di superare appunto i più volte denunciati difetti di un giudizio troppo domestico, che avrebbe causato un'eccessiva indulgenza del "giudice disciplinare" verso i propri colleghi.

Se possiamo concordare con la prima delle suddette finalità, parrebbe necessario meglio accertare — anche con riguardo a quanto accade rispetto ad altri tipi di procedimenti disciplinari "domestici" (avvocati, medici, professori universitari, parlamentari ecc.) — la reale sussistenza della seconda.

In ogni caso non può non rilevarsi, con riguardo alla soluzione proposta dalla riforma costituzionale, come non si vede quale risultato potesse attendersi, in termini di minor carattere "domestico" del giudizio disciplinare, da una "Corte di disciplina" formata in maniera del tutto identica ai Consigli superiori della magistratura previsti dalla riforma stessa, mentre sussistono valide ragioni per ritenere preferibile una indicazione dei componenti in via indiretta — tra i membri del Consiglio con conseguente assegnazione a tempo pieno alla Corte di disciplina — rispetto ad una elezione diretta da parte dei magistrati che potrebbero essere giudicati.

L'esistenza del procedimento con l'indicazione del fatto che gli viene addebitato, deve essere comunicata all'incolpato, il quale può difendersi presentando scritti o documenti e chiedendo l'assunzione di mezzi di prova e può farsi assistere da un collega oppure anche da un avvocato.⁸

Seguono la fase delle indagini, con ampi poteri riconosciuti al P.G. e quella della decisione previa una discussione orale in udienza pubblica.⁹ Può essere disposto lo svolgimento a porte chiuse solo se i fatti contestati non riguardano l'esercizio delle funzioni o ricorrono esigenze di tutela dei diritti dei terzi o della credibilità della funzione giurisdizionale. Segue la deliberazione in camera di consiglio.

La decisione può essere impugnata, per ragioni di legittimità davanti alle sezioni unite civili della cassazione, sembrando palesemente incongruente che la competenza non sia stata riconosciuta (come era accaduto in un primo momento) alle sezioni unite penali, dal momento che si applicano le norme del codice di procedura penale.

E' possibile la revisione della decisione qualora vi sia la sopravvenienza o scoperta di nuovi elementi di prova o i fatti posti a fondamento della sentenza risultino incompatibili con quelli accertati in una sentenza penale irrevocabile o il giudizio di responsabilità e l'applicazione della relativa sanzione siano stati determinati da falsità o da altro reato accertato con sentenza irrevocabile.

⁸ Ciò a partire dal 2000, vale a dire dalla sentenza (n. 497/2000) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale, per violazione del diritto di difesa, la precedente disciplina, la quale escludeva che il magistrato potesse farsi assistere da un avvocato del libero foro.

⁹ Le udienze non erano pubbliche sino al 1985, quando la Sezione disciplinare (sent. 5 luglio 1985, n. 6) ha ritenuto che la relativa disposizione fosse stata abrogata ad opera dell'art. 6 Cedu, riconoscendo quindi il carattere pubblico delle udienze. Tale soluzione è stata poi recepita a livello normativo dalla l. n. 74 del 1990.

Le sanzioni applicabili sono le seguenti:

- a) *ammonimento*, il quale consiste in un richiamo del magistrato all'osservanza dei suoi doveri;
- b) *censura*, ossia una dichiarazione formale di biasimo;
- c) *perdita dell'anzianità*, la quale non può essere superiore a due anni, né inferiore a due mesi;
- d) *incapacità temporanea a esercitare un incarico direttivo o semidirettivo*, che non può essere superiore a due anni, né inferiore a sei mesi;
- e) *sospensione dalle funzioni e dallo stipendio da tre mesi a due anni*;
- f) *rimozione*, ossia cessazione del rapporto di servizio.

Una importante novità in tema di sanzioni è rappresentata dalla previsione per cui, in alcuni casi, il legislatore ha previsto una sanzione minima applicabile, in altri la sanzione *ad hoc* che deve essere applicata, in altri ancora è stato lasciato alla sezione disciplinare indicare la sanzione maggiormente idonea al caso.

III. 6. *Segue: le misure paradisciplinari*

Il trasferimento d'ufficio del magistrato ad altra sede o altro ufficio può essere disposto come sanzione accessoria ad una condanna disciplinare diversa dall'ammonimento quando, per la condotta tenuta, la permanenza nella stessa sede o ufficio appare in contrasto con il buon andamento dell'amministrazione della giustizia.

Diversa è l'ipotesi di trasferimento c.d. incolpevole, ai sensi dell'art. 2 r.d. 511/1946, in base al quale era consentito il trasferimento ad altra sede o funzione quando "per qualsiasi causa, *anche* indipendente da loro colpa, non pos-

sono, nella sede che occupano, amministrare giustizia nelle condizioni richieste dal prestigio dell'ordine giudiziario". Il carattere "incolpevole" valeva a differenziare tale ipotesi da quelle di trasferimento come misura conseguente e pena accessoria all'accertamento di un illecito disciplinare a carico del magistrato.

La dubbia conformità alla Costituzione della suddetta ipotesi di trasferimento era stata in particolare evidenziata in rapporto alla indefinitezza della fattispecie normativa in base alla quale era possibile il trasferimento, tale da non consentire di controllare i criteri seguiti per decidere sullo stesso e da essere utilizzata spesso in funzione "para-disciplinare", quando cioè non era stata rilevata (o ancora rilevata) una precisa responsabilità disciplinare a carico del magistrato da trasferire.

L'art. 26 d. lgs. 109/2006 ha modificato tale disposizione prevedendo il trasferimento solo "quando, per qualsiasi causa indipendente da loro colpa, [i magistrati] non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità".

Viene quindi sostituita la generica espressione del "prestigio dell'ordine giudiziario" e soprattutto lo strumento viene ridotto, nel suo ambito di applicazione, alle sole ipotesi di "cause incolpevole", attraverso la soppressione della congiunzione "anche", privando quindi il CSM della possibilità di impiegare lo stesso in quelle situazioni di incerta collocazione che avevano fatto appunto dello stesso uno strumento paradisciplinare.¹⁰

¹⁰ Il Csm ha tentato di salvare lo strumento ritenendo possibile l'applicazione dell'art. 2 citato nel testo quando l'impossibilità di svolgere funzioni giudiziarie con piena indipendenza ed imparzialità non sia suscettibile di essere ricompresa in alcuna fattispecie disciplinare. Tale lettura, chiaramente "forzata", della lettera della legge e dell'introdotta innovazione è stata smentita dal giudice amministrativo, il quale ha annullato una delibera del Csm, dalla quale si poteva desumere chiaramente che il provvedimento trovava fondamento

Un altro istituto che potremmo collocare tra gli strumenti "para-disciplinari" è quello del potere di ispezione presso gli uffici giudiziari esercitabile da parte del ministro della giustizia.

Mi riferisco in particolare a quelle ipotesi in cui il potere di ispezione viene esercitato dal ministro in occasione della pronuncia di una specifica decisione e in ragione delle conclusioni cui la medesima è pervenuta, evidentemente non gradite al ministro e/o alla maggioranza di governo. In tali casi appare evidente come non si tratti di ispezionare l'ufficio giudizio allo scopo di rilevare le ragioni di eventuali carenze o di un cattivo funzionamento, sembrando allo scopo sufficiente richiedere copia del provvedimento giudiziario, al fine di esercitare, se del caso, l'azione disciplinare per l'ipotesi di decisione abnorme o comunque integrante un caso di illecito disciplinare, oggi tipizzato.

Al fine di evitare un abuso o un uso intimidatorio del potere di ispezione nei confronti dei magistrati, come qualche applicazione recente o recentissima potrebbe far temere, parrebbe particolarmente necessario un intervento della legge, per la determinazione dei presupposti e dei limiti dell'esercizio di tale potere ministeriale.

Per quanto riguarda infine la responsabilità dei magistrati onorari, essendo il loro rapporto soggetto a conferma e di carattere temporaneo, ai provvedimenti disciplinari si affiancano altri strumenti valutativi, quali la conferma e la decadenza, che hanno lo scopo di verificare il permanere durante l'incarico dei requisiti richiesti per esercitare le funzioni onorarie.

Il procedimento disciplinare per i magistrati onorari ha carattere amministrativo e non giurisdizionale e pure la

in un comportamento colposo del magistrato (Tar Lazio, sez. I, 29 aprile 2009, n. 4454).

disciplina sostanziale e procedimentale è diversa rispetto a quanto detto per i magistrati professionali.

III. 7. *La responsabilità civile: principi costituzionali e valori tutelati. La disciplina previgente e l'abrogazione referendaria. La legge 117/1988: presupposti e procedimento per l'azione di responsabilità verso lo stato*

Mentre la responsabilità disciplinare si fonda sulla violazione dei doveri che il magistrato assume nei confronti dello Stato in virtù del rapporto di lavoro, la *responsabilità civile* (o professionale) è quella che egli assume nei riguardi delle parti per eventuali errori commessi nell'esercizio delle sue funzioni e trova fondamento nell'art. 28 Cost., secondo cui "i funzionari ed i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

La espressa previsione costituzionale della diretta responsabilità dei dipendenti dello stato per gli atti compiuti in violazione dei diritti ha consentito di superare quelle che erano state le obiezioni e le riserve al riconoscimento di una responsabilità civile dello stato e/o del magistrato per l'attività giurisdizionale, rappresentate dalla irresponsabilità dello stato per l'esercizio di funzione espressiva della sovranità e dalla presenza del giudicato che non consentiva di prendere nuovamente in considerazione fatti e rapporti ormai giudicati con sentenza definitiva.

La irresponsabilità dello stato per i danni dei suoi funzionari è entrato in crisi ai primi del XX secolo con il rapporto di immedesimazione organica che ha consentito di riferire direttamente allo stato le attività compiute dai

propri dipendenti, estendendo al primo la responsabilità per i danni prodotti dai secondi, come pure la differenziazione dei giudizi ha permesso il superamento del limite del giudicato.

In una pronuncia, di fondamentale significato per la materia *de qua*, la Corte costituzionale ha affermato che "l'art. 28 (...) ha ad oggetto l'attività, oltrechè degli uffici amministrativi, di quelli giudiziari", rilevando altresì 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, ma non tali da legittimare, per ipotesi, una negazione totale, che violerebbe apertamente quel principio o peccherebbe di irragionevolezza sia per sé, sia nel confronto con l'imputabilità dei pubblici impiegati" (sent. n. 2 del 1968).

Fino al 1988 la disciplina della responsabilità civile del giudice era regolata dalle disposizioni del codice di procedura civile, in base alle quali il giudice era responsabile, nell'esercizio delle sue funzioni, solo in caso di dolo, frode o concussione e la domanda della parte privata doveva essere autorizzata dal ministro della giustizia, mentre il giudice competente a decidere veniva individuato discrezionalmente dalla corte di cassazione (con palese violazione del principio di precostituzione del giudice per legge).

La disciplina codicistica (55, 56 e 74 cpc) fu abrogata a seguito di un referendum che si tenne nel 1987 e che nella sostanza può esser correttamente ritenuto un "referendum contro i giudici". L'esigenza di ampliare le forme di responsabilità civile infatti fu usata strumentalmente da alcune forze politiche (specie dal partito socialista) allo scopo di reagire contro certe inchieste portate avanti dalla magistratura e che avevano coinvolto pesantemente

te molti esponenti politici e di quel partito in particolare. L'Associazione nazionale magistrati sostenne in quella occasione che il vero intento del referendum "non è la modifica della situazione normativa, ma quello di intimidire una magistratura che comincia a dare fastidio a determinati centri di potere pubblico, economico e amministrativo".

E' questa forse la prima occasione in cui si pose con chiarezza lo scontro tra potere politico e potere giudiziario.¹¹

Il risultato del referendum fu nettamente a favore dell'abrogazione della legge¹² e rappresentò la prima volta, nella nostra esperienza costituzionale, di una legge abrogata attraverso referendum, in quanto nelle esperienze precedenti aveva sempre prevalso la posizione contraria all'abrogazione.

Allo scopo di consentire al parlamento di approvare la nuova legge regolatrice della responsabilità civile del giudice, il Presidente della repubblica decise di differire di centoventi giorni gli effetti abrogativi del referendum.

Il parlamento ha poi approvato la l. 117/88, applicabile a tutti gli appartenenti alle magistrature ordinaria, amministrativa, contabile, militare, nonché agli estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria. La legge

¹¹ Un ruolo importante nell'influenzare il giudizio degli elettori lo ebbe una specifica vicenda giudiziaria che coinvolse un personaggio assai noto in quanto conosciuto presentatore televisivo (Enzo Tortora), il quale fu arrestato nel 1983 con l'accusa di aver preso parte a un traffico di droga e posto agli arresti domiciliari. Tortora fu poi eletto nel 1984 al parlamento europeo, ma poi rinviato a giudizio per "associazione a delinquere di stampo camorristico e spaccio di cocaina". Il parlamento europeo concesse l'autorizzazione a procedere, su richiesta dello stesso parlamentare il quale fu condannato in primo grado a dieci anni di reclusione. In grado di appello Tortora fu assolto con formula piena e la sentenza fu confermata in cassazione.

¹² A favore del "sì" si esprime infatti l'80,2% dei votanti, i quali furono comunque pari al 61,5 % degli aventi diritto, per cui alcuni (tra i quali Norberto Bobbio) - nella considerazione che i contrari all'abrogazione avevano invitato gli elettori a non votare - ritennero che, sommando i "no" agli astenuti ed alle schede bianche, questa posizione poteva ritenersi maggioritaria.

prevede la risarcibilità di qualsiasi "danno ingiusto" derivante da un provvedimento giudiziario posto in essere "con dolo o colpa grave" ovvero per "diniego di giustizia", provvedendo a specificare analiticamente quali comportamenti costituiscono colpa grave¹³ o diniego di giustizia.¹⁴

L'azione di risarcimento, entro termini perentori, ha carattere sussidiario e può essere presentata solo dopo aver sperimentato tutti mezzi ordinari di impugnazione e deve essere rivolta contro lo Stato, nella persona del presidente del consiglio dei ministri. Il tribunale competente a giudicare decide preliminarmente, sentite le parti, l'ammissibilità della domanda, la quale può essere negata se non sono rispettati i termini o le ipotesi per le quali si può ricorrere o se manifestamente infondata.

Lo Stato può esercitare, entro termini perentori, azione di rivalsa nei confronti del magistrato cui viene addebitato il provvedimento e la misura della stessa non può essere superiore ad una somma pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta.

La legge fissa poi quella che viene comunemente indicata come la "clausola di salvaguardia", stabilendo che non

¹³ Integrano gli estremi della colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.

¹⁴ Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio quando, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto, la parte ha presentato istanza per ottenere il provvedimento e sono decorsi inutilmente, senza giustificato motivo, trenta giorni dalla data di deposito in cancelleria. Se il termine non è previsto, debbono in ogni caso decorrere inutilmente trenta giorni dalla data del deposito in cancelleria dell'istanza volta ad ottenere il provvedimento.

possono in alcun caso essere considerate fonti di responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove.

Il carattere personale della responsabilità ha poi posto il problema dei giudizi o provvedimenti espressi da un organo collegiale e dell'ipotesi che un magistrato sia rimasto in minoranza (quindi esente, se del caso, da responsabilità per quel provvedimento). Per questo è previsto che, a richiesta del componente dissidente, sia compilato un sommario verbale contenente "l'indicazione del dissidente, della questione o delle questioni alle quali si riferisce il dissenso e dei motivi dello stesso". Il verbale, sottoscritto dall'intero collegio, è conservato, a cura del presidente, in plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio. A seguito di un intervento della Corte costituzionale (sent. 18/1989) il processo verbale, ad evitare incidenza negativa sul buon andamento dell'amministrazione della giustizia, viene redatto solo nel caso in cui uno dei componenti il collegio lo richieda.

In pratica per varie ragioni, tra le quali principalmente l'interpretazione restrittiva della normativa da parte della cassazione, la legge ha avuto scarsissima applicazione.

III. 8. *Segue: la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE e le ricadute sulla disciplina contenuta nelle legge 117/1988*

In questi ultimi anni, anche a seguito della giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee (ora dell'Unione europea), si è molto discusso circa la necessità di una modifica dell'attuale disciplina regolante la responsabilità civile del giudice.

La Corte di giustizia con la sentenza *Francovich* del 1991 ha riconosciuto, in generale, il diritto del cittadino comu-

nitario alla tutela risarcitoria da parte dello Stato per violazione degli obblighi comunitari, specificando successivamente le condizioni per la sussistenza del diritto stesso e, per quanto ci interessa, che questo deve ritenersi valido qualunque sia l'organo statale responsabile della violazione (sent. *Brasserie du Pecheur* del 1996), purché a) la norma giuridica violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, b) la violazione sia sufficientemente caratterizzata e c) sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dai singoli.

Alcuni anni dopo la stessa Corte di Lussemburgo (sent. *Kobler* del 2003) ha ulteriormente puntualizzato che il diritto al risarcimento spetta anche quando la violazione derivi da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, anche se, data la particolarità e specificità dell'attività giurisdizionale, ha voluto precisare che la responsabilità per violazione del diritto comunitario "può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice ha violato in maniera manifesta il diritto vigente".

Allo scopo di valutare il carattere manifesto della violazione, il giudice deve tener conto dei seguenti elementi: chiarezza e precisione della norma violata, carattere intenzionale della violazione, scusabilità o inescusabilità dell'errore, posizione adottata da un'istituzione comunitaria, mancata osservanza dell'obbligo di pregiudiziale comunitaria o ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte di giustizia nella materia.

A seguito di tale giurisprudenza si è posto per il nostro paese il problema della compatibilità con essa della normativa sulla responsabilità del giudice contenuta nella l. 117/88 e specialmente della c.d. clausola di salvaguardia, che esclude la sussistenza della responsabilità del giudice allorché si tratti di attività di interpretazione del diritto.

I giudici italiani fornirono in proposito risposte diversificate, per alcuni la l. 117/1988 tutelando un valore fondamentale quale quello dell'indipendenza del giudice non è disapplicabile dal giudice comune, in quanto "controlimite", mentre altri, al contrario, hanno ritenuto la previsione della clausola di salvaguardia contraria al diritto comunitario e quindi da disapplicare. Altri ancora hanno invece scelto di investire nuovamente della questione la Corte di giustizia di Lussemburgo attraverso una richiesta pregiudiziale circa la conformità appunto della clausola di salvaguardia ai principi del diritto comunitario, quali desumibili dalla ricordata giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale è pertanto intervenuta nuovamente sul punto specifico.

La Corte (sent. *Traghetti del Mediterraneo* del 2006) in particolare ha affermato che non può escludersi che una violazione manifesta del diritto comunitario avvenga proprio nell'esercizio di attività interpretativa del giudice e che contrasta con il diritto comunitario una legislazione nazionale che escluda comunque la responsabilità dello Stato o che limiti la stessa al dolo o alla colpa grave per attività interpretativa del giudice, ove una tale limitazione possa condurre, di fatto, ad escludere la responsabilità dello stato in caso di violazione manifesta del diritto vigente.

In Italia si è, di conseguenza, aperto un ampio dibattito circa le ricadute di tale giurisprudenza sulla normativa nazionale, sembrando ad alcuni di doverne derivare un vero e proprio scardinamento dell'intero sistema, mentre per altri nulla sarebbe cambiato, dovendosi ricondurre la "violazione manifesta" alle condizioni del dolo o colpa grave.

Le valutazioni circa il suddetto intervento della Corte di giustizia e le conseguenze da trarne non hanno in sostanza condotto ad alcuna innovazione della normativa vigente,

per questo, trascorsi ormai cinque anni, la stessa Corte di giustizia, nell'ambito di un giudizio per infrazione, ha, in maniera quasi scontata, condannato l'Italia per essere venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli stati membri per violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, posto che, ai sensi dell'art. 2, 1° e 2° comma, l. 13 aprile 1988 n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati: a) esclude qualsiasi responsabilità dello stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e b) limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave (sent. 24 novembre 2011, n. 379/10, Commissione Ue c. Italia).

I due profili sopra indicati, per i quali l'Italia è stata condannata, non debbono essere posti sullo stesso piano, nel senso che la clausola di salvaguardia come disciplinata dalla l. 117/88 —escludendo in assoluto, con riguardo all'attività interpretativa del giudice, una responsabilità dello stato anche in caso di violazione manifesta del diritto comunitario— si pone irrimediabilmente contro i principi della Ue, mentre ciò non vale necessariamente per la previsione della condizione della colpa grave.

La Corte di giustizia ha infatti condannato l'Italia in quanto non ha potuto dimostrare, di fronte alle risultanze indicate dalla commissione, che l'interpretazione della nostra cassazione in ordine a tale condizione era tale da ricomprendervi anche la violazione manifesta.

Tale differenziazione può condurre, come dirò tra un momento, a trarre dalla decisione, allo stato della normativa, conseguenze diverse.

III. 9. *Segue: le ipotesi di riforma. I differenti piani coinvolti:*

a) *de iure condito e de iure condendo*; b) *diritto eurounitario e diritto nazionale*; c) *responsabilità dello stato (e diritto di rivalsa) e responsabilità del giudice*

Diversi sono i piani sui quali, conseguentemente, si è sviluppata la discussione, sia a livello politico —con il tentativo di una parte di strumentalizzare tale pronuncia per andare ben oltre quanto essa sembra richiedere ed introdurre misure limitative e riduttive dell'indipendenza del giudice— sia a livello dottrinario.

Per quanto tali piani siano tra di loro inevitabilmente interconnessi, può essere opportuno, per un migliore inquadramento dei relativi problemi, tenere gli stessi separati, distinguendo gli aspetti *de iure condito* da quelli *de iure condendo*, quelli relativi al piano del diritto dell'Ue rispetto a quelli concernenti il diritto nazionale, quelli relativi alla responsabilità dello stato rispetto a quelli relativi alla rivalsa o alla responsabilità del giudice ed infine quelli relativi al tipo di riforma da suggerire al nostro legislatore.

Iniziando quindi dal primo e valutando, *de iure condito*, le conseguenze delle decisioni della Corte di giustizia, occorre innanzitutto sottolineare come queste si rivolgono solo alla responsabilità dello stato (e non del giudice) e solo all'ipotesi di violazione del diritto comunitario.

In considerazione di ciò possiamo quindi ritenere che i giudici italiani, in un giudizio nel quale viene denunciata una violazione manifesta del diritto comunitario da parte di un giudice, dovranno disapplicare la disposizione che

esclude la responsabilità civile in caso di interpretazione di norme di diritto, in quanto contrastante con i principi dell'Ue, mentre un simile obbligo non si pone né con riguardo all'azione di rivalsa, né all'identico vizio ma riferito al diritto nazionale.

Qualora il giudice ritenga una simile conseguenza irragionevole, può soltanto richiedere l'intervento demolitorio della Corte costituzionale, sollevando una questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, 2° comma, l. 117/88, nella parte in cui prevede, per le violazioni manifeste del diritto interno, limiti più rigorosi alla responsabilità dello stato rispetto a quelli previsti per le stesse violazioni del diritto comunitario.

Con riguardo invece alla nozione di "colpa grave", i giudici nazionali sono chiamati a seguire una interpretazione comunitariamente conforme della stessa, tale da non escludere la manifesta violazione del diritto dal suo ambito di applicazione. Qualora il giudice ritenga ciò non consentito dalla lettera della legge, dovrà allora disapplicare la relativa disposizione.

Il problema che viene a porsi in proposito è pertanto quello di raffrontare la nozione di "colpa grave", alla sussistenza della quale la legge italiana subordina la responsabilità civile del giudice (e dello stato), a quella di "manifesta violazione del diritto vigente", indicata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Quest'ultima, come ricordato, pare, da un lato, aver ritenuto possibile una lettura della prima tale da ricomprendervi anche la seconda¹⁵ e dall'altro ha espressamente indicato i criteri in

¹⁵ Nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo* del 2006 infatti il contrasto con il diritto comunitario viene indicato in una forma condizionale, ossia a condizione che l'interpretazione della nozione di colpa grave conduca, in concreto, ad escludere la responsabilità dello stato in caso di violazione manifesta del diritto.

base ai quali valutare la natura manifesta della violazione, alcuni dei quali sembrano potersi ricondurre con facilità alla nozione di colpa grave. Così ad esempio senz'altro per il carattere intenzionale della violazione o della scusabilità o meno dell'errore, ma pure in larga misura per la chiarezza e precisione della norma violata.

Pare comunque indubbio che l'accoglimento di una interpretazione conforme nel senso anzidetto della nozione di colpa grave dovrebbe comportare l'abbandono della lettura della stessa nozione finora seguita dai giudici italiani e dalla corte di cassazione in particolare, facente riferimento a violazioni evidenti e macroscopiche, a scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore o a manipolazioni assolutamente arbitrarie. E' infatti proprio in considerazione di tale giurisprudenza che l'Italia è stata condannata dalla Corte di giustizia.

Tra i progetti di riforma della attuale disciplina presentati in questi ultimi mesi, mentre in alcuni casi si è presupposta una differenziazione delle due nozioni, aggiungendo a "dolo e colpa grave" la ulteriore condizione della "evidente violazione",¹⁶ in altri al contrario quest'ultima è stata indicata come una delle ipotesi integranti la colpa grave, facendo pertanto coincidere le due nozioni.¹⁷

¹⁶ La camera dei deputati, nel corso dell'esame del progetto di legge comunitaria 2011, ha approvato un emendamento (conosciuto, dal nome del suo proponente, come "emendamento Pini"), tendente ad introdurre in materia di responsabilità dei magistrati una nuova disposizione, volta ad incidere sull'art. 2 l. 117/88.

Nello stesso senso, sul punto, quanti hanno ritenuto che la nozione di "manifesta violazione" sia diversa e più ampia rispetto a quella di "colpa grave", trattandosi la prima di una situazione di natura oggettiva, mentre la seconda di carattere soggettivo.

¹⁷ Progetto di riforma presentato in questi giorni dal governo Monti prevede, tra l'altro, che costituisca colpa grave "la violazione manifesta delle legge e del diritto comunitario".

La maggior parte dei commentatori, come pure delle parti politiche, concordano nel ritenere necessario un intervento del legislatore che, in risposta alle richieste provenienti dalla Corte di giustizia e anche sulla base di queste, provveda ad un ripensamento e riordino generale della disciplina della responsabilità civile del giudice (e dello stato).

Al proposito un primo aspetto che si è posto e che ha trovato risposte diverse concerne l'oggetto della disciplina, se cioè lo stesso debba limitarsi alle violazioni manifeste del diritto comunitario oppure anche quelle concernenti il diritto nazionale.

E' fuori dubbio che, per ragioni di competenza, le surrichiamate decisioni della Corte di giustizia impongono allo stato italiano solo di disciplinare diversamente il regime delle violazioni del diritto comunitario e, partendo da questo, è stato proposto (Scoditti) di regolare la responsabilità dello stato (e solo dello stato) in una legge *ad hoc*, trattandosi di una ipotesi del tutto diversa da quella della responsabilità civile del giudice che dovrebbe continuare quindi ad essere regolata dalla legge 117/88.

In senso analogo si è espresso pure Ernesto Lupo, attuale primo presidente della corte di cassazione, il quale ha parlato di situazioni abissalmente distanti in quanto, mentre la violazione manifesta, attraverso una determinata interpretazione del diritto dell'UE, viene stabilita in maniera definitiva e inconfutabile dalla Corte di giustizia, quella relativa al diritto interno è affidata alla cassazione come giudice di ultimo grado, il cui giudizio però (sebbene formalmente definitivo) può essere portato davanti ad altro giudice nazionale per violazione manifesta. Per questo egli propone che l'ipotesi di violazione manifesta sia limitata al diritto comunitario, mentre a livello interno la responsa-

bilità resti collegata ad uno stato soggettivo del magistrato, vale a dire ad una sua negligenza inescusabile.

Da altri (Pace) è stato fatto rilevare, in maniera invero inappuntabile sotto l'aspetto teorico, come, al di là degli effetti vincolanti derivanti dalle sentenze della Corte di giustizia, sarebbe paradossale sostenere che una attività del tutto identica quale la violazione manifesta del diritto comunitario o del diritto interno da parte di un provvedimento giudiziario, avesse un regime diverso: risarcito dallo stato nel primo caso e privo invece di sanzione nel secondo. Questo significherebbe negare che abbia interesse, per il nostro stato, la piena efficacia delle norme nazionali che conferiscono diritti, in palese contrasto con il principio di ragionevolezza, sia con l'art. 54 Cost. (dovere di osservare le leggi), in quanto il nostro legislatore mostrerebbe di preoccuparsi maggiormente delle possibili violazioni del diritto comunitario rispetto alle analoghe violazioni del diritto interno.

Un secondo aspetto concerne invece il rapporto che deve porsi tra la responsabilità dello stato per danni ingiusti causati da un atto giurisdizionale e la responsabilità del giudice che ha pronunciato il relativo provvedimento.

La disciplina attuale, come già ricordato, regola le due ipotesi subordinando le due forme di responsabilità alla sussistenza delle stesse condizioni e presupposti (dolo, colpa grave, diniego di giustizia) e stabilendo le stesse esimenti (attività di interpretazione di norme di diritto e valutazione del fatto e delle prove). L'azione è esperibile direttamente solo nei confronti dello stato, il quale ha il diritto di rivalsa nei confronti del magistrato.

Attraverso una evidente strumentalizzazione delle sentenze della Corte di giustizia e cogliendo l'occasione per modificare in senso "punitivo" la disciplina della responsa-

bilità civile del giudice senza che questo fosse minimamente richiesto dalla necessità di conformarsi ai principi comunitari, alcuni progetti di legge, approvati dalla maggioranza politica di centrodestra, hanno previsto l'introduzione di una responsabilità diretta nei confronti del giudice, parallela a quella dello stato, giustificandola con l'avvenuta "burocratizzazione" dell'attività del giudice e con la natura "creativa" dell'attività giurisdizionale.

In tal senso il già ricordato emendamento Pini alla legge comunitaria prevede la possibilità del cittadino di agire "contro il soggetto riconosciuto colpevole per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale". Contro questa previsione si è espressa la dottrina assolutamente prevalente e, attraverso due distinti pareri (28 giugno 2011 e 14 marzo 2012), il Consiglio superiore della magistratura, il quale ha rilevato come tale innovazione espone il sistema al rischio di implosione,¹⁸ ponendo seriamente in pericolo la posizione di indipendenza e di imparzialità del giudicante.

Anche il ricordato disegno di legge di riforma costituzionale n. 4275 del 2011 stabiliva la responsabilità civile diretta dei magistrati per gli "atti compiuti in violazione di diritti" (*id est* per l'attività giurisdizionale *tout court*), sottolineando il parallelo con quanto previsto in generale per i

¹⁸ Il Csm ha sostenuto che "la facoltà di agire direttamente ed immediatamente nei confronti del magistrato può rendere il sistema giudiziario italiano davvero ingestibile a causa della concreta possibilità che si verifichi un intreccio paradossale fra l'esercizio della funzione giudiziaria e la difesa personale del giudice chiamato rispondere in prima persona per un'azione risarcitoria nei suoi confronti, con il rischio che le parti, attraverso l'esercizio immediato e diretto dell'azione nei confronti del magistrato, possano costringere il giudice non gradito all'astensione ovvero, possano, indirettamente, scegliersi il proprio giudice".

pubblici impiegati ("al pari degli *altri* funzionari e dipendenti dello Stato").

Il risultato che ne derivava era, da una lato, quello di una sorta di discriminazione a rovescio, dal momento che non per tutti i pubblici dipendenti è vero che sussiste la responsabilità diretta del funzionario, esclusa infatti quando ciò venga suggerito dalla delicatezza della funzione svolta che potrebbe essere negativamente influenzata dalla previsione di una responsabilità civile diretta, ma soprattutto l'aspetto che mi sembra decisamente più grave era quello della parificazione dell'attività giurisdizionale a quella amministrativa e dei magistrati ai "funzionari e dipendenti dello Stato".¹⁹

La suddetta riforma costituzionale sembrava quindi liquidare senza mezzi termini tutta la precedente e successiva elaborazione della dottrina, nonché della normativa e della giurisprudenza che hanno valorizzato e sottolineato l'assoluta specificità della funzione giurisdizionale.

L'ipotesi di una responsabilità solo indiretta nei confronti dei magistrati è stata ritenuta preferibile da parte della maggioranza della dottrina, la quale si è espressa pertanto a favore di un sistema quale quello attuale, con la necessità di un'azione di rivalsa dello stato verso il magistrato.

A quest'ultimo proposito si sono nuovamente distinte due diverse posizioni, la prima favorevole a confermare anche in questo la disciplina attuale nel senso di subordinare alle stesse condizioni l'esercizio dell'azione nei confronti dello stato e quella di rivalsa, mentre una seconda tendente a separare i due piani, diversificando le condizio-

ni e rendendo più ampia la possibilità di ricorso nei confronti dello stato (in caso di manifesta violazione o colpa) e più ristretta quella nei riguardi del giudice (solo dolo o colpa grave).

III. 10. *Segue: verso una nuova disciplina della responsabilità del giudice e dello stato per l'attività giurisdizionale*

In conclusione, per quanto concerne una futura disciplina della responsabilità civile dello stato (e del giudice) per l'attività giurisdizionale —una volta esaminati gli aspetti relativi all'oggetto (diritto comunitario e diritto interno) ed alla natura diretta o indiretta della azione di responsabilità— l'attenzione deve essere posta alle due condizioni previste dalla legge italiana le quali hanno formato oggetto delle pronunce della Corte di giustizia: la sussistenza della "colpa grave" e l'esimente della clausola di salvaguardia per le attività interpretative.

Con riguardo alla prima, una soluzione potrebbe essere, come detto, di mantenerla solo per l'azione di regresso, eliminandola per quella nei riguardi dello stato, realizzando così un doppio binario oppure procedere ad una sorta di interpretazione autentica della legge 117/88 e della nozione di "colpa grave" in particolare, inserendo tra i casi di colpa grave anche la "violazione manifesta del diritto vigente".

Entrambe le soluzioni parrebbero rispettose delle decisioni della Corte di giustizia, sia della indipendenza del giudice, anche alla luce di quanto recentemente affermato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, secondo cui "l'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare respon-

¹⁹ Un volume curato da Giuseppe Maranini agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso aveva un titolo in proposito molto espressivo ("*Magistrati o funzionari?*") e tendeva ad evidenziare nel contenuto le specificità e le particolarità connesse alla delicata funzione giurisdizionale, legata alla interpretazione, necessariamente "creativa", delle disposizioni normative.

sabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave".²⁰

Per quanto concerne invece la clausola di salvaguardia, essa si fonda, come esattamente rilevato da Alessandro Pace, sul falso mito della natura meccanica dell'attività giurisdizionale, come tale meramente dichiarativa della volontà del legislatore e pertanto non possibile fonte di responsabilità.

Il mito del giudice "bocca della legge" può ritenersi ormai da tempo tramontato e comunemente accettata l'ovvia natura creativa della giurisprudenza, anche se questo non significa affatto che il giudice si ponga, quanto a creazione del diritto, sullo stesso piano del legislatore, soprattutto, come dirò tra poco, quanto a modalità di intervento, legittimazione e limiti.

Sotto quest'ultimo aspetto in particolare il giudice, nella sua attività "creativa", incontra limiti insuperabili nel testo normativo, cui deve necessariamente rifarsi e nel rispetto della c.d. "processualità" dell'agire del giudice, tale da porre un intervallo visibile tra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto.

Intendo riferirmi al principio della domanda, per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, all'obbligo comunque di decidere, nonché a quello, fondamentale, di motivazione delle proprie decisioni.

In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio di legalità costituzionale e di soggezione del giudice solo alla legge (*rectius* al diritto).

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene poi certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità. Come scrive Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale.

La preclusione totale a qualsiasi forma di responsabilità civile per l'attività di interpretazione delle norme di diritto, può certamente correre il rischio di escludere sempre o quasi sempre la sussistenza della stessa, dal momento che qualsiasi attività giurisdizionale può comunque essere ricondotta ad un'opera interpretativa del magistrato, per questo la proposta, da molti avanzata, di sopprimere la clausola di salvaguardia.

Contro tale proposta, applicata alle violazioni del diritto interno, è stato osservato come essa porrebbe seriamente a rischio i principi di autonomia e indipendenza della magistratura e la diffusività dell'esercizio della giurisdizione e condurrebbe ad un vero e proprio ribaltamento dell'attuale assetto ordinamentale e processuale della giustizia. Quest'ultima affermazione fa esplicitamente riferimento al fatto che l'eliminazione della clausola di salvaguardia consentirebbe la possibilità che l'interpretazione del diritto interno fornita dalla cassazione venga impugnata davanti ad un giudice di primo grado e poi in appello,

²⁰ Raccomandazione CM/Rec adottata il 17 novembre 2010, 67, dove è pure sostenuto che "soltanto lo stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi ad un tribunale".

realizzando in pratica un nuovo grado di giudizio ed un ulteriore allungamento dei tempi della giustizia.²¹

Anche in considerazione di tale rilievo credo che una soluzione, valida sia per le violazioni del diritto comunitario che per quelle del diritto interno, potrebbe essere quella non di abolire la clausola di salvaguardia, ma di modificarne la formulazione.

La presenza, come appena detto, di precisi limiti all'attività interpretativa-creativa del giudice, consente di distinguere tra una "creazione" rispettosa di quei limiti ed una "creazione" che invece non è tale e comporta quindi una esorbitanza dai limiti costituzionalmente stabiliti per tale attività.

Come esempio potrebbe essere utilizzata la versione "aggiornata" della clausola di salvaguardia, utilizzata dal legislatore del 2006 nel regolare la responsabilità disciplinare del giudice.

Il d. lgs. 23 febbraio 2006 n. 109 (art. 2, 2° comma) stabilisce infatti che "l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare", ma esclude dall'ambito di applicazione della clausola di salvaguardia, tra l'altro, le ipotesi di "grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza", "travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile", "emissione di provvedimenti privi di motivazione", "adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza".

Una ipotesi potrebbe pertanto essere quella di mantenere la clausola di salvaguardia per le attività legittimamen-

²¹ A questo viene obiettato da Pace che comunque i due giudizi hanno un diverso oggetto e che i magistrati si distinguono tra loro solo per diversità di funzioni (art. 107, 4° comma, Cost.).

te rientranti tra i poteri interpretativi spettanti all'autorità giudiziaria ed escluderla per quelle chiaramente esorbitanti dagli stessi. Il caso di "manifesta violazione del diritto vigente", nel significato attribuito a tale espressione dalla giurisprudenza comunitaria, potrebbe essere una ragione di esclusione della clausola di salvaguardia, attraverso una formulazione dell'art. 2, 2° comma, l. 117/88 sulla falsariga dell'art. 2, 2° comma, d. lgs. 109/06 sopra citato.

III. 11. *La responsabilità contabile e la responsabilità penale.*

La riparazione degli errori giudiziari ed il risarcimento dei danni subiti per irragionevole durata del processo.

Sempre in tema di responsabilità si è posto pure il problema relativamente alla configurabilità, per i magistrati, di una *responsabilità contabile* derivante da danni all'erario derivati nell'esercizio delle proprie attività.

L'assenza di una normativa specifica in proposito ha fatto dubitare ad alcuni della applicabilità della normativa generale per supposta violazione del principio di indipendenza della magistratura oppure ha fatto dire ad altri che, proprio in ragione del loro carattere generale, valgono anche per i magistrati le regole applicabili ai dipendenti dello stato.

La giurisprudenza della Corte dei conti tende ad escludere la sussistenza della propria giurisdizione allorché si tratti di supposti danni causati nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, ritenendola invece sussistere quando il magistrato è investito di funzioni amministrative e secondo le regole normali. I casi più frequenti sono legati alla responsabilità per le spese di custodia dei beni sequestrati, nei casi di colpevole ritardo nella pronuncia dell'ordine di dissequestro.

L'art. 5 della c.d. legge Pinto prevede che il decreto di accoglimento della domanda è comunicato a cura della cancelleria, oltre che alle parti, al procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonchè ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento, mentre l'art. 172 dpr 115/02 stabilisce che "i magistrati e funzionari amministrativi sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa".

Di recente ci si è chiesti (Ristuccia) come sia possibile, se la funzione di garanzia contabile della Corte dei conti trova fondamento nella Costituzione, escluderla per le funzioni giurisdizionali dei magistrati in assenza di una norma che stabilisca tale sottrazione e, se le garanzie di indipendenza-imparzialità del giudice non comportano la esclusione di responsabilità, dove stiano le ragioni per escludere questo tipo di responsabilità, a carattere generale, che attiene al corretto uso delle risorse pubbliche disponibili per l'esercizio delle proprie funzioni.²²

²² Nell'ambito di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, la Corte costituzionale è stata chiamata a stabilire se spettasse alla Procura della Corte dei conti citare in giudizio di responsabilità contabile, e alla Corte dei conti giudicare, un giudice (nella specie: un giudice istruttore penale) per il preteso danno causato all'erario in conseguenza della liquidazione di compensi, che si assumono essere stati illegittimamente disposti a favore di periti nominati nel corso di procedimenti penali.

In quella occasione la Corte ha sostenuto "la conciliabilità in linea di principio dell'indipendenza della funzione giudiziaria con la responsabilità nel suo esercizio, non solo con quella civile, oltre che penale, ma anche amministrativa, nelle sue diverse forme" ed ha espresso "la convinzione che le richiamate disposizioni dettate dalla Costituzione a garanzia dell'indipendenza e dell'insindacabilità della funzione giurisdizionale non si oppongono di per sé alla possibilità che la legge preveda casi e forme di responsabilità per atti giudiziari del tipo qui in questione" per cui "non è possibile ricavare un confine

Per quanto concerne infine la *responsabilità penale* dei magistrati, essi rispondono, al pari di qualsiasi altro cittadino, per i reati comuni commessi, ed inoltre pure dei delitti, previsti dalle leggi penali, dei pubblici ufficiali contro la p.a.

Non attiene alla responsabilità del giudice, in quanto non tiene come presupposto il compimento di un illecito da parte del magistrato, la previsione costituzionale, e la relativa attuazione, relativa alla *riparazione degli errori giudiziari*. Il diritto ad un'equa riparazione è commisurato alla durata della carcerazione o internamento per misura di sicurezza ed alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna, purchè la condanna ingiusta non sia a lui in tutto o in parte imputabile per dolo o colpa.

La l. 117/1988 prevede espressamente che le disposizioni della legge sulla responsabilità civile del giudice "non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione" (art. 14).

Alcuni (Silvestri) hanno proposto di ampliare la via della "riparazione degli errori giudiziari", anziché le ipotesi di responsabilità civile del giudice, nella considerazione che un magistrato troppo preoccupato delle conseguenze personali della sua decisione non può essere un giudice indipendente.

Lo stesso può dirsi per la legge che ha previsto il diritto ad risarcimento dei danni subiti in caso di accertata *durata non ragionevole del giudizio* (l. 24 settembre 2001 n. 89, c.d. legge Pinto).

definito dalla Costituzione, che giustifichi la drastica affermazione che alla Corte dei conti è sempre preclusa — si ribadisce: preclusa per ragioni di costituzionalità — la giurisdizione sulla responsabilità dei magistrati per danno erariale" (sent. 385/1996).

IV. IL PRINCIPIO "DOVE È IL POTERE DEVE ESSERVI RESPONSABILITÀ": CONSEGUENZE E LIMITI DELLA SUA APPLICAZIONE ALL'ATTIVITÀ GIURISDIZIONALE.
LA MAGISTRATURA COME "POTERE" DELLO STATO E LA LEGITTIMAZIONE DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE RISPETTO A QUELLA DEL DIRITTO POLITICO

A proposito della responsabilità del giudice e per giustificare una determinata disciplina, nelle discussioni degli ultimi anni è sempre più frequente il riferimento alla quantità di "potere" riconosciuto alla magistratura o comunque da questa effettivamente esercitato, per dedurne il principio secondo cui, in un ordinamento democratico, "dove è il potere, deve esservi responsabilità".

La conseguenza che se ne trae è quella di ricondurre la legittimazione del giudice nell'ambito del c.d. circuito democratico e di invocare forme di responsabilità maggiori e più ampie a fronte di una presenza, quale quella che ho cercato di indicare nel secondo paragrafo, sempre maggiore e più incisiva del giudice nella "creazione" del diritto in via giurisprudenziale. L'argomento richiama quello più ampio e assai dibattuto relativo alla qualificazione della magistratura come "potere" o invece come "ordine", stante l'utilizzo direttamente e indirettamente (attraverso il termine "altro") di entrambi i termini da parte dell'art. 104, 1° comma, della Costituzione.

La questione relativa appare connessa e dipendente dalla nozione di "potere" cui si intende far riferimento, non potendosi comunque negare che tale sia la magistratura (*rectius* il singolo magistrato nell'esercizio di funzioni giurisdizionali) qualora la si riferisca, secondo quanto può ricavarsi dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, al soggetto titolare di una competenza costituzionalmen-

te garantita. E' sulla base di una simile conclusione che, come ho detto, la Corte costituzionale ha definito la magistratura un "potere diffuso", riconoscendo quindi al singolo giudice, ed anche agli organi del pubblico ministero, la legittimazione ad essere parti, in senso attivo o passivo, di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Diversa conclusione deve a mio avviso essere seguita allorché la nozione di potere venga intesa nel senso di un blocco unitario e monolitico di autorità che si esprime con un'unica voce e che si contrappone agli altri poteri (legislativo ed esecutivo).

La magistratura infatti appare unitaria solamente in ragione del particolare *status* che accomuna tutti i suoi componenti e in considerazione della particolarità e delicatezza della funzione che gli stessi sono chiamati ad esercitare.

Per questo è senz'altro da escludere che in tal senso la magistratura possa essere vista come un potere o addirittura come un contropotere, che opera quale contrappeso al governo o al parlamento, svolgendo essa al contrario una funzione di garanzia dello stato costituzionale nel suo complesso e non potendo quindi essere qualificata come una parte che si contrappone ad altre.

In ragione proprio di tale funzione risulta evidente come appaia fuorviante e inappropriata l'affermazione di quanti rivendicano un più penetrante controllo della politica sulla magistratura in ragione del fatto che quest'ultima esercita il controllo anche sull'attività dei politici.

Circa il rapporto tra l'attività giurisdizionale e la nozione di democrazia, in un recente saggio di Alfonso Di Giovine è stato bene sottolineato come democrazia non significhi solamente che le scelte politiche debbono essere riservate ai soggetti rappresentativi, ma pure che le decisioni attinenti in particolare ai diritti fondamentali debbono essere

sottratte alla maggioranza e sottoposte al controllo di organi imparziali.

Il controllo dei "limiti del potere" non può pertanto ritenersi contro la democrazia, ma contro il dispotismo elettivo e la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante della democrazia.

La funzione legislativa e quella giurisdizionale trovano entrambe fondamento nella Costituzione, specificamente la prima nel principio maggioritario-rappresentativo e la seconda in quello di legalità.

Il consenso popolare non può quindi ritenersi la fonte di legittimazione dell'attività giurisdizionale, in quanto se è vero che i giudici amministrano la giustizia "in nome del popolo italiano", è altrettanto vero che quel principio deve essere letto insieme e coordinato con l'altro, per cui "il giudice è soggetto solo alla legge", quest'ultima come espressione della sovranità popolare, il che è ben diverso da una subordinazione alla volontà popolare o al consenso dell'opinione pubblica.

Diverse sono infatti le fonti di legittimazione dell'attività giurisdizionale rispetto a quella politica e differenti le modalità di produzione e l'efficacia del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico.

La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge e dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate.

La legittimazione del giudice deriva pertanto dalla fiducia che i cittadini hanno nelle loro decisioni, in quanto la soluzione alle controversie da parte dell'autorità giudiziaria si impone ai destinatari non come espressione di una "verità", né come scelta che fa riferimento ad un determinato indirizzo politico, ma solo in quanto proviene da un soggetto che è ritenuto tecnicamente e professionalmente preparato e che opera, in condizione di indipendenza e di imparzialità, secondo e nel pieno rispetto di regole processuali ed è, entro certi limiti, responsabile del suo operato.²³

Il fondamento della legittimità dell'attività giurisdizionale anche sulla fiducia che i destinatari della stessa deve nutrire nei confronti della magistratura sta ad indicare che a questo fine soprattutto debbono essere previsti e mirati sia i controlli, sia le forme di responsabilità, i quali si pongono tra di loro in stretta connessione, nella misura in cui un ben articolato e funzionale sistema di controlli sulla professionalità del magistrato debbono servire proprio ad evitare che si aprano procedimenti per responsabilità nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

NOTA BIBLIOGRAFICA

- A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Einaudi, Torino, 1982
- G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997
- F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Giuffrè, Milano, 2006

²³ Per questo può risultare devastante per il ruolo e la funzione del giudice l'intervento, ripetuto, di forze politiche e di esponenti, anche autorevoli, delle stesse e che ricoprono cariche importanti nelle istituzioni con cui si parla della magistratura come di un soggetto di parte ("comunisti") che opera per fini politici, volti a destabilizzare i soggetti democraticamente eletti e quindi come un "cancro da estirpare" o addirittura una "associazione a delinquere", meritevole di una commissione d'inchiesta parlamentare.

- S. BARTOLE, *Il potere giudiziario*, Mulino, Bologna, 2008
- A. APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 2009
- G. CAMPANELLI (cur.), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Giappichelli, Torino, 2009
- D. CAVALLINI, B. Giangiacomo, *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare*, Giuffrè, Milano, 2009
- M. VOLPI (cur.), *La responsabilità dei magistrati*, Jovene, Napoli, 2009
- S. BARTOLE, A. Pace, R. Romboli (cur.), *Problemi attuali della giustizia in Italia*, Jovene, Napoli, 2010
- S. PANIZZA, *La responsabilità disciplinare dei componenti delle commissioni tributarie*, Plus, Pisa, 2010
- N. ZANON, F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Zanichelli, Bologna, 2011
- M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 3 del 3 luglio 2012
- R. ROMBOLI, *Garanzie, controlli costituzionali e conflitti nell'esercizio della giurisdizione*, in *Decisioni conflitti controlli. Procedure costituzionali e sistema politico*, Jovene, Napoli, 2012, 315-356.