

2015

AUTONOMIA E INDIPENDENZA

LINEA GIUSTIZIA

LA NUOVA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITA' CIVILE DEI MAGISTRATI

L'analisi di una scelta sbagliata

Commento alla legge 27 febbraio 2015, n. 18, fra profili di illegittimità costituzionale, contesto europeo, e azione disciplinare



Aldo Aceto, Stefano Amore, Mario Fiore,
Giuseppe Marra, Paola Mastroberardino

LINEA GIUSTIZIA A&I



LA NUOVA DISCIPLINA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI – L'analisi di una scelta sbagliata

SOMMARIO : 1. L'ANALISI DELLA NUOVA DISCIPLINA ; 2. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI IN ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI; 3. LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA U.E.; 4. PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DELLA NUOVA DISCIPLINA; 5.IL PROBLEMATICO CONCETTO DI TRAVISAMENTO DEL FATTO E DELLA PROVA NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ; 6. I RAPPORTI TRA RESPONSABILITÀ CIVILE E RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI.

1. L'ANALISI DELLA NUOVA DISCIPLINA

Come è noto è stata approvata con una larga maggioranza parlamentare la legge 27 febbraio 2015, n. 18, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n.52 del 4 marzo 2015, che introduce la nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati modificando in gran parte la c.d. legge Vassalli (L. n.117/1988).

E' stata confermata l'opzione della responsabilità indiretta dei magistrati, conformemente a quanto previsto in tutti quei Paesi che hanno una normativa sulla responsabilità civile dei magistrati, ma le modifiche apportate dalla L. 18/2015 hanno inciso in modo assai significativo e negativo sulla disciplina prevista dall'originaria legge c.d. Vassalli.

In particolare si segnala che **è stato eliminato completamente il filtro di ammissibilità della domanda** (con l'abrogazione dell'art. 5), per cui tutte le azioni di risarcimento intentate in prima battuta contro lo Stato, anche quelle manifestamente inammissibili (ad esempio perché promosse fuori dai termini indicati dalla legge) daranno vita ad un processo che non potrà essere definito in una sola udienza.

Ne consegue che l'instaurazione e la pendenza di una ordinaria causa civile legittimerà il ricorrente a chiedere nel procedimento in cui vi sarebbe stato l'atto giudiziario o la condotta lesiva in suo danno, **la ricusazione del magistrato contro cui egli ha agito in giudizio** per il risarcimento. Al contempo il magistrato interessato potrebbe chiedere a sua volta **di astenersi**, ricorrendo in tutta evidenza gravi ragioni di convenienza.

Queste circostanze si verificheranno certamente tutte le volte in cui il magistrato decidesse di costituirsi da subito in giudizio (quindi già nel fase del processo intentato contro lo Stato), dato che in quei casi egli diventerà formalmente parte in causa ; in ogni caso la dichiarazione di ricusazione del giudice, comporterà l'instaurazione del sub procedimento ad essa conseguente, con l'inevitabile rallentamento dell'attività processuale.

Va evidenziato che il rischio di **azioni strumentali volte a far sostituire nel giudizio in corso il magistrato** che se ne sta occupando, con il meccanismo della ricusazione/astensione di cui sopra, non è per nulla scongiurato dai limiti temporali contenuti nell'art. 4, commi 2, 3 e 4 .

Infatti il principio generale stabilito dal comma 2, in cui è previsto che l'azione contro lo Stato può essere esercitata solo quando "...siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione o gli altri rimedi previsti avverso i provvedimenti cautelari e sommari, e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento, ovvero se tali rimedi non sono previsti, quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno ", trova una possibile deroga nel successivo comma 4, in cui è previsto espressamente che : " **L'azione può essere esercitata decorsi tre anni dalla data del fatto che ha cagionato il danno, se in tale termine non si è concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si è verificato** ". Ad esempio se il presunto danno deriva da un provvedimento cautelare o reale, che di regola può essere modificato o revocato in ogni stato e grado del processo, ciò nonostante si potrà agire contro il magistrato che lo ha emesso, se alla scadenza dei tre anni dall'emissione del provvedimento cautelare (oppure del rigetto della richiesta di revoca dello stesso) non si è però concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto stesso si è verificato. Tali ipotesi non appare per nulla improbabile, tenuto conto dei tempi necessari a celebrare processi complessi con tanti parti o tanti imputati.

In questi casi la mancanza del filtro di ammissibilità rende più concreto il rischio di interferenze con lo svolgimento dell'attività giudiziaria, senza tener conto del pregiudizio per la serenità del magistrato che sa di essere stato citato in giudizio nel corso di un procedimento ancora in corso.

Oltre all'eliminazione del filtro di ammissibilità la nuova legge ha certamente ampliato l'ambito di applicazione della disciplina della responsabilità civile dei magistrati.

Infatti il novellato art. 2, comma 3, che individua i casi di colpa grave, accanto alle ipotesi già presenti dell'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del processo o della negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del processo, introduce la nuova ipotesi del " **travisamento del fatto o delle prove** ", di cui è oscura l'effettiva portata se si accede alla tesi, quella che appare più lineare dal punto di vista interpretativo, che tale ultima ipotesi è distinta ed autonoma rispetto a quelle già presenti.

Il legislatore ha poi sostituito all'ipotesi della colpa grave connessa alla "...grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile ", quella della " **violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea** ", in cui, vi è un richiamo espresso, a nostro avviso superfluo, alla normativa europea, che ben poteva rientrare nel concetto generale della violazione della legge.

Si evidenzia che nei presupposti dell'azione nei confronti dello Stato, **con riguardo alle condotte che costituiscono colpa grave è stato eliminato il riferimento alla negligenza inescusabile del magistrato**, invece previsto espressamente dal testo precedente dell'art. 2, comma 3, che quindi limitava l'ipotesi di responsabilità ai casi più macroscopici, quelli appunto in cui la negligenza inescusabile connotava la colpa grave del magistrato.

La negligenza inescusabile o il dolo rimangono tuttavia presupposti, in astratto necessari, per esercitare l'azione di rivalsa da parte dello Stato, ma tale circostanza potrà evidentemente essere accertata solo entrando nel merito della domanda di rivalsa, quindi svolgendo un processo nel quale il magistrato sarà certamente convenuto da parte dello Stato e avrà l'onere di difendersi. E' facile prevedere quindi che la Presidenza del Consiglio eserciterà sempre l'azione di rivalsa, salvo poi verificare nel processo se la colpa grave del magistrato era connotata anche da negligenza inescusabile (es. applicazione di una norma non più in vigore da molto tempo).

Con riguardo poi all'ipotesi di emissione di un provvedimento cautelare emesso fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione, la nuova legge **estende l'ambito di applicazione anche ai provvedimenti cautelari reali in aggiunta a quelli personali**. Nei presupposti dell'azione di rivalsa tale ipotesi di colpa grave non è espressamente richiamata, per cui rimane il dubbio se si deve escludere per lo Stato la possibilità di agire in rivalsa in questi casi, oppure se essa rientra nell'ipotesi più generale della violazione manifesta del diritto.

L'ampliamento della portata applicativa della nuova disciplina si riscontra anche con riguardo **alla limitazione della clausola di salvaguardia**, che originariamente prevedeva che : “ *Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove.* “. La nuova disciplina invece esclude che la suddetta clausola di salvaguardia si applichi ai casi di dolo o di colpa grave indicati dai commi 3 e 3 bis dell'art. 2, ossia a quasi tutti i casi di colpa grave, compreso quello del travisamento del fatto o delle prove.

Si tratta di una previsione che, in moltissimi casi, di fatto apre le porte ad un sindaco di merito sull'attività giudiziaria, senza che ne venga neppure esclusa l'attività di interpretazione delle norme e la valutazione delle prove, che costituiscono il nucleo centrale del libero convincimento del giudice ed in generale dell'attività giudiziaria.

Ulteriori aspetti di modifica peggiorativa per i magistrati dell'originaria disciplina si riscontrano anche :

1. nella previsione della risarcibilità del **danno non patrimoniale a tutte le ipotesi di danno ingiusto**, mentre in precedenza esso riguardava solo i casi di danni derivanti dalla privazione della libertà personale;
2. nella previsione di un **termine di decadenza della domanda di risarcimento di tre anni** dal momento in cui l'azione è esperibile, mentre prima il termine era di due anni;
3. nella previsione espressa **dell'obbligo dello Stato di agire in rivalsa** (il testo precedente si limitava a dire “ *Lo Stato ..esercita l'azione di rivalsa*”, che lasciava margine di dubbio sull'obbligo di agire), procedendo entro due anni dal risarcimento avvenuto, mentre in precedenza il termine era di un solo anno.

4. nella previsione della **misura della rivalsa fino ad una somma pari alla metà di una annualità dello stipendio**, con una trattenuta che può arrivare fino ad un terzo dello stipendio, mentre prima la rivalsa era pari ad un terzo dello stipendio con una trattenuta di massimo un quinto dello stesso.

Con riferimento infine al promovimento **dell'azione disciplinare** da parte del Procuratore Generale della Cassazione per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, la norma sembra ribadire l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, ovviamente nei soli casi in cui ricorra la violazione di una fattispecie disciplinare, mentre si può ritenere che non vi sia alcun automatismo tra la conoscenza della Procura Generale (ad esempio a seguito di comunicazione da parte dello stesso ricorrente) del promovimento dell'azione di risarcimento e l'inizio del parallelo procedimento disciplinare, malgrado la norma sul punto nulla esplicita.

In conclusione questo breve sunto delle principali novità introdotte dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18, lascia emergere un preoccupante ampliamento dell'ambito applicativo della disciplina della responsabilità civile dei magistrati, che a nostro avviso costituisce un serio vulnus all'indipendenza di giudizio, sotto il profilo della tutela contro azioni pretestuose, che deve essere assicurata all'attività giudiziaria, con profili di contrasto ai principi costituzionali che la regolano .

2. LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI IN ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI

Riportiamo in apertura un breve ma chiarissimo sunto redatto dalla studiosa Tullia PENNA, pubblicato nel marzo 2015 su RIVISTA DI AFFARI EUROPEI - *Europae*

*“ In **Portogallo, Francia e Belgio** vige un sistema di responsabilità indiretta, nel quale la rivalsa dello Stato sul singolo giudice è meramente facoltativa in Francia e vincolata alle ipotesi dolose in Belgio e Portogallo.*

*Diversamente, **nei Paesi Bassi e in Germania** la rivalsa non è nemmeno prevista. Ancora, in Spagna, tale rivalsa dipende da un'ulteriore sentenza che accerti la dolo o la colposità grave della condotta del magistrato. Tali impostazioni sono state giustificate anche grazie alla loro conformità con la Carta Europea sullo Statuto dei Giudici, approvata in seno al **Consiglio d'Europa** nel 1998. Un atto che, pur nella sua estraneità al diritto comunitario, ha contribuito vigorosamente allo sviluppo della disciplina della responsabilità dei magistrati europei. Un orientamento confermato anche nella successiva raccomandazione adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (n. 12/2010) nella quale è stato affermato come “soltanto lo Stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l'accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un'azione innanzi a un tribunale”.*

Altri casi: Inghilterra e Irlanda

Ben più estrema, invece, l'impostazione dei Paesi di common law: in Inghilterra, Irlanda e a Cipro vige il principio della judicial immunity (immunità tanto generale, quanto in particolare da ogni forma di civil liability). In tali sistemi i magistrati sono esenti da responsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni al fine di assicurarne indipendenza e imparzialità. Una forma di responsabilità patrimoniale è prevista esclusivamente in casi di massima gravità, mentre il regime disciplinare risulta tendenzialmente allentato, a differenza di quanto avviene per i colleghi statunitensi, sottoposti a severe valutazioni.

L'antica ipotesi dell'impeachment dei giudici risulta ormai sostituita dall'address, cioè dalla procedura di rimozione dall'ufficio dei magistrati delle corti superiori, a seguito di istanza presentata da entrambi i rami del Parlamento all'attenzione della Corona, nei casi di difetto di giurisdizione, incapacità, negligenza e diniego di giustizia.

Appare perciò evidente come la disciplina della responsabilità dei magistrati in Europa sia tutto fuorché organica e omogenea, ispirandosi a differenti orientamenti, spesso non convergenti nemmeno a livello di principi di massima."

In maggior dettaglio evidenziamo poi la disciplina della responsabilità civile dei magistrati nei Paesi più importanti d'Europa, che risulta così regolata : (dati raccolti da un elaborato dei Servizi parlamentari della Camera dei Deputati).

FRANCIA

In Francia la peculiarità della funzione giurisdizionale ha da sempre imposto una particolare cautela nella previsione della responsabilità di coloro che la esercitano. Progressivamente i magistrati dell'ordine giudiziario sono stati percepiti come professionisti tenuti alla buona realizzazione dei loro compiti nell'esercizio dei loro poteri giurisdizionali e, pertanto, non esenti dall'applicazione di un principio generale di responsabilità civile, temperato tuttavia dalla necessità di preservarli dal moltiplicarsi di azioni legali di risarcimento da parte di ricorrenti semplicemente insoddisfatti del contenuto delle decisioni giudiziarie prese nei loro confronti.

Per tali ragioni è lo Stato a rispondere, in via prioritaria, degli eventuali danni (e interessi) determinati dall'amministrazione della giustizia nei confronti di coloro che sono ad essa sottoposti.

Sono previsti i seguenti tre regimi di responsabilità civile dei magistrati (Code de l'organisation judiciaire, artt. L 141-1 e ss.):

- il primo riguarda la responsabilità per funzionamento difettoso del servizio giudiziario (*fonctionnement défectueux du service de la justice*), il cui campo di applicazione risulta peraltro limitato alle due ipotesi della colpa grave (*faute lourde*) e del diniego di giustizia (*déni de justice*) (art. L 141-1);

- il secondo concerne la responsabilità per colpa personale (*faute personnelle*) dei magistrati ordinari (i magistrati del Corpo giudiziario) ed è soggetto alla disciplina contenuta nello *statut de la magistrature* (art. L 141-2);
- il terzo è relativo alla responsabilità per colpa personale degli altri giudici (ad es., i giudici amministrativi o quelli appartenenti a giurisdizioni speciali) ed è appositamente regolato da leggi speciali o, in loro assenza, segue il procedimento della cosiddetta “*prise à partie*” (art. L141-3).

In tutti e tre i casi la responsabilità civile viene fatta valere contro lo Stato e non è ammessa l'azione diretta contro i magistrati: è lo Stato, pertanto, a garantire le vittime anche dei danni causati dalle colpe personali dei magistrati, fatta salva la facoltà dello Stato di rivalersi su questi ultimi.

Per ciò che riguarda, in particolare, il primo regime, il funzionamento difettoso della giustizia si riferisce all'insieme di attività in cui si esplica il servizio della giustizia: sentenze, provvedimenti e atti giurisdizionali, ma anche tutti gli atti giuridici o materiali connessi all'esercizio del servizio, nonché gli atti delle autorità amministrative che collaborano al servizio della giustizia.

La responsabilità diretta dello Stato nei confronti delle vittime deriva dalla nozione di colpa del servizio (*faute de service*) riconosciuta a carico dello Stato, indipendentemente dall'accertamento di una responsabilità personale dell'autore materiale del danno. Tuttavia, come richiamato in precedenza, i casi di malfunzionamento del servizio giudiziario sono circoscritti ai due casi, rispettivamente, di colpa grave (ad esempio, la divulgazione alla stampa di atti giudiziari o la sparizione, in determinate circostanze, di dossier istruttori) e di diniego di giustizia (ad esempio, la fissazione eccessivamente tardiva di un'udienza o una sentenza che dopo lungo tempo ancora non viene pronunciata).

Il secondo regime si basa sul concetto di “colpa personale” del giudice, che tuttavia, secondo il dettato dell'art. 11-1 dello *statut de la magistrature*, va intesa come comportamento lesivo del magistrato, ma sempre collegato al servizio pubblico della giustizia (*faute personnelle se rattachant au service public de la justice*) o non distaccabile da quel servizio o, per lo meno, non privo di collegamenti con il servizio pubblico della giustizia. In questo caso lo Stato – come già ricordato – può rivalersi con un'azione riconvenzionale nei confronti del giudice personalmente responsabile del danno.

Anche il terzo regime di responsabilità civile si fonda sulla colpa personale del giudice, ma, a differenza del precedente, si applica ai magistrati non appartenenti al Corpo giudiziario (come i giudici amministrativi o i giudici speciali) e, invece di essere regolato dallo *statut de la magistrature*, segue la procedura della “*prise à partie*”. Tale procedura, regolata in dettaglio dagli artt. 366-1 e ss. del Code de procedure civile, è ammessa nei seguenti casi: dolo, frode, concussione, colpa grave e diniego di giustizia. Ma, sebbene qui la responsabilità civile riguardi il comportamento personale del giudice (rientrante nelle

fattispecie appena menzionate) e non un suo comportamento legato al servizio pubblico della giustizia, è sempre lo Stato a rispondere civilmente delle condanne al risarcimento dei danni e interessi che possono essere pronunciate contro i magistrati. La causa è di competenza della Corte d'Appello della circoscrizione nella quale il giudice interessato tiene le sue udienze. La prise à partie per essere procedibile deve essere autorizzata preventivamente dal Primo Presidente della Corte d'appello, che decide dopo aver acquisito il parere del Procuratore generale presso la Corte, ossia del Pubblico Ministero. Il rifiuto del Primo Presidente può essere impugnato davanti ad una Chambre civile della Corte di Cassazione.

GERMANIA

La Legge fondamentale tedesca (Grundgesetz - GG), all'articolo 34, sancisce la responsabilità dello Stato (Federazione o Land) in caso di violazione dei doveri della funzione da parte di un giudice.

La responsabilità risarcitoria è, dunque, indiretta, nel senso che il preteso danneggiato non può direttamente chiamare in causa il giudice di cui si vuole far valere la responsabilità.

La fattispecie della responsabilità è quella prevista dall'articolo 839 del Codice civile (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), rispetto alla quale opera il criterio di imputazione (allo Stato) stabilito dall'articolo 34 GG.

L'articolo 839, comma 1, del Codice civile tedesco, stabilisce la responsabilità del funzionario pubblico (Beamter - categoria nella quale sono ricompresi i giudici) che violi dolosamente o colposamente i doveri d'ufficio di cui è titolare; tale responsabilità comporta il risarcimento del danno subito da terzi.

Al comma 2, la stessa disposizione prevede la responsabilità del funzionario che violi i propri doveri nell'emanazione di provvedimenti (Urteil) nel quadro di una vertenza, e la conseguente responsabilità, se la violazione commessa costituisce reato.

Quindi, l'obbligo di risarcimento da parte del giudice sorge quando, nel corso di un procedimento giurisdizionale, egli abbia cagionato un danno attraverso la violazione dell'articolo 839, comma 2, quando cioè ha commesso un reato. Non rientrano in queste ipotesi il rifiuto o il ritardo di esercitare le proprie funzioni, rispetti ai quali opera l'immunità giudiziaria (Richterprivilege) posta a fondamento dell'indipendenza della magistratura. Tale indipendenza richiede, infatti, che nell'interesse dell'imparzialità del giudice, egli non debba temere azioni o ritorsioni per le decisioni assunte; la garanzia di indipendenza della magistratura, inoltre, è stabilita nell'interesse della certezza del diritto, che verrebbe incrinata se la pretesa inesattezza di una decisione giudiziaria fosse oggetto non soltanto della revisione da parte di un altro giudice secondo le comuni norme procedurali, ma anche di azioni giudiziarie per atto illecito.

Sotto il profilo soggettivo, le disposizioni in materia di responsabilità e le relative esimenti si applicano tanto ai giudici di ruolo che a quelli onorari (figure contemplate dall'ordinamento giudiziario tedesco a livello di Länder).

Sotto il profilo oggettivo, la nozione di Urteil di cui all'articolo 839, comma 2, BGB, comprende una gamma di provvedimenti giurisdizionali adottati non soltanto ad esito e a chiusura di un procedimento (sentenza), ma anche durante il suo svolgimento. In base all'interpretazione giurisprudenziale, rientrano nella nozione atti processuali aventi carattere tendenzialmente definitivo, quali la decisione di condanna alle spese oppure le decisioni che sottopongono a tutela o a curatela le persone. Ne sono, invece, esclusi gli atti processuali a carattere tendenzialmente provvisorio, quali, ad esempio, le ordinanze relative all'ammissione di prove, le decisioni sul valore della lite, e, in ambito penale, il mandato di arresto, gli ordini di perquisizione, le ordinanze di sospensione della patente di guida.

SPAGNA

La normativa in materia di responsabilità civile dei giudici e dei magistrati è contenuta in alcuni articoli della Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (LOPJ).

L'art. 16 della LOPJ stabilisce che i giudici e i magistrati rispondono penalmente e civilmente nei casi e nella forma prevista dalle leggi.

Vi è anche, agli articoli 411-413, un apposito capitolo sulla responsabilità civile. I giudici e i magistrati rispondono civilmente per i danni e i pregiudizi causati quando, nello svolgimento delle loro funzioni, incorrano in dolo o colpa (art. 411). La responsabilità civile può esigersi su istanza della parte lesa o dei suoi aventi causa, nel relativo giudizio (art. 412). La domanda di responsabilità civile non può essere presentata fino a quando non sia stata emessa la decisione che conclude il processo in cui si presuma sia stato prodotto il danno; in nessun caso la sentenza del giudizio di responsabilità civile può modificare la decisione emessa alla fine di tale processo (art. 413).

Accanto a questa responsabilità di tipo personale del magistrato o giudice, esiste anche una responsabilità patrimoniale dello Stato per gli errori giudiziari, per il funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia e per l'ingiusta carcerazione preventiva. L'art. 121 della Costituzione prevede che:

“I danni causati per errori giudiziari, così come quelli che siano conseguenza del malfunzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, daranno diritto a un indennizzo a carico dello Stato, conformemente alla legge”.

La LOPJ ha dato attuazione al precetto costituzionale, aggiungendovi la previsione dell'ingiusta carcerazione preventiva. Il titolo V del libro III della LOPJ è dedicato alla “responsabilità patrimoniale dello Stato per il funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia” (artt. 292-297).

L'art. 292 della LOPJ prevede che, per i danni causati per errore giudiziario o come conseguenza del funzionamento anomalo della giustizia, spetti ai danneggiati un indennizzo a carico dello Stato. Il danno arrecato deve essere effettivo, valutabile economicamente e individualizzato in relazione a una persona o gruppo di persone.

L'art. 293 della LOPJ stabilisce che l'indennizzo per errore deve essere preceduto da una decisione giudiziaria che espressamente lo riconosca. Sia nel caso di errore giudiziario, sia di funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia, l'interessato deve presentare la propria richiesta direttamente al Ministero della giustizia.

L'art. 296 prevede che lo Stato risponda dei danni prodotti da giudici e magistrati per dolo o colpa grave. In tal caso lo Stato può ripetere quanto pagato a titolo di indennizzo al danneggiato mediante un'azione di rivalsa nei confronti del giudice che ha causato il danno.

REGNO UNITO

Il principio dell'esonero dalla responsabilità civile del magistrato per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, radicato nel common law, è tradizionalmente inteso quale presidio dell'indipendenza della magistratura nel suo complesso (precedente giurisprudenziale rilevante, a questo riguardo, è *Sirros v Moore* [1975] QB 118, in cui la corte giudicante precisò l'ambito della judicial immunity che tutela il giudice rispetto alla "liability in a civil action for damages in respect of acts done in his judicial capacity").

Il principio suddetto (codificato anche dal legislatore con riferimento ai magistrates, giudici onorari disciplinati dal Justice of Peace Act 1997, ss. 51, 52) ha subito temperamenti a seguito dell'incorporazione nel diritto interno della CEDU con lo Human Rights Act 1998, che in attuazione dell'art. 5(5) della Convenzione ha riconosciuto il diritto al risarcimento per ingiusta detenzione.

Per comprendere più a fondo la *ratio* della sostanziale immunità dei giudici nel Regno Unito appare utile riportare stralci di quanto si trova sul sito del Governo britannico <http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/independence/>

"L'INDIPENDENZA

E' di vitale importanza per una democrazia che i singoli giudici e la magistratura nel suo insieme siano imparziali e indipendenti da tutte le pressioni esterne e l'uno dall'altro, in modo che chi compare davanti a loro e il resto del pubblico possano confidare nel fatto che i loro casi saranno trattati e decisi equamente e secondo la legge.

Quando i magistrati assolvono la funzione giudiziaria devono essere liberi da ogni influenza impropria. Tale influenza potrebbe arrivare da un numero imprecisato di fonti.

Potrebbe venire da improprie pressioni del potere esecutivo o legislativo, dalle parti in causa, da particolari gruppi di pressione, dai media, dall'interesse personale o da altri giudici, in particolare dai più alti in grado.

E' di vitale importanza che ogni giudice possa decidere solo in base alle fonti di prova presentate in tribunale dalle parti e secondo la legge. Solo i fatti rilevanti e la legge devono costituire la base per la decisione di un giudice. Solo in questo modo i giudici possono assolvere alla loro responsabilità costituzionale di rendere giustizia con equità e imparzialità.

Tuttavia, mentre una magistratura indipendente ed imparziale costituisce una delle pietre angolari di una democrazia, le modalità concrete grazie alle quali si ottengono le condizioni che danno luogo a questo effetto sono spesso viste con sospetto.

Per esempio, i giudici godono di immunità e non possono essere perseguiti per alcun atto compiuto nell'esercizio della funzione giudiziaria. Inoltre non possono essere citati in giudizio per l'eventuale contenuto diffamatorio dei commenti sulle parti o sui testimoni pronunciati in corso di udienza.

Queste regole hanno indotto alcuni ad asserire che i giudici, in qualche modo, sono "al di sopra della legge". Ma non è così: i giudici sono soggetti alla legge come ogni altro cittadino. Però, quando esercitano le loro funzioni, devono essere liberi da qualsiasi interferenza: le parti, lo Stato, i media, o singoli individui o entità particolarmente potenti, come le grandi aziende e società. Solo i fatti e la legge devono contare nella decisione.

E' necessario capire l'importanza dell'indipendenza della magistratura per la vita della democrazia e l'effetto che produce sul concetto della responsabilità dei magistrati.

<http://www.judiciary.gov.uk/about-the-judiciary/the-judiciary-the-government-and-the-constitution/jud-acc-ind/principles-jud-acc/>

IL CONCETTO DI RESPONSABILITA' DEI MAGISTRATI

Prima di tutto dobbiamo chiederci che cosa significa dire che qualcuno è responsabile, risponde delle sue azioni. In molti campi, proprio come succede con gli allenatori delle squadre di calcio, si presuppone che chi, nel suo lavoro, non riesce ad ottenere i risultati desiderati dovrebbe essere licenziato o dovrebbe dare le dimissioni.

Nel caso della magistratura, invece, sono necessarie delle cautele per assicurarsi che i giudici siano liberi di decidere i casi loro affidati senza speranza e senza timore.

Per esempio, se un politico o un giudice di alto grado ritenessero di poter licenziare un particolare giudice per il semplice fatto che non gradiscono la decisione che ha adottato, il principio dell'indipendenza giudiziaria verrebbe gravemente compromesso e non sarebbe

più possibile celebrare un processo giusto .

In questa ipotesi i giudici potrebbero anche essere indotti a pronunciare sentenze ritenute più gradite a chi avesse il diritto di decidere sulla loro carriera, per stroncarla o per farla progredire. Ci sarebbe il rischio di piegare, in base all'interesse personale del giudice, una decisione che dovrebbe essere indipendente e imparziale."

Infine vogliamo ricordare che la Commissione di Venezia, organismo istituito nel 1990 ad opera del **Consiglio d'Europa** per assistere "gli Stati nel consolidamento e rafforzamento delle istituzioni democratiche", ha adottato un **RAPPORTO SULLE NORME EUROPEE IN MATERIA DI INDIPENDENZA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO**.

La prima parte di questo rapporto è intitolata "**L'INDIPENDENZA DEI GIUDICI**" : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad\(2010\)004](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?ref=cdl-ad(2010)004).

La seconda parte ha per titolo "**IL PUBBLICO MINISTERO**": <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282010%29040-ita>

Nella parte "L'INDIPENDENZA DEI GIUDICI", alle pagine 12 e 13, si legge che:

"60. E' necessario che [i magistrati] godano di una tutela da azioni civili per gli atti compiuti in buona fede nell'esercizio delle loro funzioni" e che **"61. E' indiscutibile che i giudici debbano essere tutelati da indebite influenze esterne. A questo scopo dovrebbero godere di un'immunità funzionale, ma solo funzionale"**.

Nella parte "IL PUBBLICO MINISTERO", a pag. 13, sta scritto:

"61. I pubblici ministeri non dovrebbero godere di una totale immunità, che potrebbe persino favorire la corruzione, bensì di un'immunità funzionale per gli atti compiuti in buona fede e conformemente ai loro doveri. "

3.LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA U.E.

Come è noto la politica ha affermato che vi fosse la necessità di approvare una nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati, in quanto bisognava adeguare la disciplina italiana sul tema ai principi espressi dalle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

In realtà, più che di ottemperanza ad obblighi nascenti dalle sentenze della Corte di Giustizia, sembra che vi sia stata la volontà del legislatore italiano di sfruttare l'occasione data dalle pronunce della C.G. per portare a termine la modifica della legge Vassalli già da tempo nel calendario di molte forze politiche, trasversalmente.

Il filo conduttore della giurisprudenza comunitaria è costituito dalla sentenza Kobler del 2003, dalla c.d Sentenza Traghetti del Mediterraneo del 13 giugno 2006 e dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, n. C.379-10 del 24 novembre 2011, pronunciata a seguito del procedimento di infrazione azionato dalla Commissione Europea contro l'Italia

per violazione dell'art. 258 TFUE del Trattato per inadempimento agli obblighi imposti dall'Ordinamento dell'Unione.

Va detto subito che in tutte le pronunce sopra menzionate non vi è alcun riferimento alla responsabilità del singolo magistrato, ma vengono indicati dei correttivi sui limiti della azionabilità dei diritti dei privati lesi dalla violazione del diritto comunitario, a causa dell'erronea interpretazione della normativa UE da parte del giudice nazionale.

Si tratta di un'affermazione del principio di effettività della tutela garantita dalle fattispecie comunitarie che non può trovare ostacolo nella diversa o contraria (ma non giustificata) interpretazione del giudice interno, in particolare del giudice di ultima istanza.

Invero il presupposto da cui dipanano le pronunce suddette sono le condizioni in presenza delle quali uno Stato membro è tenuto al risarcimento dei danni causati ai singoli per violazione del diritto dell'Unione al medesimo imputabile, che possono così riassumersi : la norma giuridica violata deve essere preordinata a conferire diritti ai singoli; si deve trattare di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, deve esistere un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (principio consolidato nella giurisprudenza comunitaria v. sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame, Racc. pag. I-1029, punto 51; 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 36, nonché 24 marzo 2009, causa C-445/06, Danske Slagterier, Racc. pag. I-2119, punto 20).

Procedendo con ordine va osservato che il caso di cui alla sentenza 379-2010 nasce da un contenzioso tra la Commissione Europea e l'Italia relativamente alla responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado.

La Corte di giustizia ha sancito, in buona sostanza che la violazione della normativa comunitaria può essere commessa anche dal giudice e in modo particolare dagli organi giurisdizionali di ultimo grado, incaricati di assicurare a livello nazionale l'interpretazione uniforme delle norme giuridiche.

Sulla base di quanto già affermato nella sentenza Traghetti del Mediterraneo e nella sentenza Kobler la Corte ha ritenuto che la normativa italiana di cui alla legge n.117/88 determini, al tempo stesso, un'esclusione della responsabilità dello Stato nel settore dell'interpretazione delle norme di diritto o della valutazione di fatti e prove nonché una limitazione della responsabilità negli altri settori di attività giurisdizionale,

In un passo successivo il giudice sovranazionale afferma altresì che ad analoghe conclusioni deve giungersi nel caso in cui tale violazione risulti da un'erronea valutazioni dei fatti o delle prove con riferimento al diritto vigente.

In ogni caso si tratta pur sempre di responsabilità dello Stato, giacchè la Corte giammai censura il sistema nazionale di "protezione" del singolo magistrato da azioni che si possono seriamente palesare infondate, defatigatorie o a carattere emulativo.

Sul punto va scongiurato ogni equivoco o suggestione. La sentenza della Corte di Giustizia censura l'interpretazione di colpa grave offerta dalla Corte di Cassazione in due arresti (sentenze 5 luglio 2007, n. 15227, e 18 marzo 2008, n. 7272,) nei quali il concetto era stato ricondotto alla “*macroscopica, evidente e grossolana violazione*” nell'interpretazione di un fatto o di una prova, contrastante con ogni criterio logico o giuridico, e riconduce l'alveo della nozione alla “ manifesta violazione del diritto vigente” senza alcun riferimento alla responsabilità del magistrato o al travisamento del fatto o delle prove.

Né a tali conclusioni si può approdare dai precedenti giurisprudenziali della Corte, se non si vuole dare un'arbitraria lettura dei precedenti contenuti nelle sentenze Kobler e Traghetti del Mediterraneo, laddove non si censura la legge n.117/88, ma vengono stabiliti i capisaldi della corretta interpretazione del concetto di colpa grave.

Infatti la sentenza Traghetti del Mediterraneo del 2006 (che richiama sul punto la sentenza Kobler del 2003), aveva semplicemente affermato che non è ammissibile una limitazione di responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conduca ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato, in tutti i casi in cui sia stata accertata una violazione manifesta del diritto vigente. (Cfr punti da 33 a 40 di quest'ultima sentenza)

Nel nostro ordinamento l'art.2 L.117/88 nel testo ante novella, prevedeva che la responsabilità dello Stato per i danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie era limitata, secondo i commi 1 e 3 di tale articolo, ai casi di “dolo, colpa grave e diniego di giustizia” e al comma 2 disponeva che “ non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove”

Risulta chiaro come “travisamento del fatto o delle prove” è locuzione del tutto diversa sia sotto il profilo etimologico che delle conseguenze giuridiche, da quella di “manifesta violazione del diritto vigente” utilizzata dalla Corte di Giustizia.

In nessuna delle tre sentenze esaminate, il giudice sovranazionale si è mai spinto fino al punto da imporre all'Italia di prevedere forme di responsabilità del magistrato per travisamento del fatto o delle prove.

Tale operazione di restyling della norma nei termini riferiti apre il campo invece a possibili profili di illegittimità costituzionale, nonché di contrasto con quanto previsto dal Consiglio d'Europa nel RAPPORTO SULLE NORME EUROPEE IN MATERIA DI INDIPENDENZA DEL SISTEMA GIUDIZIARIO (vedi sopra cap.2)

Tale vulnus si palesa ancora più evidente se si considera che la legge n.18/2015 ha abrogato l'art 5 della l.117/88 che disciplinava un articolato procedimento relativo alla ammissibilità preliminare della domanda di risarcimento per responsabilità del magistrato. .

Questo filtro di ammissibilità si ritiene essere espressione della tutela costituzionale garantita dagli artt.101 e segg. Cost. alla magistratura e ai singoli magistrati, e soprattutto contribuisce a tenere ben distinta la posizione dello Stato da quella del singolo magistrato,

secondo l'interpretazione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, mai posta in discussione dalla Corte di Giustizia Europea, che il legislatore italiano ha ommesso di considerare.

Sul punto si veda in particolare la recente sentenza della Cassazione civile : **Sez. 3, n. 41 del 03/01/2014**, massimata nei seguenti termini : “ **In materia di responsabilità civile dei magistrati, la previsione di un giudizio di ammissibilità per l'azione risarcitoria diretta, agli effetti dell'art. 5 della legge 13 aprile 1988, n. 117, costituisce attuazione delle previsioni di cui agli artt. 101 e seguenti della Costituzione in tema di tutela della funzione giurisdizionale, e segnatamente dei principi di autonomia e indipendenza del giudice, che contribuiscono all'identificazione della stessa forma repubblicana dello Stato. Ne consegue che il meccanismo del filtro di ammissibilità - salvi i casi di costituzione di parte civile nel processo penale e di sentenza penale passata in giudicato, di cui all'art. 13 della stessa legge n. 117 del 1988 - con riferimento all'attività giurisdizionale, e in generale avuto riguardo agli atti del magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, assume rilievo costituzionale, poiché finalizzato ad escludere azioni risarcitorie temerarie ed intimidatorie proposte direttamente nei confronti del singolo funzionario. Detta prospettiva non è stata mutata dal diritto eurounitario, in quanto l'interpretazione della legge n. 117 del 1988 ad opera della CGUE (sentenze 24 novembre 2011 in C-379/10; 30 settembre 2003 in C-224/01, e 13 giugno 2006 in C-173/03) non si pone in contrasto con la tutela dei principi di autonomia ed indipendenza del giudice, risultando questi posti su di un piano differente da quello cui attiene la responsabilità dello Stato per l'illecito comunitario, comunque distinta dalla responsabilità personale del magistrato.)**

Si può perciò concludere nell'affermare che la giurisprudenza della Corte di Giustizia U.E. non imponeva assolutamente all'Italia di modificare la disciplina della responsabilità civile dei magistrati, in quanto oggetto dei suoi provvedimenti era la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione.

4. PROFILI DI ILLEGITTIMITA' COSTITUZIONALE DELLA NUOVA DISCIPLINA

La Corte costituzionale ha affermato che, nell'art. 28 Cost., «trova affermazione "un principio valevole per tutti coloro che, sia pure magistrati, svolgono attività statale: un principio generale che da una parte li rende personalmente responsabili, ma dall'altra non esclude, poiché la norma rinvia alle leggi ordinarie, che codesta responsabilità sia disciplinata variamente per categorie o per situazioni". Scelte plurime, anche se non illimitate, in quanto **la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, specie in considerazione dei disposti costituzionali appositamente dettati per la Magistratura (artt. 101 e 113), a tutela della sua indipendenza e dell'autonomia delle sue funzioni**» (sentenza n. 26 del 1987; cfr. anche sentenza n. 2 del 1968).

La disciplina posta dalla l. n. 117 del 1988 risultava, infatti, caratterizzata dalla costante cura di predisporre misure e cautele idonee a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati e l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria.

In particolare, nella sentenza nr. 18 del 1989, la Corte Costituzionale nel dichiarare non fondate alcune questioni di legittimità costituzionale della legge 13 aprile 1988, n. 117 - nella parte in cui disciplinava la responsabilità civile dei magistrati – rilevava che **“la previsione del giudizio di ammissibilità della domanda (art. 5 l. cit.) garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni “manifestamente infondate”, che possano turbarne la serenità, impedendo, al tempo stesso, di creare con malizia i presupposti per l’astensione e la ricusazione”**. Evidente, quindi, secondo la Consulta il ruolo che ai fini della legittimità costituzionale del complessivo impianto legislativo assumeva il filtro del giudizio di ammissibilità, oggi eliminato dal legislatore con lo slogan “ chi sbaglia paga”

La Corte Costituzionale ha successivamente ribadito il principio espresso con la sentenza n.468 del 1990, nella quale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 19, secondo comma, della legge 13 aprile 1988, n. 117 nella parte in cui, quanto ai giudizi di responsabilità civile dei magistrati, relativamente a fatti anteriori al 16 aprile 1988, e proposti successivamente al 7 aprile 1988, non prevedeva che il Tribunale competente verificasse con rito camerale la non manifesta infondatezza della domanda ai fini della sua ammissibilità.

In particolare si legge in motivazione quanto segue : “ **Questa Corte ha riconosciuto il rilievo costituzionale di un meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perchè un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 della Costituzione nel più ampio quadro di quelle condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati, che la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono**> (v. sentenze n. 2 del 1968 e n. 26 del 1987). Tale filtro, nell’ordinamento introdotto nel 1940, era rappresentato dall’autorizzazione del Ministro di grazia e giustizia, che si configurava come condizione di proponibilità della domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice, ex art. 56, primo comma, del codice di procedura civile. “

A distanza di oltre 25 anni il rilievo costituzionale della previsione del filtro di ammissibilità delle azioni di responsabilità è stato ribadito, anche considerati i rilievi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, da una recente mirabile sentenza della Cassazione civile, Sez. III, 3 gennaio 2014, n.41, che ha legato i principi di autonomia ed indipendenza della magistratura alla tutela dei diritti inviolabili dei cittadini, evidenziando che l’effettività della predetta tutela non può che avvenire se non grazie all’applicazione imparziale ed indipendente della legge da parte degli organi giudiziari. Non quindi un vuoto privilegio di casta, ma un presidio importante per l’affermazione dei diritti costituzionali.

Nella motivazione si afferma infatti : “ **Lo spettro tramite il quale illuminare la trama normativa rappresentata dalla L. n. 117 del 1988, artt. 2, 4, 5 e 13, è quello delle disposizioni di cui agli artt. 101 e ss. della Costituzione, che imprimono alla disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati un significato d’insieme univoco e coerente di difesa dei valori dell’autonomia ed indipendenza del giudice, i quali operano non già come privilegio personale del singolo appartenente all’ordine giudiziario o alle giurisdizioni speciali (art. 108 Cost.), bensì come tassello indefettibile, al pari di altri, nella costruzione della forma repubblicana, che, ai sensi dell’art. 139 Cost., non può in nessun caso essere oggetto di revisione**. Con l’ulteriore rilievo che un siffatto vincolo si riverbera anche sulla non negoziabilità

dei diritti che la prima parte della Costituzione definisce inviolabili e che del tipo di ordinamento così delineato dal Costituente costituiscono un substrato essenziale, il cui presidio, in termini di tutela ed effettività, si rinviene, nel loro svolgersi storico, anche (seppur non solo) nell'esercizio stesso della giurisdizione, la quale non può che essere riservata ad un organo imparziale ed indipendente. Sicché, l'autentico significato che l'indipendenza della magistratura assume nel sistema costituzionale è proprio quello della garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini. In altri e più pregnanti termini, "il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge": un bene che appartiene "alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini" (Corte cost., sentenza n. 497 del 2000). Si tratta di una chiave di lettura il cui saldo ancoraggio nella giurisprudenza costituzionale ha consentito allo stesso Giudice delle leggi di riconoscere, nello specifico della materia regolata dalla L. n. 117 del 1988, "il rilievo costituzionale di un meccanismo di filtro della domanda giudiziale, diretta a far valere la responsabilità civile del giudice, perché un controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda, portando ad escludere azioni temerarie e intimidatorie, garantisce la protezione dei valori di indipendenza e di autonomia della funzione giurisdizionale, sanciti negli artt. da 101 a 113 Cost., nel più ampio quadro di quelle "condizioni e limiti alla responsabilità dei magistrati" che "la peculiarità delle funzioni giudiziarie e la natura dei relativi provvedimenti suggeriscono" (sentenza n. 468 del 1990, che richiama anche le precedenti sentenze n. 2 del 1968 e n. 26 del 1987). Analogamente, con la sentenza n. 18 del 1989, la stessa Corte costituzionale ha affermato che, poiché la disciplina dell'attività del giudice deve essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, ma al tempo stesso il magistrato è soggetto alla legge e in primo luogo alla Costituzione, che sancisce ad un tempo il principio d'indipendenza e quello di responsabilità, "non merita censura una disciplina della responsabilità civile del magistrato caratterizzata da una serie di misure e di cautele dirette a salvaguardare l'indipendenza dei magistrati nonché l'autonomia e la pienezza dell'esercizio della funzione giudiziaria". **Nè può ritenersi che una tale prospettiva abbia perso di vigore a causa dell'impatto del diritto eurounitario, siccome interpretato dalla Corte di Giustizia U.E., sulla legge n. 117 del 1988 (CG, 24 novembre 2011, in C-379/10; più in generale sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto eurounitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado: CG., del 30 settembre 2003, in C-224/01, Kobler; CG, 13 giugno 2006, in C-173/03, Traghetti del Mediterraneo), là dove i principi di autonomia e di indipendenza del giudice (e la loro valenza costituzionale) non sono messi affatto in discussione, venendo, tuttavia, collocati su un piano differente rispetto a quello su cui si poggia la responsabilità dello Stato per l'illecito comunitario, che non attiene a quella personale del giudice.** Dunque, se tali sono le fondamenta che sostengono la disciplina in esame, la lettura che ne segue deve essere, pertanto, costituzionalmente orientata dai suindicati valori, da garantire e preservare, e tramite siffatta peculiare lente vanno, per l'appunto, tra guardate e risolte le eventuali disarmonie che la stessa legge n. 117 del 1988 possa in ipotesi esibire."

Infine si rileva che l'innalzamento della soglia economica di rivalsa del danno fino alla metà stipendio del magistrato, a differenza di quanto previsto per ogni altro dipendente dello Stato, lede poi in modo plateale un altro principio fondamentale della nostra Costituzione: quello di uguaglianza di fronte alla Legge sancito dall'art. 3 . Ciò in quanto, a fronte dell'identica responsabilità dello Stato per i danni cagionati dai propri dipendenti, differenza in modo

peggiorativo la soglia economica di rivalsa nei confronti della sola magistratura, senza che a conforto di ciò possa essere addotta una ragionevole giustificazione (stante l'irrilevanza economica di questo innalzamento per le casse dello Stato), se non quella del fine politico di rendere evidente la forza della Politica nei confronti della Magistratura.

5.IL PROBLEMATICO CONCETTO DI TRAVISAMENTO DEL FATTO E DELLA PROVA NELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO : 1.Il travisamento del fatto nella giurisprudenza civile ; 2.Il travisamento del fatto nella giurisprudenza penale; 3.Il travisamento della prova nella giurisprudenza penale; 4. Conclusioni

Come già evidenziato all'inizio di questo lavoro, una delle novità più controverse della nuova disciplina è l'introduzione, all'interno dei casi di colpa grave del magistrato, della nuova figura del travisamento del fatto e della prova. Di seguito si procederà ad una approfondita disamina della giurisprudenza della Cassazione, al fine di offrire un serio contributo al futuro interprete della legge n.18/2015

§1. Il travisamento del fatto nella giurisprudenza civile.

Secondo l'approdo di Cass. civ., Sez. 3, n. 12362 del 24/05/2006 (Rv. 589592), il travisamento del fatto implica la valutazione di un complesso di circostanze che comportano una rivalutazione del fatto (non consentita al giudice di legittimità). Il travisamento della prova implica, non una valutazione, ma una constatazione o accertamento che quella informazione probatoria utilizzata in sentenza, è contraddetta da uno specifico atto processuale.

Il codice di procedura civile conosce l'errore di fatto, che legittima la revocazione della sentenza *“quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita”* sempre che il fatto *“non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare”* (art. 395, n. 4, cod. proc. pen.).

La giurisprudenza formatasi sin da epoca anteriore alla novella del 2006 aveva sempre escluso che il travisamento del fatto potesse costituire motivo di ricorso per Cassazione, attenendo esso al merito della causa, a meno che non si risolvesse in una *“mancanza di motivazione su un punto decisivo della controversia, e cioè su un elemento della fattispecie che, se esaminato, avrebbe potuto determinare una diversa soluzione della causa”* (Sez. 3, Sentenza n. 222 del 06/02/1962, Rv. 250343; Sez. 1, Sentenza n. 404 del 03/03/1962, Rv. 250632; Sez. 2, Sentenza n. 1445 del 09/06/1962, Rv. 252310; Sez. 2, Sentenza n. 1496 del 05/06/1963, Rv. 262230; Sez. 3, Sentenza n. 1672 del 22/06/1963, Rv. 262519; Sez. 3, Sentenza n. 2155 del 30/07/1963, Rv. 263289; Sez. 2, Sentenza n. 3028 del 25/11/1963, Rv. 264661; Sez. U, Sentenza n. 472 del 02/03/1964, Rv. 300603).

In buona sostanza, la motivazione immune da vizi logici e giuridici e non travagliata da omesso esame di fatti decisivi, non può essere impugnata per travisamento del fatto (Sez. 3, *Sentenza n. 734 del 17/04/1962*, Rv. 251161; Sez. 2, *Sentenza n. 1981 del 19/07/1963*, Rv. 263065; cfr. anche, sul punto,).

Il travisamento del fatto, in buona sostanza, è diverso dall'errore di fatto vero e proprio, risolvendosi il primo nell'omesso esame di un fatto decisivo che mina alla base il sillogismo che conduce ad una decisione incoerente con le premesse; il secondo nella affermazione errata della esistenza/inesistenza di un fatto inesistente/esistente che, allo stesso modo, conduce ad un approdo incoerente con le premesse, quali avrebbero dovuto essere. La conseguenza, insomma, è la stessa: la frattura del processo logico che sorregge la decisione dalle premesse fattuali da cui muove e su cui si fonda. La giurisprudenza più recente ha definitivamente chiarito che la denuncia di un errore di fatto, consistente nell'inesatta percezione da parte del giudice di circostanze presupposte come sicura base del suo ragionamento, in contrasto con quanto risulta dagli atti del processo, non costituisce motivo di ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360 n. 5, ma di revocazione ai sensi dell'art. 395 n. 4 cod. proc. civ.. (così Sez. 1, *Sentenza n. 17057 del 03/08/2007*, Rv. 599719, con molti precedenti conformi).

Quel che in ogni caso deve essere chiaro è che è estraneo al vizio di *"travisamento del fatto"* il momento valutativo della prova, che appartiene al sovrano apprezzamento dei giudici del merito, e che non può essere sindacato quando esso sia adeguatamente motivato e scevro da vizi logici e da errori di diritto (Sez. 1, *Sentenza n. 1129 del 07/05/1963*, Rv. 261648; Sez. 2, *Sentenza n. 739 del 04/04/1964*, Rv. 301040; Sez. 2, *Sentenza n. 2072 del 27/07/1964*, Rv. 303019); così come non integra *"travisamento del fatto"* l'errore di giudizio (Sez. 6 - 3, *Ordinanza n. 4118 del 20/02/2014*, Rv. 630326) o di valutazione e interpretazione degli atti processuali (Sez. U, *Ordinanza n. 13181 del 28/05/2013*, Rv. 626608; cfr. anche Sez. U, *Ordinanza n. 13181 del 28/05/2013*, Rv. 626608, secondo la quale l'attività valutativa è insuscettibile in quanto tale - quand'anche risulti errata - di revocazione).

Come sostenuto da Sez. 2, *Sentenza n. 19921 del 14/11/2012* (Rv. 624476), *"l'apprezzamento del giudice del merito, che abbia ritenuto pacifica e non contestata una circostanza di causa, qualora sia fondato sulla mera assunzione acritica di un fatto, può configurare un travisamento, denunciabile solo con istanza di revocazione, ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ., mentre è sindacabile in sede di legittimità, sotto il profilo del vizio di motivazione, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 5, cod. proc. civ., ove si ricollegghi ad una valutazione ed interpretazione degli atti del processo e del comportamento processuale delle parti.. del comportamento delle parti"* (nello stesso senso anche Sez. 2, *Sentenza n. 1427 del 25/01/2005*, Rv. 578757).

Ha spiegato Sez. 3, *Sentenza n. 15672 del 27/07/2005* (Rv. 583395) che *"il vizio di motivazione su un punto decisivo, denunciabile per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., postula che il giudice di merito abbia formulato un apprezzamento, nel senso che, dopo aver percepito un fatto di causa negli esatti termini materiali in cui è stato prospettato dalla parte, abbia omesso di valutarlo in modo che l'omissione venga a*

risolversi in un implicito apprezzamento negativo sulla rilevanza del fatto stesso, ovvero lo abbia valutato in modo insufficiente o illogico. Qualora, invece, l'omessa valutazione dipenda da una falsa percezione della realtà, nel senso che il giudice ritiene per una svista, obiettivamente ed immediatamente rilevabile, inesistente un fatto o un documento, la cui esistenza risulti incontestabilmente accertata dagli stessi atti di causa, è configurabile un errore di fatto deducibile esclusivamente con l'impugnazione per revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4, cod. proc. civ.”.

La modifica dell'art. 360, cod. proc. civ., ed, in particolare, del comma 1, n. 5 (secondo il quale è ammesso ricorso per cassazione avverso le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado *per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*), ha ridotto l'ambito applicativo del vizio di omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione, limitandolo al solo *travisamento del fatto*, descritto come l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio.

La precedente disciplina fondava la responsabilità civile dei magistrati sul solo errore di fatto. L'allargamento della responsabilità al travisamento del fatto dovrebbe essere limitato, come detto, all'omesso esame di un fatto decisivo che è stato oggetto di discussione tra le parti, con quanto ne consegue in termini di opinabilità circa la natura decisiva del fatto e di problematica applicazione del principio ai casi nei quali il provvedimento del magistrato non sia preceduto da alcuna *discussione tra le parti* (si pensi agli atti posti in essere dal PM o dal Giudice, civile o penale, *inaudita altera parte*).

§2. Il travisamento del fatto nella giurisprudenza penale

Secondo Sez. 2, *Sentenza n. 1195 del 01/07/1965*, Rv. 103172, il travisamento del fatto si risolve in mancanza della motivazione, ovvero in un vizio logico così grave da rendere la motivazione apparente, e cioè solo quando la ricostruzione dei fatti, da un lato, sia insanabilmente in contrasto con la realtà indiscussa od almeno manifesta nel processo, e dall'altro lato, sia priva di qualsiasi giustificazione logica e lasci ritenere che il giudice ha deciso astraendo dalle risultanze di causa, oppure, per essere giustificata in modo gravemente contraddittorio, renda impossibile il controllo sul modo in cui il giudice ha esercitato i propri poteri. Tale vizio non può essere individuato attraverso la critica frammentaria di singoli punti della motivazione o con riferimento a singole risultanze isolatamente considerate, potendo essere affermato solo quando tutte le risultanze univocamente escludano o manifestino fatti ritenuti o rispettivamente negati dal giudice di merito.

In base ad diverso e più restrittivo approdo, il travisamento del fatto, come vizio logico-giuridico della motivazione della sentenza, sussiste quando il giudice di merito, nella esposizione del suo ragionamento, si sia basato su fatti inesistenti e da lui arbitrariamente supposti senza alcuna rispondenza con le risultanze acquisite, non quando, nell'esercizio del suo insindacabile potere discrezionale di valutazione della prova, abbia ricostruito il fatto in modo diverso da quello sostenuto dalle parti, basandosi sulle risultanze processuali e giustificando il suo convincimento con motivazione adeguata e logica (Sez. 4, *Sentenza n. 79 del 18/01/1967*, Rv. 104762; cfr. altresì Sez. 6, *Sentenza n. 953 del*

17/05/1967 Rv. 104962, secondo la quale il travisamento del fatto in tanto può inficiare di nullità la sentenza in quanto concorrano due condizioni e cioè l'ammissione da parte del giudice di merito di un fatto manifestamente escluso dagli atti del processo, o viceversa, e in secondo luogo l'incidenza di esso su di un punto decisivo per il giudizio: onde non è a parlarsi di travisamento del fatto quando si sia in presenza di un processo di scelta, di interpretazione e di apprezzamento delle prove. Nello stesso senso, *Sez. 5, Sentenza n. 1209 del 16/10/1967, Rv. 106204; Sez. 5, Sentenza n. 212 del 23/02/1968, Rv. 107323; Sez. 4, Sentenza n. 2239 del 29/12/1981, Rv. 152600; Sez. 4, Sentenza n. 4850 del 23/02/1982, Rv. 153608; Sez. 3, Sentenza n. 7788 del 14/04/1982, Rv. 154970; Sez. 2, Sentenza n. 10517 del 30/06/1982, Rv. 156004; Sez. 2, Sentenza n. 5947 del 22/03/1984, Rv. 164961).*

E così, per esempio, non costituisce vizio logico della motivazione, atto ad inficiare di nullità della sentenza, il travisamento del fatto consistente nell'impreciso riferimento delle dichiarazioni dell'imputato, laddove il giudice del merito, in tema di affermazione di colpevolezza per il delitto di falso, parli di "sostanziale ammissione dell'addebito da parte dell'imputato", quando invece questi, nei suoi interrogatori, si sia limitato a dire di "non escludere di avere apposto la falsa firma (*Sez. 5, Sentenza n. 498 del 10/03/1967, Rv. 104485*); così come non costituisce travisamento del fatto la ricostruzione altrettanto valida della medesima vicenda (*Sez. 1, Sentenza n. 8047 del 24/06/1982, Rv. 155100; Sez. 4, Sentenza n. 7836 del 16/02/1984, Rv. 165846*; più recentemente, *Sez. 6, Sentenza n. 6869 del 03/05/1993, Rv. 194598*, secondo la quale il travisamento del fatto, quale vizio deducibile in cassazione, ricorre quando in sentenza viene dato per certo un fatto manifestamente escluso dalle risultanze probatorie o quando si nega la sussistenza di elementi pacificamente acquisiti al processo. Non è ravvisabile alcun travisamento di fatto nella valutazione delle prove operata dal giudice di merito, che si traduca in una motivata ricostruzione delle vicende processualmente rilevanti. Non si ha, cioè, travisamento quando il giudice di merito - interpretando le risultanze processuali - accetti come corrispondente a verità l'una invece che l'altra della descrizione del fatto prospettate, senza incorrere in vizi logici nell'espone le ragioni della scelta).

Esclude che possa integrare travisamento del fatto un motivato processo di interpretazione e apprezzamento delle risultanze processuali, *Sez. 1, Sentenza n. 2162 del 10/05/1994, Rv. 198337*.

E' necessario precisare che successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale il vizio di travisamento del fatto è stato definitivamente espunto come motivo di ricorso per cassazione, sicché per la relativa definizione è necessario attestarsi alla giurisprudenza formatasi in epoca anteriore.

Come autorevolmente affermato da *Sez. U, Sentenza n. 6402 del 30/04/1997, Rv. 207945*, il travisamento del fatto è un vizio che in tanto può essere oggetto di valutazione e di sindacato in sede di legittimità, in quanto risulti inquadrabile nelle ipotesi tassativamente previste dall'art. 606, lett. e)- cod. proc. pen.; l'accertamento di esso richiede, pertanto, la dimostrazione, da parte del ricorrente, dell'avvenuta rappresentazione, al giudice della precedente fase di impugnazione, degli elementi dai

quali quest'ultimo avrebbe dovuto rilevare il detto travisamento, sicché la Corte di cassazione possa, a sua volta, desumere dal testo del provvedimento impugnato se e come quegli elementi siano stati valutati.

Ha a tal fine precisato la Corte che il legislatore del 1988 ha voluto evitare che il controllo della Corte di Cassazione sulla motivazione si eserciti sul contenuto della decisione, all'uopo circoscrivendolo alla mancanza e alla manifesta illogicità della motivazione, altresì stabilendo che tali vizi devono risultare dal testo del provvedimento impugnato (art. 606 n. 1 lett. E c.p.p.) e non da una diversa prospettiva (...) In particolare, l'espressione "manifesta illogicità" (che si contrappone a quella "se è contraddittoria la motivazione", che leggevasi nell'art. 475 co. 1 n. 3 c.p.p. '30) chiarisce che il sindacato della S.C. si estende alla logicità della motivazione, ma non può giustificare la sostituzione dei criteri e delle massime di esperienza adottati dal giudice di merito con altri prescelti invece dal giudice di legittimità. La illogicità, quale vizio denunciabile, deve essere evidente, cioè di spessore tale da risultare percepibile "ictu oculi", dovendo il sindacato di legittimità al riguardo essere limitato a rilievi di macroscopica evidenza, restando ininfluenti le minime incongruenze e considerandosi disattese le deduzioni difensive che, anche se non espressamente confutate, siano logicamente incompatibili con la decisione adottata, purché siano spiegate in modo logico e adeguato le ragioni del convincimento (come nella specie è avvenuto, anche mediante il costante richiamo fatto alla motivazione di primo grado, spesso al fine di evitare ripetitività di elementi già noti, così fornendo risposte esaustive alle obiezioni mosse dalle parti sull'interpretazione degli elementi probatori e sulle argomentazioni svolte).

§3. Il travisamento della prova nella giurisprudenza penale

Secondo l'iniziale giurisprudenza della Suprema Corte, il travisamento della prova (*e non delle prove*) è il vizio costituito dall'aver il giudice di merito utilizzato per la decisione una prova inesistente (ad esempio, il teste indicato in sentenza non esiste) o un risultato di prova incontestabilmente diverso da quello effettivo (ad esempio, nella ricognizione personale la persona ha indicato Tizio e non Caio come è invece scritto nella sentenza) (così, Sez. 4, *Sentenza n. 29920 del 09/06/2004*, Rv. 228844; Sez. 4, *Sentenza n. 15556 del 12/02/2008*, Rv. 239533, secondo la quale il travisamento della prova dichiarativa deve essere del tutto definito o attenersi alla proposizione di un dato storico semplice e non opinabile; Sez. 5, *Sentenza n. 39048 del 25/09/2007*, Rv. 238215; Sez. 5, *Sentenza n. 9338 del 12/12/2012*, Rv. 255087).

E' necessario che il vizio abbia carattere di decisività (Sez. 2, *Sentenza n. 13994 del 23/03/2006*, Rv. 233460; Sez. 6, *Sentenza n. 5146 del 16/01/2014*, Rv. 258774, afferma che il vizio è ravvisabile ed efficace solo se l'errore accertato sia idoneo a disarticolare l'intero ragionamento probatorio, rendendo illogica la motivazione per la essenziale forza dimostrativa del dato processuale/probatorio) e che sia di macroscopica evidenza, non essendo consentito alla Corte di legittimità sovrapporre la propria valutazione a quella del giudice di merito (Sez. 4, *Sentenza n. 20245 del 28/04/2006*, Rv. 234099; Sez. 6, *Sentenza n. 33435 del 04/05/2006*, Rv. 234364, secondo la quale il travisamento della

prova consiste nell'utilizzazione di una prova inesistente o nell'utilizzazione di un risultato di prova incontrovertibilmente diverso, nella sua oggettività, da quello effettivo; Sez. 4, *Sentenza n. 35683 del 10/07/2007*, Rv. 237652; Sez. 6, *Sentenza n. 25255 del 14/02/2012*, Rv. 253099; Sez. 5, *Sentenza n. 7465 del 28/11/2013*, Rv. 259516, parla di incontestabilità; in applicazione di tale principio, Sez. 6, *Sentenza n. 11189 del 08/03/2012*, Rv. 252190, ha affermato che in sede di legittimità è possibile prospettare una interpretazione del significato di una intercettazione diversa da quella proposta dal giudice di merito solo in presenza del travisamento della prova, ovvero nel caso in cui il giudice di merito ne abbia indicato il contenuto in modo difforme da quello reale, e la difformità risulti decisiva ed incontestabile; Sez. 4, *Sentenza n. 14732 del 01/03/2011*, Rv. 250133, ha precisato che resta fermo il divieto di operare una diversa ricostruzione del fatto, quando si tratti di elementi privi di significato indiscutibilmente univoco).

Secondo successive pronunce della S.C., il travisamento della prova può consistere anche nella omessa valutazione di una prova decisiva ai fini della pronuncia (Sez. 7, *Ordinanza n. 27518 del 11/05/2006*, Rv. 234604; Sez. 2, *Sentenza n. 38788 del 09/11/2006*, Rv. 235509, che parla di atti mai prima presi in esame; Sez. 2, *Sentenza n. 42353 del 12/12/2006*, Rv. 235511; Sez. 2, *Sentenza n. 5223 del 24/01/2007*, Rv. 236130; Sez. 2, *Sentenza n. 23419 del 23/05/2007*, Rv. 236893; Sez. 2, *Sentenza n. 47035 del 03/10/2013*, Rv. 257499; Sez. 4, *Sentenza n. 21602 del 17/04/2007*, Rv. 237588; Sez. 4, *Sentenza n. 19710 del 03/02/2009*, Rv. 243636; di difformità tra i risultati obiettivamente derivanti dall'assunzione della prova e quelli che il giudice di merito medesimo ne abbia inopinatamente tratto, parlano Sez. 3, *Sentenza n. 37756 del 07/07/2011*, Rv. 251467, Sez. 3, *Sentenza n. 39729 del 18/06/2009*, Rv. 244623).

Il vizio è configurabile quando manchi la motivazione in ordine alla valutazione di un elemento probatorio acquisito nel processo e non quando difetti del tutto l'acquisizione di tale elemento da parte degli organi inquirenti (Sez. 4, *Sentenza n. 50557 del 07/02/2013*, Rv. 257899).

§4. Conclusioni.

Come già detto sopra la nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati ascrive a colpa grave *“la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione”*.

Così come scritta, la legge sembra individuare il travisamento del fatto e delle prove (e non della prova), quale elemento aggiuntivo rispetto alla *affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento*.

Si resta peraltro dell'opinione che la clausola di salvaguardia secondo la quale *“fatti salvi i commi 3 e 3-bis ed i casi di dolo, nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo*

a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove", ponga un limite invalicabile soprattutto alla nozione di travisamento del fatto e delle prove.

Ne va, altrimenti, della tenuta costituzionale dell'intera novella per ragioni che la loro evidenza non è necessario illustrare.

In quest'ottica, rispetto ai vizi di travisamento del fatto e della prova come elaborati dalla giurisprudenza civile e penale della S.C., l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, lascia scoperta solo l'area della omessa valutazione della prova decisiva e dell'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio prospettato dalle parti.

Deve però trattarsi di una decisività *ictu oculi* evidente, dotata di quel carattere manifesto che impedisca che attraverso essa possa surrettiziamente essere sindacato il processo valutativo, appunto, del fatto e delle prove.

Si deve dunque trattare di vizi manifesti, percepibili sul piano oggettivo, chiari ed univoci, tali da qualificare come grave la colpa del magistrato.

Anche con queste precisazioni restano, però, le forti perplessità, già segnalate, sull'applicabilità di tali vizi alle attività requirenti (magari la stessa iscrizione della notizia di reato e via così fino alle perquisizioni, sequestri, ispezioni, fermi di PM) e a quelle del giudice che agisca soprattutto senza alcun preventivo contraddittorio pieno (misure cautelari, intercettazioni telefoniche) o che non debba motivare (si pesi, ai decreti penali, a quelli che dispongono il giudizio, ai decreti di giudizio immediato, ai decreti ingiuntivi, soprattutto, per quanto riguarda l'immediata esecutività di questi ultimi).

Tra l'altro una cosa è l'affermazione o la negazione del fatto (che sembrano più fare riferimento ad un provvedimento scritto, articolato e motivato, nel quale il magistrato afferma un fatto ben preciso), altro è il travisamento del fatto e della prova che non necessariamente presuppongono l'adozione di un atto motivato (si pensi alla richiesta di rinvio a giudizio o al decreto di citazione diretta a giudizio, o addirittura all'omessa adozione dell'ordinanza di cui all'art. 80-bis, disp. att. c.p.c.. da parte del giudice civile, solo per fare degli esempi).

Sono solo alcune delle ipotesi nelle quali il vizio di travisamento del fatto e della prova recupera, di fatto, ineliminabili contorni di genericità ed indeterminazione che potrebbero tradursi in censure di incostituzionalità.

6. I RAPPORTI TRA RESPONSABILITÀ CIVILE E RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE DEI MAGISTRATI.

Sommario: 1. Le novità normative. 2. La comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare. 3. Il "dovere di esercitare azione disciplinare" prima dell'approvazione del DDL Buemi. 4. Il "dovere di esercitare azione disciplinare" dopo l'approvazione del DDL Buemi. 5. La tempistica.

1. Le novità normative.

Le modifiche alla legge n.117/1988 (legge Vassalli) recentemente introdotte attraverso l'approvazione anche alla Camera del DDL Buemi pongono qualche interrogativo in ordine alle eventuali ricadute sulla disciplina della responsabilità disciplinare dei magistrati.

La legge da ultimo approvata ha, com'è noto, eliminato il cd. "filtro di ammissibilità", da parte del Tribunale, sull'azione di risarcimento che il soggetto che si assume danneggiato può proporre nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri, abrogando in toto l'art 5 L.117/88.

In precedenza, soltanto in caso di superamento del filtro il Tribunale aveva l'obbligo di ordinare la trasmissione di copia degli atti ai titolari dell'azione disciplinare (art. 5 comma 5) ed in questo caso il Procuratore generale presso la Corte di cassazione doveva esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato *"per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento, salvo che non sia stata già proposta entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell'art. 5"* (art. 9 comma 1).

La nuova legge ha modificato l'art. 9 (rubricato "Azione disciplinare") sopprimendo le parole riguardanti il termine dei due mesi, sicchè resta ferma la previsione dell'obbligo di esercitare l'azione disciplinare per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento (salvo che non sia stata già proposta), ma al di fuori di un termine predeterminato.

2. La comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare.

L'eliminazione dell'obbligo di comunicazione ai titolari dell'azione disciplinare già posto a carico del Tribunale (in caso di domanda ammissibile) per effetto dell'abrogazione integrale dell'art. 5 pone la questione dell'acquisizione della notizia da parte dei titolari dell'azione disciplinare, ai quali è indirizzato il comando di *esercitare l'azione disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento.*

Si tratta all'evidenza di una questione che avrà scarso rilievo pratico, perché accadrà certamente che sia lo stesso soggetto che si ritiene danneggiato e che abbia esperito l'azione di responsabilità civile, a portare a conoscenza anche il Procuratore generale della Corte di cassazione e/o il Ministro della Giustizia dei fatti dannosi a suo dire causati dai provvedimenti adottati dal magistrato, rendendoli suscettibili di valutazione disciplinare.

Il problema si pone quindi nei casi (forse rari) in cui ciò non accadrà.

A differenza che nei casi in cui sia stato instaurato un procedimento penale a carico di un magistrato - in cui l'obbligo di comunicazione al titolare dell'azione disciplinare ed al CSM deriva dall'art. 129 disp. att. c.p.p. - non si rinviene nell'ordinamento un analogo obbligo di informativa per l'ipotesi in cui venga attivato un procedimento civile nei confronti dello Stato per il risarcimento dei danni causati da un magistrato, all'indomani dell'abrogazione dell'art. 5.

Né simile obbligo può ricavarsi in linea generale dall'art. 2 comma 1 lett. dd) D. Lgs. 109/2006 che pone a carico del dirigente dell'ufficio, o del presidente di una sezione o di

un collegio la “comunicazione di fatti a lui noti che possono costituire illeciti disciplinari compiuti da magistrati dell’ufficio, della sezione o del collegio”: la norma, infatti, sanziona sotto il profilo disciplinare la violazione di comunicazioni, da parte di titolari di incarichi direttivi o semi direttivi, di fatti astrattamente configurabili quali illeciti disciplinari commessi dal magistrato dello stesso ufficio, sezione o collegio, e certamente l’aver appreso che quel magistrato è coinvolto in una causa civile risarcitoria contro lo Stato non pare integrare di per sé una notizia di illecito disciplinare suscettibile di comunicazione.

3. Il “dovere di esercitare azione disciplinare” prima dell’approvazione del DDL Buemi.

Già prima delle ultime modifiche normative, la riflessione sui rapporti tra il “dovere di esercitare azione disciplinare” posto dall’art. 9 comma I della L.117/88 ed il sistema disciplinare delineato dalla L.109/2006 aveva condotto a ritenere non configurabile la doverosità dell’azione disciplinare.

Ed infatti - a parte l’incongruenza costituita da un’iniziativa disciplinare obbligatoria da assumere entro un termine perentorio particolarmente ristretto (due mesi) a fronte del termine annuale dall’acquisizione della notizia circostanziata previsto dall’art. 15 della L. 109/2006 - si era opportunamente evidenziato che ammettere l’obbligatorietà dell’iniziativa disciplinare avrebbe significato sconfessare il principio-cardine del nuovo sistema disciplinare, costituito dalla tipizzazione dell’illecito, secondo il quale non sono consentite incolpazioni al di fuori dei casi espressamente contemplati dalla legge.

Si era detto infatti che “*affermare che il Procuratore generale debba sempre e comunque esercitare l’azione disciplinare perché la domanda risarcitoria è stata semplicemente dichiarata ammissibile equivarrebbe a dire che il fatto disciplinare si identifica nell’ammissione della domanda da parte di un giudice adito per danni (nei confronti dello Stato) e ciò non può essere sostenuto*”¹.

Il ragionamento proseguiva, dunque, ritenendo abrogata per sopravvenuta incompatibilità con il successivo sistema disciplinare, in forza dell’art. 15 delle preleggi, la previsione di un’azione obbligatoria per i fatti che hanno dato causa all’azione civile risarcitoria.

4. Il “dovere di esercitare azione disciplinare” dopo l’approvazione del DDL Buemi.

I medesimi dubbi di compatibilità sistematica sopra evidenziati resistono all’indomani delle recenti modifiche, posto che la sola eliminazione del termine dei due mesi non ha introdotto sostanziali mutamenti nell’assetto dei rapporti tra le due discipline.

Risulta infatti che la soppressione, nell’art. 9 comma 1, delle parole “*entro due mesi dalla comunicazione di cui al comma 5 dell’art. 5*” sia stata soltanto una conseguenza formale resa necessaria dall’avvenuta abrogazione dell’intero art. 5.

¹ C. Sgroi, nell’ambito di provvedimento di archiviazione ex art. 16 comma 5-bis D. Lgs. 109/2006 emesso nel vigore della Legge Vassalli.

L'intervento normativo, pur nell'apparente perseverare sulla affermazione di una doverosità dell'iniziativa disciplinare, non mostra di essersi fatto carico del necessario raccordo con la riforma del sistema disciplinare: non è seriamente sostenibile, infatti, che l'art. 9 – come modificato dalla promulganda legge - abbia introdotto una nuova fattispecie di illecito disciplinare integrato dall'essere il magistrato coinvolto in un'azione risarcitoria promossa avverso lo Stato; né che abbia modificato il catalogo degli illeciti disciplinari o introdotto una implicita deroga alle regole procedurali che ne disciplinano la fase accertativa e quella del promovimento, ivi compreso il chiaro disposto dell'art. 20 D.Lgs. 109/2006 secondo cui *“l'azione disciplinare è promossa indipendentemente dall'azione civile di risarcimento del danno (...)”*, norma che identifica uno dei principi fondanti il sistema disciplinare.

Inoltre, la permanenza della precedente formulazione dell'art. 6 comma 2 L.117/88, secondo cui *“la decisione pronunciata nel giudizio promosso contro lo Stato (...) non fa stato nel procedimento disciplinare”*, lascia chiaramente intendere che nessun condizionamento del giudizio disciplinare nei confronti del magistrato è legislativamente previsto quale conseguenza della pronuncia nel giudizio civile di danno, e ciò evidentemente anche nel caso in cui l'azione civile si sia conclusa con l'accertamento di un danno e la condanna dello Stato al risarcimento: resta dunque acclarato che la volontà legislativa non abbia inteso incidere sull' autonomia dei due giudizi di responsabilità, ciascuno rispondente a finalità e procedure sue proprie, ma abbia piuttosto confermato l'assenza di pregiudizialità assoluta tra gli esiti del giudizio civile e quello disciplinare, nell'ambito del quale l'accertamento dell'illecito compiuto dal magistrato può procedere indipendentemente, e ben pervenire anche ad esiti liberatori se la condotta accertata non soddisfi i requisiti costitutivi della fattispecie disciplinare o il fatto sia ritenuto di scarsa rilevanza.

Se dunque deve ritenersi che l'autonomia tra i due giudizi è fatta salva, deve ricavarsene, da una parte, che anche l'azione disciplinare da intraprendere non può in ogni caso prescindere dalla formulazione di un'incolpazione che attinga alle fattispecie di illecito vigenti, e non potrebbe dunque fondarsi sulla sola notizia della pendenza di una causa risarcitoria, la quale di per sé non è suscettibile in alcuna fattispecie; dall'altro, che l'azione disciplinare non potrebbe promuoversi se non dopo lo svolgimento di accertamenti pre-disciplinari a seguito del pervenimento di una notizia circostanziata, la quale potrebbe anche prescindere dall'esito del giudizio civile di danno, così come, in ipotesi, potrebbe richiedere il suo completamento - secondo l'accertamento compiuto dal titolare dell'azione disciplinare, in applicazione del disposto dell'art. 15, comma 8, lett. h) D. Lgs. 109/2006, che legittima la sospensione dei termini (di decadenza dell'azione e prescrizione dell'illecito) se, nei casi di violazione di legge e travisamento del fatto, è pregiudiziale l'esito di un procedimento civile, penale o amministrativo-.

Una volta affermata la persistenza della illustrata inconciliabilità tra l'automatismo ancora apparentemente richiesto dall'art. 9 ed il nuovo sistema disciplinare di cui alla riforma del 2006, le conclusioni ermeneutiche che sul piano dogmatico appaiono ragionevolmente ipotizzabili possono ancora far leva sul principio dell' abrogazione implicita, tenendo conto

del fatto che le modifiche in fase di promulgazione s'innestano su una legge preesistente (la legge Vassalli), anteriore alla L. 109/2006, senza che abbiano inteso disciplinare *ex novo* né la materia disciplinare, né il sistema dei rapporti tra la responsabilità civile e quella disciplinare.

In sostanza, l'art. 9 ancorché continui ad esprimere letteralmente l'obbligatorietà dell'azione disciplinare *nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione di risarcimento*, non è norma nuova entrata in vigore posteriormente alla L.109/2006, ma è norma preesistente, implicitamente già abrogata dalla L.109/2006 con cui era, e resta, sistematicamente antinomica.

Ad ogni modo, anche qualora, diversamente opinando, si ritenesse che la modifica dell'art. 9 della Legge Vassalli esprima la rinnovata volontà del legislatore di imporre un automatico promovimento dell'iniziativa disciplinare nei confronti del magistrato per i fatti generatori dell'azione civile di danno, e dunque che, in base al principio racchiuso nel brocardo *lex posterior specialis derogat generali*, essa costituisca una parziale eccezione alla regola della piena autonomia processuale tra sede civile e sede disciplinare, dovrebbe allora pervenirsi alla conclusione secondo cui sul Procuratore generale della Corte di cassazione grava il solo obbligo di attivare gli accertamenti pre-disciplinari su quei fatti, essendo gli stessi ritenuti integrare *ex lege* una notizia circostanziata meritevole di indagini preliminari.

Infatti, non altro obbligo, per le ragioni su esposte, potrebbe ritenersi gravare sul Procuratore generale, dal momento che nessuna incolpazione sarebbe formulabile automaticamente ai sensi degli artt. 2, 3 e 4 della L.109/2006.

5. La tempistica

L'azione disciplinare è assoggettata ai termini previsti dal D. Lgs. 109/2006 che non risultano direttamente condizionati dallo svolgimento dell'azione civile di danno.

L'assenza di interdipendenza tra i due giudizi, unitamente alla mancata previsione di obblighi di comunicazione circa la pendenza della azione risarcitoria nei confronti dello Stato, o del giudizio di rivalsa nei confronti del magistrato, potrebbe in astratto comportare che alla chiusura del giudizio di danno o del giudizio di rivalsa, o comunque al momento del pervenimento della notizia ai titolari dell'azione, sia persino decorso il termine di 10 anni dal fatto, e dunque l'azione disciplinare non possa più proporsi ai sensi dell'art. 15 comma 1 bis D. Lgs. 109/2006.

Negli altri casi, a partire dal pervenimento al Procuratore Generale presso la Corte di cassazione della notizia circostanziata, decorre il termine annuale per lo svolgimento delle sommarie indagini preliminari (art. 15, comma 1, D. Lgs. 109/2006), le quali potranno concludersi con la formulazione di un provvedimento di archiviazione cd. interna (art. 16, comma 5 bis, D. Lgs. cit.) o, viceversa con l'esercizio dell'azione disciplinare, che avviene attraverso la comunicazione all'incolpato del fatto che gli viene addebitato, così segnandosi l'inizio della fase disciplinare vera e propria (art. 15, comma 3, D. cit.), a sua volta soggetta al nuovo termine di un anno (art. 15 comma 2 D. Lgs. cit.).

Come già evidenziato, la sospensione dei termini (tutti, anche di quello decennale) è disposta “*se, nei casi di cui all’art. 2, comma 1, lettere g) ed h), all’accertamento del fatto costituente illecito disciplinare è pregiudiziale l’esito di un procedimento civile, penale o amministrativo*”.

Trattasi di una sospensione relativa ai soli casi in cui l’incolpazione concerne gli illeciti di violazione di legge e/o travisamento del fatto, ed è comunque rimessa all’accertamento circa la sussistenza di un nesso di pregiudizialità necessaria (laddove il fatto oggetto del procedimento disciplinare coincida con quello per il quale pende il procedimento civile) ad opera del titolare dell’azione disciplinare - o del CSM cui sia stata avanzata la richiesta di fissazione dell’udienza di discussione orale -, fermo ovviamente il libero convincimento degli organi preposti nel compiere la conseguente valutazione di quello stesso fatto nell’ottica della specifica responsabilità disciplinare.

a cura di

Aldo Aceto

Stefano Amore

Mario Fiore

Giuseppe Marra

Paola Mastroberardino