

**"VIOLAZIONE MANIFESTA DEL DIRITTO"
E RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO-GIUDICE:
LE IMPLICAZIONI DI UNA NOZIONE PROBLEMÁTICA**

BRUNO BRANCATI^{*}

SOMMARIO: 1. Che cosa impone Lussemburgo? - 2. Riflessioni sulla nozione di "violazione manifesta del diritto". - 3. Interpretazione e chiarezza del diritto.

1. Che cosa impone Lussemburgo?

La riforma della responsabilità civile dello "Stato-giudice" non è stata ancora realizzata. Ciononostante, è importante tenere ben presenti alcuni tentativi esperiti nell'ultimo scorcio della XVI legislatura, volti a porre rimedio agli inadempimenti indicati dalla sentenza della Corte di Giustizia UE (Terza Sezione), 24 novembre 2011, C 379-10. Si sta facendo riferimento, in particolare, all'emendamento Pini e all'emendamento Severino, presentati durante l'iter del disegno di "legge comunitaria 2011". A dire il vero, l'emendamento Pini non ha semplicemente cercato di conformare il nostro ordinamento ai vincoli dell'Unione europea, ma ha tentato anche di introdurre un ulteriore "cambiamento" nella disciplina della responsabilità civile dei magistrati, non richiesto dall'Unione europea e nient'affatto trascurabile: la responsabilità diretta dei magistrati. L'emendamento Severino, presentato successivamente, si è opposto a questa modifica, contemplando la possibilità per il danneggiato di agire solo contro lo Stato (e non anche contro il magistrato)¹.

Il tema della responsabilità diretta del magistrato, comunque, non sarà affrontato in questa sede. Ci si concentrerà, invece, sugli aspetti relativi agli inadempimenti riscontrati nella sentenza del

^{*} Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università di Pisa.

¹ L'emendamento Severino, però, ha delineato anche una rimodulazione del regime dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato, prevedendo che lo Stato debba esercitarla entro due anni, che la misura della rivalsa non possa superare la metà della annualità dello stipendio e che non sia possibile trattenere mensilmente un importo superiore a un terzo dello stipendio netto.

novembre 2011 richiamata. Il primo inadempimento deriva dall'escludere «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 effettuati dall'organo giurisdizionale medesimo». La Corte di Giustizia, evidentemente, fa riferimento alle sole violazioni del diritto dell'Unione, non accenna minimamente alle violazioni del diritto interno: la questione non le interessa. L'emendamento Pini ha risposto a questa censura sostituendo il comma 2 dell'art. 2 l. n. 117/1988 con una nuova formulazione in cui scompare la clausola secondo la quale «non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto»². Il comma 2 dell'art. 2 risultante dalla modifica dell'emendamento Pini avrebbe mantenuto l'esclusione della responsabilità per attività di valutazione del fatto e delle prove, fatta eccezione per i casi di cui ai commi 3 (colpa grave) e 3-bis (violazione manifesta del diritto), aggiunto dallo stesso emendamento Pini. Dunque, una volta apportate le modifiche richieste dalla sentenza della Corte, non viene operata una distinzione tra diritto dell'Unione e diritto interno, ma viene uniformata la disciplina delle ipotesi di violazione del primo e di violazione del secondo. L'emendamento Severino, invece, ha optato per la totale soppressione del vigente comma 2 dell'art. 2 della l. n. 117; ciò che rileva soprattutto, però, è che anche l'emendamento Severino non ha fatto distinzioni tra violazioni del diritto interno e violazioni del diritto dell'Unione, da questo punto di vista. Come valutare questa uniformità di disciplina? Essa è una necessaria conseguenza dei vincoli imposti dall'Unione, oppure è possibile rispettare questi vincoli senza incidere sul regime di responsabilità per violazioni del diritto interno? Si potrebbe affermare che tale uniformità, dal momento che non viene richiesta dalla Corte di Lussemburgo, non sia necessaria, non rappresenti una scelta obbligata. Secondo questa tesi, recepire il principio secondo il quale la responsabilità civile per violazione manifesta del diritto dell'Unione non può essere esclusa per via della sussistenza di attività interpretativa del diritto da parte dell'organo giurisdizionale non comporta in maniera consequenziale che la stessa esclusione debba venir meno anche quando si tratti del diritto interno. È una tesi sostenuta, per esempio, da Scoditti, secondo il quale la responsabilità civile del magistrato di diritto interno e la responsabilità dello Stato per violazione del diritto UE imputabile ad organo giurisdizionale di ultimo grado non possono stare sullo stesso piano: infatti – argomenta Scoditti – in caso di violazione del diritto UE, lo Stato risponderebbe in quanto “considerato nella sua unità”, senza che vengano in rilievo le caratteristiche

² Si noti che la tecnica di intervento sul testo della legge n. 117 è diversa in relazione al secondo fattore di esclusione della responsabilità, ovvero l'attività di valutazione del fatto e delle prove. Infatti, la clausola di esclusione della responsabilità per tale tipo di attività viene mantenuta nella versione del secondo comma dell'art. 2 forgiata dall'emendamento Pini, ma con una precisazione: sono fatti salvi i casi di cui al comma 3 (su cui l'emendamento non interviene) e quelli di cui al comma 3-bis (introdotto dall'emendamento stesso), ovvero i casi di violazione manifesta del diritto.

dell'organo al quale è direttamente riconducibile la violazione, secondo le regole del diritto internazionale. Pertanto, secondo Scoditti, la corretta esecuzione degli obblighi scaturenti dalla sentenza del 24 novembre 2011 consisterebbe nell'adozione di una legge che disciplini la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, e non in una riforma della legge sulla responsabilità civile del magistrato³ che assimili le violazioni del diritto interno alle violazioni del diritto UE. Una tale assimilazione, anzi, lungi dall'essere necessaria, sarebbe addirittura illegittima, perché, con riferimento al diritto interno e alla responsabilità civile del magistrato, «il limite dell'interpretazione ed applicazione di norme resta insuperabile»⁴, «quale essenza della funzione giurisdizionale»⁵. Si tratterebbe, dunque, per Scoditti, di due diverse fattispecie di responsabilità: per quella di diritto interno sarebbero rilevanti le peculiarità della funzione e dell'organo (quindi l'attività interpretativa dovrebbe essere ostativa al sorgere della responsabilità), mentre per quella di diritto dell'Unione esse sarebbero irrilevanti, in quanto si tratterebbe di un illecito «dello Stato e non del giudice»⁶. Questa impostazione, seppure assai raffinata e molto suggestiva, è alquanto opinabile. Infatti, nella responsabilità di diritto dell'Unione, l'illecito è dello Stato nel senso che, secondo il diritto dell'Unione, il soggetto che ne deve rispondere è lo Stato: da questo punto di vista, non è interessante, per il diritto dell'Unione, quale sia l'organo che ha posto in essere l'illecito; ciò che conta è che lo Stato ne risponda. In questo senso, dunque, l'«illecito è dello Stato». Si può sostenere anche che l'illecito «non sia del giudice»? Per lo meno, in verità, si dovrebbe ammettere che l'illecito sia del giudice nel senso che il giudice lo ha commesso. Se, infatti, il giudice non avesse commesso alcun illecito, di quale illecito dovrebbe rispondere lo Stato? Per quale ragione lo Stato dovrebbe rispondere di qualcosa che considera perfettamente lecito (in ragione del fatto che l'attività interpretativa, quale essenza della funzione giurisdizionale, si presenterebbe come sfera inidonea a generare responsabilità)? Come riconosce lo stesso Scoditti, «non può sfuggire che la contraddizione fra responsabilità per manifesta violazione del diritto comunitario ed interpretazione/applicazione di norme, quale essenza della funzione giurisdizionale, permane»⁷. Da una parte, infatti, un ordinamento nazionale (quello italiano) afferma il principio in base al quale «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», dall'altra la

³ Precisa Scoditti: «E' vero che la l. 117/1988 delinea, con la forma dell'azione nei confronti dello Stato, una responsabilità, come è stato detto, dello "Stato-giudice" (...); ma, prevedendo poi l'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato, pur nei limiti di una somma predeterminata, evidenzia come la fattispecie sia pur sempre di responsabilità civile del giudice»: cfr. E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, 419.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario*, cit., 418

⁶ *Ivi*, 419.

⁷ *Ivi*, 418.

Corte di Lussemburgo dichiara e statuisce che «la Repubblica italiana, escludendo 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 effettuati dall'organo giurisdizionale medesimo, è 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». Le due cose non sembrano poter convivere. Ora, come è noto, il contrasto tra il diritto interno e il diritto dell'Unione vede prevalere quest'ultimo. Pertanto, per “salvare” la clausola di salvaguardia occorre dimostrare che essa costituisca l'espressione di un controlimite, che si oppone al principio di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione, così come inteso dalla Corte di Giustizia in relazione agli organi giurisdizionali. Se non si dimostra ciò, allora va data esecuzione alla sentenza del 24 novembre 2011, eliminando la totale esclusione di responsabilità fondata sulla sussistenza dell'attività interpretativa. Inoltre, nel momento in cui tale eliminazione viene effettuata in relazione alle violazioni manifeste del diritto dell'Unione, sorge l'ulteriore esigenza di replicarla anche in relazione alle violazioni manifeste del diritto interno, perché sarebbe difficilmente giustificabile accettare che la responsabilità possa sorgere a causa dell'attività interpretativa quando si tratta di diritto dell'Unione, ed escludere contemporaneamente che ciò possa avvenire quando si tratta di diritto interno. L'emendamento Pini e l'emendamento Severino sembrano cogliere questa esigenza, adottando un regime unico per le violazioni di diritto interno e per quelle di diritto dell'Unione.

In questo senso, si può fare un discorso analogo con riguardo al secondo inadempimento accertato dalla Corte di Lussemburgo, ovvero quello derivante dal limitare la responsabilità, fuori dalle ipotesi in cui è esclusa in virtù della clausola di salvaguardia, ai soli casi di dolo e colpa grave⁸. Infatti,

⁸ Sembra che la Corte di Giustizia intenda la nozione di violazione manifesta in senso “oggettivo”. Infatti, l'elemento soggettivo o psicologico (che nel nostro ordinamento si traduce nelle nozioni di dolo e colpa) rileva soltanto come uno dei criteri alla luce dei quali si può riscontrare la violazione manifesta: infatti, al “grado di chiarezza e precisione della norma violata”, alla “mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale”, all' “ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte”, alla “posizione eventualmente adottata da un'istituzione comunitaria”, si affiancano il “carattere intenzionale della violazione” e il “carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto”. Si tratta soltanto di alcuni degli indicatori che possono essere presi in considerazione per stabilire se vi sia stata o meno la violazione manifesta, ma non di elementi costitutivi e necessari della stessa. Questa caratteristica (la non indispensabilità dell'elemento soggettivo o psicologico) è un fattore di somiglianza con il regime della responsabilità internazionale dello Stato. Infatti, parrebbe che l'orientamento prevalente sia «proiettato verso una concezione oggettiva della responsabilità degli Stati per violazione del diritto internazionale» (cfr. F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2008, 5): in base a tale concezione, la colpa in senso lato, comprensiva del dolo e della colpa in senso stretto, non si dovrebbe annoverare tra gli elementi costitutivi dell'illecito, ma, semplicemente, potrebbe assumere una certa rilevanza nella qualificazione di un atto in termini di liceità/illiceità, o influire sull'entità della riparazione, quale circostanza aggravante o attenuante. Si rammenta che il “Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati per atti illeciti” della Commissione di diritto internazionale, adottato dall'Assemblea generale ONU (Res. 56/83, 12 dicembre 2001), reca una disciplina della responsabilità internazionale in cui l'elemento psicologico di dolo o colpa non figura come elemento costitutivo dell'illecito.

l'emendamento Pini ha previsto l'inserimento al comma 1 dell'art. 2 della legge n. 117 della "violazione manifesta del diritto" come ulteriore ipotesi di responsabilità, ben distinta dai casi di dolo e colpa grave, in modo che questi elementi soggettivi non possano atteggiarsi a fattori limitativi della responsabilità allorquando si sia in presenza di una "violazione manifesta del diritto"⁹. L'emendamento Severino, invece, ha cercato di porre rimedio all'inadempimento prevedendo come ipotesi di colpa grave "la violazione manifesta della legge e del diritto comunitario", la quale avrebbe dovuto sostituire "la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile" (art. 2, comma 3, lett. a), l. n. 117 del 1988). Anche in relazione al secondo inadempimento, dunque, i due emendamenti adottano un regime unitario per il diritto dell'Unione e per quello interno; in effetti, anche con riguardo a questo profilo non si vede per quale ragione la responsabilità per violazione manifesta del diritto dell'Unione debba essere più "estesa" di quella per violazione manifesta del diritto interno.

Sembrirebbe, dunque, che la sentenza del novembre 2011 imponga all'Italia qualcosa "in più" di quanto è semplicemente esplicitato in essa: se cambia il regime di responsabilità sorgente da attività dell'organo giurisdizionale in relazione al diritto dell'Unione, allora occorre cambiare anche quello relativo al diritto interno, uniformandolo al primo, perché, altrimenti, il legislatore «mostrebberebbe di preoccuparsi delle possibili violazioni del diritto dell'Unione più di quanto si preoccupi delle violazioni del diritto nazionale»¹⁰.

2. Riflessioni sulla nozione di "violazione manifesta del diritto"

Dal momento che i principi enunciati nella sentenza del 24 novembre 2011 sembrerebbero vincolare il nostro ordinamento, a meno che non si riesca ad invocare i controlimiti, forse è opportuno soffermarsi sui punti nodali della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione. La nozione di "violazione manifesta del diritto" riveste senz'altro un ruolo centrale. Le ipotesi di violazione che si possono immaginare, anche alla luce dei criteri forniti dalla Corte, sono significativamente diverse tra di loro. Infatti, la Corte di Lussemburgo stabilisce che, per riscontrare una violazione manifesta del diritto da parte di un giudice nazionale, il giudice investito di una domanda di risarcimento dei danni deve tenere conto di tutti "gli elementi che caratterizzano la controversia" sottoposta al suo sindacato.

⁹ Come suggerisce A. PACE, tuttavia, il rilievo dell'elemento psicologico potrebbe comunque essere mantenuto in sede di rivalsa verso il magistrato, in *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giur. cost.*, 2011, 4734.

¹⁰ Cfr. A. PACE, *op. cit.*, 4731. Sull'impossibilità di adottare due regimi differenziati per il diritto dell'Unione e il diritto interno, con riguardo alle questioni segnalate, ancora A. PACE, *op. cit.*, 4730 ss.

Com'è noto, la Corte individua specificamente alcuni degli elementi da prendere in considerazione e, in questo modo, indica dei criteri da seguire per rilevare le violazioni manifeste del diritto.

Particolare attenzione va riservata all'ipotesi della manifesta ignoranza della giurisprudenza della Corte relativa alla materia nell'ambito della quale si sarebbe perpetrata la violazione del diritto. Enucleando questa ipotesi, la Corte enuncia un criterio che non ha lo stesso "peso" degli altri. Infatti, nella sentenza *Köbler*, al punto 56, dopo aver indicato nel punto precedente alcuni elementi che devono essere considerati dal giudice nazionale per accertare la manifesta violazione, si afferma: «*In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia*». E si cita, a tal proposito, la sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*.

Un'espressione ancora più netta è contenuta nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, dove si dice, al punto 43, che la violazione manifesta «*si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali [...] ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia*». Dunque, l'ignoranza manifesta della giurisprudenza della Corte comporta addirittura una presunzione di violazione manifesta. Non per caso tale criterio assume un maggior rilievo. A tal riguardo, occorre tenere conto delle caratteristiche peculiari dell'ordinamento UE, e in particolare della fondamentale funzione nomofilattica che la Corte stessa svolge e degli strumenti con cui la svolge. In particolare, se si riconosce che le sentenze con cui la Corte interpreta il diritto dell'Unione hanno natura di fonti del diritto¹¹, allora si deve dedurre che il magistrato deve osservare non solo le fonti convenzionali e politiche (diritto dei trattati e diritto derivato), ma anche queste fonti culturali, che contengono l'interpretazione "autentica" del diritto (e talvolta si spingono forse più in là, compiendo una vera e propria integrazione dell'ordinamento). Il limite che ne riceve l'attività interpretativa del giudice nazionale diventa, in quest'ottica, del tutto comprensibile, perché deriva non da una mera interpretazione compiuta da un altro giudice, ma dall'interpretazione autentica che diventa fonte (culturale) del diritto UE, che il giudice nazionale deve rispettare come tutto il diritto UE. Il giudice nazionale, quindi, non deve semplicemente interpretare il diritto (convenzionale e politico) UE; infatti, deve interpretarlo così come viene riflesso nelle sentenze della Corte di Giustizia, e quindi deve interpretare anche queste sentenze, in quanto fonti (culturali) del diritto. In tal senso, la responsabilità per una violazione manifesta del diritto UE dovuta a manifesta ignoranza della giurisprudenza della Corte di Giustizia

¹¹ Occorre ricordare le sentenze nn. 113 del 1985 e 389 del 1989 della Corte costituzionale. Sulla natura di fonti del diritto delle sentenze della Corte di Giustizia, cfr., tra gli altri, G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Jovene, Napoli, 2009, 77 ss.

da parte del giudice nazionale trarrebbe origine, più che da una mera scelta interpretativa del giudice nazionale, da una sua manifesta ignoranza di una fonte del diritto UE¹².

Molto interessante è un altro elemento/criterio fornito dalla Corte: la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dell'organo giurisdizionale di ultima istanza¹³. Se il giudice nazionale adempie l'obbligo, la Corte avrà modo di esprimersi sulla questione e di sciogliere il dubbio. Si tenga conto che la responsabilità non sorge necessariamente ogniqualvolta il giudice adotti un'interpretazione erronea violando l'obbligo di rinvio pregiudiziale. Nel caso *Köbler*, per esempio, l'organo giurisdizionale aveva violato l'obbligo di rinvio e aveva "sbagliato" nell'interpretazione, ma la Corte ha detto che comunque la violazione non era manifesta. Pertanto, il requisito del carattere manifesto della violazione è irrinunciabile per far sorgere la responsabilità risarcitoria. Anzi, si potrebbe osservare che se l'obbligo di rinvio pregiudiziale è stato violato, allora la questione che ne sarebbe dovuta diventare oggetto è controversa, di non immediata ed evidente risoluzione. Pertanto, ci si potrebbe chiedere come sia possibile che in casi di tal genere l'organo giurisdizionale nazionale possa perpetrare una violazione "manifesta"¹⁴. Si potrebbe comunque immaginare il caso in cui il giudice interno di ultima istanza debba affrontare una questione interpretativa obiettivamente controversa per via della "concorrenza" di più interpretazioni accettabili alternative tra di loro, e tuttavia opti per una soluzione, diversa da queste ultime, che è "manifestamente" erronea (tuttavia, come si dirà più avanti, non è pacifica l'individuazione di interpretazioni manifestamente erranee). In un caso del genere, la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale può essere considerata come una sorta di "aggravante" per il giudice, perché se avesse adempiuto l'obbligo la Corte stessa avrebbe potuto risolvere la questione e non ci sarebbe stata violazione manifesta del diritto UE.

Assai problematico, e di rilievo più generale e sistematico, è l'elemento/criterio consistente nel "grado di chiarezza e precisione della norma violata". Elaborando questo criterio, la Corte di Giustizia afferma che esistono disposizioni (più o meno) *chiare*: in virtù di questa chiarezza, talune interpretazioni possono essere qualificate come manifestamente erranee. Si tratta di una

¹² In tal caso, dunque, la responsabilità del giudice sarebbe configurabile anche nei termini della legge n. 117/1988, in quanto l'ignoranza della legge (o la disattenzione e la trascuratezza nei confronti di essa) esula dall'attività interpretativa, per cui non è coperta dalla clausola di salvaguardia. Sul punto, cfr. A. R. BRIGUGLIO-A. SIRACUSANO, *Art. 2 – Responsabilità per dolo o colpa grave*, in N. PICARDI-R. VACCARELLA (curr.), *La responsabilità civile dello Stato giudice (Commentario alla legge 13 aprile 1988 n. 117 in tema di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati)*, Cedam, Padova, 1990, 24 ss.

¹³ Si rammenta che la giurisprudenza della Corte sulla responsabilità degli Stati membri fa riferimento a questo tipo di organi giurisdizionali.

¹⁴ Si ricorda che il Consiglio di Stato, sottoponendo alla Corte di Giustizia, con ordinanza del 5 marzo 2012 (proc. n. 4584/2011), una serie di questioni pregiudiziali, ha chiesto alla stessa di chiarire «in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una "violazione manifesta del diritto comunitario"».

affermazione molto impegnativa, le cui conseguenze sono di grande momento. Inoltre, essa ha un ampio respiro, nel senso che non è legata alle caratteristiche peculiari del diritto dell'Unione, ma si presenta come espressione di una visione complessiva del diritto, come tale riguardante anche il diritto interno. Pertanto, pare opportuno fare alcune considerazioni sull'interpretazione nel diritto.

3. Interpretazione e chiarezza del diritto

Che l'interpretazione del diritto abbia una componente creativa è opinione ormai diffusa¹⁵. Non per questo, però, si deve ritenere che il giudice sia creatore del diritto al pari del legislatore. Il giudice, infatti, “crea” legittimamente diritto soltanto nella misura in cui rimane, in un certo senso, “fedele” alle disposizioni, al testo, e adotta le sue interpretazioni mantenendosi all'interno della cornice di significati generata dal testo. Se prescinde totalmente dal dato obiettivo sottoposto alla sua interpretazione, il giudice esorbita dalle sue funzioni e dai suoi poteri e si sostituisce al legislatore e, pertanto, potrebbe interpretare in qualsiasi modo¹⁶. Inoltre, va ricordato che il giudice non è un interprete qualunque, ma ha delle peculiarità che caratterizzano il suo ruolo, dalle quali discendono ulteriori “limiti” per la sua attività di interpretazione: «Al rigore e all'obiettività che dovrebbero sempre contrassegnare lo studioso si aggiungono infatti, nel magistrato, l'etica professionale, la responsabilità giuridica (sia pure in via di rivalsa) e la responsabilità disciplinare, e ciò per la semplice ragione che le sue interpretazioni implicano sempre delle conseguenze giuridicamente rilevanti a carico delle parti in causa, sia nel bene che nel male, per cui il valore primario che si impone al giudice, ancor più che allo studioso, è la certezza (ancorché “dinamica”) del diritto»¹⁷. Si deve prendere atto che la clausola di salvaguardia di cui alla legge n. 117/1988 è stata spesso utilizzata per rivestire di una protezione impenetrabile il magistrato, sul presupposto del carattere libero, creativo e insindacabile della sua attività interpretativa: e, tolta l'attività interpretativa, ciò

¹⁵ «La peculiarità della funzione giurisdizionale, ed al tempo stesso la ragione delle particolari garanzie che la circondano, consiste nel convincimento, ormai assolutamente condiviso, che l'attività di interpretazione della legge, al fine della sua applicazione per i casi da decidere, non consiste in un'opera meccanica, tale che applicando la stessa legge allo stesso caso ne derivi necessariamente la stessa risposta, ma comporta un'attività in qualche misura creativa, che può condurre a soluzioni diverse nell'interpretazione di una stessa disposizione. Questo dato è agevolmente riscontrabile semplicemente scorrendo un qualsiasi repertorio di giurisprudenza» (R. ROMBOLI, *La magistratura*, in R. ROMBOLI (cur.), *Manuale di diritto costituzionale italiano ed europeo*, Volume III; P. PASSAGLIA, A. PERTICI, R. ROMBOLI, *Le fonti del diritto e gli organi di garanzia giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 228).

¹⁶ La teoria dell'interpretazione cosiddetta dello scetticismo estremo afferma che l'interprete non soggiace ad alcun limite di significato. «La tesi dello scetticismo estremo è che, per così dire, nel gioco dell'interpretazione *anything goes*. Nel senso che gli interpreti – specie i giudici, e segnatamente i giudici di ultima istanza- possono attribuire a qualunque testo normativo *qualunque significato* e che, d'altra parte, non vi è modo di discriminare tra genuina interpretazione, ossia scelta tra più significati possibili, e creazione di significati “nuovi”» (cfr. R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (curr.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2004, 54).

¹⁷ Cfr. A. PACE, *op. cit.* 4731 s.

che residua dell'attività del magistrato è ben poca cosa. Si può convenire con Pace quando afferma che l'assoluta libertà interpretativa del magistrato sia un mito¹⁸.

D'altro canto, sostenere che non si possa riconoscere al magistrato una "assoluta libertà interpretativa" non implica, ovviamente, che ciascun testo normativo abbia un solo significato, univoco e preciso¹⁹. Del resto, non pare che la nozione di "violazione manifesta del diritto", a cui è ancorata la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, debba necessariamente sottendere una tale visione del diritto, che sposa la cosiddetta teoria cognitiva dell'interpretazione²⁰. Per affermare che vi è stata una manifesta violazione del diritto, infatti, non occorre dimostrare che la disposizione X abbia un solo significato A, e non quello B, ricavato dal giudice presunto responsabile della violazione, ma è sufficiente dimostrare che la disposizione interpretata *sicuramente non abbia* il significato B individuato dal giudice (al contempo, la stessa disposizione può avere, invece, una molteplicità di altri significati). La tesi per cui una disposizione può avere *alcuni* possibili significati (non *qualsiasi* significato) dovrebbe corrispondere alla teoria scettica in versione moderata. Secondo tale teoria, dal testo si genera una cornice di significati, che circonda l'insieme dei significati possibili in base ad una serie di criteri (a partire dalle regole della lingua, etc.), senza ridurlo ad un solo significato, univoco e preciso: all'interno di questo insieme delimitato l'interprete potrà scegliere discrezionalmente il significato. Pertanto, per affermare che vi è stata una violazione manifesta del diritto, occorre dimostrare che la norma B che il giudice ha fatto derivare dalla disposizione X sia chiaramente (*al di là di ogni ragionevole dubbio*²¹) al di fuori della cornice dei significati possibili. Una dimostrazione di questo tipo è molto problematica, perché i contorni della cornice possono essere "sfumati", e possono sussistere dissensi in merito alla cornice stessa²². Si tenga conto che, in un ipotetico processo vertente sulla responsabilità civile imputabile al magistrato per violazione manifesta del diritto derivante da attività interpretativa, l'accertamento della violazione manifesta sarebbe, per l'appunto, processualizzato. Si deve ammettere che il metodo processuale, comportando un confronto/scontro

¹⁸ Cfr. A. PACE, *op. cit.*, 4731.

¹⁹ Ritenere che dai testi normativi sia possibile ricavare un solo, univoco e preciso significato «contrasta in modo stridente con due fenomeni comuni a qualunque esperienza giuridica: i contrasti interpretativi e, più ancora, i mutamenti di interpretazione (e, tra questi, i *revirements* giurisprudenziali)» (cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 34).

²⁰ Sulle tesi principali sostenute dalla teoria cognitiva dell'interpretazione, cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 31 s.

²¹ Se, infatti, residuasse anche solo un ragionevole dubbio, la violazione non potrebbe dirsi manifesta. Comunque, non si dovrebbe trattare di una generica ragionevolezza, ma della "specificata" ragionevolezza che deve caratterizzare l'interpretazione di un soggetto peculiare quale il giudice, in base a quei "limiti" dell'interpretazione giudiziale cui si è fatto cenno.

²² «La stessa cornice, infatti, può essere oggetto di controversia e pertanto risultare "aperta". Anche perché l'attribuzione ad una disposizione di un significato "nuovo", che non ricade nella cornice, ha l'effetto di allargare la cornice stessa: nel senso che agli interpreti futuri si presenta una cornice che lo include» (cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 34). Sul punto, una posizione analoga sembra essere assunta da Twining e Miers: «L'interprete dubbioso o insoddisfatto ha a propria disposizione diverse scelte, ma la gamma di interpretazioni possibili o plausibili o altrimenti opportune è, in concreto, soggetta a limitazioni. La natura e la forza di queste limitazioni varia a seconda del contesto. [...] In un contesto ben definito e specificamente individuato il determinare l'ambito e i limiti della scelta nell'interpretazione si risolve però in valutazioni assai difficili» (cfr. W. TWINING-D. MIERS, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1990, 251).

dialettico di argomentazioni, sulla scorta del quale il giudice è chiamato a decidere in maniera obiettiva e a motivare razionalmente la sua decisione, offre delle possibilità non trascurabili per l'accertamento della violazione manifesta. Però, la processualizzazione dell'accertamento della violazione manifesta può significare, anche, che il giudice si possa convincere della sussistenza di violazione manifesta anche a causa della scarsa abilità dialettica con cui si è tentato di dimostrare la presenza di "ragionevoli dubbi" sulla stessa. Se, invece, il tasso di abilità dialettica sarà elevato, non sarà difficile sollevare ragionevoli dubbi per far sì che l'accertamento di violazione manifesta abbia esito negativo, ma si potrebbe comunque pervenire ad accertamenti positivi di violazione manifesta, sia perché lo stesso giudice della responsabilità potrebbe compiere valutazioni sbagliate, sia perché potrebbe adottare criteri diversi da quelli del convenuto per stabilire quando il dubbio sia ragionevole²³. Si deve ricordare, certamente, che esistono anche le teorie cosiddette eclettiche o "miste" dell'interpretazione, in base alle quali nel diritto è possibile riscontrare "zone di luce", in cui il testo normativo (o la questione della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta)²⁴ è chiaro, e "zone di ombra", in cui il testo normativo (o la questione della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta) è non chiaro²⁵. Si può osservare, tuttavia, che è ben possibile che non vi sia unanimità sull'identificazione della "luce" e dell' "ombra"; anzi, se (secondo taluno) una violazione manifesta nell'esercizio di attività interpretativa c'è stata, tale unanimità evidentemente non sussiste: «chi stabilisce infatti, se non l'interprete, se vi sia e ove termini la zona di luce o ove inizi la zona di penombra?»²⁶). Bisogna riconoscere che «*la decisione sulla chiarezza o meno di un enunciato normativo è dei giudici, più in generale degli interpreti. La luce o la penombra non è dunque una caratteristica dell'enunciato, ma la proiezione sulla norma dell'attività degli interpreti*»²⁷.

L'aspetto forse più problematico della nozione di violazione manifesta del diritto, ai fini della responsabilità civile del giudice, risiede proprio in ciò, che l'interpretazione di un magistrato debba essere sottoposta all'accertamento, svolto da un altro magistrato, del carattere manifesto di un'eventuale violazione del diritto che l'interpretazione suddetta avrebbe comportato. In ragione di che cosa l'interpretazione del magistrato che giudica sulla responsabilità è preferita a quella del

²³ Da un certo punto di vista, si potrebbe ritenere che la processualizzazione di questo accertamento sia accettabile: infatti, se ci si accontenta di una verità processuale "al di là di ogni ragionevole dubbio", con tutti i limiti che essa può avere, addirittura per accertare la responsabilità penale e limitare la libertà personale degli individui, perché essa non dovrebbe bastare per accertare la responsabilità civile del magistrato per violazione manifesta del diritto dovuta ad attività interpretativa? Ad una tale considerazione si potrebbe obiettare, però, che il punto debole della responsabilità civile per violazione manifesta del diritto dovuta ad attività interpretativa risieda non nel fatto che l'accertamento processuale è fallibile e limitato, ma nel fatto che non abbia senso parlare di violazioni manifeste del diritto sussistenti oggettivamente, e non, semplicemente, in quanto appaiano manifeste all'interprete di turno.

²⁴ Secondo una versione della teoria eclettica, chiarezza e oscurità sono caratteristiche del testo, secondo un'altra, invece, dei casi e delle controversie concreti (cfr. R. GUASTINI, *op. cit.*, 28 ss.).

²⁵ In relazione alle prime, l'interprete dovrebbe limitarsi a "conoscere"; in relazione alle seconde, invece, sarebbe chiamato ad operare una decisione discrezionale

²⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Cedam, Padova, 2002, 9.

²⁷ *Ibidem*.

magistrato che viene giudicato? A questa domanda non si riesce a trovar risposta. Del resto, è stato opportunamente messo in evidenza che la linea adottata dalla Corte di Giustizia sulla generazione di responsabilità riconducibile ad attività interpretativa potrebbe rispondere anche ad una certa esigenza dell'ordinamento dell'Unione: consentire l'esercizio della funzione nomofilattica anche *dopo* la pronuncia dell'organo giurisdizionale di ultimo grado. E' vero che sull'ipotesi di responsabilità per violazione (manifesta) del diritto dell'Unione si pronuncerebbero i giudici nazionali, ma potrebbe anche configurarsi un impiego del rinvio pregiudiziale nel corso di un giudizio interno sulla responsabilità per violazione manifesta²⁸.

1 febbraio 2013

²⁸ Per queste considerazioni, cfr. T. GIOVANNETTI, *La responsabilità civile dei magistrati come strumento di nomofilachia? Una strada pericolosa*, *Foro it.*, 2006, IV, 423 ss., il quale intravede il rischio di uno snaturamento della responsabilità imputabile al magistrato, piegata al raggiungimento di un diverso obiettivo: l'uniformità del diritto.