

SETTIMO SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE
21 SETTEMBRE 2018

**PATOLOGIE ERMENEUTICHE AI FINI DELLA
RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI*¹**

CATERINA TOMBA

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Appunti sulla nozione di responsabilità giuridica – 3. Evoluzione normativa e giurisprudenziale della responsabilità civile dei magistrati – 4. Della nozione di «precedente» e dell'intensità del vincolo – 5. Il contrasto dell'atto o del provvedimento con i precedenti

1. Premessa

Per comprendere al meglio la prospettiva del presente lavoro risulta necessaria una breve premessa, che avverta fin da subito il lettore dello scopo della trattazione.

Il punto di partenza è costituito da un interrogativo di fondo: può la responsabilità giuridica dei magistrati, nella sua specie di responsabilità civile, costituire uno strumento il cui fine non sia soltanto sanzionatorio e riparatorio, bensì anche rafforzativo dell'intensità dei vincoli ermeneutici costituiti dai precedenti giurisprudenziali, sì da tendere a garantire anche la certezza del diritto? A nostro avviso sì ed opportunamente, poiché nella nostra prospettiva il vincolo ermeneutico potrebbe costituire un utile strumento di “prevenzione” delle “patologie” ermeneutiche da cui le decisioni giudiziarie possano essere affette. L'idea di fondo, però, non è la tradizionale contrapposizione tra libertà interpretativa e vincolo del precedente, che vede nel rafforzamento dell'uno il sacrificio

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo.

¹ Il presente lavoro è frutto di una parziale rielaborazione della relazione tenuta al Seminario dei dottorandi, Gruppo di Pisa, Università degli studi Roma Tre, 21 settembre 2018, già pubblicata in www.gruppodipisa.it e rappresenta una breve esposizione della tesi di dottorato discussa presso l'Università di Pisa il 14 novembre 2018.

dell'altra, ma l'opinione secondo cui l'esistenza di "interpretazioni guida" dotate di una determinata forza attribuisca all'eventuale decisione dissenziente un fondamento più solido, poiché in tal caso si renderebbe necessaria una motivazione maggiormente adeguata e convincente.

Accanto a tale visione, poi, riteniamo sia sorta, proprio alla luce della normativa sulla responsabilità in questione, una esigenza ulteriore: parificare la posizione assunta dai giudici nazionali – di merito, di legittimità e costituzionali – rispetto a quella della Corte di giustizia dell'Unione europea nel costante e sempre più diffuso "dialogo", i cui interlocutori riteniamo non possano, e non debbano, essere soltanto le Corti istituzionalmente intese, ma gli ordinamenti complessivamente considerati, dei quali i giudici (tutti) si fanno portavoce. E se uno dei due interlocutori non mostra una certa unità di vedute, che conferisce solidità (ma non irriducibilità) alla posizione da questi assunta, la sua voce sarà certamente meno forte, mostrandosi, per così dire, "più debole" in un dialogo che, se portato alle estreme conseguenze, potrebbe trasformarsi in un monologo con evidenti ricadute anche sulla forma di governo.

L'esposizione di questa tesi finale esige, per ragioni di chiarezza, di essere affrontata secondo il seguente schema: in primo luogo si chiarirà quale nozione di responsabilità ne costituisce il presupposto; in secondo luogo si accennerà all'evoluzione normativa e giurisprudenziale del regime di responsabilità civile dei magistrati che ne costituisce l'oggetto; in terzo luogo si chiarirà quali siano, attualmente, l'intensità e la forza (giuridica o fattuale) dei vincoli prodotti dalle interpretazioni giuridiche a seconda dell'organo da cui provengono; infine, si tenterà trarre delle, seppur provvisorie, conclusioni.

2. Appunti sulla nozione di responsabilità giuridica

Una prima elaborazione teorica del concetto di responsabilità² giuridica sembrerebbe esser stata tentata da Villey³, il quale, collocando la nascita del significato «autenticamente giuridico» della responsabilità nel diritto romano e in particolare nella *Lex Aquilia*⁴, individua il carattere giuridico della responsabilità nella mera sottoponibilità dell'atto al giudizio di un tribunale, a nulla rilevando connotazioni morali e psicologiche del comportamento ingiusto⁵. Ma questa costruzione è strettamente legata ai pilastri teorici del diritto romano che, pur avendo prodotto notevoli influenze sul concetto moderno di responsabilità giuridica, sono stati abbandonati dalle filosofie moderne che hanno condotto alle codificazioni tradizionali, incentratesi, invece, sull'elemento soggettivo e sui concetti, moderni, di volontà, libertà, potere e autodeterminazione. Allora, sul piano teorico, deve rilevarsi una certa difficoltà ad approdi definitivi che si incentrino sulla giuridicità come carattere

² Sul concetto generale di responsabilità si vedano, almeno, RESCIGNO G.U., voce *Responsabilità (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1341 ss.; MAIORCA C., voce *Responsabilità (teoria generale)*, *ivi*, 1004 ss.; SCARPELLI U., *Riflessioni sulla responsabilità politica. Responsabilità, libertà, visione dell'uomo*, in *Atti del XIII Congresso Nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica*, Milano, 1982, 47 ss.; MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, 229, la cui definizione è accolta da BIONDI F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, 3. Un'analisi semantica del termine in tutte le sue traduzioni in lingue neolatine si trova in FODDAI M.A., *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Torino, 2005, 11 ss.

³ VILLEY M., *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de philosophie du droit*, Parigi, 1977.

⁴ Su cui si rinvia a CANNATA A., *Sul testo della Lex Aquilia e la sua portata originaria*, in VACCA L. (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995, 32 ss.

⁵ VILLEY M., *op. ult. cit.*, 51.

precipuo di questa forma di responsabilità, riscontrabili esclusivamente procedendo *a contrario*, a partire dall'analisi delle varie sotto-forme di responsabilità giuridica⁶.

Indispensabile, allora, ricorrere, *in primis*, alla "più teorica" delle definizioni, di paternità kelseniana, secondo cui «un individuo è giuridicamente obbligato ad un certo comportamento, se il suo comportamento opposto è elevato a condizione di un atto coercitivo, considerato come sanzione»⁷: in tal caso dovrebbe parlarsi di responsabilità giuridica. Gli elementi distintivi della responsabilità giuridica consisterebbero, allora, nella giuridicità dell'obbligo e nel rapporto di condizione/effetto esistente tra l'inadempimento dell'obbligo e la sanzione. Ciò sembrerebbe, a prima vista, sufficiente per distinguere questa forma di responsabilità dalla responsabilità morale⁸, in cui mancherebbe il carattere giuridico dell'obbligo⁹ e dalla responsabilità politica¹⁰, in cui mancherebbero entrambi gli elementi, potendo essere solo parzialmente giuridico l'obbligo e solo potenzialmente e relativamente consequenziale la sanzione¹¹.

Il rapporto di consequenzialità tra dovere giuridico e sanzione permette di qualificare il comportamento positivo o negativo come atto illecito, ovvero un atto contrario alla norma giuridica che contiene il dovere giuridico¹². Sempre secondo la costruzione kelseniana, ciò basterebbe a concludere che la responsabilità giuridica si sostanzia nell'illiceità di un atto cui segue una sanzione. A nostro avviso, però, non è la previsione di una qual si voglia sanzione a caratterizzare la responsabilità

⁶ Suggestiva, in tal senso, la ricostruzione di HART H.L.A., *Responsabilità e pena. Poscritto: responsabilità e retribuzione*, trad. a cura di JORI M., Milano, 1981, 239 ss.

⁷ KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 142.

⁸ Sul tema si vedano, in particolare, ABBAGNANO N., *Il giudizio di responsabilità nella morale e nel diritto*, in *Riv. Fil.*, 1957, 35 ss. e MORI M., *Utilitarismo e morale razionale. Per una teoria etica obiettivista*, Milano, 1986.

⁹ Assente, nelle norme morali, sarebbe, in tal senso, il c.d. imperativismo eteronomo, su cui si veda MODUGNO F., *Apunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Torino, 2000, 8 ss.

¹⁰ Su cui si vedano, almeno, CARETTI P., voce *Responsabilità politica*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1993; ANGIOLINI V., *Le bràci del diritto costituzionale ed i confini della responsabilità politica*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 57 ss.; RESCIGNO G. U., *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 36 ss.

¹¹ L'assenza della sanzione giuridica è la ragione fondante la scissione tra responsabilità politica e responsabilità giuridica, alla quale riteniamo di aderire, operata da Rescigno, il quale ricostruisce cinque «schemi» di responsabilità politica a dimostrazione e supporto della sua autonomia e peculiarità. Cfr., in particolare, RESCIGNO G. U., *La responsabilità politica*, cit. In senso analogo, CARETTI P., voce *Responsabilità politica*, cit.; NOCILLA D., *Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica*, in AA. VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985; ID., *Crisi della rappresentanza e partiti politici*, in *Giur. cost.*, 1989, II, 527 ss.; AMATO G., *L'ispezione politica del Parlamento*, Milano, 1968; LANCHESTER F., *Rappresentanza, responsabilità e tecniche di espressione del suffragio*, Roma, 1990; da ultimo, ANGIOLINI V., *La difficile convivenza tra responsabilità politica e responsabilità giuridica*, in ZANON N. – BIONDI F. (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica. Atti del convegno, Milano, 16-17 marzo 2000*, Milano, 2001, 3 ss. Altri altrettanto autorevoli Autori, invece, ritengono che la responsabilità politica, pur con tutte le sue peculiarità, rientri in ogni caso nel *genus* responsabilità giuridica. Primo fra tutti, PACE A., *Il potere di inchiesta nelle Assemblee legislative*, Milano, 1973, 139, nota 35, ma anche in ID., *Le forme extrapenali di responsabilità del Capo dello Stato*, in LUCIANI M. – VOLPI M. (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 383 ss.; GALEOTTI S., voce *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 324 ss.; GALIZIA M., *Fiducia parlamentare*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 388 ss.; PITRUZZELLA G., *Responsabilità politica*, in *Dig. disc., pubbl.*, XII, Torino, 1997, 289 ss.; MORTATI C., op. ult. cit., 585, nota 1; FERRAJOLI C. F., *La responsabilità politica come responsabilità per rappresentanza*, in AZZARITI G. (a cura di), *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità*, Torino, 2005, 123 ss.; SCARPELLI U., *Riflessioni sulla responsabilità politica*, cit.; FERRARA G., *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 20 ss.

¹² Più precisamente l'illiceità dell'atto non consiste nella mera contrarietà alle norme giuridiche, ma si identifica nella previsione, per quell'atto, di una sanzione, di una conseguenza sfavorevole predisposta dall'ordinamento. La contrarietà alle norme giuridiche, in altre parole, è necessaria ma non sufficiente a qualificare l'atto come atto illecito, poiché «l'efficacia di un ordinamento giuridico si manifesta tanto nell'effettivo adempimento delle norme giuridiche [...], quanto nell'applicazione delle norme giuridiche (cioè nell'esecuzione delle sanzioni da esse stabilite)» KELSEN H., cit., 139.

giuridica, bensì uno specifico carattere della *sanzione* consistente nella sua configurabilità come *peso gravante sul soggetto ritenuto responsabile*.

Ciò rende specificabile la responsabilità giuridica rispetto al concetto generale di responsabilità, in cui la sanzione, la conseguenza, è sì presente, ma potrebbe anche manifestarsi semplicemente come attribuzione di un fatto ad un determinato soggetto in termini, si consenta l'atecnicismo, di colpevolezza.

Ciò permette di estendere il concetto di responsabilità giuridica anche alle ipotesi, sempre più frequenti negli ordinamenti moderni, di «responsabilità oggettiva per rischio»¹³, senza dover abbandonare, come auspicato invece da parte di alcuni autori, una ricostruzione di responsabilità giuridica fondata sul concetto di dovere giuridico, in favore di una diversa «tecnica normativa sulla quale basare il giudizio di responsabilità»¹⁴.

Fatte queste riflessioni teoriche possiamo ora utilizzare, ai nostri fini, la magistrale definizione che Gustavo Zagrebelsky pone come premessa alle sue considerazioni sulla responsabilità dei magistrati: la responsabilità è «lo strumento sanzionatorio e riparatorio in risposta ad atti illeciti»¹⁵; con una precisazione: la responsabilità giuridica è *uno degli* strumenti sanzionatori e *l'unico* strumento eventualmente riparatorio in risposta ad atti illeciti.

3. Evoluzione normativa e giurisprudenziale della responsabilità civile dei magistrati

Alla luce del suddetto concetto di responsabilità giuridica, occorre preliminarmente chiedersi se questo regime possa essere indirizzato anche ai magistrati, tenendo in considerazione tanto il ruolo da essi storicamente assunto all'interno dell'ordinamento¹⁶ quanto, soprattutto, la considerazione costituzionale della funzione da essi esercitata¹⁷. Al riguardo si evidenzia che l'indipendenza e l'autonomia¹⁸ della magistratura costituiscono «un tutt'uno con la funzione giurisdizionale, dal momento che ne garantiscono lo svolgimento neutro e imparziale»¹⁹, ragion per cui si rende necessario un bilanciamento che contenga in sé il soddisfacimento di diverse esigenze; bilanciamento che dal punto di vista teorico e istituzionale appare indispensabile²⁰ poiché se, da una parte, «l'esigenza di indipendenza interna ed esterna rischia di sfociare in una vera e propria irresponsabilità dei magistrati ([...] incompatibile col sistema democratico)», dall'altra «un'assoluta irresponsabilità può es-

¹³ L'espressione si deve a TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, VII, Milano, 1986, 15.

¹⁴ DI MAJO A., *Problemi e metodo del diritto civile*, vol. III, Milano, 1987, 185, secondo il quale la tecnica che dovrebbe preferirsi sarebbe quella «di permettere-autorizzare l'esercizio dell'attività, con il limite dell'accogliamento (del rischio) dei danni da essa provocati a carico del soggetto o dei soggetti che dall'attività traggono profitto».

¹⁵ ZAGREBELSKY G., *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giur. Cost.*, 1982, 780.

¹⁶ Per una recente ricostruzione storica della magistratura in Italia cfr. l'approfondito MENICONI A., *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012.

¹⁷ Si vedano, per tutti, PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990; SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino, 1997, nonché, di recente, ZANON N. – BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, Bologna, 2014.

¹⁸ Si veda, per tutti, BARTOLE S., *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964.

¹⁹ DAL CANTO F., *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano. La progressiva trasformazione di un modello: dalla responsabilità del magistrato burocrate a quella del magistrato professionista*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3 novembre, 2007, 4.

²⁰ «la vera questione costituzionale [...] consiste tuttavia nel conciliare l'affermazione della responsabilità con la tutela dell'indipendenza», così ZANON N. – BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 274.

sere fonte di arbitri, negligenze ed imperizia tali da ledere gravemente i fondamentali diritti dei cittadini e l'ordine della comunità»²¹.

Il superamento in sede costituente del modello di giudice funzionario, gerarchicamente e burocraticamente organizzato, però, come è stato osservato, «si è fermato a metà»²²: il compromesso²³ raggiunto dall'Assemblea costituente²⁴ ha prodotto come riflesso un modello di sistema giudiziario e di giudice ambiguo²⁵, in cui si è cercato di far convivere l'attribuzione e la valorizzazione della creatività giurisprudenziale con una sostanziale retrovisione di tecnicismo della stessa attività giudiziaria²⁶, con conseguenze rilevanti, quindi, anche sul regime di responsabilità. Se, riguardo allo *status* dei magistrati, possiamo ritenere esser stato grosso modo raggiunto lo scopo di conferire autonomia e indipendenza all'ordine²⁷, in relazione al regime di responsabilità non può dirsi altrettanto²⁸, al punto che la dottrina maggioritaria ha parlato di una «irresponsabilità di fatto»²⁹ o, addirittura, di assenza nell'intero sistema giudiziario tanto di responsabilità quanto di professionalità³⁰.

²¹ VOLPE G., *Diritti, doveri e responsabilità civile*, in PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 442.

²² NICCOLAI S., *Vicende dello status dei magistrati in Italia: una contestazione del modello burocratico di giurisdizione che si è fermata a metà*, in CERVATI A. A. – VOLPI M., *Magistratura e Consiglio Superiore in Francia e in Italia*, *Atti del Convegno (Perugia, Sala del Consiglio Provinciale, 22 maggio 2009)*, Torino, 2010, 54.

²³ Le cui ragioni sono ben evidenziate ed approfondite da BENVENUTI S., *Magistratura. Preoccupazioni corporative e riforma della giustizia, tra aperta interlocuzione e influenze indirette*, in BURATTI A. – FIORAVANTI M. (a cura di), *Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*, Roma, 2010, 385 ss.

²⁴ Indispensabili le pagine di CALAMANDREI P., *Governo e magistratura*, in CAPPELLETTI M. (a cura di), CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, II, Napoli, 1966.

²⁵ GIULIANI A. – PICARDI N., *La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano*, in ID. (a cura di), *L'educazione giuridica*, III, Perugia, 1978, 564 ss.; NICCOLAI S., *Vicende dello status dei magistrati in Italia*, cit., 53; CAPPELLETTI M., *Giudici irresponsabili? Studio comparativo sulla responsabilità dei giudici*, Milano, 1988, 86; ZANON N. – BIONDI F., *Il sistema costituzionale della magistratura*, cit., 279; GUARNIERI C., *La magistratura in Italia: un profilo storico e comparato*, in BIAVATI P. – GUARNIERI C. – ORLANDI R. – ZANON N., *La giustizia civile e penale in Italia. Aspetti ordinamentali e organizzativi*, Bologna 2008, 54.

²⁶ CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984; MANNELLA F., *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli, 2011. Sul concetto di “creatività” giudiziaria e sulle sue, attuali, implicazioni si veda LAMORGESE A., *L'interpretazione creativa del giudice non è un ossimoro*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016. Indispensabile l'opera di BARAK A., *La discrezionalità del giudice* (Yale, 1989), trad. a cura di MATTEI I., Milano, 1995.

²⁷ Si rinvia, fra i tanti e per le numerose problematiche, a SALAZAR C., *Il Consiglio superiore della magistratura e gli altri poteri dello Stato: un'indagine attraverso la giurisprudenza costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; PIZZORUSSO A., *Il Consiglio superiore della magistratura nella forma di Governo vigente in Italia*, in *Quaderni giust.*, 1982, 2, 281 ss.; PANIZZA S., *sub art. 104*, in BIFULCO R. – CELOTTO A. – OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2015 ss. Sul C.S.M. e sul suo funzionamento si vedano, tra gli altri, MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, Torino, 2001; COLITTO F., *Il Consiglio superiore della magistratura*, Campobasso, 1972; FERRARI G., *Consiglio superiore della magistratura, autonomia dell'ordine giudiziario e magistrati*, in AA. VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974, 2263 ss.; DEVOTO M., *Il ruolo del Consiglio superiore della magistratura nell'ordinamento costituzionale italiano*, in PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit., 279 ss.; ID., *Costituzione del giudice e Consiglio superiore della magistratura*, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano, 1977, 149 ss.; BARTOLE S., *Materiali per un riesame della posizione del Consiglio superiore della magistratura*, *ivi*, 1 ss.; ID., *Consiglio superiore della magistratura: due modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 1988, 427; PATRONO M., *Scenari per una riforma del Consiglio superiore della magistratura*, *ivi*, 447 ss.; PIZZORUSSO A., *Problemi definitivi e prospettive di riforme del C.S.M.*, in *Quad. cost.*, 1989, 471 ss.; BRUTI LIBERATI E., *Note sulla composizione e sul sistema elettorale del Consiglio superiore della Magistratura*, in *Questione Giustizia*, 1984, 799 ss.; CARAVITA B. (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, Bari, 1994. Interessanti le letture sulla potestà normativa del C.S.M., tra le quali si vedano, in particolare, SORRENTINO F., *I poteri normativi del C.S.M.*, in CARAVITA B. (a cura di), *Magistratura, C.S.M. e principi costituzionali*, cit., 36 ss. e il recente SERGES GIO., *La potestà normativa del Consiglio Superiore della Magistratura*, in MAZZAMUTO S. (a cura di), *Il Consiglio Superiore della Magistratura*, cit., 37 ss.

²⁸ D'altronde, a dimostrazione delle evidenti difficoltà compromissorie, FASSONE E., *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, I, Milano, 1980, 3, apre il suo contributo rilevando che «la grande maggioranza degli Autori che si sono occupati del tema della responsabilità del giudice si muove sostanzialmente nel perimetro di

Da questo punto di vista è, però, il caso di operare una distinzione teorica sulla base della quale verificare il rispetto dei principii costituzionali³¹ di cui agli artt. 101 e ss.³² e, per quel che rileva ai nostri fini, 24 e 28 della Costituzione, da parte della disciplina sulle forme di responsabilità cui è sottoposto il giudice.

È necessario quindi distinguere tra: responsabilità del giudice *personale*³³, consistente essenzialmente nelle ipotesi di responsabilità penale – cui si aggiunge, in relazione al rapporto di servizio intercorrente tra il magistrato e lo Stato, la responsabilità contabile per danno erariale –; responsabilità *verso le parti*, che, come vedremo, può conformarsi in modo *diretto* ovvero *indiretto*, mediante la proponibilità dell'azione, in quest'ultimo caso, verso lo Stato con conseguente azione di rivalsa; responsabilità *verso l'ordine di appartenenza*, che, con l'istituzione del Consiglio Superiore, consiste essenzialmente nell'attribuzione del potere disciplinare in capo a quest'ultimo³⁴.

La forma di responsabilità che interessa il nostro discorso è quella verso le parti, vale a dire la responsabilità civile, la cui disciplina normativa ha subito una evoluzione particolarmente faticosa, le cui riforme sono sempre state spinte da condizionamenti esterni alle aule parlamentari.

Il primo intervento riformatore, l'unico con legge organica, è infatti avvenuto a seguito dell'esito positivo del referendum abrogativo³⁵ avente ad oggetto le uniche disposizioni fino ad allora ad essa dedicate: gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. del 1940³⁶.

una contrapposizione di valori accettata come insuperabile: la responsabilità si oppone all'indipendenza del magistrato, nel senso che la sottolineatura della prima viene intesa come un sacrificio della seconda, e questo sacrificio viene riguardato come il prezzo che occorre inevitabilmente pagare per salvaguardare il valore antitetico».

²⁹ Evidenziata, in particolar modo, da RAIOLA L. V., *La responsabilità civile della magistratura nel nuovo contesto europeo*, Roma, 2014, 24 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁰ In questo senso CAPPELLETTI M., *Giudici irresponsabili?*, cit., VII s.

³¹ Il dibattito dottrinario sul tema si è intensificato soprattutto, in seguito alla sentenza Corte cost. n. 2 del 14 marzo 1968, tra gli anni '70 e '80 e ha visto tra i suoi protagonisti CAPOTOSTI A., *Profili costituzionali della responsabilità del giudice*, in *Foro amm.*, II, 1968; MURGIA S., *Appunti in tema di responsabilità civile dei magistrati*, ivi, III, 1971, 525 ss.; GIACOBBE G., *Indipendenza e responsabilità del giudice*, in *La magistratura*, 1972; BORRI A., *Responsabilità (per colpa grave) del magistrato*, in *Rass. dei magistrati*, 1973, 255 ss.; SANDULLI A. M., *Atti del giudice e responsabilità civile*, in *Diritto e società*, 1974, 481 ss.; VOLPE G., *Diritti, doveri e responsabilità civile*, in PIZZORUSSO A. (a cura di), *L'ordinamento giudiziario*, cit., 439 ss.; SICARDI S., *Posizione costituzionale del giudice tra potere e responsabilità*, in *Studi urbinati*, 1975-1976, 319 ss.; PIGNATELLI A., *I rapporti tra indipendenza e responsabilità del giudice nello Stato democratico*, in AA. VV., *La riforma dell'ordinamento giudiziario e i problemi della giustizia: atti del convegno nazionale organizzato dal Centro di studi e iniziative per la riforma dello Stato*, Roma, 10-12 dicembre 1976, Roma, 1977, 267 ss.; DI GIOVINE A., *Il giudice fra indipendenza e responsabilità*, in *Quale giustizia*, 1977, 750 ss.; FASSONE E., *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 3.

³² Con riguardo, inevitabilmente, alla legge sull'ordinamento giudiziario che, come evidenzia ROMBOLI R., *La nuova disciplina ed il ruolo del giudice oggi*, in *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *Foro it.*, V, 2006, 50, rappresenta «in qualche misura specchio e condizione della posizione del giudice nel sistema».

³³ Riteniamo di escludere, invece, una responsabilità politica del giudice, pure da alcuni ipotizzata. Si vedano, al riguardo, fra i molti, VOLPE G., *Sulla responsabilità politica dei giudici*, in AA. VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, cit., 809 ss.; ZAGREBELSKY G., *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, cit., 780 ss.

³⁴ Sulla quale vi è amplissima letteratura. Ci limitiamo, qui, a rinviare ai contributi più recenti: CAMPANELLI B., *Il giudizio disciplinare dei magistrati ordinari: procedimento o processo? Natura, garanzie, criticità e ipotesi di riforma*, Torino, 2018 e LONGHI L., *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

³⁵ Referendum abrogativo svoltosi l'8 e il 9 novembre 1987. Si vedano, al riguardo, alcuni interventi sulle più importanti testate giornalistiche del tempo: NEPPI MODONA G., *Quel referendum contro i giudici*, in *la Repubblica*, 16 marzo 1986; SCALFARI E., *Le ragioni dei giudici, le colpe dei partiti*, in *la Repubblica*, 18 ottobre 1987; GREVI V., *Per i magistrati è in gioco l'autonomia*, in *Il Sole-24 Ore*, 8 novembre 1987. Sull'uso politico del referendum nei confronti della magistratura cfr. BRUTI LIBERATI E. – PEPINO L., *Giustizia e referendum*, Roma, 2000; FERRI G., *Magistratura e potere politico. La vicenda costituzionale dei mutamenti del sistema elettorale e della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura*, Padova, 2005.

La legge n. 117 del 1988³⁷, rispondendo alla ormai da tempo sentita esigenza³⁸ di adattare la disciplina della materia ai sopravvenuti principii costituzionali, primo fra tutti l'art. 28 Cost. che come noto estende allo Stato la responsabilità dei suoi dipendenti, ha radicalmente modificato la disciplina codicistica, sostituendo alla responsabilità (limitatissima) diretta del magistrato un diverso sistema fondato sul c.d. "doppio binario"³⁹, costituito da una responsabilità diretta dello Stato e da una, non eventuale, responsabilità indiretta del magistrato, sul quale solo lo Stato, a seguito dell'esito risarcitorio del primo giudizio, poteva rivalersi mediante l'apposita azione di rivalsa dalla stessa legge disciplinata⁴⁰. Dal punto di vista sostanziale la più importante innovazione apportata dalla legge 117/88 è costituita dall'imputabilità della responsabilità civile al magistrato nel caso in cui il danno da questi prodotto fosse stato provocato da un suo comportamento gravemente colposo⁴¹, essendo, invece, precedentemente prevista la sola ipotesi dolosa. Contestualmente, però, la medesima legge aveva tipizzato i fatti costituenti colpa grave, richiedendo che questi fossero connotati dall'elemento soggettivo consistente in una negligenza inescusabile, espressione che la giurisprudenza di legittimità ha sempre interpretato in modo particolarmente restrittivo, impedendo, di fatto, che il danno prodotto dal magistrato trovasse ristoro⁴². Impedimento raggiunto, peraltro, anche grazie ad altre

³⁶ Sulle quali si rinvia, tra i molti, a GIULIANI A. – PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, cit., MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1899; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, IV, Napoli, 1928, 482 ss.; SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, cit., 216; BIONDI F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, cit.; COMOGLIO L. P., *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 36 ss.; TROCKER N., *La responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, II, 1982, 1312 ss.; FASSONE E., *Il giudice tra indipendenza e responsabilità*, cit., 7 ss.; PINTUS F., voce *Responsabilità del giudice*, cit., 1472 ss.; VIGORITI V., *Le responsabilità del giudice. Norme, interpretazioni, riforme nell'esperienza italiana e comparativa*, Bologna, 1984, 34 ss.; SCOTTI L., *La responsabilità civile dei magistrati. Commento teorico-pratico alla legge 13 aprile 1988, n. 117*, Milano, 1988, 35 ss.; FERRI G., *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in *Dir. soc.*, 1/2012, 15 ss.

³⁷ Sui disegni di legge presentati precedentemente al referendum abrogativo si rinvia a PICARDI N., *Introduzione*, in AA. VV., *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)*, Padova, 1990, 9, nota 6.

³⁸ Manifestata anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 2 del 1968, con note di ANNUNZIATA M., *Sulla responsabilità del giudice e riflessi costituzionali della sua normativa*, in *Temi napoletani*, 1968, 216 ss.; CAPOTOSTI P.A., *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro amm.*, 1968, 193 ss.; CASSETTA E., *La responsabilità dei funzionari e dei dipendenti pubblici: una illusione del costituente?*, in *Giur. cost.*, 1968, 290 ss.; DUNI G., *la Corte costituzionale di fronte all'art. 28 cost. e il problema della responsabilità civile degli enti pubblici*, in *Giur. it.*, n. 1/1968, 912 ss.; SEGRÈ T., *Responsabilità per denegata giustizia e rapporto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 123 ss.

³⁹ Su cui, in particolare, PROTO PISANI A., *Il giudizio nei confronti dello Stato*, in PROTO PISANI A. – CIPRIANI F., *La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Foro it.*, V, 1988, 420 ss.

⁴⁰ Per una completa disamina della disciplina e per l'evidenza delle relative criticità si vedano, tra i tanti, CIRILLO G. P. – SORRENTINO F., *La responsabilità del giudice: legge 117/1988*, Napoli, 1988; FAZZALARI E., *Nuovi profili della responsabilità del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 1026 ss.; CICALA M., *La responsabilità civile del magistrato*, Milano, 1988; PICARDI N. – VACCARELLA R. (a cura di), *La responsabilità dello Stato giudice*, Padova, 1990; da ultimo, BIONDI F., *La responsabilità del magistrato*, cit., cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴¹ Sull'art. 2, «chiamato a mediare la maggior parte delle opposte tensioni e ad affrontare la maggior parte dei problemi affiorati prima, durante e dopo la vicenda referendaria», BRIGUGLIO A. R. – SIRACUSANO A., *Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati (commento all'art. 2 della l. 13 aprile 1988, n. 117)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 6/1989, 1226; D'ALOIA A., *Questioni in tema di responsabilità dei magistrati*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Padova, 2008;

⁴² Grazie alla distinzione tra "colpa grave" e "negligenza inescusabile" fatta propria dalla Corte di cassazione: «l'ipotesi di colpa grave di cui all'art. 2, comma 3, l. n. 117/88 sussiste quando il comportamento del magistrato si concretizza in una violazione grossolana e macroscopica della norma ovvero in una lettura di essa contrastante con ogni criterio logico, che comporta l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, la manipolazione assolutamente arbitraria del testo normativo e lo sconfinamento dell'interpretazione nel diritto libero» Cass. civ., sez. III, 18 marzo 2008, n. 7272; la negligenza inescusabile, secondo la Suprema Corte, «esige un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 cod. civ., nel senso che si esige che la colpa stessa si presenti come "non spiegabile", e

due previsioni introdotte dalla legge in questione: la c.d. clausola di salvaguardia dell'indipendenza funzionale⁴³ e il filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria. Quanto a quest'ultimo, è solo il caso di segnalare che la domanda poteva essere dichiarata inammissibile anche se manifestamente infondata, concetto, come noto, suscettibile di inglobare numerosissime ipotesi tanto che, di fatto, proprio l'attivazione del filtro ha oggettivamente reso il magistrato "immune" da responsabilità. Quanto alla clausola di salvaguardia, questa prevedeva che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non [potesse] dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». Ora, volendo darsi per assodato che l'attività del giudice costituisce sempre attività interpretativa, è chiaro che l'illimitatezza – salvo il caso di dolo, in cui non si riteneva fosse operante – della clausola impediva l'imputabilità di responsabilità nei confronti del giudice⁴⁴.

Tutto ciò ha portato, come noto, a coinvolgere dapprima la Corte costituzionale⁴⁵, che si è espressa al riguardo escludendo complessivamente l'illegittimità costituzionale della legge n. 117 del 1988, e, in seguito, la Corte di giustizia, la cui giurisprudenza, però, ha prodotto effetti diversi in ragione del contrasto da essa rilevato tra la legge in questione e il diritto euro-unitario. Confermando quanto già affermato nella sentenza *Köbler*⁴⁶, la Corte ha indicato, con specifico riferimento al diritto italiano, quali debbano essere i principi fondamentali che dovrebbero ispirare il legislatore nazionale nella disciplina della responsabilità civile dello Stato-giudice, almeno per renderla conforme al diritto euro-unitario. Le questioni pregiudiziali sottoposte al vaglio della Corte riguardavano, in particolare, la clausola di salvaguardia e le ipotesi integranti responsabilità costituite solo dal dolo e dalla colpa grave. Il quesito, come noto, è stato risolto con la sentenza, grande sezione, 13 giugno 2006, C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*⁴⁷. Sotto entrambi i profili, la Corte di giustizia ha rilevato l'incompatibilità del regime di responsabilità disciplinato dalla legge n. 117 del 1988 e l'ordinamento comunitario. Con particolare riguardo alla clausola di salvaguardia, la Corte non ritiene che la responsabilità dello Stato possa essere esclusa per il solo motivo che la violazione del diritto comunitario derivante da una pronuncia giurisdizionale risulti dall'interpretazione delle norme di diritto, non potendosi escludere che una violazione manifesta del

ciò è priva di agganci con le particolarità della vicenda, che potrebbero rendere comprensibile, anche se non giustificato, l'errore del magistrato» Cass. civ., sez. I, 26 luglio 1994, n. 6950; Cass. civ., sez. III, 5 luglio 2007, n. 15227.

⁴³ Definita, in tal senso, da ROMBOLI R., *Una riforma necessaria o una riforma punitiva*, in *Foro it.*, VI, 2015 «previsione di una "immunità" per l'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove».

⁴⁴ Sul punto si veda, ampiamente, CAMPANELLI B., *Lo "scudo" giurisprudenziale quale principale fattore della "inapplicabilità" della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?*, in ID. (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 18 del 1989, su cui cfr., a prima lettura, GIULIANI A. – PICARDI N., *I profili di costituzionalità della legge 13 aprile 1988, n. 117, e la sentenza 19 gennaio 1989, n. 18, della Corte costituzionale*, in SCOTTI L., *La responsabilità civile dei magistrati*, Milano, 1988; BEVERE A., *Dal giudice-funziario al giudice-organo della comunità: riflessioni in margine alla sentenza sulla responsabilità del giudice*, in *Giur. cost.*, II, 1989, 106 ss.; CONSOLO C., *La responsabilità dei giudici appartenenti ad organi collegiali "a composizione mista" e la verbalizzazione condizionata.*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, n. 2/1989, 565 ss.; DEL CASTELLO F., *Finalmente conclusa la querelle sulle responsabilità dei giudici.*, in *Giust. civ.*, n. 4/1989, 786 ss.; FAZZALARI E., *Una legge "difficile"*, in *Giur. cost.*, II, 1989, 104 ss.; GIANNUZZI M., *Responsabilità dei giudici ed indipendenza della magistratura*, in *Giur. it.*, n. 10/1989, 1431 ss.; RAFARACI T., *La rivisitata responsabilità civile dei magistrati: il primo intervento della Corte costituzionale*, in *Legislazione penale*, n. 4/1989, 615 ss.; SCOTTI L., *La responsabilità civile per le pronunce dei giudici collegiali nelle valutazioni della Consulta*, in *Foro it.*, n. 2/1989, 307 ss.; SORRENTINO F., *Osservazioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 1989, in tema di responsabilità civile dei giudici*, in *Cassazione penale*, n. 4/1989, 563 ss.

⁴⁶ Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03.

⁴⁷ Sulla decisione in esame cfr., fra i molti, BIONDI F., *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in www.forumcostituzionale.it, 19 giugno 2006.

diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa. Anche con riferimento all'elemento soggettivo, la limitazione della risarcibilità dei soli danni provocati con dolo o colpa grave, per come le ipotesi di colpa grave venivano tipizzate dal legislatore nazionale, veniva ritenuta in contrasto con il diritto UE. Il prosieguo della vicenda è più che noto, essendosi definitivamente concluso, a seguito della procedura di infrazione aperta dalla Commissione, con la condanna nei confronti dell'Italia.

Con qualche anno di ritardo, in ogni caso, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disciplina, modificando la l. n. 117 del 1988 ad opera della l. n. 18 del 2015, il cui fine viene espressamente sancito all'art. 1: «rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea».

Numerose e particolarmente incisive, per alcuni aspetti non perfettamente coincidenti con quanto affermato dalla Corte di giustizia, le novità introdotte⁴⁸, tra le quali in questa sede rilevano in particolare modo quelle che hanno inciso sulla conformazione degli illeciti relativi più strettamente all'applicazione giudiziaria. Limitandoci a quelle più rilevanti nel nostro discorso, si possono, oggi, ricostruire due illeciti:

- La violazione manifesta della legge, per la cui determinazione si deve tener conto, non solo ma in particolare, del grado di chiarezza delle norme violate nonché della inescusabilità e gravità dell'inosservanza;
- La violazione manifesta del diritto UE, per la cui determinazione si deve tener conto: a) del grado di chiarezza delle norme violate nonché della inescusabilità e gravità

⁴⁸ Per le quali si rinvia a BIONDI F., *La nuova disciplina della responsabilità civile dello Stato (e dei magistrati). Osservazioni a prima lettura*, in *Studium iuris*, n. 9/2015; ID., *La riforma della responsabilità civile del magistrato: una responsabilità più dello Stato che dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2015; ID., *Sulla responsabilità civile e dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, in *Quest. giust.*, n. 3/ 2015, 165 ss.; MACCORA V.E., *Introduzione. La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati: il dibattito culturale dalla legge Vassalli alla legge n. 18 del 2015. Le prospettive future*, *ivi*, 157 ss.; AMOROSO G., *Riforma della responsabilità civile dei magistrati e dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria*, *ivi*, 181 ss.; DAL CANTO F., *La legge n. 18/2015 sulla responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: tra buone idee e soluzioni approssimative*, *ivi*, 187 ss.; CESQUI E., *Il rapporto tra responsabilità disciplinare e responsabilità civile, non è solo questione procedurale. La legge sulla responsabilità civile alla prova dei fatti, un orizzonte incerto*, *ivi*, 197 ss.; SCODITTI E., *La nuova responsabilità per colpa grave ed i compiti dell'interprete*, *ivi*, 175 ss.; ID., *Le nuove fattispecie di «colpa grave»*, in *Il Foro it.*, V, 2015, parte V, 317 ss.; GRASSO G., *Note introduttive*, *ivi*, 281 ss.; ID., *La responsabilità civile dei magistrati nei documenti internazionali e negli ordinamenti di Francia, Spagna, Germania e Regno Unito*, *ivi*, 309 ss.; VIGORITI V., *La responsabilità civile del giudice: timori esagerati, entusiasmi eccessivi*, *ivi*, 287 ss.; BARONE C. M., *La legge sulla responsabilità civile dei magistrati e la sua (pressoché inesistente) applicazione*, *ivi*, 291 ss.; SCARSELLI G., *L'eliminazione del filtro di ammissibilità nel giudizio di responsabilità civile dei magistrati*, *ivi*, 326 ss.; CIANI G., *Responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, *ivi*, 330 ss.; TRAVI A., *La responsabilità civile e i giudici amministrativi*, *ivi*, 338 ss.; D'AURIA G., *«L'altra responsabilità» dei magistrati*, *ivi*, 340 ss.; ROMBOLI R., *Una riforma necessaria o una riforma punitiva?*, *ivi*, 346 ss.; CAMPANELLI G., *L'incidenza delle pronunce della Corte di Giustizia sulla riforma della responsabilità civile dei magistrati*, *ivi*, 299; ID., *La riforma della responsabilità civile dei magistrati: l'impatto delle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e il profilo (problematico) dell'eliminazione del filtro di ammissibilità*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, 379 ss.; CORTESE F. – PENASA S., *Brevi note introduttive alla riforma della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 3/2015, 1026 ss.; DE VIVO J., *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in www.federalismi.it, n. 7/2016; DI MAJO L., *Profili critici della "nuova" responsabilità civile dei magistrati: oltre la previgente disciplina?*, in *Diritto Pubblico Rassegna Online*, n. 1/2016; NISTICÒ M., *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, in www.osservatorioaic.it, n. 2/2015; DAL CANTO F., *La riforma della responsabilità civile del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2015, 405 ss.; CAFERRA V. M., *Il processo al processo. La responsabilità dei magistrati*, Bari, 2015; D'ALOIA A., *La "nuova" responsabilità civile dei magistrati*, in www.forumcostituzionale.it, 29 marzo 2015; DONNARUMMA M. R., *La riforma della legge "Vassalli" sulla responsabilità civile dei magistrati: "passaggio storico" o mero bluff?*, in *Nomos*, n. 1/2015.

dell'inosservanza; b) della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale; c) del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Entrambe le ipotesi vengono, ora, escluse dalla copertura della clausola di salvaguardia⁴⁹, derivandone che l'interpretazione del diritto dia luogo ad entrambi gli illeciti, il che altro non sembra possa significare se non che un "inescusabile e grave" errore interpretativo del diritto interno e del diritto UE determini l'insorgere della responsabilità dello Stato-giudice.

Tra tali errori interpretativi, però, quello consistente nel contrasto dell'atto o del provvedimento con i precedenti costituisce illecito esclusivamente se frutto dell'applicazione, o non applicazione, del diritto europeo, ciò destando alcune perplessità. È necessario, però, preliminarmente approfondire la tematica dei precedenti, potendo, questi, diversamente configurarsi anche a seconda dell'organo dal quale vengono espressi.

4. Della nozione di «precedente» e dell'intensità del vincolo

Parlando di vincolo del precedente ci riferiamo, specificamente, all'efficacia relativa alla *ratio decidendi* delle decisioni, vale a dire al ragionamento di tipo giuridico che sorregge il provvedimento, costituendone il presupposto logico, avulso dalla fattispecie concreta, dalle ragioni di fatto, oggetto del provvedimento adottato⁵⁰. L'efficacia di precedente, in altre parole, riguarda l'interpretazione che il giudice fa propria delle disposizioni rilevanti per il caso concreto, ma da quest'ultimo distinta: il precedente rileva per l'interpretazione; il giudicato per l'applicazione⁵¹. Con ciò non si vuole certamente affermare che i due concetti siano così nettamente scindibili⁵². In realtà, infatti, il precedente in senso proprio consta di due fattori: l'uno consistente nella *ratio decidendi*, l'altro «nella necessaria *analogia tra i fatti* del primo caso [il precedente] e i fatti del caso successivo»⁵³ – risultando evidente, in tale definizione, la connessione esistente tra il fatto e la *ratio*, tra l'applicazione e l'interpretazione –.

Da tale definizione, allora, dovrebbero essere escluse tutte le ipotesi in cui la decisione *potenzialmente* precedente non si qualifichi come decisione del caso concreto, non abbia a che fare con i

⁴⁹ Sul punto e per le relative critiche si veda NISTICÒ M., *La nuova legge sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Inquadramento storico-sistematico e profili problematici*, cit., 16.

⁵⁰ La distinzione tra *ratio decidendi* e *decisum* (il cui vincolo riguarda l'efficacia di giudicato) è più che nota. Si rinvia, al riguardo, a VISINTINI, G. (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988.

⁵¹ Accogliendo, in questa sede, una concezione "unitaria" di giudicato, riferita tanto al "giudicato in senso stretto", o al più comune giudicato sostanziale nella sua funzione positiva e negativa, quanto "all'autorità di cosa giudicata", più strettamente riferibile alla decisione in quanto tale, al provvedimento che contiene il giudicato sostanziale, definito, in contrapposizione al precedente significato, giudicato formale, non più suscettibile di impugnazioni ordinarie. In tal senso la decisione giudiziale esprime «la configurazione che l'ordine giuridico ha dato al rapporto controverso», LIEBMAN E. T., voce *Giudicato (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XVI, 1989, 8. Per una ricostruzione storica dell'istituto si rinvia a BETTI E., voce *Regiudicata (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1998, 216 ss. Sulle peculiarità che l'istituto assume nelle relative branche del diritto, si conceda il rinvio alle seguenti voci enciclopediche tutte in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989: per il giudicato civile, LIEBMAN E. T., voce *Giudicato (diritto processuale civile)*, cit.; per il giudicato amministrativo, CALABRO C., voce *Giudicato (diritto processuale amministrativo)*; per il giudicato penale, DE LUCA G., voce *Giudicato (diritto processuale penale)*; per il giudicato tributario, GLENDI C., voce *Giudicato (diritto tributario)*.

⁵² D'altronde, se è vero che «il rapporto fra interpretazione e applicazione non è una congiunzione occasionale, ma un nesso di inscindibilità», non è del tutto scontato che non possa in assoluto esserci interpretazione senza applicazione. ZAGREBELSKY G. – MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2018, 83.

⁵³ TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, 40.

fatti, ma sia una decisione di diritto, come, nel nostro ordinamento, accade per le decisioni tanto della Corte costituzionale, che giudica di norme e non di fatti, quanto della Corte di cassazione nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, alle quali devono aggiungersi anche le decisioni assunte dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo. Discorso più complesso deve essere svolto, invece, con riguardo alle decisioni della Corte EDU.

Se, allora, dovessimo accogliere questa definizione che esprime il significato «proprio ed originario»⁵⁴ del precedente, questo non avrebbe alcuna rilevanza in un sistema di *civil law* come il nostro, in cui il precedente “casistico” si considera genericamente irrilevante ai fini di una valutazione sulla motivazione delle decisioni giudiziarie, dovendo il giudice motivare sull'applicazione della legge a prescindere dall'applicazione da altri giudici fatta a casi analoghi. Ben sappiamo, però, che così non è. Nel nostro ordinamento è innegabile che le decisioni di altri giudici, soprattutto delle Corti superiori, influenzino o possano influenzare le decisioni dei giudici di merito su casi anche non analoghi in cui si debba fare applicazione di una disposizione per come interpretata da quelle Corti.

Parlando di “precedente”⁵⁵, allora, ci si riferirà, in seguito, al suo significato “improprio”, in grado di comprendere decisioni interpretative, che stabiliscono principi di diritto, forniscono interpretazioni di disposizioni costituzionali, legislative, ovvero euro-unitarie o, ancora, convenzionali, interrogandoci sul loro grado di vincolatività tanto formale quanto sostanziale per poi verificare se il regime di responsabilità civile del magistrato risultante dalla più recente novella legislativa abbia tenuto in considerazione l'evoluzione della “forza” dei precedenti ovvero abbia solo cercato di rispondere all'esigenza di riforma nata in ambito europeo.

Ciò premesso, e venendo al concreto esercitarsi della forza dei vincoli ermeneutici in questione, non potendo, per ragioni di sinteticità, analizzare dettagliatamente e sistematicamente tutte le decisioni che nel nostro ordinamento possono produrre effetti, vincolanti o persuasivi, nei confronti degli “altri” giudici, cercheremo di schematizzare quello che riteniamo essere, oggi, lo stato dei fatti.

Con riguardo alle decisioni nomofilattiche⁵⁶, tutte le riforme nel tempo susseguite relative al procedimento del ricorso in Cassazione tanto sul versante penale quanto, ancor più significativamente, sul versante civile hanno mostrato, a nostro avviso, una progressiva propensione alla valorizzazione dello *ius constitutionis* a discapito dello *ius litigatoris*, che pure la Corte continua, mar-

⁵⁴ TARUFFO M., cit., 41.

⁵⁵ In questa sede ci limiteremo ad approfondire l'eventuale vincolo del precedente nella sua dimensione esclusivamente verticale, relativo al rapporto tra decisioni delle Corti superiori e decisioni dei giudici di merito. Non tratteremo, invece, del vincolo del precedente nella sua dimensione orizzontale ovvero di autoprecedente, vale a dire al riferimento, nel primo caso, ad una decisione di giudici della stessa posizione all'interno dell'ordine (si badi, stessa posizione che si ha anche rispetto a giudici di gradi diversi), e, nel secondo caso, ad una decisione propria dello stesso giudice assunta in un tempo precedente (come il caso del richiamo dei propri precedenti da parte dell'organo di giustizia costituzionale). Sul punto cfr., TARUFFO M., *Dimensioni del precedente giudiziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 411 ss.

⁵⁶ Si vedano, almeno, già CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, cit.; CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 1053; AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, cit., 14 ss.; RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, cit.; SATTA S., voce *Corte di Cassazione*, in *Enc. dir.*, X, Roma, 1962, 801 ss.; TARUFFO M., *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991; PIZZORUSSO A., *La magistratura nel pensiero di Calamandrei*, in *Quest. giust.*, 1988, 780 ss.; SERGES GIO., *Il principio del “doppio grado di giurisdizione” nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1993, 200 ss.; BOVE M., *La Corte di cassazione come giudice di terza istanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 947 ss. Di recente, RUSCIANO S., *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012; AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012.

ginalmente, a esercitare⁵⁷. Se, in particolare, a seguito della riforma del codice di procedura civile avvenuta nel 2009 si riteneva vi fosse stata l'introduzione di una «forma “debole” della regola dello “*stare decisis*”»⁵⁸, alla luce della riforma successiva⁵⁹ riteniamo di poter affermare che tale regola abbia assunto un rafforzamento, potendo, oggi, parlarsi di una forma “media” della regola stessa.

Quanto alle decisioni della Corte costituzionale⁶⁰, non sembra che possa registrarsi un interessante mutamento di orientamento né da parte della dottrina né da parte della giurisprudenza costituzionale stessa in ordine agli effetti delle varie tipologie decisorie che la Corte utilizza⁶¹. Vale ancora, quindi, l'assunto per cui le decisioni di rigetto producono effetti vincolanti nei confronti del solo giudice *a quo*⁶², quelle di accoglimento producono effetti *erga omnes*⁶³. Ciononostante, riteniamo

⁵⁷ Il carattere giurisdizionale della Corte di cassazione civile sembrerebbe esser stato alimentato, recentemente, dalle modifiche apportate ad opera del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 all'art. 384 c.p.c., il cui secondo comma, ampliando le ipotesi in cui la Corte può, accolto il ricorso, decidere la causa nel merito senza rinviarne la trattazione ad altro giudice, sembrerebbe affiancare alla tradizionale funzione nomofilattica una ulteriore funzione vicina, ma non coincidente, al giudizio svolto dai giudici di merito. Seppur parte della dottrina ritenga che vi sia stato un avvicinamento consistente ai sistemi di terza istanza, TARUFFO M., *Una riforma della cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 776 ss., ovvero addirittura che la funzione nomofilattica abbia perso la sua prevalenza sulla giurisdizione di merito della Cassazione, MONTELEONE G., *Il nuovo volto della cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 959, si accoglie una lettura meno drastica del processo di giurisdizionalizzazione, che nega la qualificabilità di questo tipo di giudizio come giudizio di terza istanza alla luce dell'assenza di riferimenti al fatto, esclusi dalla stessa disposizione processuale anche prima della novella del 2006, la quale ammette il giudizio di merito nel solo caso in cui «non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto». In questo senso cfr. in particolare, PANZAROLA A., *La cassazione civile giudice di merito*, Torino, 2005, *passim*. Analoghi rilievi sono stati avanzati dalla dottrina processual-penalista, la quale ha sottolineato come vi sia una tendenza soprattutto giurisprudenziale ad un ingresso del giudizio di legittimità nel “fatto” processuale, determinata soprattutto dalla previsione di cui all'art. 606, c. 1, lett. b), che include tra i motivi di ricorso «l'erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale». Il legame esistente tra applicazione (erronea) e fatto è auto-evidente. In questo senso cfr., da ultimo, CIANI G., *I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia in materia penale*, in *Rass. For.*, 3-4/2014, 607 ss.: «non è più soltanto l'interpretazione della legge penale a venire in gioco, ma è la sua “applicazione” a divenire problema preminente: precisamente, ad indirizzare sempre di più verso l'applicazione che la norma penale ha avuto nel caso concreto. Con una progressiva alterazione della natura della Corte: da organo preposto alla tutela dello *ius constitutionis* a organo preposto, prevalentemente, alla tutela dello *ius litigatoris*». Ciò che preme evidenziare, in questa sede, è che, differentemente dal processo in Cassazione civile, il codice di procedura penale effettivamente mostrava, fino almeno alla recentissima riforma avvenuta con la legge di delega 23/06/2017 n. 103, un certo disinteresse per la funzione nomofilattica di cui all'art. 65 ord. giud., disinteresse probabilmente derivante dalla natura del processo penale in cui il fatto ha certamente una centralità maggiore rispetto al processo civile, con ciò condizionando le stesse tecniche ermeneutiche proprie del giudizio penale, su cui cfr. l'opera magistrale di IACOVIELLO F.M., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013; in senso parzialmente analogo PULITANÒ D., *Quale giudice supremo in materia penale?*, in *Quest. Giust.*, 3/2017: «Per i diritti delle parti nel processo penale, è decisivo il giudizio in fatto».

⁵⁸ AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, cit. 19 ss.

⁵⁹ Legge 25 ottobre 2016, n. 197.

⁶⁰ La letteratura sul tema è sconfinata. Si conceda, per il carattere sistematico dell'opera, il solo rinvio a BIN R. – BRUNELLI G. – PUGIOTTO A. – VERONESI P. (a cura di), «*Effettività e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, VIII, Napoli, 2006. Per un costante aggiornamento si veda il ROMBOLI R. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Torino, 2017.

⁶¹ Salvo il recente ricorso alla modulazione degli effetti temporali, il cui riflesso sul giudice comune rileva certamente in termini di rilevanza ma in modo meno evidente in termini di vincolo ermeneutico, data la sua riferibilità alle sole decisioni di accoglimento. Suggestiva, invece, l'ordinanza n. 207 del 2018, che, *prima facie*, sembrerebbe produrre effetti nei confronti dei giudici diversi dal giudice *a quo* in termini di altissima probabilità di giudizio positivo sul requisito della non manifesta infondatezza di questioni attinenti alla medesima norma penale.

⁶² Non sono mancate, tuttavia, posizioni diverse. Una parte minoritaria della dottrina, infatti, ha ritenuto il vincolo derivante dalle sentenze di rigetto operante nei confronti anche dei giudici diversi dal giudice *a quo*, essendo idonee a produrre effetti *erga omnes*. Ci si riferisce, in particolare, a CAPPELLETTI M., *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 135 ss.; RUGGERI A., *Storia di un «falso». L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990. Sulla natura del vincolo nei confronti del giudice *a quo* si richiamano, in particolare, SANDULLI A.M., *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*

che la Corte costituzionale possa rafforzare l'intensità del vincolo delle sue decisioni interpretative proprio attraverso un utilizzo a tal fine strumentale delle tecniche decisorie di volta in volta utilizzate⁶⁴.

Sul versante sovranazionale non riteniamo possa dubitarsi dell'effetto giuridicamente vincolante delle decisioni interpretative della Corte di giustizia⁶⁵, ormai da tempo solidamente ritenute parte del diritto dell'Unione e perciò stesso produttive di effetti equivalenti alle disposizioni in esse interpretate⁶⁶. Per le decisioni della Corte EDU, invece, un mutamento giurisprudenziale è stato re-

sulla legittimità delle leggi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 53 ss., poi ribadito in ID., *Atto legislativo, statuizione legislativa e giudizio di legittimità costituzionale*, in AA. VV., *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, III, Milano, 1963, 654 ss.; ID., *Il giudizio sulle leggi*, Milano, 1967, 54 ss.; MORELLI M. R., *Sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale e vincolo di interpretazione del giudice a quo*, in *Giust. civ.*, I, 1990, 2233 ss.

⁶³ Per la dottrina risalente, adesiva alla tesi per cui l'accoglimento delle questioni di legittimità determinerebbe l'abrogazione della norma incostituzionale, tra gli altri, ESPOSITO C., *Leggi vecchie e Costituzione nuova*, in *Giur. it.*, IV, 1948, 81 e ss.; CALAMANDREI P., *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, cit.; AMORTH A., *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 134 ss.; GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 356 ss.; GIANNINI M. S., *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss.; anticipavano l'impostazione della Corte ESPOSITO C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in *Riv. dir. proc.*, 1950; GARBAGNATI E., *Sull'efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Jus*, 1950, 232 ss.

⁶⁴ Si pensi, per tutti, alla teoria della doppia pronuncia formale di CRISAFULLI V., *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, 948.

⁶⁵ In passato, invece, l'efficacia *erga omnes* delle sentenze interpretative veniva riconosciuta soltanto da una dottrina minoritaria, tra cui, sul versante italiano, in particolare ZUCALÀ M., *Di una forma di interpretazione giurisprudenziale autentica delle leggi*, in *Giur. it.*, IV, 1959, 139 ss.; FLORIDIA G., *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, 1 ss. La maggioranza degli autori, invece, pur essendo concordi nel riconoscere il vincolo nei confronti del giudice *a quo*, negava che le sentenze interpretative potessero essere ritenute giuridicamente vincolanti nei confronti degli altri giudici, facendo, in particolare, leva sulla distinzione tra autorità della sentenza, che si esplica nei confronti di tutti, ed effetti giuridici, che si possono produrre soltanto nel processo *a quo*. Tale ricostruzione partiva dal presupposto per cui la sentenza avrebbe assolto due funzioni distinte: garantire l'uniforme interpretazione del diritto UE, funzione per la quale la decisione assume una certa autorità; garantire la corretta applicazione del diritto UE, funzione, quest'ultima, assolta producendo effetti giuridici nei confronti del solo giudice del rinvio. Cfr., in particolare, FERRARI BRAVO L., *Commenti degli artt. 177, 219 e 235 del Trattato CEE*, in QUADRI R. – MONACO R. – TRABUCCHI A. (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Milano, 1965; ID., *Problemi interpretativi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, XII, 1966; PESCATORE P., *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del Trattato C.E.E. e la cooperazione fra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *Foro it.*, IV, 1986; POCAR F., *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 1997, 356 ss.; BRIGUGLIO A., voce *Pregiudiziale comunitaria*, cit. È stato osservato, però, che pur non riconoscendo, generalmente, effetti giuridici *erga omnes*, la stessa dottrina non ha mai negato che, *de facto*, le decisioni interpretative incidessero anche sui giudizi diversi da quello del rinvio. Per tale considerazione si veda GAJA G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1996, 58 ss.

⁶⁶ Senza pretese di completezza, si vedano, D'ALESSANDRO E., *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012; MARTINICO C., *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fonte di produzione normativa*, in *Riv. dir. cost.*, 2004; BRIGUGLIO A., *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. giur.*, Roma, XXIII, 1996; TESAURO G., *Diritto comunitario*, Milano, 2002, 302 ss.; BIN R. – CARETTI P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2009, 120 ss.; BARTOLE S., *Pregiudiziale comunitaria e "integrazione" di ordinamenti*, in *Le Regioni*, 2008, 898 ss.; RAITI G., *La collaborazione giudiziaria nell'esperienza del rinvio pregiudiziale comunitario*, Milano, 2003; BIAVATI P., *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, 403 ss.; BORRACCETTI M. – REALE M.C., *Da giudice a giudice: il dialogo tra giudice italiano e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, Milano, 2008; CONDINANZI M. – MASTROIANNI R., *Il rinvio pregiudiziale*, in ID., *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, 186 ss.; PIGNATELLI N., *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, in *Foro it.*, III, 2012, 367 ss.; GALETTA D. U., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale*, cit., 431 ss.; CAPPUCCIO L., *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in CAPPUCCIO L. – LAMARQUE E., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 81 ss.; BASILI D. – DI NIRO G.M., *La questione del rinvio pregiudiziale alla luce del cammino comunitario della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, 2011; GIOVANNETTI T., *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comu-*

gistrato, ritenendole ad oggi la Corte costituzionale vincolanti soltanto per ciò che ne costituisce la “sostanza”⁶⁷. Sul punto, però, si attendono ulteriori sviluppi, prevedibili alla luce dell’entrata in vigore del Protocollo 16 il quale, pur definendo il parere da esso disciplinato non vincolante, potrebbe in ogni caso modificare l’assetto dei rapporti tra la Corte di Strasburgo e gli altri giudici.

In tutto questo sistema un ruolo decisivo viene svolto, chiaramente, dalla teoria dei controlli-
limiti, come noto recentemente applicata (direttamente o indirettamente, ma in ogni caso richiamata) dalla Corte costituzionale ed in grado, potenzialmente, di sottrarre alle decisioni della Corte di giustizia il valore di cui sono proprie.

Fatta questa brevissima ricostruzione, può analizzarsi, ora, come la responsabilità civile dei magistrati si intreccia con il tema del vincolo del precedente.

5. Il contrasto dell’atto o del provvedimento con i precedenti

Tanto dal punto di vista normativo quanto dal punto di vista storico-culturale, sembra possa registrarsi, almeno nell’ultimo decennio, una duplice tendenza, apparentemente confliggente, che investe l’attività interpretativa dei giudici.

La prima consiste in un progressivo e sempre più consistente fenomeno di attivismo giudiziario, o più genericamente di ampliamento della discrezionalità giudiziaria, connotato da una peculiare configurazione dell’attività interpretativa che sfocia, alle volte, in creazione normativa.

La seconda tendenza, invece, consiste in una altrettanto progressiva e consistente valorizzazione del precedente giurisprudenziale. Le due tendenze appena accennate, pur apparendo sostanzialmente in contrasto, si sviluppano invece, a nostro avviso, l’una in funzione dell’altra. Un giudice che, per diverse ragioni – soprattutto, ma non solo, a causa della carente chiarezza linguistica e sistematica delle disposizioni da interpretare –, si trovi ad avere una discrezionalità tanto ampia da permettergli di trovare innumerevoli soluzioni ermeneutiche da applicare al caso concreto necessita di riferimenti utili per operare una scelta interpretativa.

Maggiori, infatti, sono le soluzioni ermeneutiche ipotizzabili e maggiori saranno le patologie ermeneutiche cui il giudice può incorrere. La valorizzazione dei precedenti assume, in quest’ottica, una sorta di funzione di “prevenzione” di tali patologie.

La funzione di prevenzione che può, in tal modo, essere attribuita al precedente interpretativo, limitando la possibilità che insorgano patologie ermeneutiche, produce effetti benefici tanto sulla concreta realizzazione del principio della certezza del diritto, quanto sulla serenità del giudice stesso, il quale, si rammenta, qualora ritenga di non poter aderire all’interpretazione di riferimento, ha a disposizione diversi strumenti preordinati a non rendere la sua interpretazione una interpretazione patologica: così, se il precedente è costituito da una decisione di un organo nazionale, può in ogni caso discostarsi, purché motivi adeguatamente sul punto – salvo il caso in cui il giudice di cui trattasi sia una sezione semplice della Corte di cassazione, la quale, peraltro, qualora ritenga di non poter aderire al precedente costituito da altra decisione della Suprema Corte può, anzi oggi de-

nitaria, Torino, 2009; ROMBOLI R., *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, n. 3/2014; Sull’art. 267 TFUE cfr. FRANCHI G., *Commento all’art. 267*, in *Codice dell’Unione europea*, Napoli, 2012, 1926 ss.; DANIELE L., *Art. 267 TFUE*, in TIZZANO A., (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, II, Milano, 2014, 103 ss.

⁶⁷ Si veda, da ultimo, ROSSI P., *L’interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte edu: quale vincolo per il giudice italiano?*, in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1/2018.

ve, rimettere la questione alle sezioni unite –; allo stesso modo, se la ragione per la quale ritiene di non potersi adeguare ad una interpretazione perché dubita della sua legittimità costituzionale, può sollevare questione di legittimità di fronte alla Corte costituzionale; ancora, se si voglia discostare da un precedente della Corte di giustizia può, e se di ultima istanza deve, sollevare rinvio pregiudiziale, e infine far ricorso, anche (o solo?) attraverso il giudizio in via incidentale, allo strumento dei controlimiti; da ultimo, presumendo che il Protocollo n. 16 venga in tempi brevi ratificato, se dubiti dei precedenti della Corte EDU può chiedere a quest'ultima di esprimere parere motivato, sì da chiarirne la portata e, soprattutto, il significato. Insomma, riteniamo che fintanto che il precedente venga espresso da un organo che possa definirsi come interprete qualificato non vi siano ragioni che ostino ad attribuire a quest'ultimo il potere, che nella nostra prospettiva diventa un onere, di fornire interpretazioni del diritto che abbiano la funzione di guidare le interpretazioni degli altri giudici, in tal modo prevenendo decisioni patologiche e, in definitiva, rafforzando qualitativamente la discrezionalità del giudice.

Ma la ragione che ci spinge a vedere con favore e ritenere, vieppiù, necessaria la valorizzazione dell'intensità del vincolo dei precedenti è la constatazione del diverso regime che, *de facto*, vige, normativamente, per i precedenti della Corte di giustizia, questi sì dotati formalmente del più alto grado di intensità del vincolo, rispetto a quelli delle Corti nazionali.

E questo è il punto in cui la trattazione del vincolo ermeneutico si intreccia con quella della responsabilità civile dei magistrati. La dottrina che si è occupata della disciplina della responsabilità civile dei magistrati si è sempre interrogata su come quest'ultima possa incidere, a seconda del diverso regime che instaura, sulla libertà interpretativa dei giudici e, dunque, sulla garanzia di indipendenza funzionale. È stato osservato, in particolare, che la definizione della colpa grave e delle singole ipotesi di responsabilità nonché, ancor più, la letterale formulazione della clausola di salvaguardia e il suo concreto atteggiarsi costituiscono i due elementi che, a seconda di come definiti ed interpretati, possono eccessivamente ampliare o restringere il potere interpretativo del giudice e la conseguente libertà ad esso connessa. La responsabilità civile dei giudici costituisce, in altre parole e secondo unanime dottrina, uno strumento in grado di incidere significativamente sulla libertà del giudice di scegliere il significato da attribuire alle disposizioni interne e sovranazionali anche nella loro combinazione.

Ma a nostro avviso, anche alla luce di quanto abbiamo descritto nei paragrafi precedenti, lo strumento della responsabilità civile potrebbe essere utilizzato, indirettamente, anche ad un diverso fine.

In linea generale possiamo, intanto, affermare che l'esclusione della clausola di salvaguardia dalle ipotesi di violazione tanto del diritto nazionale quanto del diritto euro-unitario ha evitato, in linea generale, che la disciplina in parola si ponesse in contrasto con gli articoli 3 e 54 Cost.⁶⁸.

Fatta questa premessa, la criticità dell'impianto normativo riguarda la previsione per cui la responsabilità dello Stato-giudice “scatta” quando il provvedimento giurisdizionale contrasti con la (sola) interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nel caso in cui, infatti, il giudice nazionale – e si badi, un qualsiasi giudice, non essendo stato previsto, come invece aveva affermato la Corte di giustizia, che la disposizione fosse riservata ai so-

⁶⁸ Ipotesi già configurata da PACE A., *Le ricadute sull'ordinamento italiano della sentenza della Corte di Giustizia dell'UE del 24 novembre 2011 sulla responsabilità dello Stato-giudice*, cit., 7, il quale rileva che l'art. 54 Cost., imponendo l'osservanza della legge – e della Costituzione – a tutti i cittadini, non consente che venga prevista «una disciplina più severa a tutela dell'efficacia della normativa comunitaria [...] preoccupa[ndosi] delle possibili violazioni del diritto dell'Unione più di quanto [ci] si preoccupi delle violazioni del diritto nazionale».

li giudici di ultima istanza – violi disposizioni europee che, indipendentemente dal loro grado di chiarezza e precisione, siano state oggetto di una pronuncia interpretativa da parte della Corte di giustizia, fornendone, quindi, una diversa interpretazione, siffatto comportamento integrerà l'ipotesi suddetta.

La trasposizione nella normativa interna degli elementi caratterizzanti tale requisito di responsabilità sarebbe stata, quindi, *quasi* pedissequa, risultando, questi ultimi, «ulteriormente rafforzati dalla rilevanza oggettiva assegnata all'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia»⁶⁹, dalla quale emerge la strumentalità del regime di responsabilità civile ai fini di un controllo sui risultati interpretativi.

Recentemente la Corte costituzionale è stata investita del problema del vincolo derivante, ai fini della responsabilità civile, dalle decisioni della Corte di giustizia⁷⁰. Dalla sentenza in parola, pur non essendo direttamente risolutiva del problema in questione, sembra possa ricavarsi una sorta di principio generale in base al quale verificare se, quando e fino a che punto l'intensità del vincolo ermeneutico possa dirsi conforme alla indipendenza funzionale del giudice: fintanto che il giudice abbia a disposizione uno strumento, processuale o sostanziale, mediante il quale “svincolarsi dal vincolo” la sua indipendenza non verrebbe lesa; potrebbe dirsi che l'indipendenza funzionale verrebbe tutelata quando al giudice venga messa a disposizione una “terza via” rispetto all'adeguamento al ovvero alla disobbedienza del precedente.

Ad ogni modo, non sembra si possa negare che la disciplina sulla responsabilità civile si poggi su una concezione del precedente euro-unitario che gli attribuisce un valore concretamente vincolante – valore che, però, ricordiamo essere imposto dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea –. Non si vede come il giudice che voglia discostarsi dal precedente della Corte di giustizia possa, quindi, sfuggire all'attribuzione della responsabilità civile derivante dal contrasto del suo provvedimento con il precedente in questione. Da quanto appena osservato, allora, deriva un primo rilevante possibile inconveniente, facilmente dimostrabile alla luce di quanto avvenuto in ordine alla nota vicenda Taricco.

Il giudice nazionale potrebbe, infatti, dubitare dell'interpretazione di una certa disposizione euro-unitaria e della conformità di una norma del diritto interno con quest'ultima. In tal caso potrebbe, o dovrebbe, sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia la cui decisione sarebbe, inevitabilmente, vincolante. Mettiamo il caso, però, che il giudice nazionale, pur avendo ricevuto dalla Corte di giustizia una data interpretazione dalla quale derivi effettivamente il contrasto del diritto nazionale con il diritto UE, ritenga che la disapplicazione cui dovrebbe ricorrere si porrebbe in contrasto, a sua volta, con un principio supremo dell'ordinamento. Dovrebbe, in tal caso, appellarsi ai controlimiti la cui applicazione spetta, almeno alla luce della più recente giurisprudenza, alla Corte costituzionale. Sarebbe allora necessario sollevare una questione di legittimità costituzionale affinché la Corte, rilevando l'esistenza del controlimite, vi faccia ricorso. A questo punto si pone, a nostro avviso, un ulteriore problema: la Corte costituzionale non ci ha, per ora, abituato al ricorso allo strumento in questione, non risultando prevedibile quale tecnica decisoria possa essere la più adatta al caso di specie. Nel caso Taricco la decisione conclusiva della questione ci sembra possa essere annoverata tra le decisioni interpretative di rigetto, ma il caso è peculiare, considerato il mu-

⁶⁹ D'OVIDIO P., *La responsabilità civile del magistrato*, in TENORE V. (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità*, cit., 63..

⁷⁰ Corte cost., sent. n. 142 del 2018.

tamento giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo e, dunque, la costruzione giuridica della questione di legittimità costituzionale.

Ad ogni modo il giudice si troverebbe di fronte ad una sentenza vincolante della Corte di giustizia e una sentenza vincolante (in quanto giudice *a quo*) della Corte costituzionale. Il caso potrebbe sembrare destinato ad essere mero esempio di scuola, e tale rilievo appare condivisibile, ma serve a dimostrare come la disciplina sulla responsabilità civile mostri una chiara, forse non voluta, preferenza per il rispetto del diritto europeo *come interpretato dalla Corte di giustizia*, sacrificando le interpretazioni fornite, in particolare, dalla Corte costituzionale. È, infatti, presumibile con un certo grado di probabilità che, stando ad una interpretazione letterale della legge n. 18/2015, nell'ipotesi di cui sopra il giudice decida di, o comunque sia costretto a, accogliere non già l'interpretazione della Corte costituzionale in applicazione dei controlimiti, bensì quella della Corte di giustizia, evitando "il contrasto del provvedimento con l'interpretazione" da questa fornita.

A fronte di tale inconveniente potrebbero, invero, prospettarsi due soluzioni. In primo luogo, potrebbe tentarsi una interpretazione conforme a Costituzione, in particolare agli articoli 3, 54 e 134 Cost., dell'art. 2, commi 3 e 3-bis, della legge 13 aprile 1988, n. 117 (come modificato dalla legge n. 18 del 2015) che escluda la violazione manifesta del diritto UE nel caso in cui tale violazione sia avvenuta in virtù del contrasto del diritto europeo con un principio supremo o un diritto inviolabile sanciti dal testo costituzionale. Tale soluzione ci sembra certamente utile e, soprattutto, di più probabile realizzazione.

Altra via potrebbe, invece, essere quella di una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non prevede che non possa costituire violazione manifesta del diritto dell'Unione europea il contrasto tra il provvedimento del giudice e l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia derivante dalla contrarietà di quest'ultima (o delle disposizioni da questa interpretate) ai principi supremi o ai diritti inviolabili sanciti dalla Costituzione. Tale ultima soluzione, seppur concretamente difficilmente realizzabile, ci sembra necessaria alla luce del tenore testuale della disposizione, difficilmente interpretabile nel senso sopra indicato.

Altro inconveniente che potrebbe derivare dalla disciplina in parola si avrebbe nel caso in cui il giudice adotti una interpretazione apertamente contrastante o del tutto ignorante di una giurisprudenza più o meno consolidata della Corte di cassazione. La questione riguarda più ampiamente la distinzione tra «l'erronea applicazione del diritto determinata da *ignorantia iuris* (della disposizione normativa e dei relativi tradizionali o prevalenti orientamenti giurisprudenziali), dal fisiologico esercizio della propria autonomia interpretativa che può condurre a soluzioni del tutto nuove, divergenti da indirizzi pregressi»⁷¹. Posto, infatti, che l'esercizio della funzione giurisdizionale debba avvenire in modo "responsabile", è necessario verificare quando ciò sia ravvisabile o meno: in altre parole, quali siano le patologie ermeneutiche che possano determinare responsabilità ovvero, risultando oggettivamente difficile fornirne una sistematizzazione, quali possano essere i "sintomi" attraverso i quali tali patologie possano manifestarsi.

Al riguardo si deve rilevare, per comprendere la portata della questione, che la professionalità del giudice richiede che questi conosca la giurisprudenza tanto della Corte di giustizia e della Corte costituzionale (e della Corte EDU) quanto, con risvolti ancor più incisivi sulla soluzione dei singoli casi concreti, della Corte di cassazione, in particolare in ragione della funzione nomofilattica da

⁷¹ NACCI M.G., *Brevi note a margine del discorso tenuto dal Presidente Mattarella all'incontro con i Magistrati ordinari in tirocinio: interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, cit., 4.

questa esercitata, come visto in precedenza valorizzata dai più recenti interventi normativi in materia.

Ciò vale a concludere che perché possa parlarsi di un esercizio della funzione giudiziaria “responsabile” il giudice debba dimostrare tale professionalità in modo adeguato. Non è sufficiente, al riguardo, il mero richiamo testuale dei precedenti che egli ritenga rilevati, ma è necessario che dalla decisione sia ricavabile la volontà del giudice di aderire ad una data interpretazione in modo serio e consapevole. L’interpretazione deve essere fatta propria dal giudice, dal che qualora questi non riesca, per le ragioni più disparate – salvo il caso di dubbio di legittimità costituzionale – a ritenere di poter aderire ad una data interpretazione dovrà indicarne le ragioni in modo più che adeguato.

Tale rilievo vale ancor di più quando il giudice in questione sia la stessa Corte di cassazione, essendo la sua attività preordinata al raggiungimento dell’uniformità delle interpretazioni.

La libertà interpretativa, d’altra parte, viene preservata proprio dalla possibilità, e dall’obbligo, di motivare il proprio convincimento ermeneutico.

Quanto detto ci porta a ritenere che il giudice dovrebbe essere ritenuto responsabile civilmente quando il suo provvedimento, contrastante con i precedenti in particolar modo costituenti diritto vivente, non sia sul punto adeguatamente motivato, ritenendo l’adeguatezza della motivazione caratteristica per cui da quest’ultima dovrebbe potersi ritenere l’interpretazione del giudice almeno “sostenibile”, anche se non condivisa. Peraltro, proprio tale problematica è stata recentemente posta all’attenzione delle Sezioni unite con una ordinanza interlocutoria⁷² che, pur avendo ad oggetto la disciplina precedente alla riforma del 2015, mette in evidenza il problema della funzione “ulteriore” del regime di responsabilità dei magistrati. Il dubbio sollevato dalla III sez. – nel corso di un giudizio sull’ammissibilità della domanda risarcitoria in vigenza della vecchia disciplina della responsabilità civile dei magistrati - riguarda: «la individuazione del discrimine nella grave violazione di legge contemplata dalle fattispecie illecite individuate dalla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a), (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015) e dal D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 2, comma 1, lett. g), tra attività interpretativa insindacabile ed attività sussumibile nella fattispecie illecita, con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati». In particolare, ci si chiede se «il discrimine tra attività di interpretazioni e inescusabilità della grave violazione di legge venga in rilievo soltanto nel caso in cui l’attività del giudice si rifletta direttamente sull’enunciato della disposizione normativa, traendone un significato», costituendo pura attività interpretativa, «ovvero anche nel caso in cui si rifletta solo indirettamente su tale enunciato in quanto il significato risulti già enucleato costituendo il portato di una elaborazione giurisprudenziale, volta alla interpretazione della norma di diritto, che assume consistenza tale da rendere stabile una determinata applicazione della norma di diritto». La III sezione sottolinea che «se il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto la legge impedisce di attribuire all’interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, non può tuttavia essere messo in dubbio che la salvaguardia dell’unità e della stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale è ormai da considerare alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche». Con una argomentazione che appare particolarmente convincente, la funzione nomofilattica viene ricondotta ad un presupposto fondamentale, consistente nel fatto che «l’interpretazione della legge fornita dalla Cassazione va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato», oggettivazione che, in quanto tale, rende il significato della disposizione, oltre che stabile, anche preferibile.

⁷² Ordinanza interlocutoria del 18.05.2018, n. 12215 della III sez. civ.

Il giudice, quindi, di fronte ad un siffatto orientamento giurisprudenziale, vedrebbe il proprio margine interpretativo certamente limitato e ridimensionato, essendo, le norme ricavabili dalla disposizione, graduate in ragione della loro probabilità. Qualora il giudice, quindi, voglia discostarsene, il bilanciamento tra libertà interpretativa e prevedibilità della decisione porta a ritenere necessario, ai fini dell'esclusione della sua responsabilità civile, un obbligo di motivazione particolarmente stringente, comprensivo non solo dell'*iter* logico-argomentativo che lo porti a scegliere una data interpretazione, ma anche delle ragioni per le quali abbia escluso l'interpretazione più probabile, riconducibile all'orientamento giurisprudenziale consolidato.

Niente di nuovo, però, rispetto a quanto già si esprime in relazione ai motivi di impugnabilità delle decisioni.

Ciò posto, la prospettiva da assumere, a nostro avviso, dovrebbe essere diversa. Si dovrebbe guardare alla responsabilità civile non già, o meglio non solo, assumendo come punto di vista il raggiungimento di un obiettivo punitivo, sanzionatorio, nei confronti del giudice (e correlativamente riparatorio, nei confronti dello Stato) – pur restando questi ultimi certamente rispondenti alle più rilevanti esigenze cui l'istituto in questione deve rispondere – ma, al contrario, la valorizzazione qualitativa del ruolo da questi esercitato.

In questa direzione riteniamo che la disciplina della responsabilità civile introdotta dalla legge n. 18 del 2015, seppure possa essere complessivamente salutata con favore soprattutto in relazione alla maggior tutela che appresta al singolo danneggiato, sia essenzialmente carente. Ragioni di opportunità "istituzionale" ci portano a ritenere che sarebbe necessario prevedere espressamente che determini responsabilità civile la violazione manifesta della legge quando questa avvenga in virtù del contrasto sostanziale tra il provvedimento e l'interpretazione consolidata espressa dagli organi di nomofilachia (e di giustizia costituzionale), salvo che tale contrasto non sia espresso e adeguatamente motivato.

Tale soluzione sarebbe strumentale a conferire ai precedenti interni quel valore che, a nostro avviso, gli è oggi richiesto anche alla luce del diverso, e più forte, valore proprio dei precedenti esterni.

Una siffatta considerazione è spinta da quella che riteniamo essere esigenza sempre più dirompente, vale a dire l'instaurazione di un rapporto "tra giudici, e non tra Corti", in cui la collaborazione sia reale e non nasconda una sentita soggezione passiva alla giurisprudenza esterna in particolar modo nella delicatissima funzione di tutela dei diritti.

Riteniamo, in conclusione, che il dialogo volto ad una effettiva e sempre più proficua tutela dei diritti si debba svolgere tra gli ordinamenti complessivamente intesi, in cui il ruolo del giudice sia quello di rafforzare la credibilità e la consistenza delle interpretazioni nazionali che, altrimenti, rischierebbero di trovarsi del tutto impreparate di fronte alle sfide, a nostro avviso sempre più pericolose, che la tutela dei diritti si troverà a dover fronteggiare.