



SEMINARIO ANNUALE CON I DOTTORANDI IN MATERIE GIUS-PUBBLICISTICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI ROMA TRE – DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA 21 SETTEMBRE
2018

PATOLOGIE ERMENEUTICHE AI FINI DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE DEI MAGISTRATI

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. Conclusioni: «l'unità fa la forza».

1. Premessa

Per comprendere al meglio la prospettiva del presente lavoro riteniamo necessaria una breve premessa, che dia modo di chiarire la struttura del discorso che svolgeremo e 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? 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 dell'altra, ma

l'opinione secondo cui l'esistenza di "interpretazioni guida" dotate di una certa 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 dovrà chiarire quale nozione di responsabilità ne costituisce il presupposto; in secondo luogo si dovrà accennare all'evoluzione normativa e giurisprudenziale del regime di responsabilità civile dei magistrati che ne costituisce l'oggetto; in terzo luogo si dovrà chiarire 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 potranno trarre delle, seppur provvisorie, conclusioni.

2. Appunti sulla nozione di responsabilità giuridica

Una elaborazione teorica del concetto di responsabilità giuridica sembrerebbe esser stata tentata da Villey¹, il quale, collocando la nascita del significato «autenticamente giuridico» della responsabilità nel diritto romano e in particolare nella *Lex Aquilia*², 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 ingiusto³. 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 precipuo di questa

¹ VILLEY M., *Esquisse historique sur le mot responsable*, in *Archives de philosophie du droit*, Parigi, 1977.

² 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.

³ VILLEY M., op. ult. cit., 51.

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

Indispensabile, allora, ricorrere, *in primis*, alla "più teorica" delle definizioni, di paternità kelseniana: «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»⁴: 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 morale, in cui mancherebbe il carattere giuridico dell'obbligo e dalla responsabilità politica, in cui mancherebbero entrambi gli elementi, potendo essere solo parzialmente giuridico l'obbligo e solo potenzialmente e relativamente consequenziale la sanzione⁵.

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 giuridico⁶. 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 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 responsabilità⁷, 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»⁸, senza dover abbandonare, come auspicato invece da parte di alcuni autori, una ricostruzione di responsabilità giuridica fondata sul concetto di dovere giuridico, in

⁴ KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 142.

⁵ L'assenza della sanzione giuridica è la ragione fondante la scissione tra responsabilità politica e responsabilità giuridica 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*, Milano, 1967, 36 ss.

⁶ 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.

⁷ Per cui rinviamo a 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.

⁸ L'espressione si deve a TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, VII, Milano, 1986, 15.

favore di una diversa «tecnica normativa sulla quale basare il giudizio di responsabilità»⁹.

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»¹⁰; con una precisazione però: 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'ordinamento quanto, soprattutto, la considerazione costituzionale della funzione da essi esercitata. Al riguardo si evidenzia che l'indipendenza e l'autonomia della magistratura costituiscono «un tutt'uno con la funzione giurisdizionale, dal momento che ne garantiscono lo svolgimento neutro e imparziale»¹¹, 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 indispensabile 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 essere fonte di arbitri, negligenze ed imperizia tali da ledere gravemente i fondamentali diritti dei cittadini e l'ordine della comunità»¹².

Il superamento in sede costituente del modello di giudice funzionario, gerarchicamente e burocraticamente organizzato, però, come è stato osservato, «si è fermato a metà»¹³: il compromesso raggiunto dall'Assemblea costituente ha prodotto come riflesso un modello di sistema giudiziario e di giudice ambiguo¹⁴, in cui si è

⁹ 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'accollo (del rischio) dei danni da essa provocati a carico del soggetto o dei soggetti che dall'attività traggono profitto».

¹⁰ ZAGREBELSKY G., *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giur. Cost.*, 1982, 780.

¹¹ DAL CANTO F., *La responsabilità del magistrato nell'ordinamento italiano*, cit., 4.

¹² VOLPE G., *Diritti, doveri e responsabilità civile*, cit. 442.

¹³ 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.

¹⁴ GIULIANI A. – PICARDI N., *La responsabilità del giudice nello Stato repubblicano*, in ID. (a cura di), *L'educazione giuridica*, cit., 564 ss.; NICCOLAI S., *Vicende dello status dei magistrati in Italia*, cit., 53; CAPPELLETTI M., *Giudici irresponsabili?*, cit., 86; ZANON N. – BIONDI F., *Il sistema costituzionale della*

cercato di far convivere l'attribuzione e la valorizzazione della creatività giurisprudenziale con una sostanziale retrovisione di tecnicismo della stessa attività giudiziaria, 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'ordine, in relazione al regime di responsabilità non può dirsi altrettanto, al punto che la dottrina maggioritaria ha parlato di una «irresponsabilità di fatto»¹⁵ o, addirittura, di assenza nell'intero sistema giudiziario tanto di responsabilità quanto di professionalità¹⁶.

Da questo punto di vista è, però, il caso di operare una distinzione teorica sulla base della quale verificare il rispetto dei principii costituzionali di cui agli artt. 101 e ss. 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*¹⁷, 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 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'ultimo¹⁸.

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 avvenuto con legge organica, è infatti avvenuto a seguito dell'esito positivo del referendum abrogativo avente ad oggetto le uniche disposizioni ad essa dedicate, gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. del 1940¹⁹.

La legge n. 117 del 1988, rispondendo alla ormai da tempo sentita esigenza²⁰ di adattare la disciplina della materia ai sopravvenuti principii costituzionali, primo fra

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.

¹⁵ 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.

¹⁶ In questo senso CAPPELLETTI M., *Giudici irresponsabili?*, cit., VII s.

¹⁷ 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*, in *Giur. Cost.*, 1982, 780 ss.

¹⁸ 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, 2008 e LONGHI L., *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti bibliografici.

¹⁹ 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*, cit.; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, IV, Napoli, 1928, 482 ss.

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", 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 rifarsi mediante l'apposita azione di rivalsa dalla stessa legge disciplinata²¹. Dal punto di vista sostanziale la più importante innovazione della legge 117/88 è stata 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 colposo, 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 ristoro. Impedimento raggiunto, peraltro, anche grazie ad altre due previsioni introdotte dalla legge in questione: la c.d. clausola di salvaguardia dell'indipendenza funzionale 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 giudice²².

Tutto ciò ha portato, come noto, a coinvolgere dapprima la Corte costituzionale²³, 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*²⁴, 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

²⁰ Manifestata anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 2 del 1968.

²¹ Per una completa disamina della disciplina e per l'evidenza delle relative criticità si veda, da ultimo, BIONDI F., *La responsabilità del magistrato*, cit., cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

²² Sul punto di 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.

²³ Corte cost., sent. n. 18 del 1989.

²⁴ Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03.

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 italiana²⁵. 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 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 veniva 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».

Non potendo essere questa la sede per analizzare dettagliatamente le novità introdotte²⁶, ci limitiamo a quelle più rilevanti nel nostro discorso. Sistemizzando l'intervento normativo sul punto che maggiormente ci interessa, possiamo così ricostruire, oggi, 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 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 salvaguardia, derivandone che l'interpretazione delle norme di diritto dia luogo ad entrambi gli illeciti, il che altro non sembra possa significare se non che un

²⁵ 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.

²⁶ Per le quali si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, al recente DE VIVO J., *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in www.federalismi.it, n. 7/2016.

“inescusabile e grave” errore interpretativo del diritto interno e del diritto UE determini l’insorgere della responsabilità dello Stato-giudice.

Ricostruita così sinteticamente la normativa sulla responsabilità civile, vediamo ora il secondo versante che interessa la nostra ricostruzione.

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 adottato²⁷. 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, in altre parole, per l’interpretazione; il giudicato per l’applicazione. Con ciò non si vuole certamente affermare che i due concetti siano così nettamente scindibili²⁸. 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»²⁹ – 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 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»³⁰ 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

²⁷ 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.

²⁸ 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.

²⁹ TARUFFO M., *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, 40.

³⁰ TARUFFO M., cit., 41.

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”, 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 nomofilattiche, tutte le riforme nel tempo susseguites 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, marginalmente, a esercitare. 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*”»³¹, alla luce della riforma successiva³² noi 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 costituzionale, 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 utilizza. Vale ancora, quindi, l’assunto per cui le decisioni di rigetto producono effetti vincolanti nei confronti del solo giudice *a quo*, quelle di accoglimento producono effetti *erga omnes*. Ciononostante, riteniamo 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 utilizzate.

Sul versante sovranazionale non riteniamo possa dubitarsi dell’effetto giuridicamente vincolante delle decisioni interpretative della Corte di giustizia, ormai da tempo solidamente ritenute parte del diritto dell’Unione e perciò stesso produttive di effetti equivalenti alle disposizioni in esse interpretate. Per decisioni della Corte EDU,

³¹ AMOROSO G., *Il giudizio civile di cassazione*, cit. 19 ss.

³² Legge 25 ottobre 2016, n. 197.

invece, un mutamento giurisprudenziale è stato registrato, ritenendole ad oggi la Corte costituzionale vincolanti soltanto per ciò che ne costituisce la “sostanza”. 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 discorso un ruolo decisivo viene svolto dalla teoria dei controlimiti, recentemente applicata (direttamente o indirettamente, ma in ogni caso richiamata) dalla Corte costituzionale non solo nella nota vicenda Taricco, ma anche, velatamente, nella di poco precedente sentenza n. 269 del 2017.

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

5. Conclusioni: «l’unità fa la forza»

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, a nostro avviso, 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, nella nostra 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 deve, 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; infine, 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, noi 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, in particolar modo rispetto ai precedenti interpretativi costituiti da decisioni dell'organo di giustizia costituzionale.

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, sul principio 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.

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 soli 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»³³, 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 giustizia³⁴. 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 vicenda Taricco sopra richiamata.

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

³³ D'OVIDIO P., *La responsabilità civile del magistrato*, in TENORE V. (a cura di), *Il magistrato e le sue quattro responsabilità*, cit., 63..

³⁴ Corte cost., sent. n. 142 del 2018.

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, come abbiamo visto in precedenza, 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 mutamento 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 principii 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»³⁵. 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 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 rilevanti, 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

³⁵ 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.

dovrebbe potersi ritenere l'interpretazione del giudice almeno "sostenibile", anche se non condivisa. Niente di nuovo, però, rispetto a quanto già si esprime in relazione ai motivi di impugnabilità delle decisioni.

Allora, a nostro avviso, la prospettiva da assumere 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. Utilizzando un saggio quanto semplice detto popolare: "l'unione fa la forza".