

SVILUPPI RECENTI E PROSPETTIVE FUTURE DELLA RESPONSABILITÀ DEL MAGISTRATO*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La responsabilità disciplinare – 2.1. L'obbligatorietà dell'azione disciplinare - 2.2. La predeterminazione degli illeciti disciplinari. In particolare, la fattispecie del ritardo nel compimento degli atti giudiziari - 2.3. L'assenza di clausole di chiusura: quanti comportamenti sfuggono alla sanzione disciplinare? Le conseguenze sull'applicazione dell'istituto del trasferimento d'ufficio ex art. 2 r.d.lgs. n. 511/1946 - 2.4. Il trasferimento in via cautelare del magistrato sottoposto a responsabilità disciplinare - 3. La responsabilità civile - 3.1. Gli sviluppi recenti: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, la sentenza Traghetti del Mediterraneo – 3.2. Le prospettive future: quale intervento normativo?

1. Premessa

L'obiettivo di questo intervento è quello di fare un bilancio dell'impatto della riforma dell'ordinamento giudiziario sul tema della responsabilità dei magistrati.

Ciò impone di svolgere principalmente delle riflessioni sulla responsabilità disciplinare, poiché con la l. n. 150/2005 e il relativo d.lgs. n. 109/2006, corretto poi dalla l. n. 269/2006, si è inciso complessivamente sulla definizione della natura della responsabilità disciplinare¹; sui presupposti di essa; nonché su rilevanti aspetti procedurali.

Pare tuttavia opportuno soffermarsi anche sulla responsabilità civile dei magistrati. Pur trattandosi di un profilo sui cui la riforma dell'ordinamento giudiziario non ha inciso direttamente, si tratta di un tema di grande attualità, che tocca la concezione della funzione giudiziaria, nonché la posizione costituzionale dei magistrati e i suoi rapporti sia con gli utenti dell'apparato giudiziario, sia con gli altri poteri dello Stato.

2. La responsabilità disciplinare

Quando venne approvata la l. n. 150/2005 molte delle critiche rivolte alla riforma dell'ordinamento giudiziario, cui la legge delega dava avvio, riguardarono il modo in cui il legislatore era intervenuto sulla responsabilità disciplinare, nonostante fossero state accolte soluzioni che da anni venivano suggerite, oltre che dalla dottrina, anche da parte della magistratura: si ricordino, in particolare, la predeterminazione degli illeciti disciplinari, che, oltre ad essere imposta dalle riserve di legge contenute nella Costituzione, fu suggerita dalla Corte costituzionale² ed espressamente invocata dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo quale elemento essenziale a garanzia del principio indipendenza³; e il principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare da parte del Procuratore generale della Cassazione a garanzia dell'eguale trattamento di tutti i magistrati.

Allo stesso tempo, il legislatore ha tentato di razionalizzare un procedimento, quello disciplinare appunto, che, grazie ad una serie di puntuali interventi normativi e giurisprudenziali, era andato conformandosi al modello giurisdizionale, ma presentava ancora lacune e incongruenze⁴.

* Testo aggiornato della relazione presentata al Convegno "L'ordinamento giudiziario a cinque anni dalla riforma. Un bilancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini", svoltosi presso l'Università Statale di Milano il 21 giugno 2011, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

¹ Per questo aspetto sia consentito rinviare a F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, Milano 2006, 236 ss. e N. Zanon – F. Biondi, *Il sistema costituzionale della magistratura*, Torino 2011, 204-205.

² Cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 289/1992 e 497/2000.

³ Corte EDU, sentenze 2 agosto 2001, N.F. c. Italia, e 17 febbraio 2004, Maestri c. Italia.

⁴ Anche per questo aspetto sia consentito rinviare a F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., 266.

Infine, il legislatore ha cercato di porre dei limiti all'ambito di applicazione della responsabilità disciplinare, così da distinguere più nettamente il profilo della "responsabilità" in senso proprio dalle valutazioni di professionalità⁵, nonché dal giudizio che può condurre all'adozione dei provvedimenti amministrativi di trasferimento per incompatibilità ambientale e funzionale.

A cinque anni dalla riforma dell'ordinamento giudiziario è possibile fare un primo bilancio delle innovazioni che sono state introdotte, cercando di valutare quale impatto abbiano avuto sul sistema disciplinare, e individuare se vi siano, e quali siano, gli elementi di maggiore criticità.

2.1. L'obbligatorietà dell'azione disciplinare

Pare anzitutto necessario muovere da alcune considerazioni in merito alle conseguenze che ha avuto l'introduzione del principio di obbligatorietà dell'azione disciplinare del Procuratore generale della Cassazione, mentre, com'è noto, precedentemente al 2005, l'iniziativa era facoltativa, analogamente a ciò che prescrive l'art. 107 della Costituzione per il Ministro della Giustizia.

Due erano le principali obiezioni che erano state mosse a tale scelta.

Anzitutto, si era ipotizzato che la coesistenza tra la facoltatività dell'azione ministeriale e l'obbligatorietà di quella del Procuratore generale avrebbe potuto attenuare la responsabilità politica del Ministro, portando in sostanza ad un "esautoramento" della sua iniziativa⁶.

In secondo luogo, si era paventata una "stasi" dell'azione disciplinare, sostenendo che la Procura generale della Cassazione, anche per alcune carenze di organico, non sarebbe stata in grado di sostenere il carico di lavoro causato dall'obbligo di perseguire tutte le fattispecie tipizzate (sulla falsariga di ciò che constatano coloro che sono favorevoli all'introduzione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale).

Proprio per venire incontro a quest'ultima obiezione, poco dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 109/2006, il Parlamento, con la l. n. 269/2006, ha introdotto due correttivi: l'art. 3-bis, intitolato "condotta disciplinarmente irrilevante", secondo cui "l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza" e, soprattutto, la possibilità, per il Procuratore generale, di chiedere l'archiviazione diretta se, *ictu oculi* o a conclusione delle sommarie indagini preliminari, è esclusa la sussistenza del fatto addebitato al magistrato o la sua rilevanza disciplinare⁷.

Grazie a questi correttivi e, soprattutto, per quanto concerne la fase dell'iniziativa, all'istituto cd. dell'archiviazione diretta, si è effettivamente scongiurato il paventato rischio di "ingolfamento" del sistema disciplinare.

Se si guardano i dati presentati dal Procuratore generale della Cassazione in occasione dell'Assemblea generale della Corte sull'amministrazione della giustizia negli anni 2008 e 2010⁸, emerge, infatti, come giungano alla Procura generale della Cassazione un numero assai elevato di notizie di possibile rilevanza disciplinare (circa 1300-1400)⁹, ma anche come, rispetto a queste notizie, il numero delle azioni disciplinari promosse dal Procuratore generale sia rimasto contenuto entro un numero fisiologico (100 nel 2009 e 101 nel 2010). Questo risultato è reso appunto possibile dal fatto che, in relazione a più del 90% dei casi, si procede all'archiviazione diretta.

Nonostante l'effetto positivo che l'istituto ha avuto sulla funzionalità del sistema disciplinare, esso presenta alcuni aspetti problematici.

Va anzitutto considerato che è attribuito al Procuratore generale un margine di valutazione assai ampio¹⁰, senza alcun controllo giurisdizionale, bastando l'accettazione implicita da parte del Ministro della Giustizia¹¹.

⁵ Sul nesso tra sistema di valutazioni della professionalità e sistema disciplinare, cfr. E. Bruti Liberati, *Scuola della magistratura in Italia e in Francia*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, a cura di A.A. Cervati e M. Volpi, Torino 2010, 152.

⁶ Su cui cfr. F. Biondi, *La responsabilità dei magistrati in Italia*, in *Magistratura e Consiglio superiore in Francia e in Italia*, cit. 92.

⁷ Letteralmente il provvedimento può essere assunto "se il fatto addebitato non costituisce condotta disciplinarmente rilevante, la denuncia non sia circostanziata, il fatto non rientri in alcuna delle ipotesi previste dalla legge o dalle indagini risulti inesistente o non commesso" (v. art. 16, comma 5 bis, d.lgs. 109 del 2006).

⁸ Tali Relazioni (pubblicate in www.cortedicassazione.it) costituiscono la fonte privilegiata per l'acquisizione dei dati statistici citati nel testo.

⁹ Precisamente, nel corso del 2007, furono 1307 (delle quali 635 originate da esposti di privati), nel 2008 1423 (625 delle quali originate da esposti di privati), nel 2009 1413 (delle quali 562 originate da esposti di privati), nel 2010, infine, 1382 (delle quali 573 da esposti di privati).

¹⁰ Tant'è che alcuni hanno osservato come ciò possa addirittura minare il principio stesso dell'obbligatorietà dell'azione: cfr. D. Cavallini, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova 2011, 84.

¹¹ Si consideri che, ad oggi, il Ministro della Giustizia non risulta essersi mai opposto.

In secondo luogo, la fase che va dalla ricezione della notizia all'adozione del provvedimento di archiviazione è piuttosto delicata, poiché la Procura generale della Cassazione può svolgere delle "sommarie indagini" volte a verificare la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'azione disciplinare¹². La criticità è costituita dal fatto che ci si trova ancora in una fase pre-disciplinare - dal momento che il procedimento ha avvio con la comunicazione di avvio dello stesso che il Procuratore generale fa al Ministro della Giustizia e al CSM (oltre che con la richiesta di indagini rivolta dal Ministro al PG) - e non è chiaro quali poteri possa esercitare il Procuratore generale nello svolgere le sommarie indagini.

Inoltre, a differenza della comunicazione di avvio del procedimento che deve essere data all'incolpato entro trenta giorni, si può porre un problema di trasparenza, poiché il magistrato interessato potrebbe non sapere che nei suoi confronti si stanno svolgendo delle indagini, sia pure sommarie.

Infine, anche se solitamente la Procura generale provvede ad archiviare direttamente o a promuovere l'azione aprendo le indagini vere e proprie entro un anno dalla ricezione di qualunque notizia, si consideri che il termine annuale di decadenza per l'esercizio dell'azione decorre dalla notizia del fatto conseguente a sommarie indagini, denuncia circostanziata ovvero segnalazione del Ministro della Giustizia¹³. Ciò significa che, se la notizia non costituisce denuncia circostanziata, bensì elemento su cui si aprono le sommarie indagini, può esservi incertezza nell'individuazione del momento da cui far decorrere il termine annuale per l'esercizio dell'azione penale (margine di incertezza che non potrà che risolversi a favore dell'incolpato¹⁴).

Sempre guardando alle statistiche degli ultimi anni, si nota, da ultimo, che anche la seconda obiezione mossa all'introduzione del principio di obbligatorietà - quella secondo cui avrebbe potuto portare ad un "esautoramento" dell'iniziativa del Ministro (l'unica, per altro, costituzionalmente prevista) - è stata parzialmente smentita: nel 2009 il Ministro ha esercitato l'azione disciplinare ben 83 volte (rispetto alle 100 del Procuratore generale), nel 2010 in 54 casi (rispetto a 101 del PG).

2.2. La predeterminazione degli illeciti disciplinari. In particolare, la fattispecie del ritardo nel compimento degli atti giudiziari.

Oltre all'introduzione del principio di obbligatorietà dell'azione del Procuratore generale della Cassazione, l'altro elemento di novità della riforma del 2005 fu - come già accennato - la predeterminazione degli illeciti disciplinari. Precedentemente, com'è noto, l'art. 18 r.d.lgs. n. 511/1946 conteneva invece un generico riferimento alla lesione del prestigio e della credibilità dell'ordine giudiziario e ciò di fatto trasferiva in capo ai titolari dell'azione disciplinare e al CSM, in sede di giudizio, l'individuazione del comportamento illecito¹⁵.

Anche rispetto alla predeterminazione degli illeciti disciplinari si levarono le obiezioni più varie.

Alcuni criticarono la tecnica legislativa, osservando, ad esempio, come alcune fattispecie "si sovrappongano" ad altre¹⁶.

Si pensi, ad esempio, a quelle che consentono agli organi disciplinari di valutare il modo in cui è stata esercitata la funzione giurisdizionale, ossia che puniscono "la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile", "l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti

¹² Si noti infatti che è vero che il potere di archiviazione diretta è stato inserito - in un momento successivo (con la l. 269/2006) - nello stesso articolo in cui si definiscono i poteri di indagine veri e propri (art. 16 d.lgs. 109/2006), ma sembra più plausibile che le indagini di cui parla il comma 5-bis siano quelle sommarie indagini che possono condurre all'archiviazione diretta (mentre all'esito delle indagini vere e proprie o si formula l'incolpazione o si chiede la declaratoria di non luogo a procedere). In caso contrario, come nota S. Mongini, *L'azione disciplinare del Ministro della Giustizia, La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli 2009, 26, ci troveremmo di fronte ad "un caso atipico, nel sistema, di retrattabilità dell'azione, di natura obbligatoria, prima dell'intervento del giudice e senza il suo controllo".

Questa ricostruzione è confermata dal fatto che per venire incontro ad esigenze di trasparenza, nella prassi il provvedimento conclusivo viene comunicato a coloro che ne facciano richiesta e che siano portatori di un interesse qualificato (privato esponente e/o magistrato coinvolto).

¹³ V. art. 15, comma 1, d.lgs. n. 109/2006, e, in giurisprudenza, Csm, Sez. disc., sentenze n. 65/2007, n. 116/2008, n. 106/2009.

¹⁴ V. Csm, Sez. disc., sentenza n. 129/2009.

¹⁵ Sulla portata dell'art. 28 cit. rispetto al modello della responsabilità disciplinare ad esso sotteso cfr. G. Zagrebelsky, *La responsabilità disciplinare dei magistrati: considerazioni su alcuni aspetti generali*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, Milano 1977, 832; G. Volpe, *La legge ferrea della corporazioni e i magistrati*, in *Foro it.* 1976, I, 599; V. Mele, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano 1987, 46; e R. Moretti, *Disciplina giudiziaria e Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1977, 1167.

¹⁶ Cfr. M. Patrono, *Eterogenesi dei fini? Se non si pone un rimedio, la (nuova) normativa degli illeciti disciplinari dei magistrati sembra destinata al fallimento*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, a cura di S. Bartole, A. Pace, R. Romboli, Napoli 2010, 37 ss.

patrimoniali”, “l’adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza”.

Rispetto a queste obiezioni, è importante ricordare come la giurisprudenza disciplinare si sia subito impegnata nell’opera di distinzione e precisazione delle diverse fattispecie. Riprendendo l’esempio precedente, si è chiarito che vi è “grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile” (lett. g) quando si è di fronte a comportamenti arbitrari illegali; che, rispetto a questa ipotesi, “l’adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali” (lett. m) costituisce una *species*, riguardando solo i provvedimenti e le decisioni¹⁷; che, infine, siamo di fronte all’“adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza” (lett. ff) quando l’errore giuridico macroscopico conduce addirittura all’adozione di un provvedimento abnorme, tant’è che l’errore è punito indipendentemente dalla lesione di diritti¹⁸.

Taluni problemi di definizione delle singole fattispecie paiono dunque risolvibili in via interpretativa.

Altri criticarono, invece, le scelte di merito fatte dal legislatore, con riferimento, cioè, all’individuazione dei comportamenti punibili, o alla loro gravità.

Si tratta di valutazioni che necessariamente riflettono la concezione che in quel momento il legislatore ha della magistratura e della funzione giurisdizionale, tant’è che, cambiata la maggioranza, alcune fattispecie vennero immediatamente riscritte (v. l. n. 269/2006). E’ dunque difficile darne una valutazione strettamente giuridica, salvo che una norma appaia incostituzionale¹⁹.

C’è tuttavia una disposizione su cui è interessante soffermarsi, per valutare almeno se l’obiettivo del legislatore possa dirsi raggiunto: quella che punisce il ritardo del magistrato nel compimento degli atti giudiziari.

Va ricordato che il legislatore del 2006, anche alla luce della continua violazione da parte dello Stato italiano del principio della ragionevole durata dei processi, non solo ritenne opportuno prevedere come illecito disciplinare “il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all’esercizio delle funzioni”, precisando che “si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell’atto”, ma anche sanzionarlo in modo severo. A questo illecito non può infatti essere comminata una sanzione inferiore alle censura.

Si tratta della fattispecie disciplinare su cui attualmente si incentrano le maggiori attenzioni dei titolari dell’iniziativa disciplinare. Basti ricordare che il Ministro della Giustizia si avvale, per l’accertamento di questo illecito, dell’Ispettorato generale che, a cadenza fissa, procede all’ispezione ordinaria di tutti gli uffici giudiziari, accerta in modo sistematico se vi siano ritardi nel deposito dei provvedimenti giudiziari e, conseguentemente, promuove l’azione disciplinare: nel 2010 l’iniziativa disciplinare ministeriale ha riguardato il ritardo nel deposito dei provvedimenti nel 52,54% dei casi. Ma anche il Procuratore generale si è dimostrato piuttosto severo, dal momento che, con riferimento al medesimo periodo, il 25% delle sue azioni hanno riguardato questo illecito.

Rispetto alle incolpazioni per il ritardo nel deposito dei provvedimenti, pure la Sezione disciplinare si è dimostrata rigorosa: nel biennio 2008-2009 si registrano ben 30 condanne per tale illecito²⁰; mentre da gennaio 2010 a marzo 2011 si contano 13 condanne²¹. Secondo il più recente orientamento del giudice disciplinare, infatti, il ritardo è “reiterato” quando è “abituale” (non anche necessariamente “sistematico”), verificando a tal fine il rapporto tra l’arco di tempo considerato e il numero di condotte reiterate. La “gravità” del ritardo viene invece riferita all’entità, in termini temporali, dei ritardi reiterati, oltre che, eventualmente, all’importanza dei procedimenti interessati. La legge richiede poi che il ritardo sia “ingiustificato”: la giustificazione – sostiene la Sezione disciplinare - deve essere “interna” alla fattispecie tipica, risultando rilevanti le situazioni idonee ad escludere la violazione dei doveri del magistrato in un rapporto di causalità specifica con il ritardo, risultando al contrario ininfluyente la laboriosità personale del magistrato, poiché non si

¹⁷ Cfr. Csm, Sez. disc., ordinanza n. 154 del 2010.

¹⁸ Cfr. Csm, Sez. disc., sentenza n. 6 del 2011.

¹⁹ Ad oggi solo in un caso la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità di una fattispecie disciplinare rispetto alla Costituzione, e lo ha fatto nel senso della non fondatezza: v. sentenza n. 224 del 2009, avente ad oggetto la disposizione che punisce «l’iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici ovvero il coinvolgimento nelle attività di soggetti operanti nel settore economico o finanziario che possono condizionare l’esercizio delle funzioni o comunque compromettere l’immagine del magistrato».

²⁰ A fonte di 25 assoluzioni per la medesima incolpazione: v. *Quaderno del Consiglio superiore della magistratura* n. 157 del 2001 – *Sezione disciplinare – Massimario* anni 2008-2009, 183 ss.

²¹ A fronte di 29 assoluzioni.

tratta di valutare la persona, ma comportamenti determinati. E' per altro interessante notare che, se il ritardo riguarda il compimento di un atto il cui termine è fissato direttamente dalla legge – come, ad esempio, avviene nel processo penale quando il provvedimento incide sulla libertà personale –, il giudice disciplinare qualifica il comportamento, anziché come ritardo, come “grave violazione di legge” ex art. 2, comma 2, lett. g, d.lgs. n. 109/2006²². Ciò consente di punire il ritardo (per es., nel procedere ad una scarcerazione) anche se questo non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge (in questo caso, però, non è prevista una sanzione minima).

Rispetto a questa giurisprudenza va, tuttavia, rilevato come non sempre la predeterminazione legislativa dell'illecito del ritardo dei magistrati nel compimento degli atti giudiziari sia adeguata: in alcuni casi, la sanzione minima della censura è risultata troppo severa, in altri casi, è emerso come comportamenti dilatori sfuggano al controllo disciplinare.

Si consideri come talvolta la sanzione (della censura!) finisca per colpire magistrati che lavorano in uffici giudiziari che versano in particolare difficoltà organizzativa e, soprattutto, per punire magistrati che “ingenuamente” mandano tante cause in decisione, senza poi riuscire a redigere le sentenze nei tempi stabiliti.

Al contrario, alla luce della giurisprudenza disciplinare, non risulta che vengano sottoposti a procedimento disciplinare coloro che rinviando le cause di anni, senza mandarle in decisione.

Anche qualora si riuscisse a superare la difficoltà di venire a conoscenza di questi casi, non è semplice inquadrare tali comportamenti entro le fattispecie elencate nel d.lgs. n. 109/2006.

Esiste la fattispecie che punisce la “scarsa laboriosità” (letteralmente, “il sottrarsi in modo abituale e ingiustificato all'attività di servizio”, di cui all'art. 2, comma 1, lett. r, d.lgs. n. 109/2006), ma, nella quasi totalità dei casi, essa viene utilizzata per punire le assenze dei magistrati.

Difficile è anche applicare la fattispecie di cui all'art. 2, comma 1, lett. a, d.lgs. n. 109/2006, nella parte in cui si riferisce genericamente alla mancanza di laboriosità che può causare ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti. Un tentativo in tal senso da parte della Sezione disciplinare è stato successivamente smentito²³.

Una soluzione potrebbe consistere nel dare una interpretazione meno “letterale” all'art. 2, comma 1°, lett. q, d.lgs. n. 109/2006 relativa al ritardo. La norma-base punisce, in modo ampio e generico, “il reiterato, grave e ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni”. Essa è seguita da una presunzione di non colpevolezza (“si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto”) che espressamente prende in considerazione il ritardo nel compimento di atti il cui termine è in qualche modo definito dalla legge (deposito dei provvedimenti, fra tutti). Ciò tuttavia non significa che la fattispecie-base riguardi solo questi atti, ben potendo – a mio parere – comprendere tutti quei comportamenti che causano un evidente e patologico ritardo nella definizione di un processo (come, appunto, rinvii lunghi e ingiustificati).

Tale soluzione interpretativa sembra ora trovare un conforto nella scelta del legislatore di introdurre, con l'art. 1-ter del d.l. n. 138/2011 (conv. in l. n. 148/2011²⁴), l'obbligo, per il giudice, “quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa”, di fissare, “nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli adempimenti che verranno in ciascuna di esse espletati ...”, e di stabilire che il mancato rispetto dei termini così fissati può costituire violazione disciplinare (oltre che essere rilevante “ai fini della valutazione di professionalità e della nomina e conferma agli uffici direttivi e semidirettivi”). Si tratta di una disposizione destinata ad avere effetto per le controversie instaurate successivamente all'entrata in vigore del provvedimento e, soprattutto, non coordinata rispetto alla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 109/2006, poiché non è chiaro se si tratti di una nuova figura di illecito disciplinare (ma, allora, perché usare il verbo “può”, se l'azione disciplinare è obbligatoria?), ovvero – come sembra preferibile – se essa costituisca una disposizione riconducibile alle figure già previste nel medesimo d.lgs. n. 109/2006 e, in particolare, proprio all'art. 2, comma 1°, lett. q, rispetto alla quale dovrà essere sistematicamente interpretata.

²² Cfr. Cass. Civ., S.U., sentenza 12 gennaio 2011, n. 507; Cass. Civ., S.U., sentenza 12 ottobre 2011, 20936.

²³ Cfr. Csm, Sez. disc., sentenza n. 155/2010, che sembrava aprire a tale possibilità, ma successivamente, e chiaramente in senso opposto, sentenza n. 41/2011. Diverso è il caso in cui il magistrato, nonostante la condanna per il ritardo ex art. 2, comma 1, lett. q, persista nel non depositare il provvedimento: v. Csm, Sez. disc., sentenza n. 39/2011.

²⁴ Si tratta della cd. manovra bis, dove la disposizione trovata posto alla luce del “costo economico” derivante dalla eccessiva durata dei processi.

La giurisprudenza disciplinare potrà, tuttavia, utilizzare tale disposizione per sanzionare proprio quei magistrati che, in modo grave, reiterato e ingiustificato, hanno ritardato, non solo a depositare i provvedimenti, ma anche a svolgere le udienze in violazione del calendario inizialmente fissato, ovvero per porre un freno a quei rinvii ingiustificati nella fissazione delle udienze che ora sfuggono al controllo disciplinare.

Ad ogni modo, se questa è la situazione, è evidente che – al di là della rilevanza disciplinare dei ritardi – sarebbe necessario che i capi degli uffici, da una parte, concordassero “piani di rientro” dell’arretrato, dall’altra, esercitassero un controllo penetrante su coloro che “si proteggono” rinviando le cause, già pronte per la decisione, di molti anni.

2.3. *L’assenza di clausole di chiusura: quanti comportamenti sfuggono alla sanzione disciplinare? Le conseguenze sull’applicazione dell’istituto del trasferimento d’ufficio ex art. 2 r.d.lgs. n. 511/1946.*

Le considerazioni che da ultimo si sono svolte in merito ai comportamenti riconducibili, o meno, alla fattispecie del ritardo nel compimento degli atti giudiziari impone una riflessione più ampia sul modo in cui il legislatore delegato ha proceduto a tipizzare le fattispecie disciplinari (v. artt. 2-4 d.lgs. n. 109/2006).

Si consideri che la “predeterminazione” delle fattispecie disciplinari, pur rispondendo all’esigenza di garantire il principio di indipendenza del magistrato²⁵, non può essere costituzionalmente fondata sull’art. 25, comma 2, Cost. e, dunque, non implica affatto la “tassatività” delle fattispecie disciplinari²⁶. Oltre ad ammettersi una predeterminazione non fondata sul principio di stretta legalità (e, dunque, la possibilità di utilizzare aggettivi, come “grave”, “abituale”, etc. per qualificare i comportamenti, nonché di assolvere se il fatto è “di scarsa rilevanza”²⁷), si è anzi sempre ritenuta assai opportuna la previsione di qualche norma di chiusura.

Nonostante ciò e, soprattutto, nonostante la l. n. 150/2005 consentisse al Governo, in sede di formulazione del decreto legislativo, di inserire “adeguate norme di chiusura”, il d.lgs. n. 109/2006 contiene una elencazione assai rigida dei comportamenti punibili²⁸.

E’ certamente una norma di chiusura quella che stabilisce che costituisce illecito “qualunque fatto costituente reato idoneo a ledere l’immagine del magistrato, anche se il reato è estinto per qualsiasi causa o l’azione penale non può essere iniziata o proseguita” (art. 4, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 109/2006). E, forse, può essere considerata tale anche quella secondo cui costituiscono illeciti i comportamenti che, violando i doveri di imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo, equilibrio e rispetto della dignità della persona, arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti (v. art. 2, comma 1, lett. a, con riferimento all’art. 1, comma 1, d.lgs. n. 109/2006)²⁹.

La domanda che ci si può porre, a cinque anni dall’entrata in vigore della riforma, è se vi siano comportamenti, e quali, che una volta venivano puniti, mentre oggi sfuggono alla sanzione disciplinare³⁰.

In linea generale, va premesso che ciò costituisce l’inevitabile conseguenza della predeterminazione e, soprattutto, che risponde pienamente all’idea che sia il legislatore a decidere quale dei comportamenti deontologicamente scorretti meriti di essere anche sanzionato in sede disciplinare. Al contrario, l’assenza di tipizzazione può avere l’effetto di “scaricare” sulla responsabilità disciplinare valutazioni che, invece, più

²⁵ Sul nesso tra tipizzazione degli illeciti e indipendenza, cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit., 258 ss.

²⁶ Cfr. Corte cost., sentenza n. 100 del 1981. Per una diversa posizione, in dottrina, cfr. G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 74.

²⁷ L’art. 3-bis d.lgs. n. 109/2006 è stato ad esempio utilizzato per escludere la rilevanza disciplinare in casi in cui i magistrati avevano tenuto alcune lezioni in università o in corsi di specializzazione, a titolo gratuito, senza chiedere l’autorizzazione al Csm: cfr. Sez. disc., sentenze nn. 113 e 116/2008 e n. 46/2008.

²⁸ Nella prima versione del d.lgs. 109 del 2006 si contavano invece ben tre clausole di chiusura.

²⁹ Nel massimario disciplinare a cura del Csm questa fattispecie viene qualificata come “fattispecie di carattere generale e residuale”. Nel biennio 2008-2009 solo in un caso essa ha costituito il fondamento per l’irrogazione di una sentenza di condanna: si trattava dell’inserimento in motivazione di provvedimento di circostanze afferenti sfera personale non rilevanti ai fini procedurali (Csm, Sez. disc., sentenza n. 3/2008). Dal 2010 al marzo 2011 in tre casi.

³⁰ Questo profilo solo in parte si intreccia con un altro tema di cui si è a lungo ragionato negli anni immediatamente successivi alla riforma e, cioè, se nel regime transitorio, nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, su quale norma andasse applicata al comportamento posto in essere prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 109/2006 sulla base del principio del *favor rei* (v. art. 32-bis d.lgs. n. 109/2006, come interpretato da Cass., S.U., 29 gennaio 2007, n. 1821): tale valutazione portò, in alcuni casi, a ricorrere all’art. 18 r.d.lgs. n. 511/1946, nella maggioranza, però, alle fattispecie tipizzate. Sul punto, cfr. D. Cavallini, *op. cit.*, 329 ss.

propriamente attengono ad altri settori: si pensi, in particolare, alla necessità di tenere distinte la valutazione disciplinare da quella di professionalità³¹.

Ciò premesso, e pur non avendo dati precisi, pare interessante sottolineare che, rispetto ad una fattispecie ampia e generica come quella dell'abrogato art. 18 r.d.lgs. n. 511/1946, la predeterminazione delle fattispecie disciplinari operata dal d.lgs. n. 109/2006, non accompagnata da adeguate norme di chiusura, impedisce certamente di dare rilevanza disciplinare ad alcuni comportamenti, soprattutto extra-funzionali, che una volta venivano puniti³²: si pensi, ad esempio, all'assenza di una fattispecie entro cui inquadrare certi comportamenti lesivi del dovere di riserbo.

Il profilo, cui si è ora fatto cenno, attinente alle conseguenze di una predeterminazione degli illeciti disciplinari senza adeguate norme di chiusura, può inoltre avere degli effetti su un altro importante istituto, quello del trasferimento d'ufficio per incompatibilità ambientale e funzionale ex art. 2 r.d.lgs. n. 511/1946.

Com'è noto, in passato, ad esso si ricorreva o come strumento alternativo a quello disciplinare, sulla base di un giudizio del Consiglio superiore autonomo rispetto a valutazioni che dello stesso fatto davano i titolari dell'iniziativa disciplinare, ovvero come misura cautelare d'urgenza, in attesa della sentenza della Sezione disciplinare, che ben poteva disporre il trasferimento, ma solo all'esito del processo, quale sanzione accessoria.

Anche l'art. 2 cit. è stato modificato dal d.lgs. n. 109/2006 con l'obiettivo di creare una distinzione più netta fra trasferimento amministrativo e procedimento disciplinare³³, sulla scorta di questo affermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 457 del 2002³⁴.

Oggi esso stabilisce che il trasferimento può essere disposto quando i magistrati "per qualsiasi causa indipendente da loro colpa non possono, nella sede occupata, svolgere le proprie funzioni con piena indipendenza e imparzialità". Pur non specificandosi i motivi che possono dare luogo al trasferimento (e, dunque, non soddisfacendo pienamente la riserva di legge di cui all'art. 107 Cost.), il legislatore, facendo esclusivo riferimento alle cause indipendenti da colpa del magistrato, ha ridotto la portata applicativa della norma ai fatti che oggettivamente pregiudicano l'indipendenza e l'imparzialità del magistrato.

Mentre è però pacifico che non sia possibile ricorrere all'art. 2 cit. se il comportamento del magistrato è sussumibile in una delle fattispecie disciplinari delineate nel d.lgs. n. 109/2006 (nel quale caso egli sarà soggetto al solo procedimento disciplinare³⁵), ci si è chiesti se sia possibile ricorrere al trasferimento d'ufficio ex art. 2 cit. in tutti quei casi caratterizzati dalla presenza di comportamenti deontologicamente riprovevoli, ma non rilevanti sul piano disciplinare.

Il CSM ha dato una risposta positiva a questo interrogativo, mantenendo una linea di continuità rispetto all'impiego precedente dell'istituto del trasferimento d'ufficio, utilizzato in funzione "paradisciplinare", proprio per dare una soluzione a quei casi, spesso originati da esposti degli stessi magistrati nei confronti di altri colleghi, aventi ad oggetto comportamenti che si pongono in quella "zona grigia" di cui si è detto (v. risoluzione del 24 gennaio 2007). Al contrario, la giurisprudenza amministrativa, annullando alcuni provvedimenti assunti dal *plenum* del CSM ex art. 2 cit. basati sull'accertamento di un comportamento "colpevole" del magistrato, ha seguito la soluzione opposta.

E' però interessante notare che, mentre il Tar, in una nota sentenza del 2009³⁶, annullando il provvedimento del *plenum*, aveva sottolineato come l'istituto ex art. 2 cit. fosse applicabile alle sole ipotesi di incompatibilità

³¹ E interessante ricordare che il Procuratore generale della cassazione, nella relazione annuale 2010, cit., ha sottolineato che da qualche anno la Procura generale trasmette i provvedimenti di archiviazione di procedure dalle quali emergono comportamenti non riconducibili al catalogo di illeciti di cui al d.lgs. n. 109/2006, evidenziando, tuttavia, vistose cadute di professionalità, non solo tecnica, al Consiglio superiore della magistratura per l'eventuale inserimento, con le garanzie previste dalla normativa vigente, nel fascicolo personale del magistrato interessato al fine di poterne tener conto in sede di progressione di carriera, ovvero di conferimento di uffici direttivi o di altre funzioni.

³² Cfr. E.M. Cesqui, *Gli illeciti disciplinari nell'esercizio delle funzioni*, in *La responsabilità dei magistrati*, a cura di M. Volpi, Napoli 2008, 69.

³³ Questa conclusione è confermata anche dalla disposizione transitoria contenuta all'art. 26, comma 2°, d.lgs. n. 109/2006, secondo cui, alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 109/2006, gli atti relativi ai procedimenti amministrativi di trasferimento di ufficio ai sensi dell'articolo 2, comma 2°, del r.d.lgs. n. 511/1946 pendenti presso il Consiglio superiore della magistratura, per fatti astrattamente riconducibili alle fattispecie disciplinari, dovevano essere trasmessi al Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di cassazione per le sue determinazioni in ordine all'azione disciplinare.

³⁴ Per un quadro della vicenda, sia consentito rinviare a F. Biondi, *La natura giuridica del procedimento di trasferimento d'ufficio e i suoi riflessi sul diritto di difesa del magistrato*, in *Giur. cost.* 2002.

³⁵ Ovviamente, qualche problema si pone ancora se l'azione disciplinare non è ancora formalmente avviata, poiché può accadere che la Prima commissione del Csm, aprendo l'istruttoria e adottando il provvedimento di trasferimento, "anticipi" il titolare dell'azione disciplinare, vanificandone di fatto l'iniziativa.

³⁶ Cfr. Tar Lazio, sez. I, sentenza 29 aprile 2009, n. 4454, in *Foro amm. TAR* 2009, 4, 1108.

propriamente oggettiva, non imputabile cioè a colpa, il Consiglio di Stato ha cercato di trovare una soluzione “di compromesso”. Nella più recente sentenza della IV sez. del 13 giugno 2011, n. 3587, si osserva infatti che la novità introdotta dal legislatore nel 2006 consiste nella necessità che il CSM, qualora intenda disporre il trasferimento, evidenzi come e quando ciò che si è verificato abbia inciso “in modo reale ed effettivo sull’ordinario e imparziale esercizio delle funzioni”. Il CSM deve cioè operare una valutazione oggettiva dell’accaduto, indipendentemente dal fatto che vi sia stata una condotta riprovevole del magistrato. Ciò sembra significare che non si può ricorrere al trasferimento al solo scopo di colmare eventuali lacune rispetto alla predeterminazione degli illeciti, ma che tale obiettivo potrebbe essere indirettamente raggiunto qualora la condotta del magistrato abbia oggettivamente pregiudicato l’indipendenza e l’imparzialità.

2.4. Il trasferimento in via cautelare del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare

Ultimo istituto su cui è necessario svolgere alcune considerazioni è quello del trasferimento cautelare, ossia dalla possibilità di applicare, su richiesta dei titolari dell’azione disciplinare, la misura cautelare del trasferimento ad altra sede o la destinazione ad altre funzioni del magistrato incolpato qualora sussistano, ai sensi dell’art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 109/2006, gravi elementi di fondatezza dell’azione disciplinare e ricorrano motivi di particolare urgenza.

Il trasferimento provvisorio ad altro ufficio può essere applicato, ai sensi dell’art. 22, comma 1°, d.lgs. n. 109/2006 anche prima dell’inizio di un procedimento disciplinare, ove il magistrato sia sottoposto a procedimento penale³⁷, ovvero quando possono essergli ascritti fatti rilevanti sotto il profilo disciplinare incompatibili con l’esercizio delle funzioni. Il trasferimento costituisce un’alternativa alla sospensione cautelare dalle funzioni e dallo stipendio per i casi di minore gravità³⁸. Se disposto, il trasferimento avviene in altro ufficio di un distretto limitrofo, ma diverso da quello indicato ex art. 11 c.p.p.

Come osservato dalla Cassazione, il trasferimento ex art. 13, comma 2°, cit. e quello ex art. 22, comma 1°, cit. si fondano sul medesimo presupposto, potendo essere disposti nel caso in cui il permanere nella stessa sede o nello stesso ufficio appaia in contrasto con il buon andamento dell’amministrazione della giustizia³⁹.

L’introduzione del trasferimento d’ufficio quale misura cautelare è strettamente legata – come precedentemente accennato – alla modifica dell’art. 2 del r.d.lgs. n. 511/1946, che ha ridotto in maniera radicale l’ambito di operatività del trasferimento d’ufficio per incompatibilità ambientale e/o funzionale, riservato alla competenza del Consiglio Superiore della Magistratura in sede amministrativa.

Nel biennio 2008-2009 si contano otto provvedimenti di trasferimento cautelare (al netto delle più gravi sospensioni dalle funzioni e dallo stipendio)⁴⁰. Nel corso del 2010 la Procura generale ha chiesto alla Sezione disciplinare del Consiglio superiore l’applicazione di misure cautelari nei confronti di cinque magistrati, e tutte le richieste sono state accolte⁴¹.

Si è però posto un problema, che merita di essere segnalato: a chi spetta individuare la sede del trasferimento? E, correlativamente, qual è il giudice competente a decidere eventuali ricorsi del magistrato rispetto al provvedimento che dispone la misura cautelare?

Secondo un primo orientamento della Sezione disciplinare, seguito fino alla metà del 2010, ad essa spettava decidere in merito all’applicazione della misura cautelare del trasferimento, mentre la scelta della sede era di competenza del *plenum*, su proposta della Terza commissione.

Questo poteva comportare l’instaurazione di due giudizi da parte del magistrato destinatario del provvedimento: l’uno, ex art. 24 d.lgs. n. 109/2006⁴², di fronte alla Cassazione a sezioni unite, in cui si

³⁷ La Sezione disciplinare ha osservato come in questi casi non basta la semplice pendenza di un procedimento penale, dovendo il giudice disciplinare operare un’autonoma valutazione e accertare la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*: v. Sez. disc., ordinanze n. 11 del 2009 e 156 del 2010.

³⁸ La Sezione disciplinare ha ritenuto di disporre la meno grave misura del trasferimento, in luogo della sospensione, anche se il titolare dell’azione disciplinare aveva avanzato quest’ultima richiesta: v. Csm, Sez. disc., ordinanza 30 novembre 2010 (emessa nei procedimenti riuniti nn. 140-144/2010).

³⁹ Cass. Civ., S.U., sentenza n. 15976 del 2009.

⁴⁰ V. *Quaderno del Consiglio superiore della magistratura* n. 157 del 2001 – *Sezione disciplinare – Massimario* anni 2008-2009, 515 ss.

⁴¹ V. dati in Relazione annuale PG 2010, cit.

⁴² E’ da notare, per altro, che l’art. 24 d.lgs. n. 109/2006 contiene un espresso riferimento alle misure adottate ex art. 22 cit., mentre nulla si dice rispetto a quello ex art. 13 cit.: si è tuttavia ritenuto che, basandosi sul medesimo presupposto e venendo adottati seguendo lo stesso procedimento, entrambi i provvedimenti debbano essere impugnati presso la Cassazione. Tale soluzione interpretativa è stata recentemente confermata da Cassazione, S.U., 26 settembre 2011, n. 19566.

contestava la legittimità della misura cautelare, l'altro, di fronte al Tar Lazio, avente ad oggetto il provvedimento di individuazione della sede presso cui trasferire il magistrato.

Si trattava di una soluzione, pur condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, che presentava alcune incongruenze: anzitutto, è l'organo disciplinare a conoscere le ragioni che sconsigliano il trasferimento ad una sede piuttosto che ad altra (elementi di cui non può essere a conoscenza la Terza commissione); inoltre, solo scegliendo subito la sede è possibile dare una risposta tempestiva alle esigenze cautelari (al contrario, il procedimento amministrativo allunga i tempi per l'esecuzione del provvedimento).

Per queste ragioni, la Sezione disciplinare, a partire dall'ordinanza 30 novembre 2010 n. 184, ha deciso di indicare essa stessa la sede in cui il magistrato deve essere trasferito. In quella pronuncia si osserva, inoltre, che a tale soluzione non osta neppure la circolare n. 12046 del 2009 in tema di tramutamento e conferimento delle funzioni, dove si stabilisce che la sede e l'ufficio di destinazione sono scelti dalla Terza commissione "ove non indicati dalla sezione disciplinare" (v. par. XXVII), con ciò implicitamente ammettendo che la competenza sia in prima battuta dell'organo disciplinare.

Questa decisione della Sezione disciplinare è stata impugnata dal magistrato destinatario del provvedimento sia di fronte al Tar Lazio, sia in Cassazione.

Il giudice amministrativo ha ammesso il ricorso, sostenendo di essere competente a pronunciarsi sul provvedimento emesso dalla Sezione disciplinare, in quanto avente contenuto amministrativo, e, nel merito, confermando che la competenza a scegliere la sede del trasferimento spetta alla Terza commissione e al *plenum* (secondo il Tar, la Sezione disciplinare potrebbe solo "indicare" la sede, lasciando comunque la decisione finale al *plenum* del CSM)⁴³. Si tratta di una soluzione coerente rispetto alla precedente giurisprudenza⁴⁴, ma che certamente contrasta con la necessità che la misura cautelare sia tempestivamente eseguita. Il Consiglio superiore ha allora proposto in Cassazione ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, contestando in radice la competenza del giudice amministrativo⁴⁵.

Due dunque i ricorsi giunti in Cassazione, l'uno proposto dal magistrato direttamente avverso la decisione della Sezione disciplinare, l'altro proposto dal CSM in sede di regolamento preventivo di giurisdizione. Con la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 26 settembre 2011, n. 19566, il contrasto interpretativo è stato definitivamente risolto, accogliendo l'impostazione del CSM. Il ricorso presentato dal magistrato è stato dichiarato inammissibile perché tardivo, ma la Cassazione, pronunciandosi d'ufficio nell'interesse della legge ex art. 363, comma 2, c.p.c., ha stabilito il principio secondo cui rientra nei poteri della Sezione disciplinare del CSM, che dispone il trasferimento provvisorio del magistrato incolpato, indicare la sede e l'ufficio di destinazione.

3. La responsabilità civile

Il tema della responsabilità civile dei magistrati merita di essere affrontato in una prospettiva completamente diversa rispetto all'analisi delle problematiche poste da quella disciplinare.

Mentre quello disciplinare, sia pure con qualche problematicità, è un sistema che "funziona", è noto che la responsabilità civile dei magistrati è regolata da una legge, la n. 117/1988, che, per il modo in cui è stata formulata e per come è stata interpretata dalla stessa magistratura, non ha trovato quasi mai applicazione (i processi che si sono conclusi nella fase di merito sono pochissimi e le condanne ancora meno⁴⁶).

Si tratta di una legge che, seppure nata all'esito di un referendum abrogativo che si proponeva di allargare i casi di responsabilità civile dei singoli magistrati, configura quest'ultima come una responsabilità dello Stato. Si individuano, infatti, le ipotesi in cui il magistrato può essere chiamato a rispondere, ma si stabilisce che, qualora queste ricorrano, l'azione deve essere promossa nei confronti dello Stato. In caso di condanna, lo

⁴³ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sentenza 11 maggio 2011, ma anche Cons. St., sez. IV, ordinanza 12 aprile 2011.

⁴⁴ Cfr. Tar Lazio, Sez. I, sentenze 7 agosto 2009 n. 8001 e 29 aprile 2009 n. 4454.

⁴⁵ Può essere interessante notare che il Tar Lazio (v. sentenza 11 maggio 2011 cit.) non ha sospeso il procedimento in attesa della decisione della Cassazione, ritenendola, ai sensi dell'art. 367 c.p.c., manifestamente infondata.

⁴⁶ Si ricorda il caso di un pubblico ministero che aveva disposto la perquisizione nello studio legale di un avvocato, senza darne comunicazione al Presidente del Consiglio dell'ordine forense, ex art. 103 c.p.p. (Cass., sez. I, sentenza 30 luglio 1999, n. 8260, in *Foro it.*, 2000, I, 2671) e quello di un giudice istruttore che aveva emesso mandati di cattura per il reato di falso in bilancio aggravato e continuato, sulla base delle qualità, in realtà inesistenti nel soggetto, di amministratore e sindaco di una società per azioni (Trib. Brescia, 29 aprile 1998, in *Danno e resp.*, 1998, 1020). Solo il primo di questi due giudizi si è concluso con l'accoglimento della domanda di risarcimento proposta dalla parte. Cfr. M. Lupo, *La responsabilità civile del magistrato: primi bilanci sull'applicazione della legge 117/1988*, in *Resp. civ. prev.* 2004, 677 ss.

Stato potrà rivalersi successivamente, ed entro certi limiti, sul magistrato. L'unica ipotesi in cui si può agire direttamente contro il magistrato si ha quando il danno è stato causato con dolo⁴⁷. Vi è dunque un perfetto parallelismo tra la responsabilità dello Stato e quella del magistrato.

Per molti anni il tema della responsabilità civile dei magistrati non è stato oggetto di particolare interesse né da parte della pubblica opinione, né della dottrina: la "problematica" posta dal fatto che i danni causati da una erronea decisione giudiziaria non fossero risarcibili (con la sola eccezione dell'indennizzo in caso di ingiusta detenzione, che, però, ha un diverso fondamento giuridico) venne in qualche modo accantonata. Recentemente di responsabilità civile dei magistrati si è tornato a ragionare grazie ad una decisione della Corte di Giustizia dell'UE che ha messo parzialmente in discussione la soluzione legislativa italiana e che impone di aprire una riflessione sulla necessità di intervenire sulla normativa attualmente vigente.

3.1. *Gli sviluppi recenti: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, la sentenza Traghetti del Mediterraneo*

La prima decisione che ha messo in discussione la l. n. 117/1988 è la sentenza 30 settembre 2003, *Köbler c. Repubblica d'Austria*⁴⁸, con cui la Corte di Giustizia, superando le obiezioni di alcuni Stati membri fondate sul principio di indipendenza e sull'autorità della cosa definitivamente giudicata, ha affermato che gli Stati sono tenuti a riparare i danni causati ai singoli dalla violazione di una norma di diritto comunitario, anche quando la violazione è causata da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. L'unica cautela che la Corte di Giustizia ha dimostrato, rispetto ai danni provocati in altri settori dell'ordinamento, consiste nell'aver affermato che la violazione del diritto comunitario deve essere manifesta: si devono cioè considerare alcuni criteri quali il grado di chiarezza e precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto, la mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. La violazione è tuttavia presunta quando la decisione interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

Subito ci si è posti il problema di comprendere se la l. n. 117/1988 fosse compatibile con quanto disposto in sede comunitaria.

Due, in particolare, i quesiti. La limitazione del risarcimento del danno al caso in cui l'errore è causato con dolo o colpa grave è compatibile con un giudizio – quello svolto dalla Corte di Giustizia – che non contempla un esame del profilo soggettivo, ma solo quello della violazione obiettiva di un diritto attribuito dall'ordinamento comunitario? E, inoltre, la c.d. «clausola di salvaguardia», la disposizione, cioè, che esclude la responsabilità quando il danno è causato dall'interpretazione di diritto e dalla valutazione dei fatti e delle prove, è coerente con quanto statuito dalla Corte di Giustizia, che fa espresso riferimento ai danni causati dall'attività interpretativa degli organi giurisdizionali supremi?

Alcuni giudici diedero immediatamente seguito alla decisione della Corte di Giustizia disapplicando la cd. clausola di salvaguardia⁴⁹, in quanto contrastante con il diritto comunitario⁵⁰. E' evidente, del resto, che le ipotesi di danno provocate dall'applicazione del diritto comunitario dipendono quasi tutte da un'attività interpretativa: la violazione potrebbe, infatti, risultare da un'interpretazione del diritto nazionale in senso non conforme al diritto comunitario applicabile; dall'applicazione di una normativa nazionale che sia ritenuta erroneamente conforme all'ordinamento giuridico comunitario; ovvero da un'errata interpretazione di una norma di diritto comunitario applicabile.

Un altro giudice, invece, sollevò una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di Giustizia, chiedendo se fosse compatibile con i principi del diritto comunitario una normativa nazionale, la l. n. 117/1988 appunto, che: 1) esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'attività giudiziaria; 2) limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice⁵¹.

⁴⁷ Per questo, si è parlato di "responsabilità dello Stato-giudice": v. soprattutto i lavori di A. Giuliani e N. Picardi e, in particolare, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995.

⁴⁸ in *Danno e resp.*, 2004, 23 ss.

⁴⁹ Interessante è notare che, alla luce di una ventennale lettura estensiva di questa clausola, nessuno abbia mai ipotizzato di far rientrare la violazione manifesta del diritto comunitario entro l'ipotesi della colpa grave.

⁵⁰ Cfr. Trib. Roma, decisioni del 18 giugno 2001 e 29 settembre 2004 (quest'ultima, tra l'altro, rinvia ad un precedente inedito del Tribunale di Genova): cfr. *Diritto e Giustizia* 41/2004, 81.

⁵¹ Cfr. Trib. Genova, ordinanza 20 marzo 2003, causa C-173/03, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* 5 luglio 2003.

La sentenza con cui la Corte di Giustizia ha risolto la questione è del 13 giugno 2006 (*Traghetti del Mediterraneo*). Con essa il giudice comunitario valuta espressamente la compatibilità della l. n. 117/1988 rispetto ai principi comunitari, concludendo nel senso che la clausola di salvaguardia (art. 2, comma 2, l. n. 117 cit.), così come formulata e interpretata, non è compatibile con il diritto comunitario, in quanto: l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale; non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa nell'esercizio dell'attività interpretativa; una legislazione che escluda in maniera generale la sussistenza di una qualunque responsabilità dello Stato, allorché la violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di tale Stato risulti da una valutazione dei fatti e delle prove, equivale a privare della sua stessa sostanza il principio sancito nella sentenza *Köbler*.

In secondo luogo, la Corte si sofferma sulla limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo e colpa grave, ribadendo che il danno deve essere risarcito in caso di violazione manifesta del diritto comunitario, e, pertanto, è incompatibile con il diritto comunitario una legislazione che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, se ciò impedisce il risarcimento nei casi in cui vi sia stata una violazione manifesta del diritto vigente secondo i criteri precisati nella sentenza *Köbler*. In altre parole, per la Corte di Giustizia non è rilevante se la legislazione nazionale fonda la responsabilità sulla valutazione di criteri soggettivi (dopo o colpa) o oggettivi, purché, in caso di violazione manifesta del diritto comunitario, il risarcimento sia concesso.

3.2. *Le prospettive future: quale intervento normativo?*

Come accennato, la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in particolare, la sentenza TDM, con cui si è sancita l'incompatibilità di alcune disposizioni della l. n. 117/1988 rispetto ai principi del diritto comunitario, hanno riacceso l'interesse per il tema della responsabilità dei magistrati.

Le valutazioni sugli effetti di questa giurisprudenza sono state duplici. Alcuni hanno ritenuto che, essendosi la Corte di Giustizia pronunciata solo sul risarcimento dello Stato rispetto a decisioni di organi giurisdizionali di ultimo grado in sede di applicazione del diritto comunitario, la decisione TDM avrebbe dovuto avere delle conseguenze esclusivamente su questa ipotesi, senza scalfire l'impianto della l. n. 117/1988⁵².

Altri hanno invece constatato come la sentenza TDM avesse in sostanza messo in crisi l'intero impianto della legge n. 117/1988⁵³, poiché non sarebbe ragionevole, nel concedere o meno il risarcimento, distinguere tra danni provocati da decisioni emesse da organi giurisdizionali di ultimo grado e danni provocati da pronunce di organi giurisdizionali di grado inferiore, né, soprattutto, trattare diversamente l'interpretazione del diritto comunitario rispetto all'interpretazione del diritto interno, cui continuerebbero ad applicarsi le disposizioni limitative della responsabilità⁵⁴.

Seguendo la prima lettura, sarebbe stato possibile dare una risposta alla Corte di Giustizia anche in via interpretativa, senza attendere l'intervento legislativo: si sarebbe potuto – nei casi indicati dalla sentenza *Köbler* – ammettere l'azione di risarcimento nei confronti dello Stato ex l. n. 117/1988, previa disapplicazione della clausola di salvaguardia⁵⁵, oppure, come ha fatto, ad esempio, il Tribunale di Genova, con una decisione del 31 marzo 2009, n. 1329, sostenere che non può più trovare applicazione la l. n. 117/1988 perché incompatibile con i principi comunitari e fondare l'azione di responsabilità per illecito dello Stato sull'art. 2043 c.c.

Che si condivida la prima o la seconda lettura è però oggi necessario interrogarsi su come modificare la disciplina normativa sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, dal momento che il perdurare di un indirizzo giurisprudenziale restrittivo della Cassazione rispetto ai presupposti per l'azione di risarcimento ex l. n. 117/1988, insieme all'inerzia del legislatore, hanno indotto la Commissione europea, il 29 luglio 2010, a

⁵² Per una ricostruzione completa delle diverse soluzioni in via interpretativa al conflitto tra l. n. 117/1988 e giurisprudenza comunitaria, cfr. A. D'Aloia, *La responsabilità del giudice alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Problemi attuali della giustizia in Italia*, cit., 33.
⁵³ Cfr. F. Biondi, *Dalla Corte di Giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quaderni costituzionali* 2006, 839-842.

⁵⁴ Questa differenza, secondo V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. dir. privato* 2006, 347, potrebbe riverberarsi addirittura in un vizio di costituzionalità.

⁵⁵ Secondo A. Pizzorusso, *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007, 8, la clausola di salvaguardia andrebbe disapplicata ai fini dell'accertamento della responsabilità dello Stato, ma non anche qualora questo venisse condannato e proponesse un'azione di rivalsa nei confronti del magistrato.

presentare contro lo Stato italiano un ricorso per inadempimento (Causa C-379/10)⁵⁶, che è stato accolto dalla Corte di Giustizia (Terza sezione) con la sentenza 24 novembre 2011.

Lo Stato italiano è stato condannato in quanto non è riuscito a dimostrare validamente che, in caso di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, l'art. 2, comma 2, l. n. 117/1988 (ossia la cd. clausola di salvaguardia) è interpretata come "limite" alla sua responsabilità, e non quale "esclusione" di essa.

In secondo luogo, è stata ritenuta incompatibile la limitazione della responsabilità ai casi di "dolo e colpa grave". Anche relativamente a questo addebito, l'analisi della giurisprudenza restrittiva della Cassazione sui presupposti per l'ammissibilità della domanda è stata determinante, poiché la Corte di Giustizia ha osservato come la condizione della "colpa grave", nella nostra giurisprudenza, impone limiti più rigorosi di quelli derivanti dalla "violazione manifesta del diritto vigente".

Anche se l'esito della decisione era abbastanza scontato, bisogna osservare che la Corte di Giustizia è stata piuttosto rigorosa nel non considerare – come invece la difesa italiana sosteneva – che, dopo la *Traghetti del Mediterraneo*, non risulta che vi siano stati casi di danni causati in violazione del diritto comunitario da un organo supremo di giurisdizione che non siano stati risarciti "a causa" del dettato della l. n. 117/1988. In altre parole, la possibilità di una interpretazione della normativa interna in senso conforme ai principi comunitari era – per la difesa italiana – ancora possibile.

D'altra parte, può aver giocato a nostro sfavore il fatto che la giurisprudenza della Cassazione sulle condizioni per l'ammissibilità della domanda di risarcimento, sia pure in caso di presunti danni causati dall'applicazione del diritto interno, è ancora oggi così restrittiva da rendere impossibile ottenere un esito favorevole alla parte privata⁵⁷.

Il tempo per una interpretazione della l. n. 117/1988 conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia è dunque ormai scaduto, e non si può che invocare una correzione da parte del legislatore.

Intervenire sulla l. n. 117/1988 e, più in generale, sul tema della risarcibilità dei danni provocati da decisioni giudiziarie va fatto avendo ben chiaro il quadro costituzionale di riferimento e, in particolare, muovendo dall'analisi dell'art. 28 Cost.

Tale disposizione costituisce infatti il fondamento della responsabilità giuridica dei funzionari pubblici "per gli atti compiuti in violazione dei diritti" e, come espressamente chiarito dalla Corte costituzionale nella nota sentenza n. 2 del 1968, essa si applica anche i magistrati. La Corte, tuttavia, in quella stessa decisione, ha affermato che l'art. 28 Cost. consente al legislatore, purché non escluda totalmente la responsabilità del funzionario pubblico, di introdurre discipline differenziate tenendo conto delle diverse categorie. Si può cioè disciplinare la responsabilità dei magistrati diversamente rispetto agli altri funzionari pubblici, qualora ciò si renda necessario per garantire la loro indipendenza⁵⁸.

C'è poi un altro dato costituzionale che deve essere considerato, ossia il rapporto tra la responsabilità del funzionario pubblico e quella dello Stato. L'art. 28 Cost., con una formula per la verità non molto limpida⁵⁹, stabilisce che "in tali casi la responsabilità si estende allo Stato e agli enti pubblici". La sentenza n. 88 del 1963 ha chiarito che la norma costituzionale esclude la responsabilità sussidiaria dello Stato, imponendo che essa sia anteriore o contestuale a quella dei dipendenti pubblici. Inoltre, essa ha stabilito che la responsabilità dello Stato deve coprire almeno i casi in cui risponde il funzionario pubblico⁶⁰, ben potendo però il legislatore o la giurisprudenza estenderla.

Se questo è il quadro costituzionale, appare evidente come la l. n. 117/1988 sia pienamente conforme al dettato costituzionale, ma non costituisca affatto l'unica soluzione legislativa, ben potendosi seguire altri modelli, variando le ipotesi in cui il magistrato è chiamato a rispondere direttamente o indirettamente ovvero differenziando i casi in cui la responsabilità va imputata al magistrato da quelli in cui rileva "oggettivamente" solo quella dello Stato.

Le risposte che il legislatore italiano può dare alla Corte di Giustizia sono dunque assai varie.

⁵⁶ V. *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* 6.11.2010.

⁵⁷ Non è un caso che tra gli argomenti delle parti e nel giudizio della Corte larga parte delle argomentazioni abbiano avuto ad oggetto due decisioni della Cassazione – 5 luglio 2007, n. 15227, e 18 marzo 2008, n. 7272 – che hanno confermato come la nozione di "colpa grave" abbia una portata assai restrittiva.

⁵⁸ Queste affermazioni sono state confermate nelle decisioni successive: v. sentenze nn. 26 del 1987 e 18 del 1989.

⁵⁹ Cfr. F. Biondi, *La responsabilità del magistrato*, cit. 173 ss.

⁶⁰ Con riferimento alle proposte contenute nel PDL C-1956 (Brigandi), nel PDL C-252 (Bernardini), nel PDL C-1429 (Lussana), nel PDL C-3285 (Versace), nel PDL 3300 (Laocchetta), che si propongono di modificare la l. 117/88 eliminando il ricorso contro lo Stato, prevedendo un'azione diretta contro il magistrato, sarebbe infatti necessario chiarire se all'azione diretta nei confronti del magistrato si affianchi anche un'azione contro lo Stato, quantomeno seguendo le regole codicistiche comuni.

La soluzione “minimale” consiste nell’introdurre una ulteriore ipotesi di risarcimento del danno da parte dello Stato che, rispondendo oggettivamente dell’errore causato da un ramo del proprio apparato, si faccia carico dei danni provocati dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che abbia violato in maniera manifesta una norma comunitaria preordinata a conferire diritti ai singoli, nel caso in cui sia accertato il nesso di causalità tra la violazione dell’obbligo incombente sullo Stato e il danno subito dai soggetti lesi. Il legislatore italiano potrebbe precisare i criteri relativamente alla natura e al grado di violazione della norma comunitaria, purché – come ha stabilito la Corte di Giustizia⁶¹ – non siano imposti requisiti più rigorosi di quelli stabiliti dalla giurisprudenza comunitaria. Avremmo in tal modo una responsabilità “speciale” dello Stato⁶².

Questa modifica normativa consentirebbe certamente di rispondere alla censura della Corte di Giustizia, ma, come precedentemente osservato, introdurrebbe una serie di incongruenze rispetto alla restante normativa nazionale.

In alternativa, si potrebbe cogliere l’occasione per ripensare a fondo il tema della responsabilità civile dei magistrato modificando radicalmente la l. n. 117/1988.

Due potrebbero essere le linee di indirizzo.

Una prima soluzione potrebbe consistere, pur mantenendo la responsabilità indiretta del magistrato e il giudizio di ammissibilità della domanda, nel riformulare l’art. 2 della l. n. 117 cit., allargando le ipotesi di responsabilità, così da comprendervi i casi di violazione manifesta del diritto, sia esso interno o di origine comunitaria. Ovviamente, nel seguire questa difficile strada, si deve evitare di estendere le ipotesi di responsabilità, sia pure indiretta, dei magistrati fino ad includervi ogni violazione manifesta del diritto⁶³. Tale soluzione, infatti, rischia di incorrere in una censura di incostituzionalità per violazione del principio di indipendenza funzionale del giudice.

Qualora, invece, si tema che, anche con tutte le cautele possibili, l’ampliamento dei casi di responsabilità previsti dalla l. n. 117/1988 possa costituire un rischio per l’indipendenza funzionale dei singoli magistrati, non resta che intervenire sul parallelismo tra la responsabilità di questi ultimi e quella dello Stato⁶⁴.

In questa prospettiva, si potrebbe allora mantenere la l. n. 117/1988 così com’è ora e ad essa affiancare un’ipotesi di responsabilità oggettiva dello Stato per i danni causati dai provvedimenti cd. abnormi, sulla falsariga di ciò che è previsto in Francia e in Spagna in caso di “funzionamento anomalo della giustizia”⁶⁵.

Ovviamente sarà necessario definire i casi di responsabilità con grande attenzione, per scongiurare il rischio, da una parte, di vanificare l’obiettivo della riforma e, dall’altra, di creare un meccanismo risarcitorio capace di ingenerare contenzioso, oltre che numeroso, eccessivamente oneroso per lo Stato, analogamente a ciò che è avvenuto con l’approvazione della l. Pinto.

In conclusione, la necessità di rivedere la l. n. 117/1988 alla luce della giurisprudenza comunitaria può costituire l’occasione per ripensare più in generale il tema della responsabilità civile dei magistrati. Nel fare ciò si potrebbe anche aprire un riflessione in merito alla necessità di prevedere forme di responsabilità personale dei magistrati ovvero in merito all’opportunità di mantenere del giudizio di ammissibilità della domanda⁶⁶. Ciò che tuttavia dev’essere chiaro è che la giurisprudenza comunitaria non impone affatto di prendere questa direzione, ma solo di introdurre un meccanismo che, a certe condizioni, renda risarcibili da parte dello Stato i danni causati dalla manifesta violazione del diritto comunitario.

⁶¹ V. punto 41 della già citata sentenza della Corte di Giustizia 24 novembre 2011, Commissione europea c. Repubblica italiana.

⁶² Cfr. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.* I, 2006, 420.

⁶³ Come si proponeva, invece, di fare l’art. 18 del disegno di legge comunitaria AC 4059-A L’articolo era così formulato “All’articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, sono apportate le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: “con dolo o colpa grave” sono sostituite dalle seguenti: “in violazione manifesta del diritto”; b) il comma 2 è abrogato.”

⁶⁴ In questo senso anche A. D’Aloia, *op. cit.*

⁶⁵ Cfr. N. Picardi, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. privato* 2006, 305-306.

⁶⁶ In tal senso si muovono di pdl presentati nella XVI legislatura alla Camera, attualmente all’esame della commissione giustizia (cfr. i riferimenti, retro, alla nt. 41), nonché il DDL costituzionale C-4275.