

§§ 1 e 2: Arturo Maniaci

§§ 3 e 4: Marco Antonioli

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. L'insuperabilità del vincolo dettato dal 'carapace semantico' del testo normativo.

La legge costituisce espressione della sovranità. Nei regimi politici fondati sulla democrazia¹, questa sovranità è popolare. La sua autorità ne spiega la tendenziale primazia nei confronti dell'ordine giudiziario. La legge è espressione dell'intera collettività, e non di una sola parte. Questo collegamento risale fino alla πόλις, dove la legge viene definita e intesa come una «convenzione» o un «accordo comune», che costituisce il fondamento dell'autorità, garantisce i diritti dei cittadini e si pone alla base della società civile². Violazione della legge significa, dunque, anche violazione di questa convenzione della vita sociale. Socrate accetta la condanna a morte per non contravvenire alla legge: nel *Critone* («Κρίτων») e nell'*Apologia di Socrate* («Ἀπολογία Σωκράτους»), infatti, Platone insiste sull'equivalenza tra legge e convenzione sociale, quasi anticipando gli argomenti spesi nel *Contrat social* di Rousseau³.

La legge è il prodotto di confronti dialettici, negoziazioni e compromessi tra diverse forze politiche e sociali in campo (espresse da un organo di rappresentanza i cui componenti sono eletti con suffragio universale), presenta il carattere della generalità e dell'astrattezza, preesiste alle condotte o ai casi della vita che è destinata a regolare, e quindi vincola, per tali ragioni, tutti i cittadini alla sua osservanza (v. art. 54, 1° comma, Cost.).

La legge ha, quindi, un fondamento, una legittimazione, una struttura e una finalità che non possono essere poste sullo stesso piano di quelle che contraddistinguono le regole di formazione giudiziale.

Ecco perché, quantomeno nel contesto del diritto domestico, «[s]olo il legislatore può agire in base a valutazioni di opportunità. Solo il giudice è tenuto a motivare»⁴.

¹ O, meglio, 'demarchia' (sulle ragioni di tale preferenza **terminologica**, v. F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. P.G. Monateri, Est, 2000, p. 412 ss.).

² Si vedano, in proposito, ARISTOTELE, *La Politica* («Πολιτικά»), trad. it. C.A. Viano, Milano, 2002, III, 1283a, p. 267; ARISTOTELE, *Retorica* («Τέχνη ῥητορικὴ» o anche «Περὶ ῥητορικῆς»), trad. it. di S. Gastaldi, I, 1376 b), Roma, 2014. In argomento, specialmente, v. S. GOYARD-FABRE, *Qu'est-ce que la démocratie? La généalogie philosophique d'une grande aventure humaine*, Armand Colin, Paris, 2014, *passim*.

³ Cfr. J. DE ROMILLY, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, 2e tirage de la 2e édition, Les Belles Lettres, Paris, 2002, p. 133.

⁴ G. INSOLERA, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Ets, Pisa, 2019, p. 117.

Ecco perché il legislatore può decidere di dettare regole, e quali, ovvero anche astenersi dal dettare regole in un certo ambito, laddove il giudice deve decidere il caso sottoposto alla sua cognizione, senza mai potersi trincerare dietro un atto di codardia giuridica, chiamato nel discorso dei giuristi *'non liquet'*.

Ecco perché, soprattutto, il giudice non può essere sordo, o ignorare, il messaggio comunicativo del legislatore, rivolto alla collettività, ma, ancor prima, agli amministratori di giustizia, che sono i suoi mandatari ("in nome del popolo" non è una semplice formula di stile che è dato leggere nei provvedimenti giurisdizionali, ma serve a sottolineare il tipo di assetto costituzionale e istituzionale tipico dello Stato di diritto), sia pure alla luce, e nel contesto, delle regole e dei modelli ermeneutici propri della comunità tecnico-specialistica di riferimento.

Vero che la legge è «un *picnic* dove il legislatore porta le parole e l'interprete il senso»⁵, ed è quindi ineliminabile dall'esperienza giuridica la componente interpretativa, presupponendo il diritto di produzione legislativa – come ogni fenomeno linguistico⁶ – una connessione fra significanti e significati⁷.

Vero è anche, però che, nonostante le difficoltà e gli ostacoli con cui indeclinabilmente deve fare i conti la tecnica del giudicare, che si deve muovere fra l'anelasticità connaturata al modello normativo (incentrato per lo più su fattispecie), da un lato, e la ricchezza e varietà dei casi che vengono sottoposti all'attenzione del corpo giurisdizionale, dall'altro lato, rimane ferma la distinzione fra 'centro' e 'periferia' della legge, e cioè fra «*core of certainty*» e «*penumbra of doubt*», che ogni disposizione normativa⁸.

Il vincolo linguistico del testo normativo, che forma oggetto, e non può non formare oggetto, dell'attività di interpretazione⁹, determina, quindi, una cornice¹⁰ di possibili significati, alcuni dei quali sono in astratto ascrivibili all'enunciato, mentre altri risultano con esso certamente incompatibili.

⁵ Così, mutuando la metafora riferita al testo da T. Todorov, M. BARCELLONA, *L'interpretazione del diritto come autoriproduzione del sistema giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 9.

⁶ «Il linguaggio sono i blocchi di costruzione del giurista e anche le sue fondamenta» (M. JORI, *Interpretazione e creatività: il caso della specialità*, in *Criminalia*, 2009, p. 220).

⁷ Senza l'interpretazione il diritto non esiste, sicché si può dire che «il diritto è, perché (...) "interpretato"»: così, L. MOCCIA, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 919. Ma v. già T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, 1952, p. XLIII: «la norma (...) sarà pur sempre quale è interpretata».

⁸ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961, pp. 119-120 (vale la pena riportare l'intero passaggio del filosofo del diritto britannico: «All rules involve recognizing or classifying particular cases as instances of general terms, and in the case of everything which we are prepared to call a rule it is possible to distinguish clear central cases, where it certainly applies and others where there are reasons for both asserting and denying that it applies. Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules. This imparts to all rules a fringe of vagueness or 'open texture'»).

⁹ D. CANALE-G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. 87, i quali sottolineano (e l'affermazione è solo apparentemente banale) che «l'interpretazione è sempre interpretazione di qualcosa» [corsivo nel testo].

¹⁰ Di 'cornice' di possibili significati della norma di grado superiore (legislazione), all'interno della quale si muove la discrezionalità dell'organo delegato di grado inferiore (giurisdizione), parlava H. KELSEN, *Sulla teoria*

La *littera legis* non è, quindi, una formula aperta, in cui l'interprete, e segnatamente quell'interprete qualificato cui conviene il nome di giurisprudenza, può reperire quello che più gli aggrada, ma, per una necessità semiotica, ha la funzione di contenere e circoscrivere la sfera di discrezionalità del giudice.

Questo è il senso autentico della legalità, anche costituzionale: cui ripugna l'arbitrio, la manipolazione e, in definitiva, il creazionismo giudiziario che si faccia portatore di pregiudizi, di ideologie e financo di (meta-)valori, ove questi siano il pretesto per indurre il corpo giudicante a superare i confini linguistici che il diritto di fonte legislativa ha posto al diritto di matrice giudiziale.

E si tratta di una legalità, quella espressa dal consenso parlamentare e condensata nelle parole di un testo linguistico legislativo, che, lungi dall'essere «un fossile lontano», che sa «di passato, di passato remoto»¹¹, consente ai membri di una organizzazione giuridica di riconoscere i contenuti e i limiti del messaggio comunicativo proveniente dalla massima istituzione rappresentativa: messaggio che merita di essere preservato e custodito, e non già deformato, da coloro che, in ragione del loro ruolo e della loro competenza tecnica, sono preposti ad emettere provvedimenti in nome di tutto il corpo sociale.

Come è stato di recente osservato, è sul terreno linguistico che si gioca tutta la partita dell'interpretazione e «il senso letterale ha il carattere e l'efficacia di un *vincolo interpretativo*», che «protegge l'affidamento di tutti i membri di una comunità. Al vincolo sono soggetti cittadini, organi amministrativi, poteri giudiziari: la violazione del vincolo è violazione della legge propria di uno schema, è inosservanza della normatività insita nella *langue*» (di saussuriana memoria), con la conseguenza che eventuali «arditezze interpretative rompono la legalità linguistica e il 'circolo' democratico dei significati, deludendo le *attese semantiche* dei destinatari e sconvolgendo la razionalità delle scelte compiute»¹². Del resto, anche la giurisprudenza ha ravvisato un errore e una grave violazione, fonte di potenziale responsabilità civile del giudice, nell'ipotesi in cui l'interprete «va oltre ogni possibile significato testuale traibile dalla disposizione», e cioè quando di una disposizione si predica «un significato impossibile, che va contro la stessa espressione semantica», ovvero quando si

dell'interpretazione, in AA.VV., *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Giappichelli, Torino, 1989, p. 107 ss.

¹¹ Come ha scritto un autorevole giurista e storico del diritto (P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari, 2020, p. 22, il quale peraltro segnala – *ibidem*, p. 73 – il rischio di «un margine elevato di soggettivismo», connesso a un ordinamento giuridico caratterizzato sempre di più dalla prevalenza del diritto giurisprudenziale sul diritto legislativo.

¹² N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, il Mulino, Bologna, 2020, pp. 105 e 127 [corsivo del testo]. In termini analoghi, si era già espresso A. PINO, *La ricerca giuridica. Finalità - oggetto - metodo*, Padova, 1996, pp. 272-273.

opera una «manipolazione arbitraria del testo normativo» o si «sconfina nel diritto libero»¹³.

Al di là delle aree giuridiche caratterizzate dall'assenza di intervento normativo, o da un più ampio margine di autonomia dell'interprete (clausole generali, norme elastiche, principi e altri dispositivi del genere, più sensibili alla logica *fuzzy* che a quella della fattispecie), in relazione a ogni disposizione è individuabile un «carapace semantico»¹⁴, che l'amministratore di giustizia non è legittimato a perforare, se tale potere non gli è stato espressamente conferito dal legislatore (come nel caso di alcuni *dicta* della Corte costituzionale o delle Corti europee).

È, quindi, auspicabile un ritorno dello (o allo) Stato di diritto, *sub specie* di equilibrio tra le funzioni legislativa e giudiziaria, che sono e devono rimanere distinte o comunque distinguibili, anche perché la loro separatezza è il presupposto dell'indipendenza della magistratura, e viceversa¹⁵.

Forse, per scongiurare il rischio che il giudice pretenda di sostituirsi al legislatore, come è avvenuto e tuttora avviene¹⁶, può essere utile recuperare e rimeditare un noto aforisma di Bacone, che si legge anche in esergo all'opera principale del marchese Cesare Beccaria: «*Si iudex transiret in Legislatorem, omnia ex arbitrio penderet*»¹⁷.

Altrimenti, con la liquefazione della distinzione fra *ius facere* (legislazione) e *ius dicere* (giurisdizione) si smarrirebbe anche il senso temporale delle due diverse attività: la prima è essenzialmente pianificatrice o programmatica, nel senso che consiste in un «disporre per l'avvenire» (v. art. 11 disp. prel. cod. civ.), mentre la seconda è destinata a realizzare il piano o programma già prestabilito dal legislatore, in quanto organo rappresentativo di tutti i membri della comunità, cui la nostra Costituzione attribuisce la sovranità¹⁸.

¹³ Sono le parole di quel custode del diritto cui conviene il nome di Suprema Corte (Cass. S.U. 3 maggio 2019, n. 11747, in *Danno e resp.*, 2019, p. 509 ss., spec. pp. 516-517; Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1119 ss.), che però, a quanto pare, sa di non (poter) ... essere custodito.

¹⁴ L'efficace e suggestiva espressione si deve a un magistrato 'illuminato' (C. GIOSTRA, *Intervento alla cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario di Ancona*, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2014, p. 4).

¹⁵ Si tratta, cioè, di un'endiadi (come è stato sottolineato da O. ABBAMONTE, *Indipendenza della Magistratura e separazione dei poteri. La tormentata vicenda di un'endiadi*, in AA.VV., *Il potere dei conflitti. Testimonianze sulla storia della Magistratura italiana*, a cura di O. Abbamonte, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 8-9).

¹⁶ È già stato scritto (ma, purtroppo, più con entusiastica adesione o con atteggiamento neutrale che con spirito critico-costruttivo o di rassegnazione) che «il formante giurisprudenziale pare intervenire sia *praeter legem*, per colmare lacune, che *contra legem*, al fine di ricondurre la soluzione di un caso concreto ad un percepito senso di equità non corrispondente all'inquadramento legislativo» (C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 161).

¹⁷ F. BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623, lib. VIII, aph. 44.

¹⁸ Per l'immagine del legislatore come 'uomo del futuro' (in quanto «le leggi bloccano il futuro», per così dire catturandolo «in una rete di regolamentazione normativa») e del giudice come 'uomo del passato' (in quanto è vincolato a pre-decisioni prese da altri, che fungono da «parametri di giudizio che servono alla sua azione»), v. G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, 1998, p. 49 ss.

2. Dalla Bibbia alla legge italiana n. 19 del 2015 sulla responsabilità civile dello Stato-giudice: *nihil sub sole novi*.

Dal Libro del Siracide (8, 14): «Non muovere causa a un giudice, perché giudicheranno in suo favore secondo il suo parere».

Nulla pare cambiato, dal 180 a.C. (anno in cui pare sia stato scritto l'unico libro 'd'autore' dell'Antico Testamento) al 2020, in cui vige in Italia una legge appositamente dedicata alla responsabilità per danni cagionati nell'esercizio di funzioni giudiziarie.

Vediamo perché.

Benché la magistratura sia dipinta nel quadro costituzionale come un «ordine», la funzione giurisdizionale comporta l'esercizio di un potere pubblico, che a sua volta comporta, secondo uno dei principi fondanti dello Stato di diritto, l'esigenza di configurare un corrispondente sistema di responsabilità: «I giudici esercitano un potere. Dove c'è potere deve esserci responsabilità»¹⁹.

In un arco temporale corrispondente più o meno a mezzo secolo (e cioè nel periodo che va dal 1942 al 1988), il codice di rito italiano aveva, tuttavia, circoscritto la responsabilità del magistrato a casi estremamente limitati, dedicando al tema tre disposizioni (artt. 55, 56 e 74 cod. proc. civ.), che però non facevano altro che «ripetere previsioni normative già contenute nel codice penale»²⁰, richiedendosi, quindi, la prova (diabolica, se non impossibile) del dolo del giudice. Il che, unitamente alla necessità, *inter alia*, di un'autorizzazione ministeriale, si traduceva, nei fatti, nella totale irresponsabilità civile del singolo magistrato, cui *in thesi* avrebbe potuto essere direttamente ascritto un illecito nell'esercizio di funzioni giudiziarie, fonte di responsabilità civile.

Fino al 1988, non hanno sortito alcun effetto né i tentativi (di iniziativa parlamentare) di riforma della normativa, né le geremiadi provenienti dal mondo sociale e politico, né i suggerimenti e le critiche di autorevoli voci dottrinali²¹, rimaste del tutto isolate.

Ma un caso importante, che riguardò un notissimo personaggio televisivo²², indusse il corpo sociale a raccogliere le firme necessarie per una richiesta di *referendum* popolare abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 cod. proc. civ.

19 J.H. MERRYMAN, *Judicial Responsibility in the United States*, in AA.VV., *L'educazione giuridica*, III, *La responsabilità dei giudici*, a cura di A. Giuliani-N. Picardi, Perugia, 1978, p. 260. V. anche M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Milano, 1988, pp. 22-23.

20 J. PINTUS, voce *Responsabilità del giudice*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1472.

21 Fra le quali ricordiamo quella di P. BARILE-C. MACCHITELLA, *I nodi della Costituzione*, Einaudi, Torino, 1979, p. 49 ss.

22 Del caso 'Enzo Tortora', tanto celebre quanto inquietante, al punto che il suo nome oggi assurge quasi a metafora di innocente, ci limitiamo in questa sede a ricordare l'epiteto attribuito all'imputato dal pubblico ministero in sede di requisitoria finale nel processo penale di primo grado (conclusosi, come noto, con la condanna dell'imputato a 10 anni di reclusione e a 50 milioni di lire di multa): 'cinico mercante di morte'. Si noti che il magistrato (Diego Marmo) che pronunziò tale epiteto ai danni dell'ex presentatore televisivo è stato, poi, nominato assessore alla legalità del Comune di Pompei. Lasciamo al lettore ogni commento.

A seguito dell'esito referendario plebiscitario dell'8-9 novembre 1987 (circa l'80% dei cittadini italiani votò 'SÌ', e quindi manifestò un'univoca volontà di ampliamento della responsabilità civile dei magistrati), fu approvata una nuova legge, la c.d. legge Vassalli (l. 13 aprile 1988, n. 117), che però non ha dato buona prova di sé, risultando in concreto applicata in casi limitatissimi, nonché, per di più, dagli esiti facilmente prevedibili²³.

Le ragioni sono presto dette: filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria, condizioni per la sua proposizione (fra cui l'esperimento di tutti i mezzi di impugnazione e i rimedi endoprocessuali messi a disposizione dall'ordinamento giuridico), termini decadenziali e di prescrizione, potere di intervento del magistrato nel relativo giudizio, responsabilità diretta esclusivamente dello Stato, con successiva rivalsa nei confronti del singolo magistrato danneggiante (limitata nel *quantum* a una parte del suo stipendio), nonché, soprattutto, clausola c.d. di salvaguardia, in forza della quale non può mai dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove (clausola che sarà peraltro riprodotta *verbatim* nell'art. 2, 2° comma, d.lgs. n. 109/2006, n. 109, come modificato dall'art. 1 della legge n. 269/2006, ai fini della configurabilità dell'illecito disciplinare a carico del magistrato, nonché nell'art. 11, 2° comma, d.lgs. n. 160/2006, ai fini della progressione economica e di funzioni dei magistrati²⁴).

Logico che tale tipo di responsabilità civile (indiretta e limitata) dei magistrati, oltre ad eludere la volontà referendaria espressa nel 1987, si è prestato ad una serie di censure e criticità, che hanno comportato, da un lato, la presentazione (all'inizio del 1996) di un'ulteriore richiesta di *referendum* popolare abrogativo²⁵ e, dall'altro lato, a una procedura d'infrazione dell'Italia sotto il profilo della compatibilità della normativa con il diritto dell'Unione europea, che ha portato ad un accertamento di un inadempimento, da parte dello Stato italiano, degli

23 Come riferito e documentato da A. TEDOLDI, *Profili processuali della responsabilità civile del giudice*, in AA.VV., *La responsabilità civile del giudice*, a cura di G. Ferri e A. Tedoldi, Esi, Napoli, 2019, p. 63, nota 18, dal 1988 al 2011, su 409 azioni di responsabilità civile proposte, si è giunti a una condanna in 4 casi.

24 È interessante consultare l'analisi diacronica della giurisprudenza della sezione disciplinare del C.S.M. rispetto alla tipologia di illecito consistente nella mancanza di diligenza nell'attività di interpretazione giuridica, svolta da D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari compiuti dai magistrati prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011. Per non menzionare che una sola, eloquente vicenda (riportata *ivi*, p. 172): a fronte di una condotta consistente nell'applicazione di una disposizione non più in vigore, perché abrogata, il magistrato è stato assolto per errore scusabile, **sulla base della circostanza per cui** la Gazzetta Ufficiale, in cui era pubblicata la nuova legge applicabile *ratione temporis*, era pervenuta in ritardo presso l'Ufficio giudiziario dove il magistrato lavorava (*sic*).

25 Che però è stato dichiarato inammissibile dalla Corte costituzionale (sent. 10 febbraio 1997, n. 34, in *Giur. cost.*, 1997, p. 265 ss.), la quale ha ritenuto il quesito referendario, avente ad oggetto, *inter alia*, le parole «contro lo Stato», carente del requisito della chiarezza, in quanto poteva intendersi come volto alla eliminazione della responsabilità dello Stato, oppure ad un'affermazione della responsabilità del magistrato danneggiante concorrente con quella dello Stato.

obblighi sullo stesso incombenti in forza del principio generale di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto dell'Unione europea²⁶.

Ciononostante, la nostra Suprema Corte ha continuato impertèrrita a ribadire – sotto l'ombrello retorico della indipendenza del giudice – che la clausola c.d. di salvaguardia, contenuta nell'art. 2, 2° comma l. n. 117/88, «non tollera letture riduttive»²⁷.

È, dunque, dovuto in materia intervenire nuovamente (con la l. n. 18/2015) il legislatore, che però si è limitato a modificare taluni aspetti della legge n. 117/1988, e cioè, segnatamente, l'abolizione del filtro di ammissibilità dell'azione risarcitoria (che certamente bloccava per così dire a monte le iniziative dei danneggiati), l'estensione della responsabilità civile ai casi di violazione manifesta della legge o del diritto dell'Unione europea, nonché la previsione espressa di un obbligo di rivalsa da parte dello Stato verso il magistrato ritenuto danneggiante (la cui misura massima è stata elevata da un terzo alla metà dello stipendio).

In definitiva, è rimasto invariato il modello burocratico-corporativo di stampo napoleonico, essendo tuttora contemplata una responsabilità civile indiretta e limitata del magistrato, peraltro non imposta dall'art. 28 Cost., e perdurando tuttora la c.d. clausola di salvaguardia, che esclude possa essere oggetto di verifica sul piano della responsabilità civile l'attività precipua svolta dai magistrati, consistente nell'interpretare il diritto e nel valutare fatti e delle prove.

In altri termini, è come se una legge dicesse che il medico non risponde quando svolge, nell'interesse del paziente, attività di diagnosi, di prognosi, di cura e di intervento chirurgico, ovvero che il dottore commercialista non risponde quando svolge, nell'interesse del cliente, attività di elaborazione delle dichiarazioni dei redditi e di cura di altri adempimenti fiscali, ovvero che l'avvocato non risponde quando svolge, nell'interesse del cliente, attività di predisposizione di atti difensivi, pareri e contratti.

Con un'aggravante, però, a carico del potenziale danneggiato dall'attività giurisdizionale: se un medico, un commercialista o un avvocato viene chiamato a rispondere per il proprio operato, viene evocato in un giudizio dinanzi a un giudice; se, invece, un magistrato viene chiamato a rispondere (penalmente, civilmente, disciplinarmente), viene evocato in un giudizio ... dinanzi a un giudice.

Quale che sia il modello di responsabilità del magistrato prescelto, dunque, fino a quando imperverserà una regola che prevede che il danneggiante venga giudicato da un altro suo collega, persisterà la irresponsabilità del giudice (*canis*

²⁶ Corte Giustizia UE, 24 novembre 2011, causa n. C-379/10, in *Corr. giur.*, 2012, p. 181 ss.

²⁷ Cass. 22 febbraio 2012, n. 2560, in *Corr. giur.*, 2012, p. 983 ss.

canem non est), sicché il monito biblico, citato all'inizio del presente paragrafo, rimane ancora attuale.

3. Il diritto europeo tra *primauté* e vincoli sull'attività dei giudici degli Stati membri.

Quando si licenzia un testo normativo, permangono inevitabilmente lacune, che, spesso, si scoprono qualche tempo dopo. Ma, come scrive uno studioso, ricordando il consiglio del suo maestro, ad un certo momento «bisogna sforzarsi a chiudere: altrimenti, non si finisce mai»²⁸.

I risultati, ai quali sono approdate le indagini qui condotte, possono determinare reazioni di segno opposto: 'negative', se inducono allo sconforto, alla rassegnazione o alla passiva accettazione dello *status quo*; 'positive', se stimolano l'impegno e l'impiego di strumenti che si prefiggono la tutela della legalità e dei diritti fondamentali della persona, da combinarsi con un adeguato recupero dell'efficienza del sistema della giurisdizione.

Si ricorda come il *fil rouge*, che permea le pagine del presente volume, sia quello del recupero del primato della legge e la valorizzazione del suo contenuto semantico. Accanto ad essa si colloca la «riscoperta» della responsabilità dei giudici, che non a caso si lega in vario modo al diritto europeo. Innanzitutto, perché è stata la Corte di giustizia dell'Unione europea ad affermare che la violazione del diritto dell'Unione europea non può esimere lo Stato membro da responsabilità²⁹. Tale spinta ha imposto al nostro legislatore di correre ai ripari, emendando la c.d. legge Vassalli (l. 13 aprile 1988, n. 117), attraverso la legge 27 febbraio 2015, n. 18. Sebbene, come si è visto, le modificazioni ed innovazioni introdotte non siano particolarmente significative, non di meno la formula della «manifesta violazione della legge» dischiude potenzialità degne di nota. Questa formula, non a caso, trova le sue radici nel diritto dell'Unione europea. E nella «legge», la cui violazione è fonte di responsabilità civile dei corpi giudiziari, trova collocazione il diritto euro-unitario, primario e derivato, munito di carattere vincolante. Ciò significa che la responsabilità civile dello Stato-giudice discende dalla *primauté* di tale diritto e dai suoi corollari.

In tale prospettiva, l'osservanza del diritto europeo integra uno strumento efficace, al fine di arginare l'eventuale esuberanza dei *judicial bodies* e di riaffermare, così, quell'eguaglianza giuridica (art. 3 Cost.) che si pone alla base della stessa idea di giustizia³⁰. L'autonomia e l'indipendenza dell'attività giudiziaria, anziché costituire una fonte di privilegi per i 'giudicanti', vanno lette (o rilette) in funzione, soprattutto, della tutela dei diritti fondamentali di

²⁸ R. FEDERICI, *Guerra o diritto? Il diritto umanitario e i conflitti armati tra ordinamenti giuridici*, Napoli, 2009, p. 28.

²⁹ Si richiamano, CGCE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler*, e CGCE, 13 maggio 2006, C173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, CGUE, 24 novembre 2011, C-379/10, *Commissione c. Italia*.

³⁰ V. ad es. A. CERRI, *L'eguaglianza*, Laterza, Bari, 2005, p. 5.

coloro che siano 'giudicati': i primi sono ampiamente rappresentati da enti esponenziali, pubblici e privati, preposti alla cura dei loro interessi; i secondi, invece, sono portatori di interessi adespoti, con la conseguenza che i pochi contano più dei molti.

Né può sottacersi un ulteriore elemento, inteso ad assicurare un'applicazione uniforme del diritto, attraverso il ricorso alla c.d. funzione nomofilattica. L'osservanza di orientamenti consolidati assolve, soprattutto, alla necessità, o comunque all'esigenza, di garantire l'eguaglianza, rendere prevedibili le decisioni e reagire ad un esercizio arbitrario del potere giurisdizionale. Vero è che nel nostro ordinamento, come nella maggioranza di quelli continentali, la giurisprudenza non è fonte del diritto, difettando una regola come quella, propria del *Common Law*, dello *stare decisis*³¹. Non di meno, appare meno accettabile la ribellione acritica del giudice del merito agli indirizzi della Corte regolatrice, costituenti *ius receptum*. Il rimedio predisposto dall'ordinamento giuridico è quello di gravare la pronuncia non definitiva.

Così, la Corte Suprema di Cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni», in base all'art. 65, comma 1, del r.d. 30 gennaio 1941 ("Ordinamento giudiziario"). Tale funzione, codificata dall'art. 111, comma 7 (*olim*, comma 2), Cost., è condivisa dagli organi omologhi, che presiedono la giurisdizione amministrativa e quella contabile: e, cioè, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (art. 99 c.p.a.) e le Sezioni riunite della Corte dei conti (art. 11, comma 1, c.g.c.)³².

Come ha persuasivamente osservato un autorevole studioso del processo civile, la Cassazione «contribuisce (...) alla concretizzazione, nel campo dell'attuazione giudiziaria del diritto, del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. In conformità a tale principio è bene che la legge sia interpretata in modo uniforme dai giudici che sono chiamati ad applicarla»³³. Quello prefigurato è, pertanto, uno scopo di natura costituzionale: riformare o annullare una sentenza, magari «originale»³⁴, con cui il giudice del merito che ha contravvenuto a principi di rango costituzionale, come quelli di uguaglianza, di buona amministrazione della giustizia e del c.d. giusto processo regolato da legge (artt. 3, 97, comma 2, e 111, comma 1, Cost.)³⁵.

³¹ Ne è consapevole la nostra giurisprudenza, penale e civile (vedine i riferimenti in A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo 'Stare decisis'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 587, nota 61).

³² «Le sezioni riunite in sede giurisdizionale della Corte dei conti, quali articolazione interna della medesima Corte in sede d'appello, sono l'organo che assicura l'uniforme interpretazione e la corretta applicazione delle norme di contabilità pubblica e nelle altre materie sottoposte alla giurisdizione contabile».

³³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 557.

³⁴ Il riferimento, voluto, è all'espressione che il cantautore italiano Fabrizio De Andrè, *Il gorilla*, 1968, introdusse, traducendo il testo di George Brassens.

³⁵ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. II, cit., p. 558.

Peraltro, anche il giudice della nomofilachia conosce un giudice *superior*, al quale deve conformarsi, assicurando, a sua volta, l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea³⁶: ciò discende dalla primazia di tale diritto, ma contribuisce, ancora, ad affermare il principio di uguaglianza. Il che finisce per rispondere al quesito: *quis custodiet ipsos custodes?* Proprio in quest'ottica opera il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea per l'interpretazione del diritto euro-unitario (art. 267, § 1, TFUE), specialmente quando la questione pregiudiziale risulti sollevata dinanzi «a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» (art. 267, § 3, TFUE)³⁷.

4. Autogoverno della magistratura: una funzione ambigua. Dettato costituzionale, poteri del C.S.M. e controllo giurisdizionale.

Alle patologie fin qui rilevate, d'altronde, non sono certamente estranee altre questioni, connesse a quelle esaminate nelle pagine che precedono. Si tratta di una costellazione di argomenti, il cui punto di raccordo va identificato nel prisma dei poteri esercitati dal Consiglio Superiore della Magistratura (art. 105 Cost.).

Il punto è che le funzioni da esso esercitate, come una lente deformante, rischiano di alterare, in modo progressivo e in misura crescente, quell'autonomia e quell'indipendenza che la Costituzione riconosce alla Magistratura (art. 104, comma 1, Cost.).

Alla radice del problema del ruolo di autogoverno dei giudici vi è non soltanto la loro soggezione 'soltanto' alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), ma, soprattutto, quella della delimitazione dei poteri che tale organo è tenuto ad esercitare. Come noto, l'art. 108, comma 1, Cost. prevede che le norme sull'ordinamento giudiziario sono stabilite dalla legge. Del resto, l'art. 105 Cost. stabilisce che i provvedimenti che riguardano i magistrati (assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni e provvedimenti disciplinari) spettano al C.S.M., «secondo le norme dell'ordinamento giudiziario»³⁸. Il ricorso al meccanismo della «riserva di legge» sembra inteso a circoscrivere le attribuzioni di tale organo alla stregua di un criterio di tassatività³⁹.

³⁶ Sicché non risponde più al vero la nota paremia (estrapolata da un passo di uno dei *Sermones* di Sant'Agostino: 131, 10) '*Roma locuta, causa finita*', riferita alla Curia (e oggi alla Cassazione) romana.

³⁷ Da ultimo, sotto l'angolazione considerata, cfr. AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro-C. Iannone, Giappichelli, Torino, 2020.

³⁸ M. DEVOTO, voce *Ordinamento giudiziario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2000, 1 ss.

³⁹ Non nuoce ricordare, tra l'altro, che si discute in dottrina se si tratti di riserva di legge «assoluta» o «relativa». Una posizione intermedia viene espressa da G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità disciplinare*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 442 ss., secondo cui le riserve, previste in materia dalla Carta costituzionale, sarebbero assolute per l'esecutivo e relative per il C.S.M. Si veda, tuttavia, l'art. 10, comma 3, della l. 24 marzo 1958, n. 95, secondo cui il Consiglio «delibera su ogni altra materia ad esso attribuita dalla legge».

Questa tesi⁴⁰, tuttavia, viene reiteratamente ostacolata dal C.S.M., il quale è solito fare ricorso alla teoria dei «poteri impliciti», invocata in funzione della tutela dell'indipendenza della magistratura. Di ciò è espressione l'impiego abituale di atti definiti come "paranormativi"⁴¹ (ad es., le circolari), che tendono ad annacquare ambito e portata della «riserva di legge». Ma le 'prassi' invalse non appaiono in grado di essere giustificate: sia perché le disposizioni di rango costituzionale escludono che l'organo di autogoverno possa ritenersi munito della capacità di etero-integrare i poteri espressamente conferiti ad esso dalla legge; sia perché, più in generale, la teoria dei 'poteri impliciti' è minata in radice da un'inaccettabile dequotazione del primato della legge⁴².

Del resto, è la stessa posizione del C.S.M. a presentare insuperabili ambiti di ambiguità, sol se si consideri come lo stesso ha la veste di organo di rilevanza costituzionale, ma, al contempo, si configura come un'autorità di natura amministrativa. Di qui, con due importanti corollari, in base al primo dei quali il C.S.M. è legittimato a sollevare conflitto di attribuzione, in quanto organo direttamente investito delle funzioni previste dall'art. 105 della Costituzione⁴³. In secondo luogo, le sue deliberazioni rimangono sottoposte al sindacato del giudice amministrativo, i cui poteri cognitivi (art. 17 della l. n. 195/1958 cit.). Ed è a tale riguardo che si contendono il campo due linee opposte, la prima delle quali pone il problema della satisfattività della sentenza amministrativa e, più in generale, dell'effettività e della pienezza della tutela erogata (art. 1 c.p.a.), specie per quanto attiene alla portata del giudicato e dei vincoli che esso è suscettibile di produrre, conformando l'azione dell'organo di autogoverno⁴⁴.

⁴⁰ Affermata da *TAR Lazio, Roma-Sez. I*, 20 aprile 1998, n. 1329, in *Foro it.*, 1998, III, c. 385.

⁴¹ A. PACE, *I poteri normativi del C.S.M.*, in *Rass. parl.*, 2010, p. 373 ss.

⁴² N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, spec. p. 105 ss.

⁴³ Tra le altre, *C. cost.*, ord., 18 marzo 2005, n. 116.

⁴⁴ Il problema è oggettivamente complesso, ma non può omettersi di segnalare come la questione investa, specialmente, la c.d. riefusione del potere, ossia il riesercizio del potere, da parte del Consiglio, in seguito alla pronuncia di annullamento del giudice amministrativo (*C. Stato, Ad plen.*, 15 gennaio 2013, n. 2, e *C. Stato, Sez. III*, 23 giugno 2014, n. 3287, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 384). Si veda M. TRIMARCHI, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 2/2013*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 393 ss. e, specialmente, p. 405 ss. Come si è osservato, il riesercizio del potere per fatti costitutivi preesistenti, ma non fatti valere, rischia di intaccare la stabilità della regiodicata, rischiando di vanificare l'attribuzione del bene della vita alla parte risultata vittoriosa (*C. CACCIAVILLANI, Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, p. 314).

Secondo la giurisprudenza amministrativa, il C.S.M. sarebbe in grado di riesercitare il potere con il limite rappresentato dalla riproduzione *tout-court* della delibera giudicata illegittima, ritenendosi che l'organo di autogoverno potrebbe riformulare la precedente scelta, fondandola sui medesimi presupposti in base ai quali era stata annullata, ancorandola, però, a prospettazioni nuove. In questo senso, *TAR Toscana, Sez. I*, 30 marzo 2015, n. 530, secondo cui «la semplice circostanza che l'Amministrazione riproduca l'atto annullato ponendovi alla base motivi che non vi figuravano in precedenza non implica, di per sé, violazione del giudicato». Si veda, invece, *C. Stato, Sez. VI*, 10 febbraio 2015, n. 722, sempre in tema di giudizio di ottemperanza, secondo cui la P.A. è tenuta «ad attenersi ai limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato, che fa stato fra le parti (...), per quanto attenga al titolo dell'azione ed al bene della vita che ne formava oggetto».

Una contrapposta opinione, invece, lamenta l'espansione del controllo esercitato dalla giurisdizione amministrativa⁴⁵. Merita ricordare, in proposito, che le Sezioni unite, in misura crescente, sono state investite dal vaglio degli sconfinamenti (veri o presunti) imputati al giudice amministrativo, che invaderebbe la sfera discrezionale del Consiglio. Nei casi affrontati, spesso, sono anche venute in considerazione nomine che investivano la stessa Corte di cassazione, la quale è solita utilizzare un apprezzamento molto più restrittivo, in materia di superamento dei limiti esterni di cui agli artt. 111, ult. comma., Cost., e 110 c.p.a.⁴⁶.

Diversamente è avvenuto ogni qualvolta che il sindacato della giurisdizione amministrativa ha investito le delibere assunte nel palazzo dei Marescialli: qui, gli spazi cognitivi del giudice amministrativo sono stati sorprendentemente circoscritti dalle Sezioni unite. Eppure, taluni fenomeni degenerativi, recentemente riportati dalla stampa, avrebbero suggerito una scelta di opposto tenore. In disparte, poi, il fatto che non è comprensibile come il metro di valutazione dei limiti esterni possa variare, secondo che la scelta investa il nominativo di un magistrato, piuttosto che quello di un docente universitario⁴⁷.

E, ancora, l'apprezzamento della guardiana delle giurisdizioni risulta più restrittivo se l'eccesso di potere giurisdizionale investe l'inosservanza del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, nel caso in cui l'obbligo di rimessione, gravante sul giudice di ultima istanza (art. 267, § 3, TFUE), risulti disatteso dai giudici di palazzo Spada⁴⁸. Il che, tra l'altro, consente anche di porre in dubbio il rispetto del «principio di equivalenza», avente fonte nel diritto dell'Unione⁴⁹: questo perché alla violazione del diritto dell'Unione (nel caso del rinvio obbligatorio) viene accordato un trattamento peggiore, rispetto a quello previsto quando il medesimo giudice, quello amministrativo, si occupa delle delibere dell'organo di autogoverno dei giudici.

Né può sottacersi, poi, che talune vicende, che investono la funzione esercitata dal C.S.M., attualmente, sono riportate da molti mezzi di informazione. Due sono i principali punti oggetto di dibattito: il primo è legato, soprattutto, alle nomine dei vertici giudiziari, in relazione alle quali, non a caso, permangono incerti i confini del sindacato del giudice amministrativo; l'altro, meno noto, ma non meno preoccupante, riguarda il reclutamento dei magistrati, sul quale pesano scelte correntizie e *liaisons dangereuses* con il potere politico, che finiscono per

45 Il che avviene, specialmente, sotto due profili: quello dell'*eccesso di potere*, all'interno del quale giudizi e valutazioni sono sindacabili nella misura in cui rientrano nelle figure dell'arbitrarietà, della irragionevolezza, dell'abnormità, della illogicità manifesta o del travisamento dei fatti (C. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4977; C. Stato, Sez. V, 7 giugno 2017, n. 2742; TAR Lazio, Roma-Sez. I, 2 dicembre 2016, n. 12070; TAR Lazio, Roma-Sez. I, 1° luglio 2016, n. 7572); e quello dei poteri rientranti nell'ottemperanza al *decisum* (da ult., C. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6038). La giurisprudenza è stabilmente orientata a circoscrivere il sindacato all'*estrinseca* legittimità del provvedimento adottato, stante il divieto posto al giudice amministrativo di sovrapporre una sua valutazione a quella effettuata dall'organo a cui tale potere compete in via esclusiva (ad es., TAR, Lazio, Roma-Sez. I, 1° dicembre 2015, n. 13531).

46 *Ex plurimis*, Cass., Sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19787.

47 Si veda ad es., Cass., Sez. un., 7 settembre 2020, n.18592.

48 Sul punto, si rinvia al cap. III, § 16, spec. nota 124.

49 Si confronti, in argomento, al capitolo III, la nota n. 152.

determinare la carriera di un magistrato⁵⁰, minandone gravemente l'autonomia e l'indipendenza.

Da ultimo, vanno segnalate le modalità con cui vengono svolte le procedure concorsuali di selezione dei neo-magistrati, gestite dall'organo di autogoverno dei giudici: le recenti vicende fanno tremare le vene ai polsi, germinando il (legittimo) sospetto che qualche candidato (*cave*: non uno qualunque, ma un futuro magistrato alle prime armi) possa essersi avvalso di metodi non consentiti o, quanto meno, 'eterodossi'⁵¹.

In definitiva, anche l'organizzazione dell'attività giudiziaria, sotto entrambi i versanti, quello costituzionale e quello amministrativo, è in condizione di assumere un *pivotal role* nella difficile battaglia contro la legalità tradita.

50 Sotto tale profilo, cfr. i dati e le osservazioni di C. GUARNIERI, *Una "categoria" (molto) controversa: la magistratura*, in *ParadoXa*, 2/2017, p. 75 ss.

51 Cfr. la notizia riportata ne *Il Riformista*, 25 settembre 2020, in un articolo a firma di P. Comi, dal sottotitolo significativo (*Gli anomali compiti dei magistrati promossi*) e corredato da alcune eloquenti prove documentali. Si tratta del concorso per esami a 330 posti di magistrato ordinario, indetto con D.M. del 10 ottobre 2018, che ha visto la nomina, quali commissari, di 28 componenti, di cui 20 magistrati.