



Consiglio di Stato

Ufficio studi massimario e formazione

Disegno di legge comunitaria 2011, nel testo approvato dalla Camera dei deputati il 2 febbraio 2012 recante modifiche alla disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati di cui alla legge 13 aprile 1988, n. 117

(a cura di L. Monteferrante e R. De Nictolis)

1. Il quadro normativo vigente.

La responsabilità civile dei magistrati è tema di particolare delicatezza e rilevanza per le ricadute che può avere sull'esercizio della funzione giurisdizionale: i principi costituzionali sull'autonomia e l'indipendenza dei giudici che vincolano il legislatore nella disciplina degli assetti organizzativi e funzionali dell'ordine giudiziario e delle magistrature speciali possono infatti risultare vulnerati dalla previsione di un regime sulla responsabilità civile dei magistrati tale da condizionarne lo svolgimento delle funzioni, con particolare riferimento all'attività interpretativa ed alla valutazione dei fatti e delle risultanze probatorie.

Per tali ragioni la legge 13 aprile 1988, n. 117 recante la disciplina della responsabilità civile dei magistrati è stata strutturata in maniera tale da salvaguardare la libertà di giudizio, stante il carattere spiccatamente valutativo dell'attività giurisdizionale, la quale, per essere correttamente svolta, deve essere "libera" e non essere condizionata da "atteggiamenti difensivi" di categoria che necessariamente si traducono in un approccio alla funzione giurisdizionale di tipo meramente burocratico o anche solo acriticamente conformista (così parere reso dal CSM nella seduta del 14 marzo 2012).

In particolare il legislatore, restringendo l'ambito della responsabilità diretta dei magistrati nei limiti consentiti dalla disposizione dell'art. 28 della Costituzione, in linea peraltro con analoghe pronunce rese in materia di responsabilità dei pubblici funzionari in generale, ha previsto che essi

rispondano direttamente nella sola ipotesi di danni derivanti da fatti costituenti reato commessi nell'esercizio delle loro funzioni (art. 13) sul presupposto che solo le condotte penalmente illecite siano idonee a recidere il nesso di immedesimazione organica sussistente tra lo Stato ed i propri funzionari chiamati all'esercizio della funzione giurisdizionale.

Allorquando il danno ingiusto sia invece l'effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni, ovvero conseguenza di un diniego di giustizia (artt. 2 e 3), il danneggiato ha azione diretta solo nei confronti dello Stato, che potrà successivamente agire in rivalsa, al ricorrere di determinate condizioni e con le limitazioni fissate dalla legge (artt. 7 e 8). In ogni caso, secondo il richiamato impianto normativo, non può mai dare luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove (c.d. clausola di salvaguardia).

Il sistema normativo attualmente in vigore risulta pertanto incentrato sulla previsione generale di una responsabilità diretta dello Stato-giudice, in quanto unico titolare della funzione giurisdizionale, e non del singolo magistrato-giudice, per atti, comportamenti o provvedimenti adottati, con dolo o colpa grave nell'esercizio della predetta funzione e che siano fonte di danno ingiusto per il cittadino, con l'importante precisazione che tali atti o condotte non possono mai consistere in un'attività interpretativa della legge, espressamente esclusa di per sé sola dalle ipotesi suscettibili di generare fattispecie responsabilità civile (Cfr. risoluzione CSM del 28 giugno 2011).

In linea con il richiamato impianto normativo la Corte costituzionale con sentenza n. 18 del 1989 ha evidenziato l'esigenza di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura, non a salvaguardia delle prerogative autoreferenziali degli appartenenti all'ordine giudiziario, bensì quale presidio indispensabile per la tutela dei diritti fondamentali di ciascuno. Il che giustifica, da un lato, la limitazione della responsabilità ai soli casi di "dolo o colpa grave" (art. 2 comma 1, legge n. 117/1988), dall'altro, l'esclusione di ogni forma di responsabilità per "l'attività di interpretazione di norme di diritto" e per "quella di valutazione del fatto e delle prove" (art. 2, comma 2, legge n. 117/1988).

La Corte Costituzionale con la richiamata sentenza ed in linea con i propri precedenti (cfr. C. Cost. 3 maggio 1974, n. 128 e 27 marzo 1969, n. 60) ha in particolare precisato che *"Il principio dell'indipendenza è volto a garantire l'imparzialità del giudice, assicurandogli una posizione super partes che escluda qualsiasi, anche indiretto, interesse alla causa da decidere. A tal fine la legge deve garantire l'assenza, in ugual modo, di aspettative di vantaggi e di situazioni di pregiudizio, preordinando gli strumenti atti a tutelare l'obiettività della decisione. La disciplina dell'attività del giudice deve perciò essere tale da rendere quest'ultima immune da vincoli che possano comportare la sua soggezione, formale o sostanziale, ad altri organi, mirando altresì, per quanto possibile, a*

renderla “libera da prevenzioni, timori, influenze che possano indurre il giudice a decidere in modo diverso da quanto a lui dettano scienza e coscienza”. Peraltro (sentenza 14 marzo 1968, n. 2), “l’autonomia e l’indipendenza della magistratura e del giudice non pongono l’una al di là dello Stato, quasi legibus soluta, né l’altro fuori dall’organizzazione statale”. Il magistrato deve essere indipendente da poteri e da interessi estranei alla giurisdizione, ma è “soggetto alla legge”: alla Costituzione innanzi tutto, che sancisce, ad un tempo, il principio di indipendenza (artt. 101, 104 e 108) e quello di responsabilità (art. 28), al fine di assicurare che la posizione super partes del magistrato non sia mai disgiunta dal corretto esercizio della sua alta funzione...La garanzia costituzionale della sua indipendenza è diretta infatti a tutelare, in primis, l’autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l’imparziale interpretazione delle norme di diritto”.

2. L’art. 25 del disegno di legge comunitaria 2011 (atto Senato n. 3129).

E’ in questo quadro che si inserisce il disegno di legge comunitaria per il 2011 recante modifiche al sistema della responsabilità civile dei magistrati.

Invero occorre premettere che il disegno di legge comunitaria 2011, presentato alla Camera dei deputati il 19 settembre 2011 (ivi contrassegnato come C 4623) dal Ministro per le politiche comunitarie, non presentava alcuna disposizione concernente la responsabilità civile dei magistrati. Né un intervento in tale materia era suggerito dalla XIV commissione (politiche dell’Unione europea) all’esito dell’esame del disegno di legge in sede referente (cominciato il 12 ottobre 2011 e concluso il 19 gennaio 2012). Soltanto durante la discussione in assemblea veniva presentato all’uopo un emendamento (n. 30.052), a firma del deputato Gianluca Pini, volto ad inserire un articolo aggiuntivo destinato a sostituire integralmente l’art. 2 l. n. 117/1988. Nonostante il dissenso manifestato dal rappresentante del governo, nonché dalla XIV commissione e dalla V commissione (bilancio), nella seduta del 2 febbraio 2012 l’aula recepiva la proposta emendativa (con 264 voti favorevoli, 211 contrari e 1 astenuto); il progetto di legge veniva approvato nella medesima seduta e, quindi, trasmesso al Senato (dove ha assunto l’etichetta S 3129).

Mentre erano in corso i lavori parlamentari, invero, la Corte di giustizia aveva constatato la sussistenza di un inadempimento della Repubblica italiana, dovuto proprio al citato art. 2 l. n. 117/1988 che, per la sua formulazione, rendeva estremamente labili le *chances* di ottenere il risarcimento dei danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell’Unione europea imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado (C. giust. UE, 24 novembre 2011, C-379/10).

Il testo licenziato dalla Camera, oltre a prendere in esame le violazioni del diritto dell’Unione europea (in riferimento alle quali si specifica che occorre valutare se il giudice abbia ignorato la

posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale, o abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia), prefigura innovazioni significative rispetto al regime vigente in quanto prevede:

a) il riconoscimento al danneggiato della facoltà di esperire l'azione risarcitoria non soltanto contro lo Stato, ma anche nei confronti del "soggetto riconosciuto colpevole", ossia del magistrato asseritamente autore dell'illecito;

b) l'equiparazione della "violazione manifesta del diritto" al dolo o alla colpa grave;

c) la possibilità che anche l'attività di interpretazione di norme di diritto costituisca fonte di responsabilità.

Alla luce dei principi costituzionali richiamati in materia appare evidente che tali significative innovazioni, ove definitivamente varate dal Parlamento, siano suscettibili di incidere negativamente sui principî di autonomia ed indipendenza della magistratura, determinando condizionamenti impropri per l'operato dei magistrati. Ferma restando la necessità di recepire il monito delle istituzioni comunitarie in ordine alla necessità di rendere effettiva l'applicazione del diritto comunitario anche attraverso la previsione di un adeguato sistema di responsabilità dello Stato laddove la violazione sia imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza, non può non rimarcarsi la necessità che la responsabilità del magistrato rimanga disancorata da quella dello Stato e ciò anche in considerazione della loro diversa natura in quanto la prima opera nel sistema della responsabilità oggettiva, la seconda non può prescindere dal requisito soggettivo della colpevolezza che invece il requisito della violazione manifesta del diritto tende ad elidere.

3. La collocazione della norma nel disegno di legge comunitaria.

Un primo ed assorbente elemento di criticità è costituito dalla collocazione della norma nel disegno di legge comunitaria, decisa sull'erroneo presupposto che la questione della responsabilità civile dei giudici sia un problema comunitario.

Invero è dato di comune acquisizione che la giurisprudenza della Corte di giustizia UE sui danni causati nell'esercizio dell'attività giurisdizionale delle corti di ultima istanza riguardi esclusivamente la responsabilità dello Stato, secondo principi peraltro pacifici nel diritto internazionale.

Con la prima pronuncia in materia, la Corte di giustizia ha affermato che "*La responsabilità dello Stato per danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che viola una norma di diritto comunitario può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente* (C. giust. UE, 30 settembre 2003, C-224/01, *Köbler/Repubblica austriaca*).

Nella stessa sentenza, tuttavia, veniva subito precisato che "*il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Ora, non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado*" (punto 42).

Tale principio è stato successivamente ribadito con la precisazione che "*Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale.*". (C. giust. UE, 13 giugno 2006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo s.p.a.*).

Il principio è dunque sempre stato riferito alla responsabilità non del giudice persona fisica ma dello Stato quale unico soggetto obbligato, sul piano del diritto internazionale, al rispetto dei trattati istitutivi dell'Unione europea; ed, infatti, la successiva procedura di infrazione contro l'Italia ha avuto ad oggetto l'inadempimento dello Stato italiano rispetto agli obblighi comunitari per non aver modificato la disciplina che esclude qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, qualora tale violazione attenga all'interpretazione di norme di diritto o alla valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo. (C. giust. UE, 24 novembre 2011, C-379/10).

La violazione manifesta del diritto comunitario, che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia UE dà luogo a responsabilità dello Stato, nel d.d.l. configura un nuovo titolo di responsabilità del giudice, o viene considerata come un caso di colpa grave *in re ipsa*, laddove si tratta di profili che vanno tenuti distinti, ben potendo in astratto ipotizzarsi casi di violazioni manifeste tuttavia incolpevoli (si pensi al caso di una norma comunitaria o di una decisione della C. giust. UE sopravvenute nelle more tra passaggio in decisione e pubblicazione di una sentenza di ultimo grado).

Il problema comunitario, che poteva essere affrontato dal d.d.l. in esame, era, quindi, esclusivamente quello della responsabilità dello Stato per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, mentre il profilo della responsabilità del giudice non è mai stato affrontato dalla Corte di Giustizia, che lo ritiene una questione di diritto interno.

Inoltre la questione affrontata dalla Corte di giustizia, riguarda esclusivamente il tema della effettività della tutela nell'ipotesi di danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto

comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado sicché nell'ottica comunitaria non si giustifica un intervento riformatore dell'intera materia della responsabilità civile dei magistrati che oltre ad interessare anche i giudici non di ultima istanza si estende alle materie non comunitarizzate.

Di conseguenza, l'emendamento approvato dalla Camera, avendo ad oggetto il sistema della responsabilità civile dei giudici nel suo complesso non ha alcuna attinenza con il diritto comunitario, e pertanto non può trovare nella legge comunitaria il proprio veicolo normativo, dovendo più correttamente essere esaminato nell'ambito di una distinta ed autonoma iniziativa legislativa.

4. L'incostituzionalità della proposta di riforma e la sua eccentricità rispetto agli altri ordinamenti europei ed ai principi espressi dal Consiglio d'Europa.

L'emendamento approvato dalla Camera amplia la responsabilità civile del giudice in misura incompatibile con i principi da tempo affermati dalla Corte Costituzionale, secondo cui la peculiarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziari, la stessa posizione *super partes* del magistrato, legittimano la previsione di condizioni e limiti alla sua responsabilità, purché non si giunga ad una negazione totale di essa (Corte Cost., 14 marzo 1968, n. 2).

Come già evidenziato, la stessa Corte Costituzionale ha da tempo precisato che "la garanzia costituzionale della indipendenza del giudice è diretta a tutelare, in primis, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto. Tale attività non può dar luogo a responsabilità del giudice." (Corte Cost., 18 gennaio 1989, n. 18).

La limitazione della responsabilità del giudice è, pertanto, posta a presidio del principio costituzionale di indipendenza e una forma di responsabilità diretta, senza limiti ed estesa alla interpretazione del diritto, senza neppure il filtro della colpa grave, si pone in evidente contrasto con i principi sopra richiamati.

Del resto, in nessun altro ordinamento è prevista una forma di responsabilità, quale quella proposta; si va, anzi, dalla immunità assoluta propria dei Paesi di *common law* (Usa, Gran Bretagna, Canada) a limitazioni ancora più rigorose di quelle previste dalla legge n. 117/1988 (Germania), alla responsabilità del solo Stato con possibilità di rivalsa in ipotesi di carattere del tutto eccezionale (Francia, Belgio, Portogallo) o addirittura con esclusione della rivalsa medesima (Paesi Bassi). Nell'unico ordinamento che prevede una azione diretta (Spagna), vi è un filtro preventivo subordinato alla verifica di presupposti particolarmente restrittivi.

In coerenza con tale quadro, la Raccomandazione CM /REC n. 12 del 2010 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e

responsabilità (adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010), ha stabilito che “L’interpretazione della legge, l’apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non deve fondare responsabilità disciplinare o civile, tranne che nei casi di dolo e colpa grave” (punto 66), mentre, al contrario, la proposta di riforma della legge n. 117/1988 estende la responsabilità a questioni interpretative anche in assenza del requisito della colpa grave; la predetta raccomandazione afferma inoltre che “Soltanto lo stato, ove abbia dovuto concedere una riparazione, può richiedere l’accertamento di una responsabilità civile del giudice attraverso un’azione innanzi ad un tribunale” (punto 67).

Anche la Carta europea sullo statuto dei giudici prevede che solo lo Stato sia civilmente responsabile in via diretta e limita la rivalsa al ricorrere di presupposti restrittivi (“5.2. *Compensation for harm wrongfully suffered as a result of the decision or the behaviour of a judge in the exercise of his or her duties is guaranteed by the State. The statute may provide that the State has the possibility of applying, within a fixed limit, for reimbursement from the judge by way of legal proceedings in the case of a gross and inexcusable breach of the rules governing the performance of judicial duties. The submission of the claim to the competent court must form the subject of prior agreement with the authority referred to at paragraph 1.3 hereof.*”).

5. Le criticità della proposta emendativa per la giustizia amministrativa. La pubblica amministrazione come parte del giudizio

L’approvazione dell’attuale testo determinerebbe effetti oltremodo negativi sul funzionamento della giustizia amministrativa. Si è già evidenziato che un sistema di responsabilità civile dei giudici, ispirato ai principi di cui alla proposta emendativa in esame, finirebbe con il mettere a repentaglio la stessa indipendenza di giudizio del magistrato, inducendolo a preferire non già la soluzione più giusta, bensì quella che implichi un minor rischio di danno risarcibile.

Tale effetto è particolarmente evidente nel sistema di tutela della giustizia amministrativa, dove, a fronte di controversie di rilevante complessità e di ingente valore economico che vedono contrapposti le amministrazioni e i privati (basti pensare alle controversie in materia di appalti o a quelle relative agli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, o, più in generale, al diritto pubblico dell’economia o, ancora, al diritto dell’energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni), la scelta del minore rischio risarcitorio costituirebbe una fonte di grave pregiudizio per gli interessi della collettività e per le stesse casse dell’erario.

Ed infatti la decisione di tali controversie, a differenza di quelle tra soggetti privati, presenta sempre un rischio asimmetrico di risarcimento; poiché allorquando sia la pubblica amministrazione a soccombere vengono, di regola, esperiti i rimedi di tipo impugnatorio, non perseguendo

l'amministrazione altro fine che la tutela degli interessi pubblici secondo i principi di legalità, imparzialità e buon andamento; il rischio risarcitorio sarà invece sistematico e di elevata intensità se a soccombere sia la parte privata, soprattutto se si tratta di soggetti imprenditoriali forti che ispirano la propria azione ai canoni dell'agire razionale rispetto a scopi di tipo lucrativo piuttosto che a valori come accade per la parte pubblica.

La minaccia dell'azione di responsabilità rappresenta pertanto un fattore strutturale di evidente e grave perturbazione del processo decisionale del giudice amministrativo con effetti deleteri sulle finanze dello Stato, amplificati dall'introduzione della domanda risarcitoria nel giudizio amministrativo, e con grave pregiudizio degli interessi pubblici che l'amministrazione è chiamata a tutelare.

5.1 L'interpretazione del diritto come fonte di responsabilità

L'introduzione di una autonoma fattispecie di responsabilità costituita dalla violazione manifesta del diritto assoggetta ad azione di responsabilità civile la tipica attività del giudice: l'interpretazione.

La proposta emendativa peraltro investe un ambito disciplinare che va ben al di là delle materie di interesse comunitario evidenziando un profilo di intrinseca incoerenza rispetto alle finalità dichiarate che pur ne ispirano l'introduzione: se infatti l'intervento della Corte di giustizia UE ha la finalità di assicurare, sul piano risarcitorio, una tutela equivalente alle situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria nell'ipotesi in cui la lesione sia causata da organi giudiziari degli stati nazionali, l'intervento non può essere esteso, se non con una evidente forzatura di dubbia coerenza, anche alle situazioni giuridiche soggettive riconosciute e tutelate dal solo diritto nazionale come accade invece con la proposta in esame.

Peraltro l'attività interpretativa - che secondo consolidati orientamenti epistemologici presuppone una attività necessariamente creativa dell'interprete non sempre riconducibile entro il rigido schema formale del giudizio di verità-falsità, anche per il suo carattere naturalmente evolutivo - presenta aspetti di indubbia peculiarità nel settore della giustizia amministrativa che rendono maggiormente problematico il superamento della c.d. clausola di salvaguardia attualmente prevista dall'art. 2, comma 2, della legge n. 117/1988 al fine di mandare esente da responsabilità l'attività di interpretazione del giudice.

Il giudice amministrativo, infatti, opera in un contesto normativo multilivello caratterizzato da una molteplicità di centri di produzione normativa, peraltro di matrice non necessariamente statutale, in quanto l'esercizio dei pubblici poteri e l'organizzazione dei pubblici servizi sono ripartiti tra

numerosi centri di responsabilità di livello comunitario e nazionale, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale.

Alle leggi statali ed ai regolamenti governativi e ministeriali si affiancano le fonti primarie e secondarie regionali, le fonti sub primarie e regolamentari del sistema delle autonomie territoriali e funzionali, i regolamenti delle Autorità indipendenti, il diritto europeo, il diritto internazionale a cominciare dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le sentenze della Corte di giustizia UE e quelle della Corte di Strasburgo. Accanto alle fonti di produzione del diritto statale il giudice amministrativo è chiamato spesso a verificare la corretta applicazione da parte dell'amministrazione di norme di matrice non statale quali le regole tecniche dei più disparati ambiti scientifici, la *lex digitalis*, la *lex mercatoria*, la *lex constructionis*, i codici di autoregolamentazione, le regole della comunità degli sportivi, richiamati, di volta in volta, dalle norme del diritto statale, come pure le regole dell'economia rilevanti per il diritto antitrust o per il diritto dei mercati finanziari.

La complessità del sistema delle fonti di regolazione dei pubblici poteri rende pertanto estremamente difficile ed articolata l'individuazione della norma applicabile al caso concreto cui si giunge, di regola, all'esito di complessi procedimenti di composizione di conflitti tra sistemi normativi e di risoluzione di antinomie interne agli stessi.

Una tale complessità, ulteriormente incrementata dalla scarsa qualità dei testi normativi e dall'elevato tasso di mutevolezza delle norme di diritto pubblico conseguente allo spiccato dinamismo degli interessi pubblici e dei bisogni della collettività che ne costituiscono il sostrato materiale, fa sì che l'esito del procedimento di individuazione della norma da applicare al caso concreto debba essere pensato non in termini di certezza ma di mera possibilità sicché i rimedi alle interpretazioni ritenute erranee ed alle decisioni reputate anche solo opinabili non può che essere affidato al sistema ordinario delle impugnazioni in cui pur si esprime fisiologicamente il diritto di azione tutelato dall'art. 24 della Costituzione.

Alla luce di quanto precede, nel governo della complessità normativa la previsione di meccanismi di responsabilità civile per l'erronea interpretazione del diritto, lungi dal generare comportamenti virtuosi ispirati alla miglior diligenza nell'individuazione dell'unica regola di azione appropriata al caso di specie – che in realtà può rappresentare, al più, la soluzione interpretativa maggiormente plausibile ma in ogni caso falsificabile – rischia di favorire atteggiamenti di tipo difensivo, se non di stampo marcatamente burocratico.

Giova rammentare che il giudizio amministrativo, anche dopo le recenti riforme, resta prevalentemente un giudizio di legittimità, a differenza del giudizio civile e di quello penale in cui la conoscenza dei fatti e l'apprezzamento delle prove riveste rilevanza certamente non secondaria rispetto al momento dell'interpretazione e dell'applicazione delle norme giuridiche: è evidente

dunque che il giudice amministrativo appare sistematicamente esposto all'addebito di “violazione manifesta del diritto”. Ne discende che la stessa struttura del giudizio amministrativo e le peculiari caratteristiche del sindacato di legittimità che il giudice amministrativo è chiamato ad esercitare inducono a ritenere che gli effetti distorsivi sul processo decisionale derivanti dalla norma in esame, saranno destinati a manifestarsi in misura certamente amplificata.

Il d.d.l. estende in modo non convincente la responsabilità del giudice anche ai casi di violazione manifesta del diritto interno, configurandola come ipotesi a sé stante rispetto al dolo o colpa grave, o ipotesi di per sé ascrivibile a dolo o colpa grave.

Ancora una volta deve ribadirsi che possono darsi casi di violazioni manifeste del diritto nazionale, oggettivamente esistenti e tuttavia incolpevoli (sopravvenienze normative recentissime, testi normativi di secondo grado, o di fonte regionale, non reperibili).

Pertanto la violazione manifesta del diritto dovrebbe, secondo i criteri generali, essere imputabile al giudice solo se commessa con dolo o colpa grave, e andrebbe in ogni caso circoscritta alle sole disposizioni normative di primo grado invocate in giudizio dalle parti a fondamento delle proprie deduzioni.

In tale prospettiva, sembra utile menzionare anche la decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, esaminando un caso di mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE sotto il profilo di una allegata violazione dell'art. 6, della CEDU, ha ritenuto che integra, da parte dello Stato, una violazione del principio del processo equo solo il rifiuto arbitrario da parte di una Corte di ultima istanza di rinvio pregiudiziale e non il caso in cui il giudice abbia esposto nella motivazione della decisione le ragioni del mancato rinvio pregiudiziale, atteso che esula da sindacato della Corte di Strasburgo l'interpretazione del diritto da parte del giudice (CorteEDU, 20 settembre 2011 n. 144, *Ullens de Schooten and Rezabek v. Belgium*) (parr 59, 60 e 61 della decisione: “59. *Il faut ensuite rappeler que la Cour n'exclut pas que, lorsqu'un mécanisme de renvoi préjudiciel existe, le refus d'un juge interne de poser une question préjudicielle puisse, dans certaines circonstances, affecter l'équité de la procédure – même si ledit juge n'est pas appelé à se prononcer en dernière instance (...) –, que la juridiction compétente pour statuer à titre préjudiciel soit interne (...) ou communautaire (...). Il en va ainsi lorsque le refus s'avère arbitraire (ibidem), c'est-à-dire lorsqu'il y a refus alors que les normes applicables ne prévoient pas d'exception au principe de renvoi préjudiciel ou d'aménagement de celui-ci, lorsque le refus se fonde sur d'autres raisons que celles qui sont prévues par ces normes, et lorsqu'il n'est pas dûment motivé au regard de celles-ci. 60. Ainsi, l'article 6 § 1 met dans ce contexte à la charge des juridictions internes une obligation de motiver au regard du droit applicable les décisions par lesquelles elles refusent de poser une question préjudicielle, d'autant plus lorsque le droit applicable n'admet un tel refus qu'à titre d'exception. 61. En conséquence, lorsqu'elle est saisie sur ce fondement d'une allégation de violation de l'article 6 § 1, la tâche de la Cour consiste à s'assurer que la décision de refus critiquée devant elle est dûment assortie de tels motifs. Cela étant, s'il lui revient de procéder rigoureusement à cette vérification, il ne lui appartient pas de connaître d'erreurs qu'auraient commises les juridictions internes dans l'interprétation ou l'application du droit pertinent”).*

5.2 Le possibili interferenze con la tutela generale degli interessi legittimi e con quella speciale dei diritti soggettivi riservata dalla Costituzione al giudice amministrativo.

Ai sensi dell'art. 103 della Costituzione "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi"; ai sensi del successivo art. 111, comma 8, contro le decisioni del Consiglio di Stato "il ricorso in Cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

Con l'approvazione dell'emendamento in discussione nell'ipotesi di proposizione di un giudizio di responsabilità diretta del magistrato per manifesta violazione del diritto, si determinerebbe una situazione in cui le sentenze del giudice amministrativo verrebbero a trovarsi sottoposte ad una valutazione sulla corretta interpretazione di norme del diritto pubblico da parte del giudice civile, in un processo articolato su ulteriori tre gradi di giudizio, su materie che la Costituzione riserva in via esclusiva alla cognizione dei giudici amministrativi.

Appare evidente che il giudice amministrativo, condizionato dal rischio di soccombere nell'eventuale futuro giudizio risarcitorio, sarà indotto nella decisione delle controversie portate alla sua cognizione, alla applicazione delle pertinenti norme di riferimento non secondo le interpretazioni fornite dal giudice naturale di tali controversie, eventualmente nella sua massima espressione rappresentata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ma secondo gli orientamenti emersi in casi simili nell'ambito delle controversie risarcitorie intentate dinanzi al giudice civile. In tal modo si viene a determinare una grave ed indebita interferenza con l'esercizio delle competenze giurisdizionali riservate dalla Costituzione agli organi di giustizia amministrativa e si apre in via surrettizia la possibilità del ricorso per Cassazione anche per violazione di legge in materie riservate dalla Costituzione alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo con grave vulnus al criterio di riparto della *potestas iudicandi* tra distinti plessi giurisdizionali previsto dagli artt. 103, comma 1, e 113, comma 8 della Costituzione.

Occorre inoltre considerare che tale modifica avrebbe delle gravi ricadute sul principio, di pari rango costituzionale, di ragionevole durata del processo in quanto la parte soccombente innanzi agli organi di giustizia amministrativa avrebbe comunque la possibilità di convertire l'originaria domanda, intentata senza successo innanzi al giudice naturale, in azione di responsabilità civile per manifesta violazione del diritto da coltivare innanzi al giudice ordinario, sino al pronunciamento della Suprema Corte di Cassazione, per un totale di ben cinque gradi di giudizio, senza considerare che anche il giudizio di responsabilità civile potrebbe a sua volta generare una serie tendenzialmente infinita di giudizi di responsabilità, in una situazione paradossale che oltre a

cancellare il fondamentale principio di intangibilità del giudicato, non può non favorire la parte economicamente più forte.

5.3 Il possibile vulnus alla “tutela della giustizia nell’amministrazione”.

Ai sensi dell’art. 100 della Costituzione il Consiglio di Stato è organo di tutela della giustizia nell’amministrazione.

Il controllo di ragionevolezza e proporzionalità sull’esercizio dei pubblici poteri da parte del giudice amministrativo assolve al compito precipuo di assicurare il rispetto dei principi di legalità, imparzialità, buon andamento ma anche il perseguimento di obiettivi di giustizia sostanziale, secondo quanto previsto anche dal concorrente principio di uguaglianza di cui all’art. 3, comma 2, Cost.

Tale obiettivo risulta frustrato in tutti i casi in cui l’amministrazione procedente nell’attività di ponderazione comparativa degli interessi pubblici e privati emersi in sede procedimentale, indulga eccessivamente nella valorizzazione degli interessi degli interventori privati sancendone l’indebita prevalenza a discapito degli interessi antagonisti.

In tutti questi casi in cui l’esercizio della funzione amministrativa risulta sviato rispetto al fine normativamente prestabilito è evidente che il giudice amministrativo può efficacemente correggere l’esercizio del potere discrezionale solo se il sistema garantisce che il giudizio avvenga in assenza di quei condizionamenti che hanno inficiato la decisione amministrativa.

Il rischio che anche il giudice resti “catturato” dal potere di condizionamento dei poteri forti appare assai elevato se l’ordinamento dovesse consentire ai soggetti privati protagonisti del contraddittorio procedimentale di perseguire civilmente il giudice chiamato a verificare il corretto esercizio del potere di ponderazione comparativa.

E’ lecito dubitare che in tali condizioni la missione costituzionale di tutela della giustizia nell’amministrazione possa essere assolta in modo efficace dagli organi di giustizia amministrativa.

La criticità evidenziata appare di più spiccata evidenza se si considera che nell’attuale momento storico la progressiva dequotazione della funzione di amministrazione attiva in funzione di regolazione e di controllo, indotta dalla convergente azione dei principi di concorrenza e di sussidiarietà orizzontale, e la progressiva marginalizzazione delle ipotesi in cui l’amministrazione interviene in funzione costitutiva di composizione degli interessi, fa sì che sempre più sia il giudizio amministrativo la sede deputata alla individuazione della regola di composizione degli interessi antagonisti nella sempre più accentuata tendenza alla verifica della fondatezza delle pretese sostanziale dedotta sicché appare irrinunciabile assicurare che la dialettica processuale si svolga secondo modalità idonee a garantire la serenità e l’obiettività del giudizio.

5.4 Le criticità nel giudizio innanzi al Consiglio di Stato.

La proposta di riforma risulta particolarmente penalizzante per le giurisdizioni superiori di ultima istanza, quale è il Consiglio di Stato, in quanto viene tipizzata una specifica fattispecie di responsabilità in caso di mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

E' noto che il giudizio amministrativo intercetta una molteplicità di materie ricomprese nella competenza normativa delle istituzioni comunitarie o comunque assoggettate alla disciplina dei principi del Trattato sicché il parametro normativo da applicare per la soluzione del caso concreto è assai spesso rappresentato dal diritto comunitario e risultano frequenti le antinomie tra norme nazionali di recepimento, direttive e sentenze della Corte di giustizia UE.

Alla luce della nuova disciplina sulla responsabilità diretta del giudice appare evidente che in presenza di una richiesta di rinvio alla Corte di giustizia formulata da una delle parti in giudizio, il giudice di ultima istanza sarà indotto a disporre il rinvio al solo fine di evitare il rischio di incorrere in responsabilità risarcitoria per violazione manifesta del diritto comunitario e non può escludersi che nei contenziosi ad elevata conflittualità il giudice possa indulgere al rinvio pregiudiziale anche nei casi in cui non si configuri alcun dubbio interpretativo al solo fine di ottenere il preventivo avallo della Corte di giustizia all'interpretazione ritenuta maggiormente plausibile sì da ridurre il rischio di successive azioni di responsabilità.

Viene in tal modo meno la funzione di filtro che la stessa Corte di giustizia ha riconosciuto in capo alle giurisdizioni di ultima istanza nell'esercizio del potere dovere di rinvio pregiudiziale, in applicazione della c.d. teoria dell' *acte clair* (secondo cui non v'è obbligo di rinvio in tutti i casi in cui l'interpretazione del diritto comunitario appaia chiara) con gravi effetti negativi sul principio costituzionale della ragionevole durata del processo ed ulteriori conseguenze pregiudizievoli in termini patrimoniali per lo Stato a motivo del conseguente incremento degli indennizzi dovuti per la legge Pinto .

Un ulteriore grave effetto dell'emendamento in esame riguarda la probabile limitazione del potere dei giudici nazionali di ultima istanza di invocare la c.d. "teoria dei controlimiti" al fine di non applicare le norme di diritto comunitario ritenute in contrasto con i principi supremi della Costituzione e con i diritti inalienabili della persona umana, secondo quanto precisato dalla Corte Costituzionale italiana (sentenza n. 183/1973) e ribadito anche di recente da quella tedesca (sentenza del 18 luglio 2005 (2 BvR 2236/04) del Secondo Senato del *Bundesverfassungsgericht*; cfr. altresì Conseil constitutionnel, 10 giugno 2004, n. 2004-496DC e Tribunal constitucional, déclaration del 13 dicembre 2004, n. 1/2004). E' evidente infatti che laddove l'esercizio di una libertà fondamentale prevista dal trattato dell'Unione europea si ponga in irriducibile contrasto con

un diritto fondamentale previsto e garantito dalla Costituzione, il giudice nazionale per non incorrere in responsabilità risarcitoria sarà comunque indotto a disapplicare la normativa interna o comunque ad esercitare il potere di rinvio pregiudiziale anziché prospettare direttamente la prevalenza del nocciolo duro dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, eventualmente previa rimessione della questione alla Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. ordinanza 28 dicembre 2006 n. 454).

Appare assai improbabile che nel diverso assetto della responsabilità prefigurato dalla normativa in esame le Corti supreme nazionali possano con serenità ed obiettività fare applicazione della richiamata teoria, come invece di recente accaduto in una nota vicenda nazionale in cui il Consiglio di Stato (sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207) ha potuto sancire la diretta prevalenza del nucleo irriducibile del diritto fondamentale alla salute garantito dall'art. 32 Cost. in una delicata vicenda che vedeva il diritto di stabilimento porsi in contrasto con la disciplina nazionale sulla distribuzione dei farmaci.

La normativa in discussione avrà invece l'effetto di erodere quella residua riserva di sovranità nazionale affidata al controllo delle Corti di ultima istanza, per il tramite dell'incidente di costituzionalità, sulla compatibilità del diritto comunitario con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale ovvero con i diritti inalienabili della persona.

Le criticità evidenziate sono state peraltro fatte oggetto, di recente, di rinvio pregiudiziale da parte della VI sezione del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244) proprio al fine di sollecitare un intervento chiarificatore della Corte di giustizia UE.

5.5 Le ricadute sugli assetti organizzativi interni.

L'approccio di tipo difensivo che la proposta di modifica indurrà inevitabilmente nell'esercizio della funzione giurisdizionale, avrà al contempo significative ricadute di tipo organizzativo.

Il maggior ricorso all'istituto dell'astensione, anche obbligatoria - ex art. 51, comma 1, n. 3 c.p.c. (richiamato dall'art. 17 c.p.a.) in conseguenza della possibile proposizione dell'azione di responsabilità civile, nella pendenza del giudizio innanzi alla giurisdizione amministrativa (ad esempio successivamente alla pronuncia cautelare) - oltre ad incidere sul principio del giudice naturale precostituito per legge (potendo la parte in tal modo liberarsi agevolmente di un membro o dell'intero collegio ritenuto sgradito), può condurre alla sostanziale paralisi dei tribunali amministrativi regionali monosezionali, nei quali, spesso, non v'è personale di magistratura sufficiente a garantire la sostituzione del magistrato astenutosi, con conseguente necessità di sopportare oneri economici aggiuntivi per l'invio di magistrati da altri tribunali.

La previsione secondo cui ai fini dell'accertamento circa la sussistenza di una violazione manifesta del diritto occorra valutare "se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia" sottoposta al suo sindacato, oltre a cancellare di fatto l'istituto dell'errore revocatorio, avrà l'effetto di relegare ad ipotesi del tutto eccezionali il ricorso agli strumenti di accelerazione della decisione quale, ad esempio, la sentenza in forma semplificata ex art. 74 cod. proc. amm. e si assisterà, con ragionevole probabilità, al ricorso sistematico all'istituto del differimento della decisione a una successiva camera di consiglio, consentito dall'art. 75, comma 2, cod. proc. amm. essendo nel diritto e nel dovere del collegio giudicante assicurare una approfondita conoscenza degli atti di causa ed il più ampio dibattito e confronto sulle questioni giuridiche in discussione, anche e soprattutto in considerazioni delle gravi conseguenze patrimoniali personali derivanti dalla possibile erroneità della decisione. Anche in questo caso l'effetto è quello di determinare un allungamento della durata dei processi anche in quei casi che ne consentirebbero oggettivamente una rapida definizione.

Occorre infine considerare che il giudice amministrativo decide sempre in composizione collegiale e sebbene la piena conoscenza degli atti processuali e dei documenti depositati rientri nella responsabilità di ciascun magistrato, è evidente che le buone pratiche orientate all'efficienza del processo decisionale sono nel senso di affidare, di fatto, al relatore la responsabilità di assicurare la conoscenza approfondita dei fatti di causa e delle risultanze documentali, essendo il contributo dei restanti membri del collegio incentrato essenzialmente sui profili di diritto emergenti dallo studio degli atti processuali. La norma in oggetto avrà invece l'effetto di irrigidire la dinamica decisionale in quanto ciascun magistrato, al fine di limitare il rischio di conseguenze risarcitorie, dovrà dedicare maggior tempo allo studio di tutte le controversie decise dal collegio di cui è membro, con conseguente grave perdita di produttività complessiva del sistema.

La stessa fase di stesura della motivazione che normalmente si esaurisce nella dialettica tra estensore e presidente dovrà essere riveduta al fine di consentire a ciascun membro del collegio di esprimere il proprio punto di vista, inserendo tutte le opportune integrazioni e modifiche reputate idonee a limitare il rischio di una decisione erronea. Anche in questo caso l'effetto complessivo di tale modifica sarà quello di una abnorme dilatazione dei tempi di deposito delle sentenze e di una perdita di produttività complessiva dell'apparato, sino a rasentare la paralisi del sistema nel giudizio di appello dove i collegi sono composti da cinque magistrati.

Conclusioni.

Le considerazioni svolte dimostrano come l'attuale art. 25 del disegno di legge comunitaria appaia il frutto di una non meditata proposta, collocata in un d.d.l. che risulta incoerente rispetto alla materia della responsabilità civile dei giudici.

Proprio perché il sistema della responsabilità civile dei magistrati non è questione di rilevanza comunitaria, il citato art. 25 merita di essere stralciato dal d.d.l. al fine di consentire un eventuale approfondito esame in un autonomo disegno di legge e, in ogni caso, non giustifica la ridefinizione complessiva del sistema della responsabilità civile dei magistrati anche in ambiti estranei alla competenza delle istituzioni comunitarie.

Anche ove non si intendesse accedere alla proposta dello stralcio integrale, dettata da ragioni di coerenza con il veicolo normativo prescelto, nella legge comunitaria dovrebbe essere incluso solo l'aspetto di interesse comunitario della problematica, che, secondo le inequivoche indicazioni provenienti dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia UE richiamata, è limitato alla responsabilità dello Stato per violazione manifesta del diritto comunitario, secondo un modello di responsabilità di tipo tendenzialmente oggettivo, proprio del diritto internazionale, mentre dovrebbe essere espunto ogni riferimento al distinto tema della responsabilità del giudice-persona fisica, necessariamente ancorata al requisito della imputabilità soggettiva della condotta, che pertanto dovrebbe più opportunamente essere fatta oggetto di autonoma disciplina, eventualmente nell'ambito di una rinnovata riflessione sulla legge n. 117/1988.

Sono proprio i principi del diritto comunitario ad imporre la previsione di una disciplina della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario autonoma rispetto alla responsabilità del giudice-persona fisica. Tali principi sono peraltro conformi alle raccomandazioni formulate dagli organi della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e si pongono in linea con un risalente insegnamento della Corte Costituzionale italiana.

In ogni caso le indubbe peculiarità che connotano gli assetti funzionali ed organizzativi della giustizia amministrativa amplificano gli effetti negativi della modifica in discussione sui principi costituzionali di indipendenza, di effettività della tutela, di ragionevole durata del processo, di specialità del giudice amministrativo e, soprattutto, di parità delle parti in quanto la presenza di una parte pubblica nel giudizio, cui è connaturato un rischio asimmetrico di risarcimento, può indurre nel giudice un atteggiamento di maggior favore nei confronti della pretesa privata con conseguente grave pregiudizio per gli interessi pubblici dello Stato - apparato e dello Stato - comunità, come pure per gli stessi interessi patrimoniali dell'erario che risulterebbe in tal modo maggiormente esposto al rischio di ingenti esborsi finanziari.