

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE

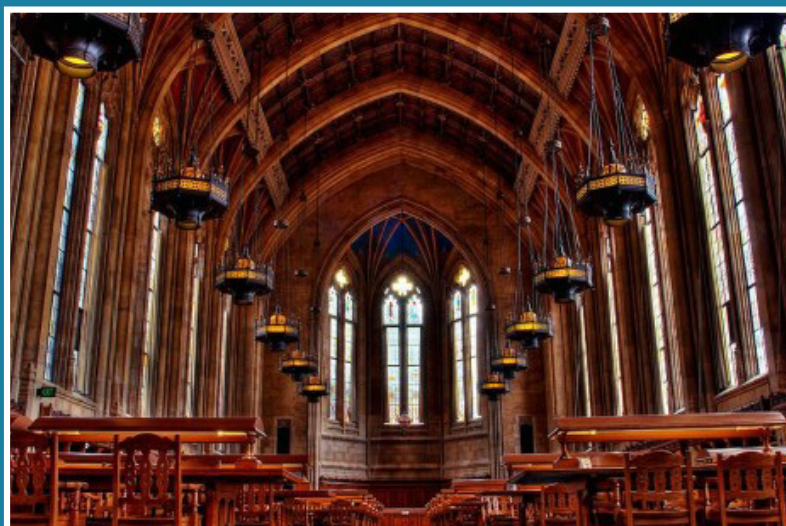
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Sezione giuridica

ANTONELLO MIRANDA (*a cura di*)

MODERNITÀ DEL
PENSIERO GIURIDICO DI G. CRISCUOLI
E DIRITTO COMPARATO

Parte III



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI STUDI EUROPEI E DELLA INTEGRAZIONE INTERNAZIONALE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Sezione giuridica

ANTONELLO MIRANDA (*a cura di*)

MODERNITÀ DEL
PENSIERO GIURIDICO DI G. CRISCUOLI
E DIRITTO COMPARATO

Parte III



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2015 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-6758-7

Publicato nel mese di settembre 2015
presso la G. Giappichelli Editore – Torino

INDICE



	<i>pag.</i>
CRISCUOLI TRISTANO R., Ricordo di Giovanni Criscuoli	1
RIDER B., A gentleman and scholar. A personal thank you to professor Giovanni Criscuoli	3
1. AUTORINO G., Rileggendo gli scritti di un amico: riflessioni sul diritto comparato	9
2. BUSSANI M. e Infantino M., “Nesso di causalità e diretta televisiva”: novità e tradizione nel diritto inglese del torto	25
3. CAGGIÀ F., Il linguaggio del “nuovo” diritto di filiazione (alcune considerazioni)	35
4. CARDINALE C., L’acquisto delle parti staccate del corpo umano: <i>Sympathy for the devil?</i>	57
5. CASABONA S., Potestà genitoriale e appartenenza a organizzazione criminale di stampo mafioso	69
6. COLOMBO G.F., Il Giappone nel diritto comparato. Un’analisi socio-legale attraverso la percezione del contenzioso	85
7. CORSELLI L., Sul diritto di morire naturalmente	103
8. CRESPI REGHIZZI G., L’arbitrato commerciale in Cina	111
9. DI COSTANZO L., Comparazione e prospettive del diritto	121
10. GALLO P., La rilevanza attuale della causa	147
11. GIAIMO G., Il diritto di morire naturalmente nel confronto tra la giurisprudenza inglese ed italiana	175
12. GIANNONE CODIGLIONE G., Tutela risarcitoria dell’integrità psichica e rilevanza del “filtro” tecnologico	203

	<i>pag.</i>
13. LAS CASAS A., La volontà e le ragioni del diritto: promessa, <i>consideration</i> e <i>enforcement</i>	227
14. MOCCIA L., Formazione di un giurista e di un diritto europeo: scenari e prospettive	261
15. MONATERI P.G., Diritto Comparato: diversità e genealogie	277
16. MONTICELLI S., Obblighi di informazione e responsabilità dell'avvocato	293
17. PERA A., L'opposizione del marito all'aborto voluto dalla moglie	319
18. PERNAZZA F., Il <i>rating</i> di legalità	343
19. PETRUSO R., Osservazioni sul risarcimento del danno morale nella prospettiva comparatistica	357
20. RESCIGNO P., Situazioni e <i>status</i> nell'esperienza del diritto (quarant'anni dopo)	385
21. RESTA G., La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: Riflessioni sul caso <i>Myriad Genetics</i>	391
22. SERIO M., Il <i>Sex Discrimination Act</i> inglese del 1975 ed il pensiero di Giovanni Criscuoli	429
23. SMORTO G., Dal <i>dolus bonus</i> alla <i>réclame</i> non obiettiva. A margine di due saggi di Giovanni Criscuoli	439
24. STANZIONE P., Dello <i>Status personae</i>	457
25. TORINO R., <i>Inequality of bargaining power</i> e giustizia contrattuale (un seguito a <i>Lloyd Bank Ltd v. Bundy</i>)	473
26. VANNI D., Osservazioni comparatistiche sulla <i>Judicial Liability</i> in alcuni ordinamenti europei	487
27. VINCENTI A., <i>Trust</i> e diritto societario: brevi note in tema di <i>voting trust</i>	507
28. ZAMBRANO V., Modelli Familiari e regimi patrimoniali tra individualismo e solidarismo	517
29. ZUMPANI F., <i>Error iuris</i> e principio di colpevolezza fra dogmatica penalistica e derivate contrattuali	543

26.

OSSERVAZIONI COMPARATISTICHE SULLA *JUDICIAL LIABILITY* IN ALCUNI ORDINAMENTI EUROPEI

DOMITILLA VANNI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea. – 3. Alcuni ordinamenti giuridici europei. – 3.1. L'ordinamento francese. – 3.2. L'ordinamento tedesco. – 3.3. L'ordinamento spagnolo. – 3.4. L'ordinamento inglese. – 3.5. L'ordinamento italiano. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Il tema della responsabilità civile del giudice per fatti dannosi connessi all'esercizio della sua funzione¹, è intrinsecamente connesso alla delicatissima questione dei confini e dei limiti del potere giudiziario². È di Merryman³ la celebre affermazione: “I giudici esercitano un potere. Dove c'è potere dev'esserci responsabilità (...)”. Ne consegue che a seconda dell'ampiezza del potere in questione in un dato sistema giuridico la responsabilità giudiziale acquista una maggiore o minore importanza. Già il termine responsabilità è di per sé ambiguo: responsabilità giudiziale può significare sia il potere in sé dei giudici, sia il dovere di rendere conto – la c.d. *accountability* inglese – dell'esercizio di tale potere⁴.

¹ Il tema, con specifico riferimento al diritto inglese, è oggetto di una acuta ed insuperata analisi del Maestro Giovanni Criscuoli cui è dedicata la presente opera, in *Inuovi limiti dell'irresponsabilità del giudice inglese nel caso Sirros v. Moore and Another: un motivo per riflettere.*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1975, 3, p. 1060 ss.

² M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Giuffrè, 1988, p. 5.

³ J.H. MERRYMAN in A. GIULIANI e N. PICARDI, *L'Educazione giuridica, III: La responsabilità dei giudici*. Perugia: Università degli Studi di Perugia, 1978, p. 260.

⁴ S. SHETREET, *Judges on Trial: A study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North Publishing, 1976.

È questo un tema di elevata complessità e denso di implicazioni sociali e culturali, che rappresentano le variabili che giustificano la diversità di disciplina nei differenti sistemi giuridici, per il quale – come efficacemente è stato detto in dottrina⁵ – occorre preliminarmente tratteggiare lo sfondo teorico e sistematico in cui proiettare la disciplina della responsabilità al fine di sgombrare il campo da alcuni frequenti equivoci.

In tal senso appare necessario sottolineare a priori⁶ che nessun sistema giuridico in una società che vuol definirsi democratica potrà tollerare il difetto di un adeguato sistema di regole a tutela della magistratura che assicuri a tutti i consociati l'assoluta imparzialità e autonomia di giudizio dei suoi componenti.

Tuttavia va parimenti chiarito che la responsabilità giudiziale non è concetto antitetico a quello di indipendenza e di imparzialità. L'indipendenza della magistratura⁷ dev'essere intesa come assenza di interferenze esterne, politiche o di altra natura, all'esercizio del potere giudiziario e non trova ostacolo nella crescita del livello di responsabilità da intendere come controllo teso a migliorare l'efficienza della sua attività⁸. In questo senso si registra una tendenza globale verso l'estensione dell'area della responsabilità giudiziale attraverso la predisposizione di regole sempre più dettagliate, quale necessario strumento di controllo – a tutela dei consociati – dell'esercizio del potere giudiziario.

Conseguentemente in un approccio comparatistico a questo interessante tema, l'indipendenza della magistratura dovrebbe essere letta come il fondamento del principio secondo cui ai giudici dev'essere garantita la possibilità di esercitare la propria attività senza alcun'altra prospettiva o obiettivo diversi dallo svolgimento della propria delicata funzione (*sine spe nec metu*). In questo senso deve intendersi l'indipendenza del giudice⁹, strumento per garantire l'assenza di ogni forma di influenza del potere legislativo ed esecutivo sull'amministrazione della giustizia.

Sul piano del diritto europeo, il tema della responsabilità del giudice pone il quesito circa la possibilità di prevedere una forma di responsabilità del giudice per violazione del diritto comunitario, in tutte le sue svariate forme, e conseguentemente configurare una azione di risarcimento dei danni che ne

⁵ M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, cit., p. 20.

⁶ Cfr. M. SERIO, *The independence of Judiciary*, in *Amicus Curiae*, 2005, p. 62.

⁷ Già Sir EDWARD COKE nel noto caso *Floyd v Baker* (1608) 12 Co. Rep.23, p. 25 ss. affermava: "I giudici devono rendere conto solo a Dio e al sovrano, altrimenti anche i più onesti non sarebbero indenni da continue calunnie".

⁸ Così S. ANDERSON in *Judicial Accountability: Scandinavia, California & the U.S.A.*, in 28 *Am. J. Comp. L.*, 1980, p. 393 ss.

⁹ Cfr. D. THOMPSON, *Judicial Immunity and the Protection of Justices*, in *The Modern Law Review*, 1958, 21, 5, p. 517; M. BOBEK, *The fortress of judicial independence and the mental transition of the central European judiciaries*, in *European Public Law*, 2008, 14, p. 1; R.F. NAGEL, *Judicial Immunity and Sovereignty*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1978, 6, p. 237.

possano derivare. Il dibattito è sorto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea che, fin dal celebre caso *Gerhard Köbler v. Austria* (C-224/01)¹⁰, ha affermato il principio della responsabilità vicaria dello Stato con riferimento agli Stati Membri dell'Unione europea al fine di garantire il corretto adempimento degli obblighi sanciti dal diritto europeo da parte delle Corti nazionali.

Köbler era professore universitario presso l'Università di Innsbruck in forza di un contratto di diritto pubblico con lo Stato austriaco. All'atto della sua nomina, gli era stata riconosciuta la retribuzione di professore universitario ordinario del decimo livello, maggiorato del normale incremento per l'anzianità di servizio. Tale incremento è regolarmente riconosciuto ai docenti che hanno compiuto quindici anni di servizio.

Sebbene il prof *Köbler* non avesse ancora compiuto quindici anni di servizio presso una università austriaca, egli riteneva aver diritto alla corresponsione dell'incremento di retribuzione grazie all'anzianità di servizio di oltre quindici anni prestato presso altre Università europee. Egli deduceva, infatti, che la regola che disponeva l'incremento di retribuzione esclusivamente in relazione al servizio prestato presso una Università austriaca violasse il diritto europeo in quanto non teneva conto degli anni di servizio trascorsi presso altre Università europee. Di conseguenza, egli affermava che la regola austriaca perpetrasse una discriminazione indiretta in violazione del diritto comunitario.

La decisione della Corte di giustizia europea nel citato caso *Köbler v. Austria* ha affermato la responsabilità dello Stato ed il conseguente diritto al risarcimento del danno, nell'ipotesi in cui un giudice nazionale di ultimo grado violi il diritto comunitario in una modalità che leda i diritti degli individui e a condizione che si realizzino specifiche circostanze. Tali circostanze sono: a) la Corte in questione deve essere Corte di ultima istanza le cui sentenze non possono altrimenti essere modificate; b) la violazione deve essere una violazione manifesta del diritto comunitario applicabile; c) l'inadempimento deve consistere in un manifesta violazione del diritto europeo applicabile. La Corte di giustizia europea ha confermato che le condizioni per determinare se la violazione sia manifesta o meno sono quelle fissate nei *leading-cases* *Brasserie du pêcheur*, *Factortame*¹¹ of 1996 and *Dorsch Consult*¹² of 1997.

¹⁰ E.C.J. 30 September 2003, case n. C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, Judgement of the Court, 30 September 2003. Cfr. J.D. CAMPBELL, *Unenforceable impracticality: exploring Kobler's constitutional, jurisprudential and practical misuse?*, in 38 *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 2010, p. 1.

¹¹ Judgements of the Court of 5 March 1996 in joined cases *Brasserie du Pêcheur SA v Bundesrepublik Deutschland* (Case C-46/93) and *The Queen v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others* (case C-48/93), stating that damages should be proportionate to the suffered damage so as to ensure the effectiveness of the legal protection.

¹² Judgement of the Court of 17 September 1997 in case *Dorsch Consult* (Case C-54-96).

Conseguentemente nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la sentenza *Köbler* può essere considerata come un punto di riferimento in materia di responsabilità dello Stato, in quanto ha individuato tre condizioni per l'esistenza di questo tipo di responsabilità e ciò in linea di continuità con la più antica giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia, cioè a partire dai citati casi *Brasserie du pêcheur*, *Factortame* e *Dorsch Consult*¹³: 1) la disposizione di diritto europeo violata dev'essere idonea a conferire diritti ai singoli; 2) la violazione deve essere sufficientemente seria, manifesta e grave; 3) deve esistere un nesso di causalità diretto tra la violazione del diritto comunitario da parte dello Stato– giudice e il danno subito dai singoli.

Sulla base delle tre condizioni sopraindicate, la Corte europea ha posto le basi della responsabilità dello Stato-giudice. Contestualmente la condizione della 'manifesta negligenza' della Corte di ultima istanza è stata puntualmente fissata e, secondo parte della dottrina, la Corte europea ha svuotato la nozione di responsabilità del caso *Francovich*¹⁴.

La Corte Europea ha conseguentemente confermato il principio sancito dal caso *Köbler*; tuttavia non tutte le questioni hanno trovato soddisfacenti risposte, in particolare il quesito attinente al modo in cui le condizioni, in presenza delle quali la responsabilità può sorgere, dovrebbero essere determinate.

Il tema della responsabilità dei giudici di ultima istanza è stato seriamente preso in considerazione dal Consiglio d'Europa così come dalle Autorità nazionali. Sono state adottate soluzioni differenti, a seconda dei diversi standard internazionali di indipendenza del giudice.

Parimenti, con riferimento alla responsabilità civile e penale dei magistrati, l'art.10 della *Universal Charter of the Judge*¹⁵ prevede: "L'azione ci-

¹³ E.C.J., March 1996, case n. C-46/93 and n. C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame*; 17 September 1997 case no.C-54/96 *Dorsch Consult*, in ECR 1997, I4961, paragraph 45 of the motivation; September 24, 1998, case no. C-76/97, *Tögel*, in ECR 1998 I5357, paragraph 27; and 4 March 1999 in Case no. C-258/97, HI, in ECR 1999 I1405, paragraph 27. *In these judgements the Court stated that, if the 'remedies' directives have not been fully transposed into national law and if the internal law can not be interpreted in conformity with them, then 'those concerned may apply in accordance with the appropriate procedures of national law compensation for the damage suffered by the non-implementation of these directives within the prescribed period'.*

¹⁴ See *Francovich v Italy* (1990), ECJ, C-6/90, la prima decisione della Corte di Giustizia europea con cui si stabilì che gli Stati membri dell'Unione Europea fossero responsabili e obbligati a risarcire il danno ai privati che avessero subito un danno a seguito dell'inosservanza, da parte di uno Stato membro, dell'obbligo di recepimento di una direttiva europea nel diritto nazionale; cfr. D.F.WALBROECK, *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of Francovich Case Law*, in T. HEUKELS and A. MCDONNELL, *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1997, p. 311 ss.

¹⁵ L *Universal Charter of the Judge* è stata unanimemente approvata dal *Central Council*

vile, negli ordinamenti in cui è prevista, e l'azione penale, incluso l'arresto, contro un giudice devono essere esclusivamente consentite in presenza di circostanze che assicurino che la sua indipendenza di giudizio non possa essere in alcun modo violata”.

Questa è altresì l'opinione del *Consultative Council of European Judges*¹⁶: “Un giudice non dovrebbe essere costretto ad operare sotto la minaccia di una sanzione pecuniaria o della reclusione, la cui presenza potrebbe, inconsciamente, influenzare la sua decisione. In linea di principio i giudici personalmente dovrebbero godere di assoluta esenzione da responsabilità nei casi di azioni promosse direttamente nei loro confronti e relative all'esercizio in buona fede delle loro funzioni. Gli errori di giudizio, laddove commessi – nel rispetto della giurisdizione o comunque della procedura – nell'accertare o nell'applicare il diritto o nel valutare le prove, dovrebbero essere sanati attraverso il meccanismo delle impugnazioni; altre *defiances* giudiziarie che non possono essere colmate in questo modo (inclusa l'ipotesi di eccessivo ritardo) dovrebbero portare tutt'al più ad una azione, proposta dalla parte soccombente contro lo Stato. Cioè lo Stato potrebbe, in alcune circostanze, rispondere in forza della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e conseguentemente risarcire la parte soccombente in una materia cui questa opinione non è direttamente riferita”¹⁷.

I giudici, inoltre, dovrebbero godere di illimitata facoltà di difendersi nelle azioni giudiziarie proposte contro di loro. In questo senso, la Carta Europea sullo *status* dei Giudici¹⁸, nei paragrafi 5.1 and 5.3, sancisce: “L'inos-

of the International Association of Judges il 17 Novembre 1999 a Taipei. Giudici provenienti da tutto il mondo hanno lavorato congiuntamente sul progetto di questo documento che rappresenta il risultato del loro lavoro: esso è stato approvato dall'International Association of Judges ed è composto di quindici articoli.

¹⁶ Il *Consultative Council of European Judges* è stato istituito dal Comitato dei Ministri per rafforzare il ruolo dei giudici in Europa. È un organo consultivo del *Council of Europe* con riferimento ai temi connessi con l'indipendenza, l'imparzialità e la competenza dei giudici. È il primo organismo all'interno di una organizzazione internazionale ad essere composto esclusivamente da giudici e, per ciò, è l'unico in Europa. Istituendo il *Consultative Council of European Judges*, il *Council of Europe* ha sottolineato il ruolo-chiave della magistratura nella valorizzazione del concetto di democrazia e le regole con le quali opera. Il CEJA adotta *opinions* che trasmette al Comitato dei Ministri su temi riguardanti lo *status* dei giudici e l'esercizio delle loro funzioni.

¹⁷ *Opinion* no. 3 del *Consultative Council of European Judges (CEJA) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behavior and impartiality*.

¹⁸ L'*European Charter on the Statute for Judges*, adottata dal Council of Europe, a Strasburgo, l'8-10 luglio 1998. In particolare, l'*European Charter on the Statute for Judges* è stata elaborata dai partecipanti all'incontro multilaterale sullo statuto dei giudici in Europa, organizzato dal Council of Europe tra l'8 e il 10 luglio 1998 avendo riguardo a: a) Articolo 6 della *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* prevedente che “everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law”; b) *The United Nations Basic Princi-*

servanza da parte di un giudice di uno dei doveri espressamente fissati dalla legge può soltanto determinare l'applicazione di una sanzione, previa decisione successiva alla proposta, alla raccomandazione, o previa decisione di un Tribunale o di altra Autorità composta almeno per metà da giudici eletti, nell'ambito di un procedimento che preveda la completa audizione delle parti, in cui il giudice contro cui si proceda deve poter beneficiare della facoltà di farsi rappresentare in giudizio. La scala delle sanzioni che possono essere comminate è indicata nello statuto, e la loro imposizione è soggetta al principio di proporzionalità. La decisione del potere esecutivo, o di un Tribunale, o di altra autorità con cui è applicata una sanzione nei suoi confronti, come previsto nel presente documento, è soggetta ad appello a un'autorità giudiziaria di grado superiore". D'altra parte, "ogni individuo deve avere la possibilità di presentare ad un organo indipendente, senza una formalità specifica, la denuncia relativa ad un errore giudiziario verificatosi in un determinato caso. Tale organismo ha il potere – se un esame attento fa apparire inequivocabilmente l'inosservanza da parte di un giudice, come previsto al punto 5.1 – di adire l'autorità disciplinare, o per lo meno di disporre tale rinvio ad un'autorità competente in base alla legge, per riferire tale censura".

In un più ampio contesto, il sedicesimo dei *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*¹⁹ garantisce l'immunità civile dei giudici: "*Without prejudice to any disciplinary procedure or to any right of appeal or to compensation from the State, in accordance with national law, judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omissions in the exercise of their judicial functions*". È quindi confermata la responsabilità dello Stato per attività giudiziali. Similmente l'art.32 della *Beijing Declaration* sancisce: "*Without prejudice to any disciplinary procedure or to any right of appeal or to compensation from the State in accordance with national law, judges should enjoy personal immunity from civil suits for monetary damages for improper acts or omissions in the exercise of their judicial functions*"²⁰.

ples on the Independence of the Judiciary, approvati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel Novembre 1985; c) la Raccomandazione No R (94) 12 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulla indipendenza, efficienza e ruolo dei giudici.

¹⁹ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* sono stati adottati dal *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* tenuto a Milano dal 26 agosto al 6 settembre 1985 e approvati dalle *General Assembly resolutions* 40/32 del 29 novembre 1985 e 40/146 del 13 Dicembre 1985.

²⁰ La 6th *Conference of the Chief Justices of Asia and the Pacific* ha adottato lo *Statement of Principles on the Independence of the Judiciary* contenuto nell'allegato alla risoluzione noto come *Beijing Statement of Principles on the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region* (Beijing, 1995), sottoscritto a Manila (1997).

2. Uno sguardo alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea ha fissato una serie di regole in tema di responsabilità degli Stati membri per atti posti in essere dai propri giudici²¹.

Leading-cases in questo campo sono la sentenza *Köbler* del 2003²² e la sentenza *Traghetti* del 2006²³.

Come precedentemente rilevato, il primo riguardava la questione se le azioni risarcitorie proposte contro uno Stato membro per violazione del diritto europeo potessero estendersi ai casi in cui la violazione del diritto europeo fosse commessa da una Corte di ultima istanza di uno Stato membro. La sentenza *Köbler* stabilì che, dal punto di vista del diritto europeo, non importasse quale istituzione (appartenente al potere legislativo, esecutivo o giudiziario) all'interno di uno Stato membro avesse agito in violazione del diritto europeo. Secondo la Corte europea ciò dovrebbe *a fortiori* valere per il diritto europeo perché tutte le autorità amministrative in uno Stato membro sono vincolate, nell'esercizio delle loro funzioni, a conformarsi alle regole dettate dal diritto europeo, che direttamente regola la condizione degli individui e del quale la Corte sottolinea il principio della effettività.

In vista del ruolo essenziale svolto dalla magistratura nella tutela dei diritti individuali derivanti dalle regole comunitarie, la piena effettività di quelle regole entrerebbe in gioco e la protezione stessa di quei diritti sarebbe indebolita se agli individui fosse preclusa la facoltà, a certe condizioni, di chiedere la riparazione del danno sofferto a seguito della violazione del diritto europeo, perpetrata attraverso una decisione di una Corte di ultima istanza all'interno di uno Stato membro.

Nell'ottica della Corte europea questa possibilità non incide sul principio dell'indipendenza del giudice, in quanto i giudici non sono personalmente responsabili. Così la Corte perviene all'affermazione che la responsabilità giudiziale non conduce ad alcun indebolimento del potere giudiziario. Piuttosto, "l'esistenza di un diritto all'azione che consente, a certe condizioni, la riparazione degli effetti dannosi di una decisione giudiziaria erronea, potrebbe essere anche considerata come elemento che rafforza la qualità di un sistema giuridico e, conseguentemente, a lungo termine, la stessa autorità della magistratura".

Basandosi su queste considerazioni di carattere generale, la Corte – come prima accennato – ha affermato la possibilità di risarcimento del danno da errori giudiziari sotto determinate condizioni: 1) la regola di diritto violata

²¹ ECJ, 15 July 1964, case n. 6/64, *Costa*, and 9 march 1978, case 106/77, *Simmenthal*.

²² E.C.J., 30 September 2003, case C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, cit.

²³ ECJ, 13 June 2006, *Traghetti del Mediterraneo v. Italy*.

deve essere idonea a conferire diritti ai singoli; 2) la violazione deve essere sufficientemente seria; 3) deve esistere un diretto nesso di causalità tra l'inosservanza dell'obbligo incombente sullo Stato e la perdita o il danno subito dalla parte attrice.

La Corte asserisce che dev'essere riconsiderata la specifica natura della funzione giudiziaria unitamente ai “*legitimate requirements of legal certainty*”, sicché la responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo attraverso una decisione di una Corte nazionale di ultima istanza può essere pienamente affermata soltanto nel caso in cui una Corte palesemente violi il diritto europeo. Al fine di stabilire se è intervenuta una violazione manifesta, devono essere presi in considerazione i seguenti fattori: il grado di chiarezza e di precisione della norma violata; se la violazione era intenzionale; se l'errore di diritto era scusabile o non scusabile; la posizione presa al riguardo da una istituzione comunitaria e la mancata osservanza, da parte della Corte in questione, del suo obbligo, previsto dal terzo paragrafo dell'Art. 234 TEC (oggi Art. 267 (3) TFEU), di chiedere il rinvio pregiudiziale. La Corte europea ritiene altresì la violazione del diritto europeo sufficientemente seria quando la decisione è stata adottata in manifesta violazione dell'orientamento giurisprudenziale della Corte in materia.

La sentenza *Köbler* ha tuttavia lasciato aperta la questione di come la pretesa responsabilità dello Stato si possa arminizzare con i c.d. privilegi nazionali di responsabilità. A dire il vero, questa decisione ha modificato buona parte delle tradizionali dottrine nazionali sul privilegio della responsabilità del sistema giudiziario²⁴. Inoltre non è tutt'ora chiaro se i principi stabiliti in questo caso si applichino soltanto ad organi giurisdizionali di ultima istanza o a qualsiasi Tribunale in generale.

In un successivo caso C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo v. Italy*²⁵, la Grand Chamber della Corte Europea di Giustizia ha riaffermato questo principio e stabilito che il diritto comunitario non consente una normativa nazionale che escluda, in generale, la responsabilità dello Stato membro per danni causati ai singoli da una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione in questione riguarda l'interpretazione delle norme giuridiche o una valutazione dei fatti e delle prove effettuate dal Tribunale. La Corte europea ha affermato che il diritto comunitario osta altresì ad una normativa nazionale che limiti tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave da parte della Corte, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui una violazione manifesta del diritto vigente, di cui ai paragrafi 53-56 della sentenza 30 set-

²⁴ In Germania il § 839 [2] GCC. 17 (German Civil Code) stabilisce il c.d. “Privilegio del giudice”, (*Spruchrichterprivileg* o, più precisamente, *Richterspruchprivileg*) che porta in molti casi all'esclusione della responsabilità dello Stato per errori giudiziari.

²⁵ ECJ, 13 June 2006, *Traghetti del Mediterraneo v. Italy*, cit.

tembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, è stata commessa.

Il caso riguardava un amministratore italiano incaricato, in una procedura di insolvenza, di provvedere alla liquidazione di una compagnia di navigazione italiana. Egli intraprese una azione risarcitoria dinanzi ad una Corte nazionale italiana, in quanto la Corte di Cassazione, che è Corte di ultima istanza, illegittimamente aveva respinto il suo reclamo contro un'impresa concorrente, violando in tal modo il diritto comunitario.

In quella occasione la Corte europea ha stabilito che il tema della responsabilità giudiziale, nel quadro tracciato dalla sentenza *Köbler*, attiene esclusivamente a decisioni che non sono soggette ad impugnazione. La Corte enfatizza l'essenziale responsabilità della magistratura nella tutela dei diritti individuali, ma al tempo stesso sottolinea il carattere eccezionale della responsabilità giudiziale, che sussiste esclusivamente laddove una Corte nazionale di ultima istanza abbia manifestamente violato il diritto europeo.

Sulla base di queste considerazioni la Corte conclude che la decisione, nell'attribuire carattere vincolante alla sentenza *Köbler*, pone un limite chiaro sulla portata e sull'applicabilità della normativa nazionale²⁶. Quando organi giurisdizionali di ultimo grado (non necessariamente Corti supreme) siano responsabili di una violazione manifesta del diritto dell'Unione, ogni privilegio in tema di responsabilità diventa inapplicabile a causa della supremazia del diritto dell'Unione. In concomitanza con la sentenza *Köbler*, la Corte di giustizia ha limitato il campo di applicazione di una norma nazionale²⁷ ed ha esteso la responsabilità della magistratura.

Successivamente la ECJ nella sua seconda decisione del 2011 sul caso *Traghetti*²⁸ ha affermato che "l'esclusione della responsabilità dello Stato, o la limitazione della responsabilità dello Stato ai casi di dolo o colpa grave, è contraria al principio generale secondo cui gli Stati membri sono responsabili della violazione del diritto europeo da parte di una Corte la cui decisione non è soggetta ad impugnazione". Questa sentenza costringerà tutti gli Stati membri a riconsiderare tutte le norme di diritto concernenti limitazioni o esclusioni della responsabilità dello Stato per errori di giudizio.

3. Alcuni ordinamenti giuridici europei

3.1. L'ordinamento francese

In Francia le caratteristiche della funzione giudiziaria hanno sempre imposto una cautela particolare nel disciplinare la responsabilità dei soggetti

²⁶ In particolare la legislazione tedesca, § 839(2) GCC.

²⁷ Cioè il § 839(2) GCC.

²⁸ ECJ, 24 November 2011, C 379/10, *European Commission v. Italy*, cit.

che la esercitano. I giudici sono stati gradualmente considerati come professionisti nell'assolvimento dei loro compiti, mentre nell'esercizio delle loro competenze giudiziarie sono soggetti ai principi generali in tema di responsabilità civile, anche se in forma mitigata²⁹.

In Francia operano i seguenti tre regimi di responsabilità civile del giudice ai sensi del *Code de l'organisation judiciaire*, agli art. L 141-1 e seguenti: 1) il primo regime riguarda la responsabilità per atti giudiziari, il cui campo di applicazione è limitato al diniego di giustizia (Art. L 141-1); 2) il secondo regime concerne la responsabilità per fatto illecito dei magistrati (appartenenti all'ordine giudiziario) ed è soggetto alle norme contenute nello Statuto della magistratura (Article L 141-2); 3) il terzo regime concerne la responsabilità per colpa personale di altri giudici (come i giudici delle corti amministrative o appartenenti a Corti speciali) ed è specificamente regolato da leggi speciali o, in loro assenza, dalla c.d. procedura "*prize à partie*" (Article L 141-3).

In tutti e tre i casi il sistema di responsabilità civile dei giudici opera nei confronti dello Stato e non consente alcuna azione diretta nei confronti dei giudici: è pertanto lo Stato a esercitare la rispettiva azione nei confronti dei giudici, al fine di ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalla condotta negligente, senza pregiudizio per lo Stato.

Con riferimento al primo regime, la responsabilità diretta dello Stato nei confronti delle vittime prescinde dalla responsabilità individuale. Tuttavia la denuncia di malfunzionamento del sistema giudiziario è limitata a due ipotesi, rispettivamente relative a condotte qualificate dalla colpa grave (come, ad esempio, nella fattispecie di divulgazione per la stampa di atti giudiziari) ed al diniego di giustizia (come, ad esempio, nell'ipotesi di ritardo eccessivo nell'amministrazione della giustizia),

Il secondo schema si basa sul concetto di "colpa personale" del giudice, il quale però, secondo la formulazione dell'articolo 11-1 dello *Statut de la magistrature*³⁰, è da intendersi come un comportamento dannoso del magistrato. In questo caso, lo Stato – come già detto – può rivalersi nei confronti del

²⁹ N. ALBERT, *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats*, in M. DEGUERGUE, *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, p. 209 ss.

³⁰ *Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature* Version consolidée au 04 mai 2015). Recita l'art.11-1, *portant modifié par Loi organique 79-43 1979-01-18 art. 1 JORF 19 janvier 1979*: "Les magistrats du corps judiciaire ne sont responsables que de leurs fautes personnelles. La responsabilité des magistrats qui ont commis une faute personnelle se rattachant au service public de la justice ne peut être engagée que sur l'action récursoire de l'Etat.

Cette action récursoire est exercée devant une chambre civile de la Cour de cassation.

giudice che è personalmente responsabile del danno³¹.

Il terzo regime di responsabilità civile si basa sulla colpa personale del giudice, ma, a differenza del precedente, si applica ai magistrati che non appartengono al corpo giudiziario ordinario (come i membri dei tribunali amministrativi o dei tribunali speciali): è regolato dal citato *Statut de la magistrature*, secondo la procedura c.d. *prise à partie*. La procedura è disciplinata dagli artt. 366-1 e segg. del *Code de l'organisation judiciaire*, e trova applicazione in caso di diniego di giustizia. Tuttavia, benché questa forma di responsabilità si riferisca alla condotta di giudici che non possono essere considerati come esercenti una funzione giudiziaria pubblica in senso stretto, è comunque sempre lo Stato a rispondere in azioni civili intentate contro questi magistrati, e la questione resta di competenza della Corte d'Appello del distretto in cui la Corte opera³².

3.2. L'ordinamento tedesco

La legge fondamentale tedesca (*Grundgesetz* – GG) all'articolo 34 afferma la responsabilità dello Stato federale (o del Land) in caso di violazione di un dovere da parte di un giudice nell'esercizio delle sue funzioni. La responsabilità per i danni è, quindi, indiretta, nel senso che l'obbligo di risarcimento del danno lamentato non grava direttamente sul giudice la cui responsabilità è stata giudizialmente accertata. In questo caso la responsabilità è prevista dall'articolo 839 del codice civile (BGB – *Bürgerliches Gesetzbuch*), in base al principio di cui all'articolo 34 GG.

In particolare, l'Articolo 839, comma 1 del BGB, prevede la responsabilità del pubblico ufficiale (*Beamter* – una categoria comprensiva dei giudici) che intenzionalmente o per negligenza abbia commesso una violazione nell'adempimento dei propri doveri d'ufficio.

Questa responsabilità include il risarcimento dei danni subiti da terzi. Al paragrafo 2, la stessa disposizione normativa stabilisce la responsabilità dei funzionari che hanno violato i loro doveri nell'adozione di provvedimenti (*Urteil*) all'interno di una controversia, e dispone la conseguente responsabilità del funzionario nel caso in cui la violazione denunciata integri una fattispecie di reato.

Pertanto, l'obbligo del risarcimento da parte del giudice sorge quando,

³¹ See JULIE JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2006, 58, p. 439.

³² The proceeding must be authorized in advance by the First President of the Court of Appeal, who shall decide after having obtained the opinion of the Attorney General before the Court. The refusal of the First President may be appealed to the *Cour de Cassation, Civil Chambre*.

nel corso del procedimento giudiziario, il giudice abbia causato un danno ai sensi dell'articolo 839, paragrafo 2. Tra queste ipotesi non rientra il rifiuto o il ritardo nello svolgimento di funzioni giudiziarie sulla base del c.d. *Richterprivilege*, cioè del c.d. privilegio dell'indipendenza della magistratura. Questo privilegio garantisce che, nell'interesse supremo della imparzialità del giudice, egli non debba temere il rischio di ritorsioni per le proprie azioni o decisioni; al tempo stesso la garanzia di indipendenza della magistratura è stabilita nell'interesse della certezza del diritto, che verrebbe indebolita qualora la presunta erroneità di una decisione giudiziaria fosse occasione non solo di verifica da parte di altro giudice, attraverso il sistema delle impugnazioni, ma anche oggetto di accusa di un atto illecito da lui commesso.

Da un punto di vista soggettivo, le disposizioni normative in materia di responsabilità e le esenzioni relative sono applicabili ai giudici, così come a qualsiasi altro pubblico ufficiale.

Dal punto di vista oggettivo, il concetto di *Urteil* di cui all'articolo 839, paragrafo 2, BGB, comprende una serie di decisioni giudiziarie adottate non solo per aprire o chiudere il procedimento, ma anche inerenti al suo svolgimento. Sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale, la nozione di atti processuali di 'natura permanente', come le decisioni in materia di spese legali o gli atti a tutela dei diritti della persona, rende inapplicabile la disciplina agli atti c.d. provvisori quali, ad esempio, le ordinanze concernenti l'ammissione di prove, le decisioni sul valore della controversia, e, in materia penale, ai mandati di arresto, agli ordini di perquisizione, agli ordini di sospensione della patente di guida, ecc.

Di conseguenza, in Germania, la responsabilità del funzionario legale (sia esso il giudice o il pubblico ufficiale) può sorgere solo in caso di dolo o colpa grave, dal momento che la responsabilità giudiziaria è in genere una responsabilità dello Stato e non una responsabilità di carattere personale del giudice.

3.3. L'ordinamento spagnolo

In Spagna le norme sulla responsabilità civile dei giudici³³ sono contenute in una serie di articoli della Legge Organica 6/1985 del potere giudiziario (LOPJ)³⁴. In particolare, l'articolo 16 del LOPJ afferma che i giudici e magistrati rispondono in controversie penali e civili e con le modalità previste dalla legge. Inoltre, agli articoli 411-413, è previsto un capitolo separato sulla responsabilità civile. Giudici e magistrati sono responsabili per i danni e

³³ Cfr. J. MONTERO AROCA, *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.

³⁴ *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

pregiudizi causati nello svolgimento delle loro funzioni, a condizione che sussista l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave (art. 411).

L'azione di responsabilità civile può essere proposta dalla persona lesa o dai suoi aventi causa, in un procedimento specifico (articolo 412). Tuttavia, la pronuncia di affermazione della responsabilità civile del giudice non può intervenire fino alla emanazione di una decisione finale che concluda il procedimento nel corso del quale il danno è stato presumibilmente causato, e la sentenza sulla responsabilità, nel caso di accertamento positivo, non deve, in nessun caso, modificare il dispositivo della sentenza emessa nella causa principale (art. 413).

Accanto a questo tipo di responsabilità personale del magistrato o giudice, è prevista la responsabilità dello Stato per gli errori commessi dai giudici, per funzionamento irregolare dell'Amministrazione della giustizia e per ingiusta detenzione cautelare. In effetti, l'articolo 121 della Costituzione spagnola prevede che "per i danni causati da errori giudiziari, così come quelli che sono conseguenza di malfunzionamento nell'amministrazione della giustizia, si ha diritto ad un indennizzo pagato dallo Stato, in conformità con la legge". Il LOPJ ha dato attuazione alla norma costituzionale: il Titolo V del libro III del LOPJ è dedicato alla "Responsabilità patrimoniale dello Stato per il funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia" (artt. 292-297).

In particolare, l'articolo 292 prevede che, relativamente alle ipotesi di errore giudiziario o di anormale funzionamento della giustizia, lo Stato intervenga per compensare i danni. Il danno deve essere "effettivo, economicamente valutabile e individuabile nei confronti di una persona o di un gruppo di persone". L'articolo 293 stabilisce che il risarcimento per errore giudiziale presuppone una decisione giudiziaria che accerti la sussistenza dell'errore. Sia nel caso di errore giudiziario che di malfunzionamento nella amministrazione della giustizia, il richiedente deve proporre la domanda direttamente al Ministero della Giustizia. L'articolo 296 precisa altresì che lo Stato debba risarcire i danni arrecati dai giudici con dolo o colpa grave. In questo caso, lo Stato ha diritto di rivalsa e può chiedere il rimborso al giudice che ha causato il danno³⁵.

In conclusione, il sistema giudiziario spagnolo regola la responsabilità civile per danni causati da giudici e pubblici ministeri nell'esercizio delle loro funzioni. Tuttavia, la legge n. 6/1985 riguardante i poteri giudiziari non copre l'area della responsabilità civile dei giudici. Le parti che ritengano di essere state lese da atti commessi nell'esercizio di funzioni giurisdizionali hanno diritto ad un'azione civile nei confronti delle autorità amministrative. Al fine di fronteggiare l'ingente sacrificio economico derivante da tali azioni risarcitorie, giudici e magistrati sottoscrivono polizze assicurative personali.

³⁵ See J.M. FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1987.

Viceversa, nel sistema spagnolo la responsabilità esclusiva dello Stato è sempre prevista nel caso di danni derivanti da errori nella corretta gestione della funzione giudiziaria.

Alla luce di quanto sopra, si può affermare che la Spagna è stato il primo sistema giuridico di *civil law* in Europa a riconoscere una forma di responsabilità personale del giudice.

3.4. L'ordinamento inglese³⁶

Sin dal XVII secolo, il sistema di common law ha protetto i giudici da azioni riferite ad atti rientranti nella loro competenza. Estremamente chiara la posizione di Lord Coke in *Floyd v. Barker*³⁷ che ha posto le basi della c.d. *judicial immunity*, stabilendo l'immunità dei giudici delle c.d. *Courts of record*³⁸ – distinte dalle c.d. *Courts not of record*³⁹ – e preservando in tal modo l'autonomia di quelle corti da parte della *Star Chamber*, organo sotto il diretto controllo del re.

Lord Coke riprende questo orientamento in un caso di qualche anno successivo, *The Marshalsea*⁴⁰, dichiarando incisivamente che gli atti compiuti da una Corte carente di giurisdizione, o meglio *ultra vires*, sono da considerare *coram non iudice*, in quanto posti in essere da una persona che non si identifica con un giudice⁴¹, e rendono lo stesso responsabile delle relative conseguenze dannose. Casi giurisprudenziali successivi contribuiranno a ridefinire la dottrina della *judicial immunity*⁴².

Sicché può sostenersi nell'ordinamento inglese l'esistenza di una genera-

³⁶ Per una agevole comprensione del tema si rimanda alle puntuali riflessioni del prof. Criscuoli in *I nuovi limiti dell'irresponsabilità del giudice inglese nel caso Sirros Moore and Antoher: un motive per riflettere*, cit., p. 1068.

³⁷ *Floyd v. Barker*, 77 Eng. Rep. 1305 (Star Chamber 1607). Restano stigmatizzate le parole di Coke: “Records are of so high nature, that for their sublimity they import verity in themselves: and none shall be received to over anything against the record itself: and in this point the law is founded upon great reason; for it the judicial matters of record should be drawn in question, by sinister supposals and averments of offenders, or any on their behalf. There will never be an end of causes; but controversies will be infinite”.

³⁸ Letteralmente erano le c.d. Corti di archivio, delle quali, come sottolinea il prof Criscuoli nello scritto citato in nota 37, per salvaguardare la c.d. “sanctity of records”, veniva esclusa ogni possibilità di contestazione, circostanza questa che portò con sé, quale conseguenza, l'immunità dei giudici component quelle corti.

³⁹ Corrispondenti alle Corti inferiori.

⁴⁰ *The Marshalsea*, 77 Eng. Rep. 1027 (Star Chamber 1612).

⁴¹ See *Bowser v. Collins*, Y.B. Mich. 22 Edw. 4, f. 30, pl. 11 (1483).

⁴² See *Peacock v. Bell*, 85 Eng. Rep. 84 (K.B.1667); *Hamond v. Howell*, 86 Eng. Rep. 1035, 1037 (C.P.1677); *Gwinne v. Poole*, 125 Eng. Rep. 858 (C.P. 1692).

le responsabilità per atti compiuti dal giudice, modellata sotto il profilo della c.d. *accountability*, sia “*internal*” (ad esempio nei confronti delle autorità amministrative e dello stesso ordine giudiziario del quale sono componenti) sia “*external*”, con riferimento alla valutazione della sua condotta da parte dei consociati, alla quale gli atti giudiziari sono genericamente soggetti. Ciò tuttavia non implica l’indiscriminata applicazione contro di loro delle comuni regole in tema di responsabilità per *tort*.

Il principio della esenzione da responsabilità per atti commessi nell’esercizio delle sue funzioni, radicato nel sistema di *common law*, è tradizionalmente inteso come salvaguardia dell’indipendenza della magistratura⁴³ nella sua interezza. Un precedente relativamente recente in questa direzione è *Sirros v Moore*⁴⁴, in cui la *Court of Appeal* puntualizzò la vera essenza della funzione della *judicial immunity*, intesa come protezione del giudice relativamente alla responsabilità civile per danni compiuti nell’esercizio della sua *judicial capacity*⁴⁵.

Il principio così elaborato, recepito dal legislatore con riferimento ai *magistrates*⁴⁶ si applica a tutti i giudici inglesi da quando il *Justices of the Peace Act* del 1997 ha subito restrizioni per effetto dell’incorporazione della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo del 1998 nel diritto inglese nazionale: in particolare lo *Human Rights Act* del 1998 ha recepito l’art. 5 della Convenzione, riconoscendo l’esistenza di un diritto al risarcimento del danno da ingiusta detenzione.

3.5. L’ordinamento italiano

Nel sistema italiano la *judicial liability*, fino all’entrata in vigore di una recente legge⁴⁷, era prevista esclusivamente nei casi di “danno ingiusto po-

⁴³ See K.D. EWING, *A theory of democratic adjudication: towards a representative, accountable and independent judiciary*, in *Alberta Law Review*, vol. 38 (3), 2000, p. 708.

⁴⁴ *Sirros v Moore*, 1975, QB 118, analiticamente esaminato da G. CRISCUOLI, *I nuovi limiti dell’irresponsabilità del giudice inglese*, cit., p. 1062 ss.

⁴⁵ L’espressione originale è “*liability in a civil action to damages in respect of acts done in his judicial capacity*”.

⁴⁶ *Justices of the Peace Act* 1997, ss. 51. *Immunity for acts within jurisdiction*. “*No action shall lie against any justice of the peace or justices’ clerk in respect of any act or omission of his – (a) in the execution of his duty – (i) as such a justice; or (ii) as such a clerk exercising, by virtue of any statutory provision, any of the functions of a single justice; and (b) with respect to any matter within his jurisdiction. In this section references to a justices’ clerk include any person appointed by a magistrates’ courts committee to assist a justices’ clerk*”.

⁴⁷ Si tratta della Legge 27 febbraio 2015, n. 18, pubblicata in G.U.R.I. n.52 del 4 marzo 2015 che ha modificato la Legge 13 aprile 1988, n. 117 intitolata “Risarcimento dei danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati”.

sto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia"⁴⁸. A ciò si aggiunga che l'articolo 28 della Costituzione italiana considera la responsabilità del giudice alla stregua della responsabilità di altri pubblici funzionari⁴⁹.

La materia, cioè, prima di essere riformata dalla Legge n. 18 del 2015, era disciplinata dal vecchio testo della Legge n. 117 del 1988⁵⁰ che, all'art.2, circoscriveva la *judicial liability* ai casi in cui venisse accertato il dolo o la colpa grave del giudice.

Questa carenza di disciplina ha portato nel 2006 ad una censura della Corte di Giustizia europea nei confronti dell'Italia, attraverso la ben nota sentenza *Traghetti del Mediterraneo*⁵¹.

In quella occasione è stato affermato dalla Corte di Giustizia che il diritto europeo preclude alle legislazioni nazionali (quale, appunto, la Legge italiana n. 117 del 1988) qualsiasi forma di limitazione di responsabilità degli Stati membri ai casi di dolo o colpa grave del giudice, laddove tali limitazioni portino ad escludere l'esistenza di tale responsabilità nell'ipotesi in cui una manifesta violazione del diritto europeo sia stata posta in essere dal giudice nello svolgimento delle sue funzioni.

Dopo cinque anni, la Corte in una successiva decisione⁵², ha confermato, quale principio fondamentale del diritto dell'Unione Europea, l'esistenza di uno specifico obbligo, in capo allo Stato membro, di risarcimento del danno arrecato ai singoli dalla violazione del diritto dell'Unione Europea da parte di un organo giudiziario.

La recente riforma italiana, nel mantenere il principio della *vicarious judicial liability* – di modo che lo Stato potrà risarcire i cittadini per i danni cagionati dalla attività giudiziaria, con la previsione di una azione di rivalsa nei confronti del magistrato responsabile del danno – ha considerevolmente modificato il contesto originariamente fissato dalla Legge n. 117 del 1988, nel senso di rendere la precedente disciplina più stringente ed effettiva in conformità alla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea.

In questa prospettiva, il precedente filtro di ammissibilità, cioè il control-

⁴⁸ Così recitava testualmente l'art. 2, comma 1 non novellato della L. n. 117 del 1988.

⁴⁹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 1982, I, 789; V. VIGORITI, *La responsabilità del giudice*, Bologna, 1984, p. 33; M. GRAZIADEI, U. MATTEI, *Judicial Responsibility in Italy: A New Statute*, in *American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, 108; A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, 1995, p. 87; V. VARANO, *Responsabilità del magistrato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 111; V. AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, in *Persona e danno*, 2010, p. 7.

⁵⁰ Legge 13 aprile 1988, n.117 intitolata "Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati".

⁵¹ ECJ, 13 June 2006 in Case C-173/03, cit.

⁵² ECJ, 24.11.2011 n° C-379/10, ex 258 TFUE, *European Commission v. Italy*, cit.

lo preliminare compiuto dalla Corte, previsto dall'abrogato art. 5, è stato eliminato, con la conseguenza che ai privati è oggi consentito chiedere giudizialmente il risarcimento del danno attraverso una azione proposta nei confronti dello Stato. Lo Stato, a sua volta, potrà rivalersi, ai sensi del novellato art.8, nei confronti del giudice responsabile, entro il termine di due anni dal risarcimento. In aggiunta, per effetto della riforma, la misura dell'importo che lo Stato può richiedere al giudice responsabile a titolo di rivalsa è stata elevata da un terzo alla metà di una annualità di stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito al tempo in cui è proposta l'azione risarcitoria. Questo limite, tuttavia, non opera nel caso di condotta giudiziale dolosa, anche se l'esecuzione della rivalsa, se effettuata mediante trattenuta sullo stipendio, non può comportare il pagamento per rate mensili in misura superiore ad un terzo dello stipendio netto.

Un'altra importante novità della recentissima riforma è rappresentata dalla estensione della nozione di colpa grave all'ipotesi di travisamento del fatto o delle prove oltre che di affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o di negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento a prescindere dalla negligenza inescusabile.

In aggiunta, l'applicazione della c.d. "clausola di salvaguardia"⁵³ – benché reiterata nella nuova disciplina – è stata circoscritta nel senso di escludere l'esenzione da responsabilità per l'attività giudiziale di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove esclusivamente nei casi di dolo e colpa grave⁵⁴.

Nonostante la riforma è stato detto in dottrina⁵⁵ che in Italia l'indipendenza della magistratura è garantita da una solenne dichiarazione contenuta nell'art.101 della Costituzione, secondo cui "I giudici sono soggetti soltanto alla legge". Ciò significa che, malgrado la piena discrezionalità del giudice⁵⁶ nell'attività di interpretazione della legge, si richiede al giudice di prendere in considerazione una serie di criteri, quale il criterio letterale, il criterio logico – speculare alla *golden rule* dei sistemi di common law – e quello teleologico per individuare il significato, l'obiettivo di tutela e lo scopo di una particolare disposizione normativa o di un testo più ampio. Naturalmente l'attività interpretativa del giudice è sempre soggetta al controllo da parte

⁵³ Già prevista dall'art. 2 comma 2 del precedente testo della Legge n. 117 del 1988.

⁵⁴ Recita il nuovo art.2 comma 3: "Costituisce colpa grave la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione Europea, il travisamento del fatto o delle prove, ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento o la negazione di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento, ovvero l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione".

⁵⁵ M. SERIO, *The independence of Judiciary*, cit., p. 62.

⁵⁶ Sul tema, in ambito civilistico, si rimanda a G. CRISCUOLI, *La discrezionalità regolamentare del giudice civile*, Cedam, 2000.

dell'organo di vertice, la *Corte di Cassazione*. Una rilevante conseguenza di questa fondamentale discrezionalità può essere vista nella *judicial immunity*, sia in ambito civile che penale e disciplinare, a condizione che non ci sia alcuna prova di dolo o colpa grave.

Un'altra norma costituzionale, cioè l'art.104 della Costituzione italiana, riafferma la natura dello *status* del giudice, affermando che la magistratura italiana è un organo indipendente da ogni altro potere dello Stato. Al fine di dare effettività al principio di indipendenza della magistratura, la Costituzione all'art. 58 ha istituito il *Consiglio Superiore della Magistratura*, cioè l'organo presieduto dal Presidente della Repubblica, i cui membri sono eletti da due terzi dei giudici togati e laici e da un terzo dei membri delle due Camere del Parlamento. Esso rappresenta l'Autorità che governa e disciplina l'attività dei giudici.

I giudici possono essere trasferiti o rimossi dall'ufficio esclusivamente a seguito di una decisione del *Consiglio Superiore della Magistratura* o con il loro consenso. Giova sottolineare che, nell'ambito del sistema italiano, l'indipendenza della magistratura è percepita non solo come valore in sé ma soprattutto come obiettivo da perseguire per il benessere dei cittadini. Ciò implica da un canto che i giudici debbano essere indipendenti e non possano essere privati del loro *status* ma che allo stesso tempo tutti i cittadini siano titolari del diritto ad essere giudicati in modo indipendente ed imparziale dal c.d. "giudice naturale", il quale dev'essere precostituito, in conformità ai requisiti stabiliti dall'articolo 6 della *European Convention on Human Rights*.

Lo stesso principio si applica alla eccessiva durata dei processi, che non deve oltrepassare un limite ragionevole, pena la responsabilità dello Stato nei confronti dei privati e la sanzionabilità della condotta del giudice responsabile del ritardo.

In Italia, il termine magistratura include sia giudici che pubblici ministeri. La Costituzione italiana garantisce ai pubblici ministeri lo stesso *status* indipendente conferito ai giudici. Tuttavia è in corso in Italia da lungo tempo un dibattito politico circa la possibilità di eliminare questa equiparazione, con la creazione di un sistema simile a quello francese in cui la pubblica accusa appartiene al potere esecutivo.

4. Considerazioni conclusive

Il bisogno di una magistratura indipendente e la connessa affermazione del principio della separazione dei poteri rappresentano conquiste fondamentali dei tempi moderni e caratteristiche importanti del passaggio al *rule of law*.

Contro questa impostazione, ogni tentativo di indebolire l'indipendenza va combattuto strenuamente in quanto ogni riforma in questo campo implica

profonde modificazioni del più profondo strato di un sistema giuridico e politico.

Questi recenti cambiamenti non sono facilmente monitorabili e le conseguenze si rivelano difficilmente controllabili. Ne consegue che chi si addentra nel campo della *judicial liability* entra in un terreno aspro e roccioso.

La questione va quindi analizzata non a livello dei singoli ordinamenti bensì alla luce dei più attuali fenomeni di europeizzazione, globalizzazione ed internazionalizzazione, fenomeni questi che hanno inevitabilmente impegnato la magistratura in nuove sfide che costringono a ripensare la *judicial liability* e le strutture di controllo della attività giudiziaria.

In tempi più recenti l'influenza del diritto europeo ed internazionale ha portato ad una tendenza crescente verso il ridimensionamento dell'immunità giudiziale e della protezione della magistratura da qualsiasi tipo di responsabilità diretta.

La responsabilità del giudice è quindi espressione di un cambiamento fondamentale e globale del modo di concepire la funzione ed il ruolo della magistratura.

Emblematica in questa prospettiva è la giurisprudenza della Corte europea di Giustizia, che, come prima visto, ha ribadito che il principio europeo della responsabilità dello Stato membro può trovare applicazione nel caso di errori giudiziari.

La relazione tra diritto internazionale pubblico e *judicial liability* diventa oggi sempre più stretta avuto riguardo alla tutela apprestata dalla *European Convention on Human Rights* (ECHR), posto che il ricorso individuale presuppone l'esaurimento di tutti i rimedi interni nazionali. In altre parole, la *European Convention on Human Rights* viene sempre più frequentemente invocata con riferimento all'attività giudiziaria posta in essere all'interno dello Stato, aprendo nuove strade al risarcimento (*just satisfaction*) sulla base dell'Art. 41 ECHR⁵⁷.

Conclusivamente la domanda che ci si dovrebbe porre è se nuovi uniformi *standards* di responsabilità siano necessari per assicurare la consistenza ed affidabilità di un sistema giuridico. In ogni caso, la trasformazione della magistratura⁵⁸ – o, meglio, i recenti cambiamenti e, in generale, la progressiva differenziazione dei suoi compiti – rappresenta un'opportunità ulteriore di riflessione sulla attuale situazione italiana.

⁵⁷ Recita l'art. 41 ECHR: "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party".

⁵⁸ M. CAPPELLETTI, *Who Watches the Watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility*, in *The American Journal of Comparative Law*, 31, 1983, p. 1.