



Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza  
dell'Università di Torino

*nuova serie*

25



LORENZO BAIRATI

LA RESPONSABILITÀ  
PER FATTO DEL GIUDICE  
IN ITALIA, FRANCIA E SPAGNA,  
FRA DISCIPLINE NAZIONALI  
E MODELLO EUROPEO



**Edizioni Scientifiche Italiane**

*Il volume è stato pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.*

*Il presente volume è stato sottoposto ad un Comitato scientifico nominato dal Consiglio del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino e formato da qualificati rappresentanti delle discipline corrispondenti o affini a quelle oggetto del lavoro. Il Comitato ne ha approvato la pubblicazione all'interno della presente collana all'esito di una procedura tale da garantire trasparenza di criteri e autonomia di giudizio.*

BAIRATI, Lorenzo

La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna,  
fra discipline nazionali e modello europeo

Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino  
*nuova serie*, 25

Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013

pp. X+326; 24 cm

ISBN 978-88-495-2620-2

---

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.

80121 Napoli, via Chiatamone 7

00185 Roma, via dei Taurini 27

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

# Indice

<i>Premessa</i>	VII
<i>CAPITOLO I – Elementi introduttivi e di metodo</i>	
1. Responsabilità, indipendenza, autorità di cosa giudicata. Profili di criticità	2
1.1. Modelli teorici e forme di responsabilità del giudice	10
2. I termini della comparazione	19
2.1. La responsabilità dello Stato per fatto del giudice e i meccanismi di riparazione dei danni da processo	20
2.2. Responsabilità dei giudici, dei pubblici ministeri, degli ausiliari, ecc.	25
3. Il metodo	28
3.1. La cross-fertilisation	34
4. Imitazione e resistenza fra sistemi nazionali e modello europeo	42
4.1. La responsabilità dei giudici fra diritto europeo e autonomia degli Stati membri	44
4.2. I principi regolatori del sistema multi-livello di responsabilità dello Stato	45
4.3. Corte di giustizia e giudici nazionali. Attori e contesto di un «gioco giuridico»	52
4.4. Il dialogo fra le corti in prospettiva comparatistica	59
<i>CAPITOLO II – Il modello europeo</i>	
1. Antecedenti. L'illecito comunitario all'interno del sistema	65
2. La giurisprudenza della Corte di giustizia	71
2.1. La sentenza Köbler. 30 settembre 2003	75
2.2. La sentenza Traghetti del Mediterraneo. 13 giugno 2006	79
2.3. La sentenza Commissione c. Italia. 24 novembre 2011	81
3. La responsabilità dello Stato giudice secondo il modello europeo	82
3.1. I presupposti della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia	86
3.2. L'esistenza di una norma comunitaria che conferisce diritti ai cittadini	88

3.3. La violazione sufficientemente caratterizzata	94
3.4. Il nesso di causalità	102
3.5. Ulteriori criteri indicati dalla Corte di giustizia. In particolare, la quantificazione del danno	107
3.6. Particolarità dei requisiti in relazione alla funzione giurisdizionale	110
4. Gli elementi della fattispecie regolati in diritto interno	116
4.1. Gli organi giurisdizionali competenti	116
4.2. La determinazione del soggetto passivo	118
4.3. L'elemento soggettivo	121
4.4. I termini di decadenza e di prescrizione. Il problema del <i>dies a quo</i>	122
4.5. Il nesso causale, la natura del danno risarcibile e la sua quantificazione	129
CAPITOLO III – <i>I modelli nazionali di responsabilità per fatto del giudice</i>	
1. La responsabilità per fatto del giudice in Francia	147
2. La responsabilità per fatto del giudice in Spagna	163
3. La responsabilità per fatto del giudice in Italia	180
CAPITOLO IV – <i>La responsabilità per fatto del giudice in prospettiva comparata. Gli elementi strutturali nelle discipline nazionali e l'impatto del modello europeo</i>	
1. I confini della responsabilità patrimoniale per fatto del giudice. Responsabilità aquiliana e riparazione dei danni da processo	197
1.1. Presupposti di ammissibilità della domanda	209
1.2. Applicabilità <i>ratione personae</i>	213
1.3. Responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato	218
2. I presupposti di diritto sostanziale	219
2.1. L'elemento soggettivo	222
2.2. La condotta	235
2.3. Il danno	253
2.4. Il nesso di causalità	261
3. La disciplina processuale	266
3.1. Natura dell'azione di responsabilità	269
3.2. Il diritto processuale fra autonomia degli Stati membri e principi di effettività ed equivalenza	272
3.3. I termini per l'esercizio dell'azione	279
3.4. Elementi di concatenazione fra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato. L'azione di rivalsa	283
<i>Conclusioni</i>	289
<i>Bibliografia</i>	297

## Premessa

Il declino del ruolo dei legislatori nazionali, con la contestuale crescente funzione creativa dei giudici, è un fenomeno che caratterizza l'epoca attuale e induce a sovvertire alcuni principi consolidati su cui si fondano le democrazie moderne. Il fatto che le innovazioni giuridiche abbiano perlopiù origine nell'attività di un organo privo di legittimazione democratica, e che i Parlamenti, espressione per eccellenza della volontà popolare, svolgano sempre più la funzione di riproduzione *ex post* di soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, è stato al centro di frequenti e preoccupate analisi giuridiche e politiche.

Il ruolo dei giudici si è evoluto non solo a fronte della lentezza dei legislatori, dovuta a forme della democrazia pletoriche ed inefficienti, quando non alle ostative ragioni della politica. Infatti, la partecipazione allo spazio giuridico internazionale e sovranazionale, e la complessa rete delle fonti del diritto che ne consegue, contribuiscono senza dubbio a ridisegnare l'immagine del giudice come bocca della legge, di illuministica memoria.

In questo contesto, la questione della responsabilità per fatto del giudice collegata alla sua attività si pone con rinnovata urgenza. Al suo ruolo di protagonista non può che corrispondere una maggiore responsabilizzazione, riferita ai soggetti che effettivamente partecipano all'attività giudiziaria oppure allo Stato, in nome della funzione pubblica cui il danno è imputabile. Tale esigenza, nell'ultimo decennio, è stata espressa in ambito accademico-dottrinale soprattutto in ragione dell'accresciuta importanza dei giudici nell'architettura dello spazio giuridico europeo. Attualmente, tale meccanismo non si presenta più come un rimedio risarcitorio residuale, sacrificato in nome di principi fondamentali quali l'indipendenza e la terzietà degli organi giurisdizionali, ma come elementare tassello e logico corollario dello Stato di diritto europeo.

Il riequilibrio dei principi di indipendenza e responsabilità costituisce, in definitiva, il cuore del problema, e la loro reciproca tensione e complementarietà è l'oggetto di questo studio.

Negli ultimi anni numerose sono state le sentenze dei giudici europei in merito ai danni derivanti dalle disfunzioni della giustizia, intese sia come veri e propri errori dei giudici, sia come le conseguenze pregiudizievoli dei disservizi collegati a tale funzione. Al contempo, in Italia si è ravvivato un dibattito relativo ad una modifica della Legge c.d. Vassalli (l. 117/88), la cui attuale formulazione fa sì che la responsabilità civile dei giudici sia una sorta di miraggio, oggetto di continue critiche a livello nazionale e, in tempi recenti, di esplicite condanne da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Parallelamente, i diversi ordinamenti nazionali hanno risentito della giurisprudenza europea e sono attualmente caratterizzati da un'evoluzione che interessa in primo luogo il formante giurisprudenziale. L'esperienza francese risulta, in questo senso, emblematica.

Queste considerazioni sono alla base della presente analisi, che si prefigge di comparare l'esperienza italiana con i sistemi francese e spagnolo, in modo da misurarne analogie e differenze nel contesto dello spazio giuridico europeo. Seguendo l'impostazione tradizionale dell'indagine comparatistica, un primo obiettivo consiste nell'accertare le differenze e le somiglianze fra diversi ordinamenti, dando conto di un processo circolare, di reciproca permeazione, interessata da fenomeni di recezione e di resistenza, fra modelli nazionali e paradigma europeo. Seguendo questa linea direttrice, cercheremo di fornire alcune risposte in merito all'efficacia delle attuali soluzioni nella prospettiva della tutela delle posizioni giuridiche soggettive e dell'applicazione anche a chi partecipa all'attività giurisdizionale, del principio del *neminem laedere*.

L'analisi sarà suddivisa in quattro capitoli, che intendono sviluppare la riflessione secondo diversi passaggi. In un primo momento, tratteremo delle questioni metodologiche, dando conto, in termini generali, dei valori e dei principi coinvolti, anche tramite un riferimento alle abbondanti riflessioni della dottrina europea. In secondo luogo, ci concentreremo sui sistemi nazionali, dandone un quadro di insieme, a dimostrazione della collocazione dello strumento in questione nel contesto istituzionale dei rispettivi ordinamenti. Questo passaggio ci permetterà di svolgere una comparazione critica dei singoli elementi di diritto sostanziale e processuale, in modo da mettere in luce, tramite il raffronto, non solo le analogie e le differenze fra le diverse esperienze, ma anche l'impatto della giurisprudenza europea nella relativizzazione e nel mutamento delle categorie nazionali.

Il tema in oggetto, di per sé, è stato in passato oggetto di frequente dibattito, alimentato da contributi dottrinali abbondanti ed autorevoli. Di questo patrimonio intendiamo, ovviamente, fare tesoro. D'altra parte, le più recenti evoluzioni della giurisprudenza europea



richiedono che il tema venga affrontato secondo una nuova prospettiva. Con il presente saggio, ci prefiggiamo di riflettere sulle differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati, nell'ottica delle implicazioni della responsabilità per fatto del giudice in uno spazio giuridico aperto e interconnesso. In altri termini, alla prospettiva per così dire orizzontale, di comparazione fra i sistemi nazionali, si aggiunge quella verticale, ovvero di raffronto con la giurisprudenza europea. Ai fenomeni di reciproca permeazione fra i diversi livelli ed alla conseguente prospettiva di confluenza fra gli ordinamenti nazionali riserveremo particolare attenzione, in nome del fatto che il meccanismo in questione si presenta come uno dei temi sensibili nell'evoluzione dei sistemi nazionali, così come nella costruzione giuridica europea.



## CAPITOLO I

### *Elementi introduttivi e di metodo*

SOMMARIO: 1. Responsabilità, indipendenza, autorità di cosa giudicata. Profili di criticità. - 1.1. Modelli teorici e forme di responsabilità del giudice. - 2. I termini della comparazione. - 2.1. La responsabilità dello Stato per fatto del giudice e i meccanismi di riparazione dei danni da processo. - 2.2. Responsabilità dei giudici, dei pubblici ministeri, degli ausiliari, ecc. - 3. Il metodo. - 3.1. La cross-fertilisation. - 4. Imitazione e resistenza fra sistemi nazionali e modello europeo. - 4.1. La responsabilità dei giudici fra diritto europeo e autonomia degli Stati membri. - 4.2. I principi regolatori del sistema multi-livello di responsabilità dello Stato. - 4.3. Corte di giustizia e giudici nazionali. Attori e contesto di un «gioco giuridico». 4.4. Il dialogo fra le corti in prospettiva comparatistica.

La responsabilità patrimoniale per fatto del giudice è una figura complessa. È un illecito tipico rispetto alla clausola generale di responsabilità civile, non è né propriamente nazionale né propriamente comunitaria ed ha profonde implicazioni in merito alla collocazione dei soggetti che partecipano all'attività giudiziaria all'interno degli equilibri istituzionali. I suoi effetti potenzialmente destabilizzanti in relazione a prerogative e caratteri della funzione giurisdizionale impongono una prima riflessione circa la sua compatibilità con alcuni pilastri fondamentali dello stato di diritto. Il suo carattere non unitario, risultante da vari formanti e coinvolgente diversi livelli di governo, così come l'assunzione di forme distinte a seconda dell'ordinamento considerato, richiede, d'altra parte, una riflessione preliminare in merito al metodo di indagine e, in termini generali, ai fenomeni di dialogo fra corti e di circolazione dei modelli all'interno dell'Unione Europea.

Il presente capitolo è dedicato in primo luogo ai termini della comparazione, ovvero alla delimitazione dell'oggetto rispetto ad ambiti che, pur connessi, non vi rientrano direttamente. In secondo luogo, ci soffermeremo sul metodo con cui l'analisi verrà svolta. L'adozione della prospettiva comparata fra sistemi nazionali e livello europeo condurrà, infine, ad alcune riflessioni sui fenomeni di imitazione e resistenza sotto il profilo culturale, e circa il ruolo della

Corte di giustizia in materia di mutamento degli ordinamenti europei.

Prima di affrontare tali questioni occorre, tuttavia, soffermarsi sulla tensione fondamentale che interessa il tema in oggetto, che consiste nel potenziale conflitto della responsabilità del giudice con altri principi fondamentali dell'ordinamento, primo fra tutti quello dell'indipendenza del potere giudicante.

### 1. *Responsabilità, indipendenza, autorità di cosa giudicata. Profili di criticità*

Non esiste alcun sistema in cui la responsabilità patrimoniale per fatto del giudice consista in una mera applicazione della disciplina di diritto comune. Non esistono ordinamenti nei quali i giudici rispondono per i danni arrecati nell'esercizio delle loro funzioni al pari degli altri cittadini. Le tradizionali categorie della responsabilità aquiliana, quando trovano applicazione ai soggetti che esercitano la funzione giudiziaria, sono sempre circondate da particolari cautele. Sono invece numerosi i sistemi in cui vige una vera e propria immunità dei giudici in materia di responsabilità civile, cui corrisponde una maggiore apertura verso altre forme di responsabilità. In altri termini, all'interno dell'ampia categoria della «responsabilità del giudice», la responsabilità civile non è che una delle possibili alternative<sup>1</sup>. Per questa ragione, la tipica impostazione delle voci enciclopediche relative a tale figura prevede, in primo luogo, la distinzione fra le varie forme di responsabilità del giudice<sup>2</sup>, in considerazione del fatto che tutti gli ordinamenti hanno dovuto misurarsi con la necessità di contemperare la responsabilità di chi svolge la funzione giurisdizionale con la tutela di altri principi fondamentali del sistema. Infatti, da un lato troviamo l'esigenza di applicare anche a coloro che svolgono la funzione giurisdizionale il principio del *neminem laedere*, che vale per tutti i pubblici funzionari, e quindi anche per i magistrati. D'altra parte, è necessario procedere ad un complesso bilanciamento fra valori fondamentali, in modo che la responsabilità non vada a detrimento di altri principi quali l'autonomia e indipendenza del potere

<sup>1</sup> Cfr. P.G. MONATERI, in E. FORTUNA e A. PADOVAN, *I referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato*, Cedam, Padova, 1987, (pp. 25-35).

<sup>2</sup> V., ad es: V. VIGORITI, *Responsabilità del giudice. Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari, del p.m.*, in AA.VV., *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991, (pp. 1-16); V. VARANO, *Responsabilità del magistrato, Digesto-Discipline privatistiche-Sez. Civile*, vol. XVII, Torino, 1998, (pp. 111-119).

giudiziario, e l'autorità della cosa giudicata<sup>3</sup>. In questo senso, la responsabilità del giudice non può essere semplicemente considerata come una particolare e relativamente marginale figura risarcitoria, ma si pone come una fondamentale questione istituzionale, che costituisce la cifra di opzioni politiche di fondo in relazione alla divisione dei poteri, e ai pesi e contrappesi fra questi intercorrenti<sup>4</sup>.

A prescindere dalle soluzioni concretamente adottate, in ogni ordinamento si è posta la questione di come applicare il principio di responsabilità a coloro che svolgono la funzione giurisdizionale senza istituire rapporti di dipendenza fra questi ed altri poteri dello Stato, o vincoli (esistenti o potenziali) che ne possano minare la terzietà. Infatti, la responsabilità allude necessariamente ad un rapporto da cui potrebbe derivare una sorta di soggezione rispetto ad un organo esterno, e in questo modo andare a detrimento dell'autonomia<sup>5</sup>. Sotto questo profilo, le varie forme di responsabilità producono conseguenze assai diverse, e proprio per questo la soluzione adottata nel contesto di ogni ordinamento assume particolare rilievo anche in termini di equilibri istituzionali<sup>6</sup>.

Riservandoci di tornare sulle varie forme di responsabilità, occorre in primo luogo mettere in luce l'essenza del conflitto cui abbiamo fatto cenno. Le ragioni fondamentali per le quali alla funzione giurisdizionale non si possono applicare *tout court* le regole ordinarie in materia di responsabilità civile attengono alle sue prerogative ed alla sua stessa essenza<sup>7</sup>. Non ci riferiamo alle tesi superate secondo cui lo

<sup>3</sup> «...l'avvertita esigenza di indipendenza interna ed esterna rischia di sfociare in una vera e propria irresponsabilità dei magistrati (ed un potere senza responsabilità è incompatibile col sistema democratico), [mentre] un'assoluta irresponsabilità può essere fonte di arbitri, negligenze ed imperizia tali da ledere gravemente i fondamentali diritti dei cittadini e l'ordine della comunità». Cit. da G. VOLPE, *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in A. PIZZORUSSO, *L'Ordinamento giudiziario*, il Mulino, Bologna, 1974, (pp. 406-451), p. 442.

<sup>4</sup> Cfr. A. GIULIANI e N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>5</sup> Per uno studio della responsabilità come insieme di rapporti e relazioni, cfr. A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 29 e ss.

<sup>6</sup> Sulle varie funzioni della responsabilità civile, da cui discende la questione del rapporto e vincolo fra soggetti, v., fra gli altri, C. SALVI, *La responsabilità civile*, in G. IUDICA e P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 16-30. Per quanto riguarda la funzione della responsabilità civile in termini di allocazione dei costi delle azioni umane, il testo di riferimento è G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975.

<sup>7</sup> Tale questione, che come vedremo si è riproposta quando la Corte di giustizia è stata chiamata ad esprimersi in merito alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice, è approfondita, fra gli altri, in G. ANAGNOSTARAS, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact*

*status* dei giudici fa sì che questi non possano essere considerati alla stregua di tutti gli altri cittadini, e che la responsabilità ne minerebbe autorità e prestigio<sup>8</sup>. Piuttosto, diversi ordini di ragioni inducono a prevedere che verrebbe in primo luogo pregiudicata l'indipendenza del giudice. Tale carattere è stato considerato secondo tre diverse accezioni. La dottrina ha infatti in primo luogo fatto riferimento alla c.d. «indipendenza esterna», ovvero all'autonomia dell'ordine giudiziario rispetto agli altri poteri dello Stato, all'esecutivo in primo luogo<sup>9</sup>. In secondo luogo, con tale termine si è voluto indicare la terzietà rispetto alle parti in causa, intesa nel senso di una forma di equidistanza e di neutralità nel giudizio<sup>10</sup>. Infine, con il termine «indipendenza interna», si è fatto riferimento all'indipendenza dei giudici considerati come soggetti singoli rispetto agli altri appartenenti all'organizzazione giudiziaria<sup>11</sup>.

Il punto di partenza consiste nella semplice considerazione per cui le caratteristiche stesse della funzione giurisdizionale ostano ad una applicazione indiscriminata della responsabilità aquiliana sia per l'intrinseca complessità dell'attività del giudicare, che richiama, se mai, le categorie della responsabilità professionale<sup>12</sup>, sia perché tale

*of European Community Law*, in *European Public Law*, 7, 2, 2001, (pp. 281-305), pp. 287-289.

<sup>8</sup> Cfr. L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, vol. IV, Fratelli Bocca, Torino, 1904, p. 1171.

<sup>9</sup> In dottrina si sostiene che sia più corretto denominare tale posizione con il termine «autonomia» piuttosto che indipendenza, essendo quest'ultima collegata più propriamente alla posizione del singolo giudice. Cfr. G. BONIFACIO e F. GIACOBBE, *La magistratura-Tomo II (artt. 104-107)*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1986, p. 26 e ss.

<sup>10</sup> Tale seconda accezione si sostanzia nell'imparzialità al momento dell'introduzione della causa, ovvero nella mancanza di pregiudizi nell'accostarsi ai fatti di causa e, d'altra parte, nella possibilità per il giudice di formare il proprio convincimento in merito alla causa senza condizionamenti esterni. Cfr. M. CECCHETTI, *Giusto processo (diritto costituzionale)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. V aggiornamento, Giuffrè, Milano, 2001, (pp. 595-627), p. 611 e ss. L'imparzialità del giudice può essere definita come «una qualità, un modo di essere della persona, nonché la manifestazione di un sistema di principi, regole e norme, sia sostanziali che processuali, adeguate rispetto all'esigenza che chi è chiamato ad amministrare giustizia si collochi in una posizione di terzietà ed equidistanza nei confronti delle parti». Cit. da M. SERIO, *Imparzialità del giudice e giusto processo: profili comparatistici*, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2011, (pp. 991-1018), p. 1003.

<sup>11</sup> Cfr. N. ZANON e F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 62 e ss.

<sup>12</sup> Richiamo a dire il vero improprio, secondo alcuni, stante la valenza costituzionale dell'indipendenza e imparzialità della magistratura. I rapporti fra responsabilità civile del giudice e colpa professionale ex art. 2236 c.c. saranno oggetto di analisi nel prosieguo della sezione.

servizio arreca necessariamente un danno ad (almeno) una delle parti. Giudicare, dunque, è attività complessa, che comporta di per sé un margine di discrezionalità, collegata all'individuazione ed interpretazione del materiale normativo e alla determinazione dei fatti del caso. La sentenza è fondata su processi argomentativi orientati da criteri quali la composizione di interessi in gioco, la coerenza, la congruenza e la razionalità. Criteri dal contenuto vago e di difficile definizione, che difficilmente possono costituire strumenti certi di giustificazione e controllo della decisione giudiziale. Tale attività, dunque, ha caratteristiche che ben difficilmente possono essere apprezzate con i criteri tipici della responsabilità, e non c'è dubbio che la necessità di motivazione, in questo senso, costituisca il principale e più idoneo strumento di controllo delle decisioni giudiziali. L'errore del giudice, in altri termini, può essere più efficacemente eliminato da un idoneo sistema di impugnazioni, ovvero dal vaglio della medesima controversia da parte di altri giudici di grado superiore<sup>13</sup>.

In secondo luogo, a differenza di tutte le altre attività, anche le più complesse, chi giudica arreca necessariamente un danno alla parte soccombente, per cui la natura stessa dell'attività del giudicare impone la necessità che l'organo giudicante sia messo al riparo da eventuali successive reazioni da parte di quest'ultima. Se così non fosse, al giudice non sarebbe assicurata la serenità necessaria per svolgere al meglio la propria funzione. È infatti presumibile che non operi con la dovuta tranquillità colui che abbia il timore di incorrere in negligenza, soprattutto qualora la propria attività arrechi necessariamente un danno a terzi. Per questa ragione, come vedremo, gli ordinamenti in cui non vige il principio dell'immunità dei giudici sotto il profilo patrimoniale pongono limiti estremamente rigorosi alla possibilità per ogni litigante insoddisfatto di agire nei confronti del soggetto che ha emesso la sentenza<sup>14</sup>. La sua indipendenza, nella seconda accezione

<sup>13</sup> Cfr. A. RENTERÍA DÍAZ, *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Franco Angeli, Milano, 2007.

<sup>14</sup> In questo senso si è anche pronunciata la Corte di giustizia, consapevole della necessità di contemperare il rispetto del principio dell'indipendenza del giudice con la tutela dei diritti dei singoli nei confronti dello Stato nel suo insieme (comprendente, dunque, anche la funzione giurisdizionale), sottolineando che la responsabilità dello Stato membro imputabile all'attività giudiziaria non consiste in una responsabilità personale dei giudici, ma in una misura che coinvolge lo Stato, a prescindere dall'esercizio successivo dei meccanismi disciplinari corrispondenti. Il soggetto dell'imputazione è lo Stato, e sarà quest'ultimo a risarcire il cittadino danneggiato. Cfr. Köbler (Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239), par. 42.

poc'anzi ricordata, potrebbe risulterne turbata in caso di controversia fra parti in impari posizione economica, sociale, ecc<sup>15</sup>. In questo senso, la garanzia delle posizioni giuridiche soggettive sarebbe sicuramente meglio assicurata evitando che un giudice si trovi sotto pressione (economica, politica o giuridica), e dunque perda l'indipendenza necessaria per giudicare in modo equanime indipendentemente dalla condizione materiale delle parti<sup>16</sup>.

A questa prima considerazione si aggiunge quella che attiene più da vicino al ruolo del giudice all'interno del sistema. Il compito del giudice nell'epoca attuale non si risolve meramente nel dirimere controversie, ma è ormai di vero e proprio coordinamento delle fonti e di creazione del diritto. Il giudice svolge, nella società postmoderna, un ruolo più incisivo e penetrante rispetto alla risalente figura del giudice burocrate, mero applicatore della volontà del legislatore, derivante dall'ideale rivoluzionario<sup>17</sup>. Tale rinnovata funzione contribuisce a rendere ancora più problematica e decisiva la responsabilità patrimoniale del giudice, presentandosi a tale proposito in termini ambivalenti. Se da un lato tale maggiore potere dovrebbe corrispondere ad una crescente responsabilità<sup>18</sup>, dall'altro l'ordinamento dovrebbe permettere al giudice di interpretare serenamente e pienamente la propria funzione, mettendolo dunque al riparo da ingerenze di vario genere. In altri termini, il pericolo per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive si presenta anche sotto una forma diversa rispetto a quella connessa all'asimmetrica condizione delle parti. Infatti, il timore di incorrere in responsabilità potrebbe indurre i giudici ad attenersi ai precedenti in termini maggiormente restrittivi, in modo da mettersi al riparo da eventuali successive azioni di responsabilità, sicuramente più probabili in presenza di soluzioni innovative. In questo modo il giudice verrebbe messo nella condizione di svolgere un lavoro meno creativo e, in definitiva, meno soddisfacente sia sotto il profilo ordinamentale sia, appunto, in materia di tutela delle posizioni giuridiche soggettive. Una tendenza «difensiva» dei giudici, con-

<sup>15</sup> Si pensi anche ai casi in cui parte della controversia è un'entità particolarmente organizzata per agire in giudizio, come una banca, una compagnia di assicurazioni o una grande impresa, rispetto ai consumatori o a soggetti deboli in generale. Cfr. V. CAIANIELLO, *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro Italiano*, V, 1984, (pp. 353-368).

<sup>16</sup> Cfr., in particolare, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2009, p. 615; M. PIVETTI e A. ROSSI, *I referendum sulla giustizia*, in *Questione giustizia*, I, 1986, (pp. 1-31), p. 16.

<sup>17</sup> Tale questione è approfondita nell'ultima sezione del presente capitolo.

<sup>18</sup> Sui rapporti fra responsabilità e potere, v. F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1 e ss.



sistente in una pedissequa riproduzione di soluzioni già adottate, rischierebbe di deprimere un motore di innovazione giuridica che negli ultimi anni ha dimostrato tutta la sua duttilità e forza espansiva, e rischierebbe di contraddire i pur meritori obiettivi di giustizia che muovono i sostenitori di una più ampia applicazione della responsabilità civile anche a chi esercita la funzione giudicante<sup>19</sup>.

Il secondo fondamentale ordine di argomenti che consigliano particolare cautela in materia di responsabilità civile dei giudici attiene al principio di *res judicata*, alla sua intangibilità ed al principio della certezza del diritto. Secondo un principio cardine della nostra tradizione giuridica, i mezzi di impugnazione costituiscono lo strumento per eccellenza per proteggersi dalle sentenze ingiuste, e «anche se, in ipotesi, erronea in fatto o in diritto, la decisione passata in giudicato crea la sua propria “verità” e il suo proprio “diritto”»<sup>20</sup>. Originariamente il principio fondamentale «*the king can do no wrong*», secondo cui lo Stato, in quanto fonte di diritto, non può per sua stessa natura commettere atti illegittimi, ha quindi costituito un ostacolo all'applicazione del principio di responsabilità ai pubblici poteri nel loro complesso, poiché questo si poneva in antitesi con il concetto stesso di sovranità<sup>21</sup>. Secondo tale prospettiva, del tutto maggioritaria fino ad un'epoca relativamente recente, fra responsabilità per fatto del giudice e cosa giudicata vi è dunque un conflitto insanabile, proprio per il fatto che la *res iudicata* non può di per sé essere *contra ius*<sup>22</sup>.

Negli ultimi decenni detto principio, che ha pure costituito uno dei fondamentali pilastri su cui si sono retti gli ordinamenti giudiziari di riferimento all'interno della tradizione giuridica occidentale, ha dovuto essere riletto secondo lo schema potere-responsabilità<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Circa la distinzione fra atteggiamento attivista e moderato del giudice, propria dei casi in cui vi sia un margine discrezionale sufficientemente ampio da offrire al giudice libertà di scelta, rinviamo alla definizione secondo cui è «attivista quel giudice che, trovandosi dinanzi ad un insieme di possibili soluzioni, sceglie quella che cambi maggiormente il diritto esistente, mentre moderato è colui che opta per l'alternativa che più di tutte salvaguardi lo *status quo*». Cit. Da A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 147-148. Rinviamo al medesimo testo per un approfondimento sul binomio attivismo-moderazione in relazione alle fondamentali questioni collegate alla discrezionalità giudiziaria.

<sup>20</sup> Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 15.

<sup>21</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 14.

<sup>22</sup> Il principio della cosa giudicata permane in Francia fino alle riforme del periodo 1972-1979, ed è stato ulteriormente richiamato, anche in epoca successiva, da parte del *Conseil d'État*. Il tema sarà approfondito nei Capitoli III e IV.

<sup>23</sup> Tale superamento è chiaramente esemplificato dall'art. 28 della Costituzione Italiana, dall'art. 34 della Costituzione di Bonn, dall'art. 11 della legge francese n. 72-626 del 5 luglio 1972 e dall'art. 41 della Costituzione spagnola.

Attualmente, dunque, il bilanciamento fra il principio della *res judicata* e la responsabilità civile per fatto del giudice si sviluppa ancora in termini estremamente problematici, poiché la forza della cosa giudicata delle sentenze, come manifestazione della stabilità nelle relazioni giuridiche, può essere messa a rischio nell'ipotesi in cui, sulla base del contenuto di una sentenza passata in giudicato, sia possibile fondare una successiva condanna al risarcimento nei confronti del soggetto danneggiato da tale pronuncia<sup>24</sup>. Infatti, ciò equivale a permettere che un altro tribunale possa decidere nuovamente nel merito una causa già decisa, rivedere il giudicato e, se del caso, optare per una sostanziale correzione della decisione passata in giudicato<sup>25</sup>. Riservandoci di tornare su tale questione, ricordiamo la risposta costante della dottrina, sulla scorta delle pronunce della Corte di giustizia, secondo cui si tratta, in ogni caso, di controversie in cui cambia sia l'oggetto sia l'identità delle parti, a seconda della natura del giudizio. Infatti l'azione di responsabilità sarebbe promossa dal soggetto danneggiato nei confronti, a seconda dei casi, dello Stato o del giudice<sup>26</sup>. Inoltre, l'oggetto della causa riguarderebbe tale condotta e le conseguenze che ne sono derivate, e non turberebbe l'autorità di cosa giudicata della sentenza viziata<sup>27</sup>. Al contempo, tali considera-

<sup>24</sup> Oltre alla già citata sentenza Köbler, la pronuncia di riferimento è: Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana. Causa C-173/03. Racc. I-05177. Il giudice europeo, al momento di emettere tali sentenze, su cui ci concentreremo lungamente nel corso della trattazione, anche grazie all'intervento degli Avvocati generali, ha dovuto misurarsi con tali questioni. La Corte è andata oltre, sottolineando come altro elemento di criticità il fatto che l'applicazione dell'illecito comunitario alle pronunce dei giudici di ultima istanza (le cui decisioni non sono impugnabili), implicherebbe una sorta di intromissione, nella condizione di «controllore esterno», dell'organo giudiziario chiamato a giudicare della responsabilità del giudice.

<sup>25</sup> Cfr. ANAGNOSTARAS, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*, cit. Cfr. Sent. Köbler, par. 39.

<sup>26</sup> Nel caso Köbler il problema non si è posto, poiché fra procedimento relativo alla responsabilità dello Stato-giudice e controversia già giudicata non vi era coincidenza né di oggetto né di parti; «anzi, l'esistenza del giudicato nazionale inficiato da manifesta violazione del diritto europeo, non solo non è posta in discussione, ma costituisce il presupposto logico e giuridico del fatto illecito e, quindi, della prospettata responsabilità dello Stato, nonché della sua eventuale condanna al risarcimento dei danni. In sostanza, la regola del giudicato (che è un fondamentale principio anche nel diritto comunitario), nella specie, *non conflige* con la regola della superiorità del diritto comunitario europeo». Cit. da N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, LVIII-Marzo, 3, 2008, (pp. 559-561), p. 560.

<sup>27</sup> In ogni caso, la diversità dell'oggetto e delle parti non è costante. Facciamo notare che in un giudizio di natura risarcitoria, quale quello promosso da Köbler, il precedente giudicato nazionale è un elemento costitutivo dell'illecito e, quindi, è com-

zioni militano a favore della necessità di limitare la responsabilità al caso di errori particolarmente gravi, e ad escluderla qualora le parti non abbiano esaurito gli ordinari mezzi di impugnazione<sup>28</sup>.

Al di là delle puntuali risposte del giudice europeo, è chiaro che fra responsabilità civile del giudice e principio di *res judicata* vi siano elementi di frizione. I potenziali conflitti della responsabilità civile dei giudici con il principio di intangibilità del giudicato nazionale vengono espressi in termini estremi nei casi di atti inoppugnabili nazionali emessi in violazione del diritto europeo, a partire dalla celebre sentenza Lucchini<sup>29</sup>. Negli ultimi anni, dunque, il dibattito relativo alla responsabilità per violazione del diritto europeo imputabile ad un giudice si è presentato strettamente connesso a quello attinente alle conseguenze del sistema multilivello sull'autorità della cosa giudicata nazionale in caso di violazione del diritto europeo. La dottrina ha messo in luce in entrambi i casi le fondamentali implicazioni sia in tema di tutela dei diritti individuali, sia in relazione alla costruzione dello spazio giuridico europeo. Inoltre, il fatto che la Corte di giustizia non abbia mantenuto una posizione lineare, dando risposte eccessivamente episodiche e frammentarie<sup>30</sup>, ha provocato una vivace

patibile con la regola del primato del diritto dell'Unione. Nei giudizi restitutori, invece il giudizio è incompatibile con il principio della supremazia del diritto dell'Unione. Si pensi, ad esempio, alla sentenza Lucchini, relativa ad una controversia con oggetto aiuti di Stato incompatibili con le regole del mercato comune. Senza addentrarci nell'analisi di tale sentenza, sottolineiamo che in questo caso le due cause presentavano non solo gli stessi soggetti (Lucchini s.p.a. e Stato italiano), ma anche la stessa *causa petendi* (la legittimità o no dell'atto comunitario) e lo stesso *petitum* (l'erogazione o no dell'aiuto di Stato). A tal proposito, v. P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 5, 2007, (pp. 1591-1603); D. SIMON, *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une jurisdiction nationale devenu définitif*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 10, 2007, (pp. 12-14). Sul tema si ritornerà nelle conclusioni.

<sup>28</sup> A questo si aggiunga che il giudice comunitario, preoccupato per un'eccessiva compressione delle prerogative generalmente riconosciute al potere giudicante, ha previsto, in materia di illecito comunitario riferibile al comportamento del giudice, «limiti così connotati che sembrano delineare un *illecito tipico* nell'ambito dell'area generale della responsabilità dello Stato». Cit. da G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, parte 2, 1, 2005, (pp. 1-5), p. 3.

<sup>29</sup> Sentenza CGCE (grande sezione) del 18 luglio 2007, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA. Causa C-119/05, Racc. 2007 p. I-06199. Cfr. E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2008, (pp. 193-219), pp. 202-204.

<sup>30</sup> A tal proposito ricordiamo, oltre alla già citata sentenza Lucchini, la sentenza Kapferer (Sent. CGCE (Prima Sezione), 16 marzo 2006, Rosmarie Kapferer c. Sch-

(e preoccupata) reazione da parte di molti autorevoli studiosi. Di conseguenza, pur trattandosi di un tema virtualmente estraneo alla nostra analisi, sarà necessario fare riferimento agli appassionati dibattiti dottrinali che hanno denunciato le «esiziali implicazioni» e la portata dirompente della giurisprudenza europea a tale proposito<sup>31</sup>.

### 1.1. *Modelli teorici e forme di responsabilità del giudice*

Queste considerazioni introduttive dimostrano in che senso la responsabilità civile dei giudici si ponga come uno strumento di tutela dagli effetti potenzialmente destabilizzanti, non a caso sconosciuta a molti sistemi giuridici o comunque circondata da particolari tutele. In questa fase appare opportuno descrivere tali modelli in termini astratti, a dimostrazione di come i diversi sistemi abbiano risposto alla fondamentale esigenza di responsabilizzazione dei giudici applicando soluzioni anche apertamente divergenti. Inoltre, tale passaggio è utile in vista della delimitazione dei termini della comparazione, che

lank & Schick GmbH. Causa C-234/04. Racc. I-02585). Nella sentenza Kempter (Sent. CGCE (grande sezione), 12 febbraio 2008, Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. Racc. I-00411) la Corte ha ribadito: «sebbene il diritto comunitario non esiga che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo, in circostanze particolari un organo amministrativo nazionale può nondimeno essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 314 TFUE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte». Su tale questione la Corte si è infine nuovamente pronunciata nella sentenza Olimpiclub (Sent. CGCE (Seconda Sezione), 3 settembre 2009, Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl. Causa C-2/08. Racc. I-07501).

<sup>31</sup> Oltre alla dottrina già menzionata, v. C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2008, (pp. 225-238); A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2008, (pp. 1-28); G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 1, 2008, (pp. 221-232); V. NUCERA, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 6, 2008, (pp. 161-179); G. PETRILLO, *Il «Caso Lucchini»: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2008, (pp. 425-433); M.T. STILE, *Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2008, (pp. 873-882); F. SORRENTINO, *L'incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico*, in A. TIZZANO, *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, (pp. 55-65).

tratterà della responsabilità civile dei giudici, mentre farà riferimento alle altre forme di responsabilità solo di riflesso.

All'interno della categoria della responsabilità rientrano formule volte al raggiungimento di obiettivi non perfettamente coincidenti, ma che concorrono a rispondere al medesimo quesito di ordine generale<sup>32</sup>: come far sì che i giudici rispondano per gli atti e i comportamenti svolti nell'esercizio della loro funzione, senza andare a detrimento di altri fondamentali principi quali l'indipendenza del potere giudiziario, che costituisce uno dei pilastri del moderno stato di diritto<sup>33</sup>.

I regimi di responsabilità del giudice, peraltro, dipendono strettamente dal modello di organizzazione giudiziaria, dai rapporti fra ordine giudiziario e potere esecutivo, dai sistemi di reclutamento dei giudici e dai regimi processuali; in altri termini, non è possibile scindere tale questione dalla «posizione del giudice rispetto alla società ed alla organizzazione costituzionale»<sup>34</sup>. A tal proposito è possibile tracciare una prima fondamentale distinzione fra il modello burocratico di tradizione francese e comune ai sistemi di *civil law*<sup>35</sup> e quello

<sup>32</sup> In sostanza, l'espressione «responsabilità dei giudici» indica la soggezione a sanzioni negative istituzionalizzate in rapporto a certi comportamenti, sottoposti al vaglio di organi diversi. Cfr. VIGORITI, *Responsabilità del giudice. Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari, del p.m.*, cit., p. 2. Ricordiamo ancora la definizione proposta da Costantino Mortati, secondo cui la responsabilità è la situazione che si verifica quando si è chiamati a rispondere degli effetti non conformi a quelli che si sarebbero dovuti attendere dall'esplicamento di una determinata attività. Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, Padova, 1975, p. 950 e ss.

<sup>33</sup> Pier Giuseppe Monateri si riferisce ai modelli repressivo, autonomo-corporativo, a quello della responsabilizzazione sociale e a quello della responsabilità civile. Il primo è fondato sull'azione disciplinare esercitata dall'esecutivo, il secondo prevede un'auto-organizzazione dei giudici in funzione di autocontrollo sul loro operato; il terzo, adottato nei paesi di *common law*, inserisce il giudice in un contesto di rilevanza istituzionale, rendendolo responsabile di fronte alla società. Cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Trattato di Diritto Comparato, UTET, Torino, 1998, p. 881 e ss.; M. CAPPELLETTI, *Giudici Legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984. La dottrina ha proposto altre classificazioni dei vari tipi di responsabilità; CAPPELLETTI, *Giudici Irresponsabili?*, cit., p. 28 e ss.; GIULIANI e PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 23-85; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit.; RENTERÍA DÍAZ, *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, cit., p. 152.

<sup>34</sup> Cit. da G. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4-parte I, 1982, (pp. 780-795).

<sup>35</sup> Il primo è caratterizzato da metodi di reclutamento analoghi a quelli del pubblico impiego, dalla carriera, dalla gerarchia, da un forte controllo disciplinare, da una limitata responsabilità civile. Il secondo è caratterizzato da modelli di reclutamento tesi a valorizzare al massimo la professionalità, dall'assenza di carriera, di ge-

c.d. professionale, conosciuto nei paesi di *common law*<sup>36</sup>. I secondi, in cui opera una magistratura di estrazione essenzialmente professionale, escludono la responsabilità civile, fatta eccezione per l'ipotesi di atti e comportamenti particolarmente gravi<sup>37</sup>. Alla sostanziale immunità dei giudici in termini patrimoniali corrisponde la previsione di altri meccanismi di controllo (conosciuti, peraltro, anche in Europa continentale), costituiti da rimedi endoprocessuali (fra cui spiccano la necessità di motivazione e gli ordinari mezzi di impugnazione), e da strumenti di natura pubblicistica o disciplinare, oltre all'*impeachment*, ovvero alla messa in stato d'accusa<sup>38</sup>. In questo modo i giudici (anche quelli di grado inferiore) godono di una vera e propria immunità sotto il profilo della responsabilità civile, poiché chi svolge la funzione giudicante risponde del proprio comportamento e dei propri errori secondo altri schemi e modalità. Infatti, in controtendenza rispetto a molti luoghi comuni, il modello di magistratura professionale, i metodi estremamente rigidi per accedere alla funzione giurisdizionale, lo stesso sistema di revisione delle sentenze, fanno sì che l'immunità rispetto alla responsabilità patrimoniale non appaia come un indebito privilegio, ma come un necessario elemento di tutela dell'indipendenza del potere giudicante<sup>39</sup>. Gli ordinamenti che ricono-

rarchia, di controllo disciplinare. Cfr. V. VIGORITI, *Responsabilità del giudice. Diritto comparato e straniero*, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991, (pp. 1-7), p. 1. Per un maggiore approfondimento della distinzione fra magistrature burocratiche e professionali, cfr. C. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, Il mulino, Bologna, 1993, p. 73 e ss.

<sup>36</sup> Dunque, il modello professionale conosciuto in *common law* esclude la responsabilità civile, in cui rientra la responsabilità professionale, cui si è fatto riferimento. A tal proposito, v. RENTERÍA DÍAZ, *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, cit., p. 154.

<sup>37</sup> La distinzione fondamentale, in realtà, è fra atti *intra vires*, ovvero quelli compiuti nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, e quelli *ultra vires*, che riguardano materie su cui il giudice non può pronunciarsi o soggetti nei confronti dei quali il giudice non può esercitare funzioni giurisdizionali o provvedimenti che quel giudice non può adottare, si pensi al caso dell'emanazione di misure restrittive della libertà personale pronunciata da giudici privi del relativo potere. Grazie all'opera della giurisprudenza, il principio dell'irresponsabilità per le conseguenze degli atti *intra vires* lesivi dei diritti dei terzi vale per tutti i giudici indipendentemente dalla Corte di appartenenza. Il *leading case* inglese è *Floyd v. Barker*, 12 Co. 25 (1608); negli Stati Uniti la sentenza di riferimento è *Bradley v. Fisher*, 80 US 335 (1871).

<sup>38</sup> Cfr. VIGORITI, *Responsabilità del giudice. Diritto comparato e straniero*, cit., par. 3.5.

<sup>39</sup> Per una più completa descrizione dei sistemi giudiziari in *common law*, v. U. MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010. Il fatto che non vi siano giudici di carriera, e che esistano altre forme di responsabilizzazione, attualmente non sembra ostare ad una futura previsione di una responsabilità civile dei giudici, anche sulla scorta della recente giurisprudenza della Corte di giustizia.

scono la responsabilità civile sono relativamente esigui, e ancora meno numerosi sono quelli che prevedono una responsabilità diretta dei giudici nei confronti dei cittadini danneggiati per il completo risarcimento del danno arrecato alle vittime<sup>40</sup>.

Un secondo modello è quello della responsabilità amministrativa, che, seppur con particolari restrizioni e cautele, trova applicazione anche nei confronti dei magistrati in quanto dipendenti pubblici rispetto agli enti pubblici per i danni causati all'erario<sup>41</sup>. Il dipendente (il giudice, in questo caso) è chiamato a rispondere nei confronti della pubblica amministrazione di danni arrecati a terzi, qualora quest'ultima, dopo aver risarcito il danneggiato, eserciti azione di rivalsa nei confronti del soggetto che ha emesso la sentenza. Secondo questo modello, la presenza di un danno erariale comporta l'applicazione delle regole tipiche della responsabilità amministrativa, per cui il danno giudiziario imputabile ad un funzionario nell'esercizio delle sue funzioni deve essere risarcito dall'amministrazione secondo regole di diritto amministrativo. In generale, solo in un secondo tempo è prevista un'azione di rivalsa dello Stato nei confronti del giudice – persona fisica, e solo entro limiti stabiliti.

Più in generale, la responsabilità dello Stato per fatto del giudice in molti ordinamenti altro non è che una sottocategoria (seppur caratterizzata da importanti peculiarità) della responsabilità dei pubblici poteri, con conseguente applicazione dei relativi principi qualora non sia disposto altrimenti<sup>42</sup>. Quest'ultimo è un modello decisamente più

<sup>40</sup> Come vedremo, spesso gli ordinamenti nazionali prevedono forme di responsabilità indiretta, così come stabiliscono limiti quantitativi entro i quali i giudici possono essere chiamati al risarcimento. Inoltre, spesso i giudici (singolarmente o collettivamente) stipulano contratti di assicurazione per i danni da responsabilità civile. L'ordinamento spagnolo, che prevede una forma di responsabilità diretta dei giudici, a questo proposito costituisce un'eccezione.

<sup>41</sup> Cfr. F. GARRI, *voce Responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991, p. 1 e ss; L. TORCHIA, *La responsabilità*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, (pp. 1649-1713), p. 1696 e ss.

<sup>42</sup> Inoltre, si consideri che la responsabilità personale del magistrato, fatte salve le residuali ipotesi di responsabilità diretta, è solo nei confronti dello Stato in sede rivalsa, e solo qualora quest'ultimo sia stato condannato al risarcimento del danno nei confronti del soggetto danneggiato. Per questa ragione, la presente analisi si concentrerà in primo luogo sulla responsabilità dello Stato. In questa prospettiva, la distinzione fra responsabilità patrimoniale del magistrato e responsabilità dello Stato per fatto del giudice tende a confondersi, in quanto si tratta di elementi che necessariamente si tengono insieme. Come vedremo, peraltro, la responsabilità personale del magistrato, a seconda del sistema considerato, è un'ipotesi del tutto eventuale, giacché l'esercizio dell'azione di rivalsa dipende dall'avveramento di ulteriori requisiti relativi all'elemento soggettivo. Il tema sarà approfondito nei Capitolo III e IV.

diffuso rispetto al primo, trova in Francia il suo modello di riferimento e in altri Stati europei diverse sue applicazioni<sup>43</sup>.

In seno alla tradizione giuridica occidentale è poi presente un ulteriore modello, di natura extragiuridica, ben conosciuto negli Stati Uniti e oggetto anche in Italia di dibattito giuridico-politico già da diversi decenni<sup>44</sup>. Si tratta della responsabilità politica, culturalmente connessa alla considerazione circa la portata istituzionale dell'attività del giudicare, con conseguente inserimento della funzione giurisdizionale fra quelle che trovano la propria legittimazione nella sovranità popolare<sup>45</sup>. Tale forma di responsabilità trova nel momento elettivo da parte del corpo elettorale la sua forma di espressione più evidente e suggestiva<sup>46</sup>. Tuttavia, la dottrina fa rientrare all'interno di tale

<sup>43</sup> Il modello che prevede che il cittadino danneggiato si rivolga allo Stato che solo in un secondo tempo si rivale nei confronti del giudice è quello più ampiamente diffuso. Si pensi ai casi di Italia (L. 117/88), Germania (art. 34 Costituzione e par. 839 BGB), Olanda (Legge 29 novembre 1996 di modifica allo Statuto dei funzionari giudiziari-Wrra), Ungheria (art. 85 e 88 Legge sui giudici) ed Israele (Cfr. G. KLING, *The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges. Israeli Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 2008). Altri ordinamenti, quali quello spagnolo (art. 411 *Ley Orgánica del Poder Judicial*), belga (art. 1140 *Code judiciaire*) e finlandese (*Ch. 4, section 2(1) Tort Liability Act*), prevedono anche ipotesi di responsabilità diretta del magistrato. Cfr. M. GORÈ, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 11.3, December 2007, (pp. 1-19), p. 3 e ss.

<sup>44</sup> Si noti che il dibattito si è sempre articolato a livello di principio, anche perché l'art. 101 Cost. It., ai sensi del quale il magistrato è «soggetto soltanto alla legge», e quindi non al giudizio del corpo elettorale, osta ad una qualunque configurazione di responsabilità politica nei confronti degli elettori. Per i saggi che hanno contribuito in modo particolare a tale dibattito, cfr. G. MARTINELLI, P. BORRÈ e L. ROVELLI, *Unità e varietà nella giurisprudenza*, in *Foro Italiano*, V, 1971, (pp. 45-49); E. CHELI, *Funzione giurisdizionale e responsabilità politica*, in AA.Vv., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, (pp. 143-150); A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Quale Giustizia*, 33, 1975, (pp. 340-350).

<sup>45</sup> A tal proposito la sentenza della Corte Suprema Federale *Bush v. Gore*, 531 US 98(2000) è considerata l'emblema delle sentenze politicamente orientate a tal punto da far crollare la fiducia dell'opinione pubblica nell'indipendenza e imparzialità della magistratura. Cfr. R.A. LEVY e W. MELLOR, *The Dirty Dozen. How Twelve Supreme Court Cases Expanded Government and Eroded Freedom*, Penguin Group, New York, 2008.

<sup>46</sup> In questo modo è stato introdotto il concetto di *accountability*, che implica una concezione della responsabilità dei giudici e di controllo da parte del corpo elettorale prossima a quella relativa ai rappresentanti nelle assemblee legislative. Questa si presenta in primo luogo come la possibilità, per gli elettori, di mantenere un controllo formale sui giudici, tramite le elezioni per la riconferma di coloro che possano mantenere l'incarico. D'altra parte, la competizione elettorale costituisce non solo un filtro di ingresso, ma anche una sollecitazione all'orientamento delle deci-



categoria figure che non prevedono tale strumento, ma che in ogni caso sono caratterizzate da meccanismi di controllo per quanto riguarda le opzioni e gli orientamenti espressi al momento di rendere giustizia<sup>47</sup>. Ad ogni modo, semplificando, tale modello si distingue dagli altri per l'applicazione ai giudici, in quanto incaricati per elezione, dei paradigmi della responsabilità politica c.d. «diffusa»<sup>48</sup>, e quindi tende a sottrarli alla responsabilità in termini patrimoniali. In questo caso, tuttavia, la distinzione di obiettivi rispetto allo strumento risarcitorio appare particolarmente netta. La responsabilità politica è una forma di soggezione dei giudici ad altri soggetti (il corpo elettorale in primo luogo), legittimati ad influenzarne preventivamente l'orientamento. Quindi, vi è per lo più un giudizio di apprezzamento, di conformazione delle scelte, mentre tale forma prescinde completamente dalla decisione dei singoli casi. L'obiettivo, quindi, non è sanzionatorio e riparatorio, ma volto a conformare attività lecite ad orientamenti espressi da altri, per cui incide sulla natura intrinsecamente politica, ma non sugli atti illeciti eventualmente compiuti dai magistrati<sup>49</sup>. Tale forma di responsabilità è senz'altro esorbitante rispetto all'oggetto della nostra analisi, per cui per un approfondimento dei relativi dibattiti rinviamo all'abbondante dottrina<sup>50</sup>. Tuttavia, non vi è

sioni. Cfr. P. BRACE e B. BOYEA, *Judicial Selection Methods and Capital Punishment in the American States*, in M.J. STREB, *Running for Judge. The Rising Political, Financial and Legal Stakes of Judicial Elections*, New York University Press, New York, 2007, (pp. 183-203). In ogni caso, la responsabilità politica attiene anche ai procedimenti di nomina dei giudici da parte di organi politici; si pensi, in particolare, ai giudici della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti d'America. Per un'analisi comparata, cfr. F. FABBRINI, *Il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema USA in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2010, (pp. 281-307).

<sup>47</sup> Cfr., fra gli altri, J.O. HALEY, *The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges*, in *American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, (pp. 281-292).

<sup>48</sup> Da intendere, secondo le parole di G.U. RESCIGNO, *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 65, nel senso dell'assoggettamento del magistrato ad una critica non qualificata ed espressa come mero esercizio di libertà e delle cui conseguenze non vi è una «misura oggettiva». Tale modello è l'unico che fuoriesce dalla categoria della responsabilità giuridica, nel senso che i parametri di valutazione, in questo caso, non hanno quella natura propriamente giuridica che invece caratterizza tutte le altre forme di responsabilità.

<sup>49</sup> Cfr. ZAGREBELSKY, *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, cit. Secondo un'altra prospettiva, si tratta di una responsabilità «indipendente», nel senso che non pretende un dovere di «recettività nei confronti delle altrui esigenze», ma, più semplicemente, una «condotta responsabile ossia «competente ed efficiente». Cfr. G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Il mulino, Bologna, 1987, p. 282.

<sup>50</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 220 e ss.; A. PIZZORNO, *Il potere dei giudici. Stato democratico e*

dubbio che alcuni profili della responsabilità politica, e taluni argomenti addotti a suo sostegno, anche se spesso caratterizzati da una consistente dose di demagogia, soprattutto in presenza di contesti conflittuali sotto il profilo costituzionale, sollevano questioni estremamente significative anche in relazione alla responsabilità civile. Infatti, l'operato dei giudici ha senz'altro un suo carattere di evidente rilevanza politica, pur rimanendo del tutto privo di una qualunque legittimazione democratica. In questo senso, il fatto che il giudice, a tutti gli effetti, crei diritto, ma goda di sostanziale immunità sotto il profilo patrimoniale, non può che risultare allarmante per l'opinione pubblica, che soprattutto in contesti poco educati alla legalità e allo stato di diritto dimostra nei confronti del servizio-giustizia una crescente sfiducia. Al contempo, si tratta di un'opzione difficilmente praticabile in ordinamenti, quali quello italiano, in cui dal principio della separazione dei poteri deriva che il giudice rimanga soggetto alla legge (e «soltanto alla legge» secondo l'art. 101, comma 2 Cost. It.) e che quindi ne risulti, formalmente, un mero applicatore. Vi è quindi uno scarto fra il dettato costituzionale, secondo cui la funzione giurisdizionale è da intendersi come mera interpretazione e applicazione della legge al caso concreto, e la realtà attuale in cui la funzione giurisdizionale si sostanzia, dunque, nell'esercizio di un «potere», nell'accezione poc'anzi ricordata.

Esiste, infine, la responsabilità disciplinare, sviluppatasi all'interno di sistemi caratterizzati dalla presenza di un giudice inteso come pubblico funzionario soggetto ad un rigoroso controllo interno. La sottoposizione dell'operato dei giudici ad un controllo da parte di altri organi pubblici è stato storicamente disegnato negli ordinamenti che prevedono la figura del giudice burocrate, ed ha comportato minore indipendenza ma totale immunità dal punto di vista patrimoniale nei confronti delle parti<sup>51</sup>. Nel corso dell'ultimo secolo, in ossequio al principio di autonomia, la responsabilità disciplinare è stata esercitata

*controllo delle virtù*, Laterza, Roma, 1998, p. 1 e ss; A. PIZZORUSSO, *Obiettivo 1-Tutela dei diritti e imparzialità della magistratura-Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2, 2003, (pp. 340-354); G. SILVESTRI, *Sovranità popolare e magistratura*, in L. CARLASSARE, *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin*, Padova, 2004, (pp. 229-254); BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, cit., p. 97 e ss.

<sup>51</sup> Originariamente, dunque, era possibile distinguere due modelli alternativi, fondati rispettivamente sulla responsabilità civile in quanto controllo esterno della funzione giurisdizionale (caratteristica del diritto romano e della civiltà comunale) e sulla responsabilità disciplinare nei confronti di altri organi pubblici ma senza responsabilità nei confronti dei soggetti danneggiati. Cfr. GIULIANI e PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. XI e ss.

da parte di un organo di autogoverno, in modo da vegliare sulla condotta dei magistrati garantendone al contempo l'indipendenza rispetto ad interferenze esterne. Questa forma di responsabilità ha una finalità senz'altro diversa rispetto al rimedio risarcitorio, ed è caratterizzata da una varietà di sanzioni «che vanno dalla censura, alla perdita di anzianità o di stipendio, al trasferimento o pensionamento coatto, alla rimozione»<sup>52</sup>. Tuttavia, la sua disciplina produce importanti conseguenze anche in tema di responsabilità civile e contribuisce in modo rilevante alla valutazione circa la responsabilizzazione dei giudici all'interno di un sistema<sup>53</sup>. Infatti, si configura come una forma complementare, che può svolgere un ruolo fondamentale in sistemi in cui la responsabilità civile, in considerazione dei precitati valori, è circondata da particolari limitazioni.

Altra questione è quella della responsabilità penale, cui accenniamo per completezza, ma che non rientra, se non indirettamente, nell'ambito del presente studio. Non vi sono sistemi che prevedano l'immunità per i magistrati dalla responsabilità penale, ma le esperienze divergono in relazione alla previsione specifica di discipline *ad hoc*<sup>54</sup>. Il fatto che sia prevista, o meno, una disciplina speciale, risulta sostanzialmente ininfluenza in relazione alla responsabilità civile, anche

<sup>52</sup> Cit. da CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, cit., p. 66.

<sup>53</sup> Facciamo notare, fra l'altro, che tale forma di responsabilità, a differenza della responsabilità civile, è volta ad assicurare che i giudici osservino i doveri del loro ufficio, che non riguardano solo le loro funzioni, ma anche eventuali cattive condotte extragiudiziali, «come atti dannosi al prestigio della magistratura o alla fiducia popolare dell'amministrazione della giustizia». Cit. da RENTERÍA DÍAZ, *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, cit., par. 6.

<sup>54</sup> Sono molti i sistemi che prevedono un sistema di reati «propri», ovvero che possono essere commessi solo dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni. Il codice penale tedesco prevede come reato l'applicazione deliberata ed erronea del diritto da parte del giudice (art. 336) e disciplina espressamente la corruzione del magistrato (art. 334). I codici penali francese e belga prevedono il reato di denegata giustizia (rispettivamente, art. 434.7.1 del codice penale francese e art. 258 codice penale belga). Il codice penale greco prevede come reati propri la corruzione del giudice (artt. 235-237) e la violazione del segreto professionale da parte di quest'ultimo (art. 251). Cfr. BIONDI, *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, cit., p. 163 e ss. L'ordinamento italiano, al contrario, non prevede né reati propri del magistrato né procedimenti speciali per il perseguimento dei reati che lo riguardano, eccezione fatta per l'art. 11 c.p.p., ai sensi del quale «i procedimenti in cui un magistrato assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato, che secondo le norme di questo capo sarebbero attribuiti alla competenza di un ufficio giudiziario compreso nel distretto di corte d'appello in cui il magistrato esercita le proprie funzioni o le esercitava al momento del fatto, sono di competenza del giudice, ugualmente competente per materia, che ha sede nel capoluogo del distretto di corte di appello determinato dalla legge».

perché persegue obiettivi diversi e complementari rispetto a quest'ultima<sup>55</sup>. Si tratta, infatti, di una forma di responsabilità volta più alla sanzione ed alla deterrenza che alla compensazione dei danni effettivamente arrecati<sup>56</sup>.

I modelli che abbiamo sommariamente ricordato non sono alternativi fra di loro. Al contrario, è molto frequente che i singoli ordinamenti mirino a tutelare i principi di cui sopra tramite una combinazione delle forme di responsabilità, il cui coordinamento varia da sistema a sistema, e che possono trovare applicazione congiunta. A differenza della situazione di immunità che caratterizza i sistemi di *common law*, la responsabilità civile dei giudici è sempre ammessa, quanto meno di principio, nei sistemi di *civil law*, caratterizzati da una magistratura essenzialmente burocratica. Più in generale, si tratta di una figura in espansione, sia a seguito delle recenti sentenze della Corte di giustizia, sia in considerazione delle molteplici funzioni che la responsabilità civile è in grado di svolgere, e intorno alle quali si articolano molte delle riflessioni relative al tema nel suo complesso. Non vi è infatti solamente la funzione propriamente compensativa, tipica della responsabilità civile, il cui principale obiettivo consiste nella ricostruzione in capo al danneggiato della situazione preesistente all'evento dannoso, in modo da preservarne il patrimonio. Infatti, la dottrina ha messo in luce come tale strumento svolga funzioni tradizionalmente proprie di altre forme di responsabilità, si pensi alla prevenzione degli illeciti, in considerazione del fatto che l'eventuale obbligo di risarcire il danno cagionato induce i soggetti a comportarsi adottando le misure che appaiono idonee ad impedire il prodursi di eventi dannosi<sup>57</sup>. Vi è anche la funzione sanzionatoria, nel

<sup>55</sup> Infatti, a fronte della funzione principalmente risarcitoria della responsabilità civile, la responsabilità penale ha natura sanzionatoria e deterrente. Anche a tal proposito, il concetto di responsabilità penale del giudice varia leggermente a seconda dell'ordinamento considerato, poiché, per esempio, in Spagna e in Argentina, la responsabilità penale del giudice comprende forme di responsabilità disciplinare secondo il diritto italiano, poiché relative a comportamenti sanzionati con sospensione dal servizio o multe. Cfr. S. SENTIS MELENDO, *La responsabilidad del juez en España y en Argentina*, in A. GIULIANI e N. PICARDI, *L'educazione giuridica. III: La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, (pp. 385-411).

<sup>56</sup> Vi è ancora la responsabilità contabile, fondata sul rapporto di servizio intercorrente tra il magistrato e lo Stato e presuppone un danno erariale subito da quest'ultimo a causa del comportamento posto in essere dal primo. Tale forma di responsabilità, del tutto indipendente e sostanzialmente ininfluyente rispetto alla responsabilità civile, non sarà oggetto del presente studio.

<sup>57</sup> In questo senso la responsabilità civile del giudice svolgerebbe una funzione preventivo-punitiva, tramite l'esercizio di una pressione psicologica sul giudice, che per timore di incorrere nella sanzione risarcitoria presterebbe maggiore attenzione

senso della sanzione quale pena dell'illecito commesso, espressamente riconosciuta in alcuni ordinamenti ed invece sconosciuta in quanto tale ad altri sistemi, quale quello italiano. Infine, la dottrina fa riferimento alla c.d. funzione distributiva della responsabilità civile, ovvero quella di traslare il danno dal soggetto che lo ha subito ad altri soggetti individuati in base ad un criterio di imputazione, secondo una prospettiva mutuata dalle scienze economiche<sup>58</sup>. In questo senso la responsabilità civile diventa strumento di attuazione di una scelta politica, fino a costituire elemento integrativo di uno Stato sociale<sup>59</sup>.

Questa molteplice funzione della responsabilità civile giustifica l'evoluzione giurisprudenziale e il dibattito dottrinale nel senso di una sua più ampia applicazione come conseguenza del rapporto potere – responsabilità, nonché come fisiologica evoluzione dello stato di diritto. Prima di approfondirne i tratti, è però necessario concentrarsi ulteriormente sulla determinazione dei termini della comparazione, sul metodo e sul fattore di impulso uniformatore costituito dal modello europeo.

## 2. I termini della comparazione

Chi compara svolge un'opera di raffronto e misurazione delle differenze fra i termini considerati, e sia che l'esercizio riguardi singoli istituti, sia che ambisca a considerare intere partizioni giuridiche appartenenti a diversi ordinamenti nazionali, deve muovere da un primo momento, consistente nell'individuazione dei termini della comparazione ovvero degli elementi il cui raffronto sarà oggetto della ricerca<sup>60</sup>;

per evitare di commettere illeciti. Cfr. N. PICARDI e R. VACCARELLA, *La responsabilità civile del giudice*, Cedam, Padova, 1990, p. 11. A tal proposito si è poc'anzi accennato alle difficoltà insite nell'attività del giudicare, che comporta di per sé un danno a terzi.

<sup>58</sup> Secondo l'impostazione dell'analisi economica del diritto, le soluzioni giuridiche dei conflitti devono essere orientate verso obiettivi di efficienza economica, ovvero di una ragionevole allocazione delle risorse scarse. Tale allocazione dipende da un assetto che faccia gravare i costi di una determinata attività sul soggetto che meglio è in grado di sopportarli. Cfr. R. PARDOLESI e B. TASSONE, *I giudici e l'analisi economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003, con particolare riferimento alla sezione relativa agli atti illeciti, pp. 89-158; A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 15 e ss.; A. TSAOUSSI e E. ZERGIOVANNI, *Judges as Satisficers: A Law and Economics Perspective on Judicial Liability*, in *European Journal of Law and Economics*, 29, 2010, (pp. 333-357).

<sup>59</sup> Cfr. GIULIANI e PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., p. 241.

<sup>60</sup> A tal proposito, «*the basis of comparison is formed by the objects of research which, within the chosen topic, are selected for comparison, and also includes the*

questa fase appare necessaria per chi voglia svolgere un'indagine rigorosa, ai fini di una migliore conoscenza del diritto<sup>61</sup>.

Dunque, una volta individuata la responsabilità civile del giudice all'interno della ampia categoria della responsabilità e chiarite le possibili reciproche influenze fra le diverse forme, occorre svolgere un ulteriore chiarimento in modo da meglio definire la figura intorno a cui si concentrerà il presente studio. Esistono, infatti, figure che si pongono su una linea di confine rispetto al tema di cui intendiamo occuparci, ma che non rientrano propriamente nell'oggetto del raffronto. In questa fase introduttiva è opportuno, in ogni caso, distinguere i tratti e mettere in luce i profili di connessione con il nostro tema. In particolare, è necessario accennare alla fattispecie dell'ingiusta detenzione, dell'errore giudiziario, dell'irragionevole durata del processo e, d'altra parte, alle modulazioni della responsabilità civile a seconda delle eterogenee funzioni che integrano il c.d. servizio-giustizia.

### 2.1. *La responsabilità dello Stato per fatto del giudice e i meccanismi di riparazione dei danni da processo*

Come abbiamo visto, l'espressione «responsabilità per fatto del giudice» indica una categoria generica che comprende figure che, in considerazione delle loro caratteristiche giuridiche e fattuali, devono rimanere ben distinte. Peraltro, la presente trattazione riguarda fattispecie che rispondono ad esigenze assai diverse. Infatti, una volta delimitato il campo della tutela risarcitoria, è necessario sottolineare che questa è stata impostata in funzione di due obiettivi paralleli: la responsabilizzazione dei magistrati e la tutela dei soggetti danneggiati. Come abbiamo visto precedentemente, si tratta di elementi che si ten-

*sources which are consulted. The selection of the basis of comparison appears to be the only stage of the comparative enquiry for which there seem to be full agreement that we must strive for similarity». Cit. da G. DANNEMANN, Comparative Law: Study of Similarities or Differences?, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008 (pp. 383-419), p. 407.*

<sup>61</sup> Questo è il primo e principale obiettivo della comparazione giuridica, secondo quanto enunciato nella prima tesi di Trento: «il compito della comparazione giuridica, senza il quale non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto». Cfr. G. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 5 e ss.

gono insieme, ma che concorrono in parallelo nel perseguimento di obiettivi diversi. Se si considera la funzione compensatoria dello strumento, risulta necessario collocarlo all'interno del sistema di tutele previsto da ogni ordinamento, nonché approfondirne il rapporto rispetto agli altri meccanismi riparatori. Lo strumento oggetto della presente analisi assume infatti forme diverse, poiché nell'ambito dei rispettivi ordinamenti tali strumenti trovano una collocazione distinta. In altri termini, l'ampia categoria del danno da processo è costituita da una serie di fattispecie, la cui natura risarcitoria è peraltro variabile e sfumata a seconda del sistema considerato<sup>62</sup>.

Ci riferiamo, in particolare, alla riparazione per irragionevole durata del processo ed alle ipotesi di ingiusta detenzione ed errore giudiziario. Queste costituiscono o integrano, a seconda dei casi, la disciplina della responsabilità dello Stato per fatto del giudice. A fini descrittivi facciamo notare, in primo luogo, che la riparazione può compensare danni che non derivano da una condotta attiva di un giudice (in primo luogo da una sentenza), ma da un comportamento omissivo. I danni da processo possono dunque essere distinti a seconda che derivino da un atto illecito, che può consistere nell'emissione di un atto in qualche modo viziato o di un comportamento attivo, o da una situazione in cui l'attività giudiziaria è stata esercitata secondo modalità e tempi che l'ordinamento stesso ritiene patologici. D'altra parte, a livello nazionale sono previsti strumenti di riparazione che prescindono dalla natura illecita della condotta, ma che in considerazione di altri principi solidaristici prevedono sistemi indennitari. Il quadro è dunque assai eterogeneo e variabile. Nel caso di condotta omissiva, potranno trovare applicazione le regole relative al diniego di giustizia o all'irragionevole durata del processo. Nel caso di comportamento attivo, la disciplina di responsabilità dello Stato per fatto del giudice sarà integrata dalle ipotesi di ingiusta detenzione ed errore giudiziario. Si tratta, *prima facie*, di fattispecie diverse, sia per quanto riguarda la natura e gli elementi costitutivi, sia per la loro origine e il loro fondamento giuridico. Passiamo in rassegna, di seguito, ognuna di esse.

La c.d. responsabilità da ritardata giustizia, che trova la propria origine nell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata in Roma il 4

<sup>62</sup> In questa sede, non possiamo che fornire un quadro sintetico ed esemplificativo, che sarà approfondito analiticamente nel corso dei Capitoli III e IV. Come vedremo nel corso della trattazione, le questioni fondamentali attengono alla natura illecita delle condotte da cui il danno è derivato, così come alla diversa collocazione delle rispettive fattispecie all'interno dei sistemi considerati.

novembre 1950 (CEDU)<sup>63</sup>, è stata riconosciuta espressamente da tutti gli ordinamenti europei. Al di là della sua collocazione nell'ambito dei rispettivi sistemi, tende a riparare i danni derivanti dalla lentezza dei processi, che in generale non può essere imputata a soggetti determinati, essendo, piuttosto, conseguenza del malfunzionamento del servizio-giustizia in quanto ufficio integrante la pubblica amministrazione nel suo complesso.

Da un primo raffronto con la disciplina della responsabilità civile del magistrato secondo il diritto italiano, la differenza fra le due fattispecie appare in tutta evidenza. Da un lato vi è l'applicazione della responsabilità aquiliana ai giudici considerati come soggetti determinati, che sono chiamati a rispondere personalmente degli errori commessi nell'esercizio della funzione giurisdizionale. D'altra parte, la riparazione per irragionevole durata del processo configura un indennizzo a carico dello Stato e quindi ha funzione riparatoria dai profili non propriamente coincidenti con la responsabilità civile. D'altra parte, tale prima riflessione non può che mutare qualora si consideri tale strumento indennitario dal punto di vista delle altre esperienze oggetto dell'analisi, che disciplinano la responsabilità patrimoniale del magistrato come un'ipotesi del tutto eventuale e comunque successiva rispetto alla responsabilità dello Stato<sup>64</sup>. Riservandoci di tornare

<sup>63</sup> Art. 6: «Il diritto di ogni persona a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente ed imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta».

<sup>64</sup> Il tema sarà ripreso ed approfondito nei Capitoli III e IV. Fin d'ora segnaliamo, in ogni caso, che anche in Italia la qualificazione giuridica del fatto da cui deriva la responsabilità dello Stato per eccessiva durata dei processi è a tutt'oggi oggetto di vivaci dibattiti dottrinali, a cui rinviamo. Cfr. R. PARTISANI, *La irragionevole durata del processo nel pluralismo delle fonti e dei sistemi di tutele-II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2011, (pp. 480-495); M. ROMANO, *Brevi riflessioni in tema di esercizio del diritto di difesa nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione*, in *Cassazione penale*, 1, 2011, (pp. 253-261). Tuttavia, una dottrina minoritaria continua a sostenere, in contrasto con la giurisprudenza, che il danno da irragionevole durata del processo rientri in un contesto tipicamente risarcitorio, poiché deriva dall'operato illecito degli organi di giustizia dello Stato. Cfr. F. BONACCORSI, *Tipicità dell'illecito giudiziario?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8, 2008, (pp. 834-840), secondo cui si tratterebbe di una responsabilità oggettiva relativa perché, sebbene l'elemento soggettivo non sia direttamente preso in considerazione dall'art. 2 della l. n. 89/2001, nondimeno in sede di liquidazione del danno bisogna sempre tener conto – per espresso dettato normativo – del comportamento delle parti e del giudice (p. 837). Sono dello stesso avviso G. PONZANELLI, «*Equa riparazione*» per i processi troppo lenti, in *Danno e Responsabilità*, 6, 2001, (pp. 569-573), p. 570; SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 121; F. LONGO, *L'art. 2 della Legge Pinto: indennizzo o risarcimento?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2,



su tali questioni, ricordiamo che il tema dell'irragionevole durata del processo è stato oggetto di sentenze della Corte europea dei diritti dell'Uomo, nonché al centro di numerose riflessioni dottrinali, soprattutto in considerazione dell'endemica lentezza che caratterizza molti sistemi giudiziari europei. Anche se non ci concentreremo propriamente su tale aspetto, i rimandi saranno comunque costanti, sia perché nei sistemi francese e spagnolo tale fattispecie rientra nella responsabilità dello Stato per fatto del giudice (mentre in Italia è fattispecie esterna rispetto all'ambito di applicazione della l. 117/88), sia perché il dialogo fra giudici nazionali e giudici europei negli ultimi anni sta avendo ripercussioni nell'evoluzione della responsabilità per fatto del giudice nel suo complesso.

Ai sensi dell'art. 5, par. 5 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali «ogni persona vittima di un arresto o di una detenzione, eseguiti in violazione alle disposizioni di questo articolo, ha diritto ad una riparazione»<sup>65</sup>. D'altra parte, le fonti internazionali hanno riconosciuto il diritto alla riparazione al soggetto vittima di errore giudiziario<sup>66</sup>. A livello nazionale, quest'ultimo è riconosciuto tramite strumenti di natura mutevole a seconda dell'ordinamento considerato e tende ad essere disciplinato dalle stesse regole applicabili all'ingiusta detenzione. Peraltro, rispetto a quest'ultima, trova applicazione del tutto episodica.

In questo modo il diritto internazionale ha contribuito profondamente a rafforzare l'orientamento culturale favorevole a limitare la

2006, (pp. 275-277); G. MAMMONE, *La legge sull'equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo*, in *Giustizia Civile*, 9, pt. 2, 2002, (pp. 395-402), p. 397; V. BARELA, *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2003, (pp. 138-157), p. 150; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione*, in *Giustizia Civile*, 2003, (pp. 702-706), p. 705.

<sup>65</sup> Inoltre, ricordiamo l'art. 9, par. 8 del Patto internazionale sui diritti civili e politici secondo cui «Chiunque sia privato della propria libertà per arresto o detenzione ha diritto a ricorrere ad un tribunale, affinché questo possa decidere senza indugio sulla legalità della sua detenzione e, nel caso questa risulti illegale, possa ordinare il suo rilascio».

<sup>66</sup> Art. 3 Protocollo no 7 alla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali: «Diritto di risarcimento in caso di errore giudiziario. Qualora una condanna penale definitiva sia successivamente annullata o qualora la grazia sia concessa perché un fatto sopravvenuto o nuove rivelazioni comprovano che vi è stato un errore giudiziario, la persona che ha scontato una pena in seguito a tale condanna sarà risarcita, conformemente alla legge o agli usi in vigore nello Stato interessato, a meno che non sia provato che la mancata rivelazione in tempo utile del fatto non conosciuto le sia interamente o parzialmente imputabile».

diffusa possibilità di sottoporre l'imputato ad ingiustificate privazioni di libertà. Tale forma di solidarietà nei confronti dei soggetti ingiustamente detenuti o messi in custodia cautelare è stata recepita nei vari ordinamenti in forma meno omogenea rispetto alla disciplina sull'irragionevole durata dei processi. Ai nostri fini, assume particolare rilievo il fatto che, a seconda degli ordinamenti, è possibile che tale fattispecie sia prevista come figura indipendente rispetto alla responsabilità civile del giudice<sup>67</sup>. Si tratta di una figura le cui caratteristiche paiono giustificare una disciplina separata, primo fra tutti il fatto che la riparazione per l'ingiusta detenzione non ha carattere risarcitorio, non derivando da un illecito<sup>68</sup>. Si tratta, infatti, di una forma di riparazione che di per sé deriva da un evento fisiologico in un sistema fondato su più gradi di giudizio, in cui una prima sentenza sfavorevole all'imputato può successivamente essere rivista in termini a lui più favorevoli. La sua collocazione rispetto alla disciplina della responsabilità dello Stato per fatto del giudice dipende, in primo luogo, dalla natura oggettivizzata o meno del sistema di responsabilità pubblica.

Nel sistema spagnolo, caratterizzato da tale impostazione, l'ingiusta detenzione, così come l'errore giudiziario, rientra nell'ampia categoria della responsabilità dello Stato per fatto del giudice.

Viceversa, negli altri sistemi considerati, questa costituisce un mec-

<sup>67</sup> Nell'ordinamento italiano dottrina e giurisprudenza sono unanimi nell'affermare la natura non risarcitoria (ma di indennizzo derivante da un atto lecito dannoso) di tale rimedio previsto dall'art. 314 c.p.p. Oltre alla dottrina citata in queste note (cui aggiungiamo anche M. ROMANO, *Ambiti operativi della riparazione per ingiusta detenzione alla luce delle novità giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2010, (pp. 1496-1503), p. 1497 e ss.), v., fra le sentenze più recenti, App. Milano 29 novembre 2000, in Rep. Foro It., 2001, voce «errore giudiziario», n. 53; Cass. Pen 17 novembre 2009, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>68</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. un. Sent. n. 1 del 6 marzo 1992: «l'equa riparazione per l'ingiusta detenzione non ha carattere risarcitorio, in quanto l'obbligo dello Stato non nasce ex illecito, ma da una doverosa solidarietà verso la vittima di un'indebita custodia cautelare». In realtà la dottrina italiana discute circa il carattere propriamente indennitario di tale istituto. Infatti l'indennità consiste in una «prestazione in danaro con funzione compensativa dovuta in presenza di un danno non antigiusdicario» (Cit. da A. PUBUSA, voce «Indennità e indennizzo», *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. VIII, Utet, 1993, (pp. 223-228), p. 223 e ss.) presuppone l'esercizio legittimo di un potere da parte della pubblica autorità, per cui prescinde dall'illiceità e dalla colpevolezza del soggetto agente; viceversa, nel caso dell'ingiusta detenzione, la privazione della libertà personale non deriva sempre da un atto legittimo della pubblica autorità, si pensi alla custodia cautelare disposta o mantenuta in forza di un titolo illegittimo. Tale questione è approfondita in E. TURCO, *Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale*, in *Cassazione penale*, 12, 2008, (pp. 4735-4745), p. 4737 e ss.

canismo riparatorio *ex lege*, con tutto ciò che ne deriva sotto il profilo sistematico e di conseguenze giuridiche. Infatti, come vedremo meglio in seguito, il diritto alla riparazione in capo a chi abbia subito un'ingiusta detenzione non nasce *ex delicto*, ma da un'obbligazione di diritto pubblico<sup>69</sup>. Peraltro, anche nei sistemi che la prevedono come una fattispecie separata rispetto allo strumento prettamente risarcitorio, non è infrequente che all'ipotesi di ingiusta detenzione si applichino le norme processuali tipiche di quest'ultimo in quanto compatibili, così come non è esclusa una applicazione per via analogica in relazione ad altri elementi tipici del risarcimento del danno quale l'onere della prova. È invece oggetto di discussione l'applicazione della disciplina sulla responsabilità civile del giudice in materia di quantificazione del danno<sup>70</sup>.

Questo breve excursus intende segnalare che l'oggetto che intendiamo analizzare si pone in termini problematici rispetto all'ampia categoria del danno da processo, che a seconda dei casi ne costituisce limite esterno o ne integra la fattispecie. Il tema, in questa sede soltanto abbozzato, sarà ripreso nei prossimi capitoli e sviluppato in prospettiva comparatistica in quanto elemento di sfalsamento e di variabile influenza all'interno dei rispettivi sistemi.

## 2.2. Responsabilità dei giudici, dei pubblici ministeri, degli ausiliari, ecc.

In sede introduttiva è anche necessario affrontare un altro potenziale elemento di ambiguità, in merito alla distinzione, all'interno dell'ordine giudiziario, fra le autorità giudicanti e le autorità requirenti. Più in generale, vedremo che i regimi di responsabilità tendenzialmente si riferiscono alla più ampia categoria dei magistrati, ovvero a tutti coloro che esercitano in modo continuativo la funzione giurisdizionale, senza distinguere fra magistrati di carriera (ovvero coloro

<sup>69</sup> Cfr., per quanto attiene all'esperienza italiana: Cass, Sez. II, 20 maggio 1991, n. 2823; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2003, n. 35760. La questione è approfondita, fra gli altri, in L. GLIELMO, *Diritto al silenzio e riparazione per ingiusta detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2009, (pp. 344-350), p. 346-347.

<sup>70</sup> Cfr. F. BONACCORSI, *I danni da ingiusta detenzione ed il confine della responsabilità da attività giudiziaria*, in *Danno e Responsabilità*, 8-9, 2010, (pp. 785-789), p. 786 e ss.; M. MACRÌ, *L'estinzione del reato per intervenuta prescrizione non è più presupposto ostativo al riconoscimento dell'ingiusta detenzione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2009, (pp. 782-792), p. 789 e ss. I criteri civilistici relativi all'elemento soggettivo sono rilevanti in relazione al concorso dell'interessato all'indennizzo nel dare causa al provvedimento restrittivo della libertà. A tal proposito, v. M. BEVILACQUA, *La colpa grave nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2, 2007, (pp. 251-275).

che sono vincolati da un rapporto di impiego pubblico) e magistrati onorari (che svolgono la funzione continuativamente, ma comunque a titolo gratuito o temporaneo)<sup>71</sup>. Al contempo è evidente che un'indicazione di questo tipo tende ad appiattire le diverse funzioni che pure rientrano nella funzione giurisdizionale. Si pensi ai giudici costituzionali, anch'essi magistrati, ma svolgenti un'alta funzione dalle caratteristiche peculiari. Queste considerazioni comportano la necessità di specificare caso per caso se le norme prese in considerazione possano trovare applicazione solo nei confronti di chi svolge la funzione giudicante (che rimane al centro della nostra attenzione) o anche di chi svolge la funzione requirente, e se sia necessario tracciare, all'interno delle funzioni, ulteriori distinzioni. A questo proposito, è necessario considerare se, all'interno dei sistemi considerati, la magistratura si configuri come un ordine unitario o se ed in che termini le peculiarità delle varie cariche, si pensi a quella del magistrato giudicante civile rispetto al pubblico ministero inquirente in sede penale, proiettino conseguenze in termini di responsabilità patrimoniale. Nei Capitoli III e IV affronteremo la questione dell'applicabilità *ratione personae*, ovvero se le discipline relative alla responsabilità per fatto del giudice si applichino a tutti coloro che partecipano all'attività giudiziaria, indipendentemente dalle loro specifiche funzioni o se in tal senso la responsabilità patrimoniale trovi applicazione variabile a seconda dell'incarico svolto. In termini generali, vi sono elementi della funzione dell'autorità requirente che fanno propendere per l'applicabilità della responsabilità anche a quest'ultima<sup>72</sup>. Tuttavia, e riservandoci di tornare sul tema nel corso della trattazione, non vi è dubbio che l'applicazione di tali categorie dipenda dalla collocazione all'interno del sistema dei pubblici ministeri, così come dal loro statuto costituzionale che all'interno del panorama europeo risulta alquanto

<sup>71</sup> Cfr. L. CASO, F. CARINCI e V. TENORE, *Magistrati e avvocati dello Stato*, in *Il pubblico impiego non privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 121 e ss.

<sup>72</sup> In generale è possibile affermare che anche i pubblici ministeri interpretano la legge e qualificano i fatti a cui applicarla anche se allo scopo di sostenere l'accusa anziché di emettere sentenze. Per cui sembra non esserci motivo per negare che anche per loro debbano valere condizioni analoghe rispetto ai giudici. Si pensi, ad esempio, ai casi di provvedimenti anomali ed abnormi di limitazione della libertà personale emessi da un Pubblico Ministero (di seguito, p.m.), arrogandosi un potere di cui non è titolare. V., ad es., il caso del p.m. condannato in sede disciplinare per aver emesso un provvedimento di allontanamento di un minore portatore di handicap da una scuola, a seguito di segnalazioni da parte del preside di episodi di aggressività (Sez. disc., 19 dicembre 2008, n. 4 (proc. n. 84/2007) e 27 giugno 2008, n. 71 (proc. N. 17/2008)). Caso trattato in G. DI FEDERICO, *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Cedam, Padova, 2012, pp. 317-319.

variabile<sup>73</sup>. In termini generali, le due soluzioni più nettamente contrapposte sono quelle per cui le garanzie costituzionali dei giudici riguardano anche i pubblici ministeri e, d'altra parte, quella per cui le garanzie di indipendenza di questi ultimi siano autonome rispetto alla funzione giudicante<sup>74</sup>.

Come già accennato, in generale la nostra attenzione sarà focalizzata sulla figura del giudice sia rispetto al pubblico ministero<sup>75</sup>, sia rispetto agli «estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia»<sup>76</sup>, ovvero a coloro che per legge sono chiamati all'esercizio di determinate funzioni giurisdizionali, sia nel senso dell'apporto di conoscenze tecniche, in modo da integrare l'approccio tecnico del magistrato con un giudizio non professionale<sup>77</sup>.

Nel corso della trattazione, pur senza omettere tale aspetto, faremo riferimento specifico ai magistrati giudicanti, anche in considerazione del fatto che le sentenze della Corte di giustizia hanno ri-

<sup>73</sup> Secondo un primo modello i pubblici ministeri sono posti alle dipendenze del potere esecutivo. In Francia il p.m. è posto alle dipendenze del Ministero della giustizia, i suoi uffici sono organizzati in forma unitaria e gerarchica con capi subordinati al Ministero, al quale compete il potere di sorveglianza e di disciplina, oltre alla possibilità di influenzare la progressione in carriera dei magistrati addetti alla funzione requirente. Altri modelli prevedono per il p.m. forme di responsabilità politica nei confronti di vari livelli di governo. In Germania i funzionari del pubblico ministero federale sono nominati dal Ministero della giustizia federale, mentre quelli statali vengono reclutati sulla base di concorsi pubblici in modo analogo agli altri settori della pubblica amministrazione. Sono inseriti in una struttura gerarchica, che fa capo al Ministero della giustizia. La grande differenza rispetto alla Francia è il fatto che solo in Germania vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale. Cfr. GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia*, cit., p. 53 e ss. Il tema sarà sviluppato nel Capitolo III.

<sup>74</sup> A tal proposito la dottrina è particolarmente abbondante. V., fra gli altri, G. DI FEDERICO, *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in G. DI FEDERICO (cur.), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004, (pp. 415-452).

<sup>75</sup> Tuttavia di volta in volta si segnalerà l'applicabilità delle discipline ai pubblici ministeri, annotando gli eventuali problemi peculiari che si possono presentare. Si pensi, a tal proposito, al riparto di imputazione nel caso in cui la funzione requirente spetti ai pubblici ministeri diretti da altri soggetti (il Procuratore della Repubblica, nel caso italiano), e che quindi titolare dell'ufficio sia in realtà un soggetto diverso rispetto a colui che ha effettivamente sostenuto l'accusa. D'altra parte, in un sistema come quello italiano in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale (di cui all'art. 112 Cost.), sorgono varie questioni in materia di responsabilità in presenza di eccessiva discrezionalità nell'esercizio della stessa.

<sup>76</sup> Cfr. Art. 108, comma 2, Cost. It.

<sup>77</sup> Facciamo riferimento, rispettivamente, agli ausiliari, consulenti tecnici, membri di «sezioni specializzate» di organi giudiziari ed ai giudici popolari. Cfr. G. LANDI, *Magistrato (diritto vigente)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, Giuffrè, Milano, 1976, (pp. 199-209), p. 200.

guardato esclusivamente tale funzione. Risulta inoltre difficilmente immaginabile che vi sia una violazione del diritto europeo imputabile esclusivamente al pubblico ministero ed è evidente, dunque, che i fenomeni di imitazione fra modelli interessino la responsabilità dei giudici e che possano riguardare l'attività delle autorità requirenti solo per estensione e nella misura in cui la disciplina sia a queste applicabile. Lo stesso vale per l'eventuale responsabilità degli ausiliari del giudice, i cui caratteri risultano alquanto diversi rispetto alla responsabilità dei giudici<sup>78</sup>.

In mancanza di ulteriori precisazioni, con tale terminologia faremo riferimento a qualsiasi soggetto che ponga in essere attività giurisdizionale ovvero eserciti un'esecuzione del diritto oggettivo mediante un procedimento dotato di particolari caratteristiche definito «processo»<sup>79</sup>. In definitiva, tendenzialmente useremo il termine giudice e il termine magistrato in modo intercambiabile, specificando di volta in volta la necessità di considerare tale espressione secondo una particolare accezione.

### 3. *Il metodo*

Secondo le parole di Rodolfo Sacco, «la comparazione presuppone, evidentemente, l'accertamento che esiste una pluralità di modelli giuridici, ma essa va al di là di questo semplice accertamento. Se essa porta la sua attenzione su questi molteplici modelli, lo fa per stabilire in quale misura i modelli sono identici, ed in quale misura sono differenti. In termini più semplici, poiché l'identità dei modelli può essere rappresentata con l'idea di una differenza pari a zero, la comparazione consiste nel misurare le differenze che esistono tra una molteplicità di modelli giuridici»<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Infatti, i privilegi e le limitazioni che caratterizzano i secondi non si applicano a cancellieri ed ufficiali giudiziari, cui si applica la disciplina tipica del pubblico impiego o di diritto comune. Per quanto riguarda il consulente tecnico ed il custode, assumerà rilevanza l'inquadramento della natura del rapporto che si instaura fra questi, il giudice, le parti ed i terzi. Cfr. VIGORITI, *Responsabilità del giudice. Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari, del p.m.*, cit., p. 11. Rimandiamo a tale fonte a proposito della responsabilità disciplinare applicabile a tali figure.

<sup>79</sup> Cfr. E. SPAGNA MUSSO, *Giudice (nozione)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, (pp. 931-932).

<sup>80</sup> Cit. da R. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, Trattato di Diritto Comparato, UTET, Torino, 1992, p. 11. D'altra parte, secondo Gino Gorla la comparazione giuridica consiste in «un'attività o processo di conoscenza di due o più fenomeni giuridici (storicamente determinati) per vedere che cosa essi abbiano di diverso e che cosa di comune». Si tratta di «un processo quasi circolare che va dall'uno al-

Il metodo, inteso in termini generali come un modo di ragionare indirizzato al raggiungimento di uno scopo<sup>81</sup>, costituisce, come noto, l'elemento intorno a cui si sono animati i più accesi dibattiti da parte dei comparatisti, e le questioni ad esso relative meritano particolare attenzione da parte di chi si accinga a svolgere una ricerca comparatistica. Il giurista è uno scienziato sociale e come tutti gli scienziati, al momento di mettersi all'opera, deve scegliere il metodo da seguire; d'altro canto, è evidente che l'intima correlazione fra il metodo, i fini e il contenuto di una ricerca fa sì che non si possa determinare il metodo di indagine a prescindere dall'oggetto da analizzare e dal fine che si intende perseguire<sup>82</sup>. La riflessione sul metodo da seguire non è quindi da intendersi come un passaggio di maniera; all'opposto, appare decisiva per il successo dell'operazione nel suo complesso, perché da essa dipende direttamente il suo valore scientifico.

L'approccio comparatistico fondato sulla dissociazione dei formanti appare, in relazione al tema oggetto di studio, particolarmente fecondo. Infatti, si tratta di una questione che si presta all'indagine comparatistica, non solo in relazione al confronto fra i modelli, ma anche in quanto tema intimamente connesso all'istituzionalizzazione dell'Europa, ed ai meccanismi e strumenti dell'integrazione giuridica, che sono abituale oggetto di indagine da parte di molti autorevoli comparatisti<sup>83</sup>. A tal proposito si può aggiungere che gli strumenti

l'altro termine, e dall'altro ritorna sull'uno e così via; e arricchisce in tal modo sempre più la conoscenza dell'uno e dell'altro, per i caratteri individuali di ciascuno di essi (che risultano e possono risultare soltanto dal raffronto, poiché non si dà l'«individuo» senza l'«altro») e per i caratteri comuni. Nello stesso tempo si controlla l'ipotesi di lavoro di un *quid* comune, e così si attinge la conoscenza di questo *quid* e la si sviluppa». Cit. da G. GORLA, M. CAPPELLETTI, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Studi di diritto comparato, Giuffrè, Milano, 1981, p. 70.

<sup>81</sup> Definizione fornita in B. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il re-taggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 64.

<sup>82</sup> In relazione ai diversi approcci metodologici, e in particolare alle differenze di metodo fra diritto pubblico comparato e diritto privato comparato, v. il capitolo V, intitolato «Il metodo della comparazione», in R. SCARCIGLIA, *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp. 69-89.

<sup>83</sup> Un tema prediletto da una parte importante della dottrina comparatistica consiste nell'armonizzazione del diritto, nel rapporto fra l'armonizzazione giuridica e la costruzione dello spazio giuridico europeo, nei metodi di armonizzazione e nel complesso rapporto fra armonizzazione, unificazione e rispetto delle diversità. Per un contributo relativo al significato semantico del termine «armonizzazione» e, più in generale, per una sintesi delle questioni poc'anzi accennate, v. M.B. DEMBOUR, *Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme*, European University Institute Working Paper Law, vol. 96/4, Badia Fiesolana (San Domenico di Fiesole): European University Institute. Department of Law, Firenze, 1996. Per una raccolta di articoli relativi alla costruzione giuridica e politica del-

metodologici della comparazione e il ragionamento in termini di dissociazione ed interazioni di formanti sono fondamentali ai fini dell'analisi della responsabilità civile del giudice. Tale considerazione appare immediatamente dimostrata se si considera la natura pretoria della fattispecie e, più in generale, la valorizzazione del ruolo del giudice, a discapito della funzione svolta dai legislatori nazionali<sup>84</sup>.

l'Europa, v. A. STONE SWEET, W. SANDHOLTZ e N. FLIGSTEIN (ed.), *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, New York, 2001; in particolare v. il contributo, intitolato «*The institutionalization of European Space*», pp. 1 – 28. Per una panoramica relativa agli strumenti istituzionali utilizzati ai fini del perseguimento dell'integrazione giuridica all'interno dell'Unione Europea, v., fra gli altri, G. GAJA, P. HAY e R. ROTUNDA, *Instruments for Legal Integration in the European Community. A review, Integration Through Law*, vol. 1. Methods, Tools and Institutions, De Gruyter, Berlin, 1985, (pp. 117-138). Inoltre, è d'obbligo un riferimento a quell'approccio comparatistico teso a sottolineare la comunicazione e l'avvicinamento fra normative nazionali conseguenti al rispetto di principi sovrastatali che trovano effettiva tutela giurisdizionale nella Corte di giustizia, che svolge un ruolo determinante nella creazione di un diritto amministrativo comunitario soprattutto per quanto attiene alla tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione. La dottrina si riferisce ad un diritto amministrativo comunitario inteso non come complesso di norme secondarie che trovano applicazione da parte di una pubblica amministrazione comunitaria, ma come «approccio metodologico che muove dalla ricerca di principi comuni nelle normative nazionali da armonizzarsi secondo la prospettiva dell'integrazione comunitaria di cui al Trattato sull'Unione Europea». Cit. da v. G. RECCHIA, *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo* Cedam, Padova, 1996, Introduzione. A proposito della creazione di un diritto amministrativo europeo, considerato come elemento cardine per l'istituzionalizzazione di un'Europa del diritto, v. M. SHAPIRO, *The Institutionalization of European Space*, in W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET e N. FLIGSTEIN, *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, (pp. 94-112).

<sup>84</sup> Molti contributi sono stati dedicati allo strumento con cui la Corte di giustizia ha svolto il ruolo di creatrice del diritto. Il tema dei «*general principles of law*» nell'ambito del «*Community Legal Order*» è approfondito, fra gli altri, in H.G. SCHERMERS e D.F. WAELBROCK, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague - London - New York, 2001, pp. 28-137. Il ruolo della Corte di giustizia come creatrice del diritto e, soprattutto, delle sue sentenze come fonte del diritto con efficacia vincolante, è stato oggetto di numerosi contributi da parte di gran parte della dottrina comparatistica. Infatti, il fatto che la giurisprudenza comunitaria abbia assunto il rango di vera e propria fonte del diritto anche nei paesi di *civil law* ha destato l'interesse dei comparatisti, perché tradizionalmente il diritto di creazione giurisprudenziale e il valore vincolante del precedente sono temi estranei alla tradizione giuridica dell'Europa continentale. Per quanto riguarda i principi enunciati nelle sentenze della Corte di giustizia, Maurizio Lupoi (M. LUPOI, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1, 1999, (pp. 234-262)) opera la distinzione fra sentenza – regola e sentenza – caso e sottolinea che bisogna sempre considerare il fatto che tali sentenze scaturiscono da casi concreti e che ogni sentenza ha in primo luogo l'obiettivo di risolvere singoli casi e non di enunciare principi giuridici validi in assoluto. Per un quadro generale



Tornando a considerazioni più propriamente di metodo, appare evidente che la peculiarità del problema e i relativi elementi di criticità influenzino l'itinerario metodologico da seguire<sup>85</sup>. A questo proposito, la considerazione sulla natura complessa dell'istituto, nella cui costruzione intervengono diversi formanti su multipli livelli, e soprattutto l'interesse per le sue applicazioni pratiche come rimedio a tutela dei diritti, conducono a valutare con particolare attenzione il dato giurisprudenziale.

I casi pratici giudicati dai tribunali nazionali saranno quindi il fulcro intorno a cui ruoterà la trattazione. Infatti lo studio della legislazione nazionale costituisce solo uno dei livelli di indagine, e probabilmente quello meno dinamico, mentre le sentenze dei giudici nazionali ed europei costituiscono il più significativo ed interessante veicolo di mutamento delle discipline nazionali. La dissociazione dei formanti appare dunque centrale in un quadro in cui vi è una vera e propria erosione delle legislazioni nazionali per mano dell'interazione fra giudici operanti a diversi livelli, e in cui lo strumento legislativo dimostra tutta la sua inadeguatezza, perlopiù tramite un recepimento tardivo di soluzioni di elaborazione giurisprudenziale. La dottrina giuridica, in questo campo, si è dimostrata particolarmente attiva e promotrice di soluzioni innovative. Le numerose analisi da parte di diversi cultori del diritto ha infatti messo in luce le criticità del tema, così come le importanti differenze fra i vari sistemi.

In altri termini, la sollecitazione ad una riflessione comparatistica muove in primo luogo da una considerazione di ordine metodologico; l'intento di questa ricerca consiste nell'utilizzare, nell'analisi dei singoli elementi della responsabilità civile dei giudici, un approccio di tipo casistico. Quindi, particolare attenzione sarà dedicata alle sentenze emesse dalle corti nazionali, in modo da analizzare le applicazioni pratiche del paradigma costruito dalla Corte di giustizia<sup>86</sup>. Ciò non toglie, evidentemente, che si farà tesoro dei con-

sui principi del diritto dell'Unione, v. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2000.

<sup>85</sup> Questo concetto viene approfondito nel primo capitolo, intitolato «Elementi e problemi del metodo comparativo», in L.J. CONSTANTINESCO, *Il Metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000.

<sup>86</sup> Anche da questo punto di vista, il contributo dei comparatisti è stato decisivo, in particolare in relazione alle modalità con cui la Corte di giustizia ha svolto la funzione di creazione del diritto attraverso la giurisprudenza. Numerosissimi contributi sono stati dedicati al valore vincolante delle sentenze, ed allo *stare decisis*. A tal proposito, v. H.W. BAADE, *Stare Decisis in Civil-Law Countries: The Last Bastion*, in P. BIRKS e A. PRETTO (ed.), *Themes in Comparative Law. In Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, (pp. 3-20),

tributi disponibili, soprattutto in relazione ai termini della comparazione ed al paradigma comunitario in particolare. Ma i casi pratici saranno posti in particolare evidenza al momento della comparazione in senso stretto, che costituisce l'oggetto principale della nostra ricerca<sup>87</sup>. Infatti, la dissociazione del formante operativo rispetto al formante concettuale e, quindi, la distinzione fra declamazioni e regole operative, implica di riservare una particolare attenzione verso il dato giurisprudenziale<sup>88</sup>. Tale metodo è stato applicato molto spesso nelle riflessioni giuridiche da diversi decenni<sup>89</sup>. Del resto, così come insegna Rodolfo Sacco, l'attenzione al dato giurisprudenziale non caratterizza esclusivamente la comparazione giuridica, ma è propria di qualsiasi metodologia non dogmatizzante. Ciò che caratterizza il comparatista consiste, piuttosto, nell'«accettare la presenza di tutti i formanti dell'ordinamento, e ridurre ognuno di essi alle dimensioni che gli competono, senza illusioni ottiche capaci di far vedere ingrandite le figure più generali (definizioni d'insieme) e di nascondere le regole di dettaglio; ma anche senza errori di prospettiva che rendano invisibili le figure più astratte. (...) Il diritto non è un fenomeno compatto come lo descriverebbe chi vedesse all'opera un legislatore solitario, un professore che ne interpreta la volontà, un giudice che dà esecuzione ai suoi precetti. Il giurista sistematico deve postulare la compattezza (sincronica) del-

pp. 3-20. Per un contributo che approfondisce la creazione del diritto da parte dei giudici e il fenomeno dello *stare decisis*, v. M. SHAPIRO e A. STONE SWEET (ed.), *On Law, Politics, & Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002, capitolo secondo, intitolato «*Judicial Law-making and Precedent*», pp. 90 – 135. Per quanto riguarda il contributo del comparatista nell'opera di analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, v. M. KIIKERI, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, 2001, Capitolo Terzo «*Comparative Law in European Legal Adjudication*», sezione seconda «*Comparative law in the European level case law*», pp. 99-193.

<sup>87</sup> Cfr. R. SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in R. SACCO, *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, (pp. 241-265).

<sup>88</sup> A tal proposito, v. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, cit., p. 20.

<sup>89</sup> A questo proposito possiamo ricordare che Mauro Cappelletti nei primi anni '80 sostenne di applicare il metodo fenomenologico, «rifuggendo dunque dalle pure speculazioni concettuali e ricercando invece una continua aderenza ai fatti, ai dati, agli sviluppi e alle tendenze evolutive della realtà». L'autore prosegue affermando che «Si tratta, ovviamente, di un metodo che è portato a valersi continuamente della comparazione, poiché questa offre appunto al ricercatore quelle possibilità di un'analisi fenomenologico-sperimentale, che le scienze sociali – tra cui quella giuridica –, a differenza di altre scienze, non sono in grado di compiere artificialmente “nelle provette del laboratorio”». Cit. da CAPPELLETTI, *Giudici Legislatori?*, cit., p. 9.

l'ordinamento. Il comparatista ha una visione storica, realistica, diacronica, e dissocia i formanti»<sup>90</sup>.

D'altro canto, l'obiettivo, oltre alla misurazione dei dati fattuali, consisterà nell'individuare le relazioni fra i diversi formanti, ordinamenti e paradigmi. In particolare la dottrina, pur non essendo fonte del diritto in senso stretto, ha fortemente contribuito all'evoluzione della giurisprudenza e in generale si è lungamente concentrata nell'opera di interpretazione e ricostruzione del tema in questione<sup>91</sup>. A tal proposito, infatti, la bibliografia è molto vasta e nei diversi ordinamenti ha svolto un ruolo fondamentale nell'approfondimento scientifico, nella sollecitazione all'intervento legislativo e nel suggerimento di nuove soluzioni ai giudici nazionali. Inoltre, lo studio dei contributi dottrinari stranieri ci aiuterà a considerare il caso italiano affrancandoci dalla logica e dai pregiudizi propri della nostra prospettiva. Per cogliere l'effettiva applicazione del principio e svolgere, quindi, una comparazione ad un livello profondo, è quindi necessario esaminare i modelli stranieri nella complessità delle fonti attraverso le quali si manifesta in un dato ordinamento<sup>92</sup>. Seguendo le parole di Constantinesco, «il giurista deve necessariamente analizzare tutti gli elementi e aspetti del problema: diritto positivo, dottrina, giurisprudenza, prassi amministrative e commerciali, pratiche e tradizioni giudiziarie, consuetudini, usi, ecc. Soltanto a questo prezzo lo studioso può aspirare a una conoscenza completa ed esatta del termine. La ne-

<sup>90</sup> Cit. da SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, cit., pp. 251-253.

<sup>91</sup> A proposito del ruolo della dottrina come fonte del diritto, Ugo Mattei afferma: «*Scholarly writings have never been considered an official source of law in the Western Legal tradition, but scholarly writings have nevertheless played a decisive role in framing legal rules. First, they play an extensive role in the preparation of statutes. Some governments sponsor extensive scholarly efforts before taking legislative action. In addition to official efforts, codes and statutes are modeled on independent scholarly works. Second, legal doctrine plays a crucial role as a «transnational factor». Scholars disseminate legal knowledge throughout the world, despite political and linguistic barriers. Third, most legal authors are law professors; future attorneys and judges are their students, and the student's way of thinking about a legal problem is likely to be influenced by the approach taken by their teachers. Through this indirect avenue, legal scholarship frames a very substantial number of legal rules and doctrines. Finally, a legal system is in part what scholars say it is: it includes not only positive enactments but also all those frameworks, those general categories, used to classify and order enactments*». Cit. da U. MATTEI, *The Comparative Relationship among Sources of Law*, in *Comparative Law and Economics*, 1997, (pp. 101-121).

<sup>92</sup> Usiamo a proposito l'espressione utilizzata in M. VAN HOECKE, *Deep Level Comparative Law*, EUI Working Papers, European University Institute, Florence, 2002.

cessità di conoscere le regole del diritto applicato, così come funzionano nella vita pratica e non soltanto come appaiono nei testi, spiega perché la ricerca sociologica appartenga al metodo comparativo. È in questa prospettiva che si può distinguere il diritto vivente (*living law*) dal *law in the books*»<sup>93</sup>.

### 3.1. *La cross-fertilisation*

Come vedremo meglio nel corso del presente capitolo, a fronte di un paradigma unitario creato dalla Corte di giustizia esistono diverse applicazioni di tale principio, a seconda dell'ordinamento statale che si consideri. Di conseguenza, per ambire ad un'analisi completa e approfondita della responsabilità del giudice, sarà necessario analizzare gli elementi, di diritto interno sia sostanziale sia processuale, sia pubblico sia privato, rilevanti ai fini della sua applicazione. Le ampie prospettive di riflessione che tale fenomeno suscita hanno stimolato l'intervento di molti commentatori. D'altra parte, tale interesse è continuamente rinnovato, perché si tratta di un istituto in continua evoluzione, grazie all'impulso della giurisprudenza della Corte di giustizia, da un lato, e dei tribunali nazionali, dall'altro. Secondo un'altra prospettiva, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo imputabile alla funzione giurisdizionale, che trova origine nella giurisprudenza europea, potrebbe costituire caso paradigmatico per criticare il principio di unità<sup>94</sup>. Tale meccanismo, secondo un'autorevole definizione, ha natura complessa e proteiforme<sup>95</sup>.

Seguendo l'impostazione tradizionale dell'indagine comparatistica, un primo obiettivo consiste nell'accertare le differenze e le somiglianze

<sup>93</sup> Cfr. CONSTANTINESCO, *Il Metodo comparativo*, cit., p. 152.

<sup>94</sup> Cfr. SACCO, *Introduzione al Diritto Comparato*, cit., pp. 47-48.

<sup>95</sup> Definizione fornita in G. ALPA, *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in G. ALPA, *Il diritto Privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004, (pp. 562-593). La complessità è data dal fatto che le regole plasmate in sede comunitaria sono integrate da quelle proprie degli ordinamenti nazionali, in particolare per quanto riguarda il nesso causale e l'entità del danno risarcibile. La natura proteiforme dipende dal fatto che ogni Stato membro applica parzialmente le proprie regole, «e così si avranno ordinamenti in cui si applicano regole comuni, altri in cui si applicano le regole speciali, altri ancora in cui vige un sistema misto». Questo tema sarà oggetto di ampio approfondimento nel corso della trattazione. A proposito dell'importanza dei diritti nazionali nel delineare il diritto al risarcimento, v. T. TRIDIMAS, *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law: An Assessment of the Case Law*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 11-33), sezione dal titolo «*The right to reparation: the importance of national law*», pp. 27-28.

fra diversi ordinamenti, dando conto del processo di *cross-fertilisation*, che consiste in un processo circolare, di movimento dall'alto della Corte di giustizia verso il diritto municipale (con i connessi fenomeni di recezione e di resistenza) e, d'altra parte, di un'influenza in senso opposto, da parte dei paradigmi nazionali sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale movimento circolare, dal piano comunitario a quello statale e viceversa, ha dato luogo ad un'«esperienza di conversione» al paradigma comunitario dei diritti nazionali, tanto che i regimi nazionali di responsabilità pubblica, pur rimanendo formalmente intatti, hanno visto progressivamente mutare i profili giuridici di fondo<sup>96</sup>.

Il tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, a seguito della copiosa attività da parte della Corte di giustizia, è stato oggetto di frequenti riflessioni, che si sono concentrate sui principali profili di cui tale complesso istituto è composto. Secondo questa prospettiva, la responsabilità per violazione del diritto europeo da parte del giudice deve essere considerata l'ultima applicazione di un tragitto giurisprudenziale pluridecennale. Chi si prefigge di analizzarne i tratti deve dunque prendere le mosse dai relativi contributi dottrinali, che ne hanno sottolineato il carattere misto, risultante dall'intervento parallelo e concorrente dei giudici della Corte di giustizia da un lato, e dalle corti nazionali dall'altro, in particolare in relazione ai rimedi volti alla tutela effettiva dei diritti<sup>97</sup>. Riservandoci di tornare sull'approfondimento di questi elementi, vogliamo accennare ad alcuni aspetti relativi alla valenza di tali sentenze della Corte di giustizia, ed alle dinamiche intercorrenti fra modello comunitario e modelli nazionali.

Un primo elemento che merita di essere approfondito attiene ai fenomeni di convergenza che l'elaborazione di una paradigma comunitario tende inevitabilmente ad avviare. Infatti, la disciplina della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione è uno degli esempi più evidenti di influenza sui diritti nazionali, tanto più se si considera che l'istituto ha natura sussidiaria, di strumento di tutela finalizzato all'armonizzazione giuridica ed alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive<sup>98</sup>. Per riferirsi a questo processo, è stato utilizzato

<sup>96</sup> Per descrivere tale fenomeno, l'autore ha fatto ricorso al paradosso della nave di Teseo, anticamente utilizzato per esporre la questione metafisica circa l'identità di un oggetto, una volta sostituiti tutti gli elementi che lo compongono. Cfr. A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 285.

<sup>97</sup> A questo proposito, v. TRIDIMAS, *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law: An Assessment of the Case Law*, cit., p. 27.

<sup>98</sup> A tal proposito, richiamiamo l'affermazione di Granger, secondo cui la «dottrina Francovich» si modella «into the national tort rules and procedures, in a way

il termine *cross-fertilisation*, che richiama un concetto niente affatto sconosciuto ai cultori del diritto comparato. Con questa espressione, mutuata dalla terminologia botanica, si è cercato di affiancare (e in qualche modo contrapporre) la dinamica della fertilizzazione incrociata a quella, celeberrima, del trapianto giuridico. Di seguito, intendiamo esporre i termini della questione e proporre alcuni interrogativi cui cercheremo di dare risposta nel corso della trattazione.

Al dibattito relativo alla *cross-fertilisation* hanno offerto un contributo essenziale coloro che hanno trattato l'argomento dal punto di vista del diritto pubblico e che per primi hanno chiarito perché, al concetto di *legal transplant*, si preferisce quello di *fertilisation*. Il trapianto giuridico è definito da Alan Watson come «*the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another*»<sup>99</sup>, il che fa presupporre che una porzione di diritto possa essere trapiantata nel sistema ricevente così come un organo può essere trapiantato da un corpo ad un altro e, analogamente alla sfera medica, tale operazione possa avere esito positivo o negativo: «*A successful legal transplant – like that of a human organ – will grow in its new body, and become part of that body just as the rule or institution would have continued to develop in its parent system. Subsequent development in the host system should not be confused with rejection*»<sup>100</sup>.

D'altro canto, la *cross-fertilisation* è un fenomeno meno diretto, di circolazione di tipo culturale, perché non implica una importazione di nuovo diritto da parte degli Stati membri, ma consiste, piuttosto, in uno sviluppo organico dei diritti nazionali, dovuto ad una

*which is promising for the future of legal interpretation in Europe. The Francovich doctrine and its national uses provide a great illustration of the pluralist mode of construction of the European legal order, in a spirit of "unity in diversity"». Cit. da M.P. GRANGER, National Applications of Francovich and the Construction of a European Administrative Jus Commune, in European Law Review, 32, 2, April 2007, (pp. 157-192), p. 192. Gli amministrativisti si riferiscono ad un «diritto amministrativo europeo in formazione», che si traduce non solo nell'affermazione di principi generali di natura amministrativa applicabili nella elaborazione e applicazione del diritto dell'Unione, ma anche nell'armonizzazione dei sistemi amministrativi nazionali indotto dalla definizione di categorie giuridiche di natura amministrativa a livello comunitario. Un esempio classico di questo fenomeno consiste nella creazione di un substrato comune ai differenti regimi di responsabilità patrimoniale degli Stati membri a partire dalla definizione e applicazione dei presupposti della responsabilità patrimoniale per violazione del diritto dell'Unione stabiliti dalla Corte di giustizia. Il tema sarà trattato nel corso dell'ultimo capitolo.*

<sup>99</sup> Cfr. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, p. 21.

<sup>100</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 27.

sollecitazione esterna<sup>101</sup>. A questo proposito, chi ha analizzato il fenomeno dal punto di vista del diritto pubblico ha sottolineato che, per quanto riguarda i regimi di diritto amministrativo, a causa dell'intima connessione dell'architettura dei sistemi di diritto amministrativo con i sistemi e meccanismi istituzionali dei singoli Stati, ben difficilmente si assiste a fenomeni di trapianto giuridico. In altri termini, il paradigma comunitario deve essere applicato all'interno di sistemi nazionali piuttosto diversi fra loro, e quindi sembra che il fenomeno di *cross-fertilisation* possa essere concettualmente più facile da prefigurare<sup>102</sup>. Tra l'altro, la proposizione di tale meccanismo intende avvicinare le posizioni relativiste ed universaliste in relazione ai trapianti giuridici, ovvero le tesi di chi enfatizza l'incommensurabilità dei sistemi, intesi come cultura, tradizione e mentalità, rispetto a coloro che si dimostrano più ottimisti nei confronti dei fenomeni di comunicazione fra sistemi<sup>103</sup>. La proposizione di una forma meno invasiva di circolazione dei modelli mette a nudo il fatto che intorno ai trapianti giuridici si è animato un dibattito fondato su reciproche caricature: infatti, se da un lato è impensabile il trapianto giuridico inteso come trasferimento meccanico e decontestualizzato, è altrettanto improbabile sostenere l'incommensurabilità dei sistemi *tout court*, perché ciò significherebbe negare alla radice ogni forma di circolazione dei modelli, il che non è seriamente in discussione. La *cross-fertilisation* si pone quindi come soluzione di sintesi delle due posizioni, perché da un lato riconosce l'esistenza di paradigmi nazionali facilmente distinguibili, ma dall'altro tende a dimostrare la comunicazione fra i vari modelli statali, che interagiscono con il modello sopranazionale, cui tutti partecipano<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> A proposito delle differenze fra «*Cross-fertilisation*» e «*legal transplants*», v. J. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in J. BEATSON e T. TRIDIMAS, *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 147-165).

<sup>102</sup> «...il modello comunitario non si può risolvere in un mero processo di *legal transplantation*: lo schema normativo forgiato nelle aule di Lussemburgo deve essere calato nelle diverse realtà nazionali, colorandosi volta per volta di sfumature diverse. Esso rappresenta «*a model for potential cross-fertilisation*», non per un'azzardata od indesiderata operazione di *legal transplantation*». Cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., pp. 271-272.

<sup>103</sup> «È così necessario rifarsi agli autori che nell'ambito degli studi di teoria della comparazione si sono in buona parte divisi fra una posizione universalista, che assume la piena fruibilità di regole elaborate in certi contesti culturali all'interno di altri contesti, e una posizione relativista, che oppone l'incommensurabilità, l'impossibilità di confrontare, quale criterio di relazione fra i diversi ordini giuridici». Tratto da AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, cit., p. 36.

<sup>104</sup> Questa prospettiva, peraltro, non era affatto negata da Watson, che affermava

Tornando all'applicazione di tali categorie allo strumento in questione, sembra opportuno proporre alcune riflessioni di insieme. In primo luogo, nel caso dei fenomeni collegati alla costruzione del principio da parte della Corte di giustizia, la nozione di trapianto, considerata nei termini sopra riportati, è di difficile applicazione. Infatti, Alan Watson, quando propose tale concetto aveva in mente l'applicazione del diritto romano fuori dall'Europa, ovvero una forma di circolazione di un modello radicalmente diverso rispetto a quello che stiamo considerando. Infatti, il diritto romano era trapiantato in ordinamenti stranieri, che lo recepivano per ragioni di occupazione o di prestigio<sup>105</sup>; nel nostro caso, invece, l'applicazione del diritto dell'Unione all'interno degli ordinamenti nazionali avviene all'interno di un'unica comunità di diritto, in forza di un Trattato che rende ogni cittadino di uno Stato membro automaticamente titolare di diritti dinanzi alla Comunità intera<sup>106</sup>. Per cui, per concludere questa prima riflessione relativa alle categorie di *cross-fertilisation* da un lato e di trapianto giuridico dall'altro, sottolineiamo che il dibattito si sarebbe sviluppato in termini diversi se lo stesso concetto fosse stato espresso con un'altra formula e non con la fuorviante metafora del trapianto, che suggerisce un fenomeno di trasferimento materiale di un elemento che rimane sostanzialmente inalterato fra organismi estranei fra loro<sup>107</sup>.

che recezioni e trapianti presentano una varia tipologia, tanto che «one might think also of an imposed reception, solicited imposition, penetration, infiltration, crypto-reception, inoculation and so on, and it would be perfectly possible to distinguish these and classify them systematically». Cfr. BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, cit., p. 30.

<sup>105</sup> I fattori dei trapianti di norme sono solitamente distinti in: volontà di ricezione pienamente libera o condizionata dal progetto di riformare il diritto per «essere parte di» convenzioni, organismi internazionali, ecc; standards tecnici; forza militare; coercizione economica; migrazione di popolazioni. Cfr. AJANI, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 43 e ss.

<sup>106</sup> Cfr. C. LYONS, *The Limits of European Union Citizenship*, in Z. BANKOWSKI e A. SCOTT, *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Blackwell, Oxford – Malden, 2000, (pp. 149-167).

<sup>107</sup> Probabilmente è meglio considerare i fenomeni in sé, piuttosto che fondare i dibattiti sui termini utilizzati per esprimerli. A tal proposito, «Possibly due to its rapid growth, the terminology of the field is still surrounded by some uncertainty. The term «transplant» is based on a metaphor that was chosen *faute de mieux*, ill-adapted to capturing the gradual diffusion of the law or the continuous nature of the process that sometimes leads to legal change through the appropriation of foreign ideas. Alternative terminology that has gained acceptance (especially outside the common law world) is «circulation of legal models». Thus, the Thirteenth Congress of the International Academy of Comparative Law discussed the topic to which this chapter is dedicated under that title. The Association Henry Capitant dedicated one of its annual meetings to the circulation of the French legal model abroad. More recent contributions speak of «transfer» instead of «transplant» of law. The term «reception»



Per questa ragione Gunther Teubner preferisce sostituire alla celebre formula quella di «*legal irritants*», e conclude suggerendo di superare l'alternativa secca fra resistenza e integrazione. Infatti, l'imposizione di nuovo diritto produce (continuando nella metafora medica) una sorta di irritazione cui discende una lunga serie di conseguenze. I «*legal irritants*» non possono essere addomesticati; non siamo di fronte ad un elemento alieno che diventa elemento autoctono, e non vi è un adattamento al nuovo contesto giuridico culturale. Piuttosto, si assisterà ad un'evoluzione consistente nella ricostruzione del significato della regola esterna secondo le categorie concettuali proprie dell'ordinamento ricevente<sup>108</sup>. Tuttavia, è evidente che se la contrapposizione fra *cross-fertilisation* e *legal transplant* è proposta non per riflettere su quale dei due sia più calzante in questo caso, ma a fini meramente esplicativi, ovvero per spiegare cosa si intende quando si utilizza il concetto (relativamente nuovo) di *cross-fertilisation*, in opposizione al concetto (conosciuto) di *legal transplant*, allora tale esercizio ha una sua piena logica e utilità.

Il concetto di *cross-fertilisation* risulta particolarmente prezioso ai nostri fini in considerazione di un elemento fondamentale che in questa sezione introduttiva ci prefiggiamo di approfondire ulteriormente: la disciplina, così come delineata in ambito comunitario, viene applicata all'interno degli Stati, in cui preesistono discipline nazionali relative alla responsabilità dello Stato. Quindi, in primo luogo, si dà il caso di giudici chiamati ad applicare norme comunitarie che si pongono in un rapporto dialettico con la disciplina nazionale, interpretata secondo i parametri culturali del diritto municipale. Se da un lato

*is sometimes used as a synonym for any and all of the above, though it also has a specific denotation referring to global legal transfers. In this sense, the most important case of «reception» in the History of Europe is the diffusion of Roman Law that occurred when the subject was taught in universities during the medieval and early modern ages. «Reception» as a synonym for global legal transfer is not limited to this case. Indeed, the first legislative acts of the newly independent American States enabling their courts to receive and develop the English common law are known as «reception statutes». And the list of terms used to identify legal change by legal transfer goes on. Generic expressions such as «influence» or «inspiration» are also in use, while other terms, for example, «cross-fertilisation», are gaining currency. All the variations subtly qualify the study of the main theme, but may also denote phenomena similar to those covered by a different terminology». Cit. da M. GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, (pp. 441-474), pp. 443-444.*

<sup>108</sup> Tali tesi sono esposte in G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in F. SNYDER, *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, (pp. 243-267), pp. 244-245.

troviamo una diversa applicazione del paradigma comunitario a seconda delle diverse tradizioni nazionali e, quindi, fenomeni di resistenza, d'altro canto assistiamo ad un mutamento delle stesse discipline nazionali da parte dei tribunali che, in ossequio ai principi di preminenza e di efficacia diretta del diritto dell'Unione, sono chiamati a tutelare i diritti di fonte comunitaria anche disapplicando, se del caso, le norme procedurali nazionali che costituiscono un ostacolo alla tutela di tali diritti. Per cui, parallelamente ad una lettura secondo categorie municipali della disciplina comunitaria, assistiamo ad un fenomeno che interessa in termini analoghi gli ordinamenti giuridici nazionali, la cui struttura istituzionale, cultura giuridica e architettura concettuale non possono che risentire dell'impulso comunitario<sup>109</sup>. Se si considera la *cross-fertilisation* sotto un'altra ottica, ci si accorge che non si tratta solo di una dinamica di reciproca resistenza e, in certi termini, di concorrenza, fra i diversi paradigmi; si tratta perlopiù di un'interpretazione, un'applicazione e, soprattutto, uno sviluppo del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri. Quindi gli Stati sono nella posizione di sviluppare tale principio ben oltre le volontà dei giudici della Corte di giustizia<sup>110</sup>; per utilizzare un'espressione molto usata a livello comunitario, nonostante la riluttanza della Corte di giustizia, ci si trova necessariamente di fronte ad un'applicazione multilivello di tale principio<sup>111</sup>.

<sup>109</sup> «*The national legal order tries to find the most appropriate way to accommodate the new insight into its own conceptual structure and legal culture. As a result, the national solutions are not identical in form, even if they may be broadly similar in result*». Cit. da BELL, *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, cit., p. 161.

<sup>110</sup> Il principio di autonomia processuale impone che i giudici nazionali applichino il principio secondo le regole procedurali nazionali, il che conduce, necessariamente, ad un'interpretazione del paradigma comunitario quantomeno parzialmente difforme da Stato a Stato. Cfr., a tal proposito, W. VAN GERVEN, *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Common Market Law Review*, 37, 3, June 2000, (pp. 501-536)). A proposito dell'applicazione decentrata del diritto dell'Unione, v. D. CURTIN, *The Decentralised Enforcement of Community Law rights. Judicial snakes and ladders*, in D. CURTIN e D. O'KEEFE, *Constitutional adjudication in European Community and National Law*, Butterworths, Dublin, 1992, (pp. 33-49), p. 48. A proposito del bilanciamento fra i vari principi, v. M. HOSKINS, *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, in *European Law Review*, 21, No. 5, October 1996, (pp. 365-377).

<sup>111</sup> C'è chi preferisce riferirsi al funzionalismo nello sviluppo della Comunità o alla sua evoluzione incrementale, ma in questo caso il termine «multilivello» permette di rinviare, seppur incidentalmente, a quei dibattiti relativi alla *governance* dell'Unione Europea come ordinamento sopranazionale di natura ibrida. A tal proposito, ricordiamo che alcuni autori preferiscono utilizzare formule quali «governo intrecciato» o «costituzionalismo intrecciato», perché sostengono che il termine «mul-

Questo breve resoconto tende a delineare le diverse traiettorie percorse dal processo di *cross-fertilisation*, che possono sommariamente dividersi in un meccanismo formale da un lato ed informale dall'altro. A proposito del primo profilo, richiamiamo i riflessi in campo nazionale più evidenti del paradigma comunitario, consistenti nei rarissimi interventi legislativi, e, soprattutto, nelle decisioni dei giudici nazionali in veste di giudici europei di diritto comune o giudici decentrati di diritto europeo, che hanno svolto un ruolo fondamentale nel perseguimento della risoluzione della dialettica fra i diversi paradigmi<sup>112</sup>. D'altro canto, però, la *cross-fertilisation* consiste anche in un movimento più profondo, sotterraneo, consistente in un'influenza di tipo culturale che orienta le decisioni dei giudici, in quanto incide direttamente sugli orizzonti concettuali da cui questi attingono al momento di decidere le controversie<sup>113</sup>.

tilivello» suggerisca una sorta di gerarchia a piani distinti, ovvero di percorso piramidale, che caratterizza, piuttosto, i sistemi federali. Secondo un'opinione alquanto diffusa, la formula «*governance* multilivello» è utilizzabile nella misura in cui si riferisce non al mantenimento di strutture e relazioni fra diversi livelli di governo, connotate dall'elemento gerarchico, ma alla promozione e allo sviluppo di forme di interconnessione dinamica fra gli stessi livelli. Cfr. F.G. PIZZETTI, *Metodi intergovernativi, metodi «comunitari» e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi*, in P. BILANCIA (cur.), *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Giuffrè, Milano, 2006, (pp. 269-287), p. 283. Un approfondimento dei modelli multilivello è offerto da: L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, New York, Oxford, 2001.

<sup>112</sup> I giudici nazionali esercitano competenze comunitarie secondo tre linee direttrici: la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con norme comunitarie previste di efficacia diretta, l'interpretazione conforme delle disposizioni nazionali ai contenuti e agli obiettivi dell'ordinamento comunitario, e, ovviamente, il risarcimento del danno per violazione del diritto dell'Unione. Il rapporto fra Corte di giustizia e Corti nazionali è approfondito in A. SLAUGHTER, A. STONE SWEET e J.H.H. WEILER (ed.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.

<sup>113</sup> La necessità della costruzione di una comune cultura di tutti i giudici nazionali è stata più volte ribadita non solo dagli studiosi, ma anche in sede istituzionale. A tal proposito, v., ad esempio, la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, dal titolo «Spazio di libertà, sicurezza e giustizia: bilancio del programma di Tampere e nuovi orientamenti», presentato il 2 giugno 2004, in cui si stabilisce l'obiettivo di «Creare uno spazio giudiziario europeo rispettoso delle tradizioni e dei sistemi giuridici degli Stati membri, che associ strettamente i professionisti. Lo sviluppo dello spazio giudiziario europeo non ha né come obiettivo, né come conseguenza, di mettere in discussione le tradizioni giuridiche e giudiziarie degli Stati membri. Tale approccio fondato sui principi di proporzionalità e di sussidiarietà è affermato nel progetto di trattato costituzionale. Il principio di reciproco riconoscimento è stato posto al centro della costruzione europea in questo

Concludendo, l'analisi comparatistica appare particolarmente opportuna perché la *cross-fertilisation* coinvolge una questione fondamentale, consistente nel rapporto fra cittadini e stati nazionali, che muta sensibilmente in considerazione delle divergenze dal punto di vista istituzionale e di composizione interna da un lato e dal punto di vista procedurale e rimediabile dall'altro<sup>114</sup>. I profili di criticità connessi a tali fattori saranno oggetto di riflessione nei prossimi capitoli.

#### 4. *Imitazione e resistenza fra sistemi nazionali e modello europeo*

Come annunciato in fase introduttiva, l'attuale studio si prefigge di analizzare la responsabilità civile dei giudici applicando la dissociazione dei formanti<sup>115</sup>.

Come accennato nelle premesse, si tratta di una figura complessa, «interfacciale»<sup>116</sup>, né compiutamente europea né compiutamente nazionale ma, appunto, derivante dalla compenetrazione di ordinamenti. La responsabilità civile del giudice, infatti, rientra nell'ambito di competenza dei legislatori nazionali, quanto meno qualora la posizione giuridica violata si fondi sul diritto nazionale. Ciò significa che, se non vi è violazione del diritto dell'Unione, i cittadini danneggiati de-

settore. Il reciproco riconoscimento esige tuttavia una base comune di principi condivisi e di norme minime, al fine in particolare di rafforzare la reciproca fiducia. Un'azione forte diretta ai professionisti per garantire l'effettività della politica giudiziaria europea continuerà ad essere necessaria» (par. 2.6). Secondo le parole di Ignazio Juan Patrone, tale documento esprime «la necessità di costruire questa comune cultura di tutti i giudici nazionali, senza porre troppa fiducia sul solo possibile intervento delle Corti europee». L'autore ha inoltre affermato che «un sistema giurisdizionale a più livelli, nazionale e comunitario, non esclude, anzi in qualche modo favorisce, il dialogo interpretativo tra i giudici, al di fuori di qualsiasi camicia di forza del tipo «*stare decisis*». Esso non può però trasformarsi in una babele di linguaggi e di soluzioni, lasciando al solo giudice regolare il compito di ricavare principi generali che possono essere calati dall'alto sulle giurisprudenze nazionali». Cfr. I.J. PATRONE, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. AMATO e E. PACIOTTI, *Verso l'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2005, (pp. 187-204), pp. 195-196.

<sup>114</sup> Tra l'altro, un'analisi che intenda ricostruire le fasi di creazione della figura appare opportuna anche perché il lettore in cerca di un quadro di insieme aggiornato ed organico si trova di fronte ad una selva disordinata di giurisprudenza e contributi dottrinari; per cui la difficoltà non consiste nel reperire materiale, ma, piuttosto, nel selezionarlo, ed orientarsi in un panorama di contributi e sollecitazioni abbondante ma estremamente disorganico.

<sup>115</sup> Il concetto di formante è stato ampiamente approfondito nella sezione precedente.

<sup>116</sup> Definizione fornita da E. SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e Responsabilità*, 7, 2003, (pp. 718-727), p. 725.

vono adire le corti nazionali, e tali tribunali giudicheranno applicando la disciplina sostanziale e processuale di diritto interno. Viceversa, qualora la posizione giuridica sia fondata sul diritto dell'Unione, il soggetto danneggiato agisce davanti al giudice nazionale che deve, in questo caso, applicare il diritto sovranazionale (ivi compresa, ovviamente, la giurisprudenza della Corte di giustizia) e la disciplina nazionale in conformità di quest'ultimo.

Questa interazione fra livelli assume rilievo ai nostri fini, poiché i principi di diritto europeo che la regolano hanno favorito reciproche dinamiche di imitazione e resistenza anche in tema di illecito giudiziario. L'approfondimento del dialogo fra i giudici come fattore di mutamento dei diritti degli Stati membri richiede di compiere alcuni passi propedeutici, consistenti nell'approfondimento dei principi di coordinamento fra il livello nazionale ed europeo, dell'efficacia negli ordinamenti nazionali delle sentenze della Corte di giustizia e della tendenza alla progressiva compressione dei diritti nazionali a vantaggio di una maggiore uniformazione.

Poc'anzi abbiamo fatto riferimento al concetto di *cross-fertilisation*, in contrapposizione a quello di trapianto giuridico, come rappresentazione metaforica delle dinamiche di imitazione all'interno di uno spazio giuridico comune. Infatti, ai fini della comparazione fra ordinamenti europei, la metafora del trasferimento di organi fra due corpi, come se questi fossero sistemi chiusi, autosufficienti ed impermeabili verso l'esterno, non sembra pienamente soddisfacente. L'essenza stessa dell'integrazione europea consiste, infatti, nella comunicazione e nello scambio fra ordinamenti che partecipano ad uno spazio politico comune e che contribuiscono a formarne il relativo patrimonio giuridico<sup>117</sup>.

Nel corso della trattazione faremo costante riferimento alla giurisprudenza ed ai contributi dottrinali relativi alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, di cui la responsabilità dello Stato giudice è l'ultima evoluzione. L'abbondante dottrina disponibile a tale proposito, già prima della recente evoluzione giurisprudenziale relativa alla responsabilità per fatto del giudice, avvertiva che la c.d. «dottrina Francovich», seppur generalmente accettata da parte delle corti nazionali, in fase applicativa ha sempre incontrato

<sup>117</sup> Ne è conseguenza la relativizzazione delle categorie nazionali. Per un contributo relativo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione imputabile al legislatore, cfr. L. BAIRATI, *La responsabilità dello Stato – legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, in *CDCT working paper. European Legal Culture*, 6, 2012, (pp. 1-37).

non poche resistenze, mutando la sua fisionomia a seconda dell'ordinamento in seno al quale trova applicazione. Negli ultimi anni, a seguito delle sentenze europee relative agli illeciti giudiziari, il tema della responsabilità civile dei magistrati è tornato di attualità, oggetto di attenzione sia da parte della dottrina sia da parte dei legislatori nazionali. Per meglio comprendere tale fenomeno, bisogna in primo luogo fare riferimento ai principi di diritto europeo che regolano i rapporti con gli ordinamenti nazionali, per poi svolgere alcune considerazioni circa il dialogo fra giudici secondo le sue evoluzioni più recenti.

#### 4.1. *La responsabilità dei giudici fra diritto europeo e autonomia degli Stati membri*

Come noto, l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali hanno ambiti di applicazione diversi, per cui vi è una rigida ripartizione fra poteri normativi che si articolano secondo uno schema di competenza, piuttosto che di gerarchia. D'altro lato, per quanto riguarda l'esercizio delle posizioni giuridiche soggettive, a prescindere dal loro fondamento, i cittadini dovranno in primo luogo adire i giudici nazionali: in caso di materia di competenza di diritto interno il giudice (nazionale, ovviamente) applicherà quest'ultimo, se invece la materia è di competenza comunitaria, il giudice dovrà applicare il diritto europeo utilizzando gli strumenti dell'interpretazione conforme<sup>118</sup>, della disapplicazione del diritto nazionale incompatibile, del rinvio pregiudiziale<sup>119</sup>, ecc.<sup>120</sup>.

In una prima analisi il quadro sembra chiaro. Tuttavia, negli ultimi anni, anche a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, il percorso di permeazione fra livelli ha subito un'evidente accelerazione<sup>121</sup>. Ciò significa che ormai la separazione su base compe-

<sup>118</sup> Sul concetto di interpretazione conforme e, più in generale, sulle ricadute del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale sulla funzione del giudice nazionale, v. R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 3, 2007, (pp. 377-412).

<sup>119</sup> Il rinvio pregiudiziale è lo strumento che per eccellenza garantisce il dialogo fra giudici nazionali e Corte di giustizia, in merito all'interpretazione del diritto europeo. Cfr. L. DANIELE, *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 447-461).

<sup>120</sup> In particolare l'interpretazione conforme costituisce l'anello di congiunzione per eccellenza fra il livello statale e quello comunitario, secondo le parole di M. CARTABIA e M. GENNUSA, *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 52.

<sup>121</sup> Ai sensi del terzo comma dell'art. 6 del Trattato dell'Unione europea, «I di-

tenziale tende a cedere il passo ad una più accentuata impostazione gerarchica, negata formalmente, ma chiaramente tangibile nella pratica. Il caso della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo da parte di un giudice è esempio perfetto di questo fenomeno.

Per meglio comprendere tale situazione è necessario esaminare in primo luogo i principi che regolano l'interazione fra giudici, per poi concentrarci specificamente sul dialogo fra giudici e sulle sue implicazioni in tema di circolazione dei modelli.

#### 4.2. *I principi regolatori del sistema multi-livello di responsabilità dello Stato*

La responsabilità civile del giudice è disciplinata in modo particolareggiato a livello nazionale; d'altra parte la Corte di giustizia ha delineato alcuni presupposti relativi alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione riferibile (non solo) ai giudici. Quindi, in caso di violazione del diritto europeo da parte di un giudice nazionale, la corte nazionale competente ha tre compiti fondamentali: l'interpretazione e l'applicazione dei presupposti elaborati dalla Corte di giustizia (per es. la «violazione sufficientemente caratterizzata» o «violazione manifesta del diritto»)<sup>122</sup>, l'interpretazione ed applicazione del diritto nazionale (sostanziale e processuale<sup>123</sup>) in conformità con

ritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Si tratta di una formalizzazione dalle profonde ricadute in sede applicativa, poiché fa riferimento ad una legislazione per principi che è elemento fondamentale dell'ordinamento giuridico europeo. Ne deriva il ruolo centrale del momento giurisdizionale nell'affermazione e nel riconoscimento dei diritti, con tutto ciò che questo comporta in relazione alla circolazione dei modelli. Cfr. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Rivista di diritto civile*, 5-1, 2010, (pp. 635-653), p. 646 e ss.

<sup>122</sup> Oltre alla bibliografia finora citata a tale riguardo, segnaliamo A. BARAV, *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in AA.VV., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, (pp. 1-20).

<sup>123</sup> Come vedremo fra breve, l'azione deve essere esercitata secondo le norme di ciascuno Stato membro e nel rispetto delle relative procedure, e sarà pertanto il giudice interno ad applicare tali disposizioni per risolvere questioni fondamentali quali la competenza, i termini di decadenza e prescrizione, la determinazione e quantificazione del danno risarcibile, ecc. Come noto, le norme applicabili alle azioni di responsabilità extracontrattuale possano differire sensibilmente da Stato a Stato, il che può mettere in serio pericolo il perseguimento del fondamentale obiettivo, consistente nella possibilità che tutti i cittadini comunitari ostentino effettivamente ed allo

il diritto dell'Unione, e l'integrazione dei contenuti e degli elementi sui quali il giudice europeo è rimasto silente. Siamo quindi in presenza di un istituto di diritto nazionale che diventa di diritto europeo qualora la posizione giuridica violata si fondi sul diritto dell'Unione. Per questo motivo è necessario rifarsi alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, che negli ultimi anni è stato riferito anche alla funzione giurisdizionale.

In questo campo il primo fondamentale principio regolatore è quello dell'autonomia istituzionale e processuale, in forza del quale gli Stati hanno la facoltà di disciplinare le forme per la corretta esecuzione del diritto europeo, fermo restando, ovviamente, il parallelo dovere di assicurare che tutte le istituzioni, legislative, amministrative o giurisdizionali, e tutti i procedimenti di applicazione, garantiscano che la normativa europea trovi attuazione in forma piena, effettiva ed uniforme. Il principio dell'autonomia istituzionale, applicato alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo imputabile alla funzione giurisdizionale, comporta che il diritto al risarcimento debba essere soddisfatto attraverso i rimedi previsti in seno ai singoli ordinamenti nazionali, per cui spetta a questi ultimi regolare questioni quali la determinazione dei giudici competenti, la quantificazione del danno risarcibile, il nesso di causalità, ecc. Secondo il principio dell'autonomia processuale, in assenza di una procedura armonizzata e, più in generale, di una regolamentazione della materia da parte del diritto europeo, le modalità e i meccanismi di tutela dei diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie sono predisposti dagli ordinamenti interni<sup>124</sup>. In particolare, la Corte di giustizia ha costantemente ribadito che rientra nella sfera di autonomia dell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro, oltre che la designazione del giudice competente, la disciplina processuale delle azioni giudi-

stesso modo le posizioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione. In relazione ai rapporti fra diritto europeo e sistemi processuali nazionali, con particolare riferimento al possibile conflitto fra principio dell'autonomia processuale degli Stati da un lato e necessità di disapplicare istituti processuali nazionali suscettibili di interferire con norme comunitarie e ostacolarne l'effettività, v. E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2008, (pp. 447-467).

<sup>124</sup> Ciò significa che l'applicazione di tale figura, e più in generale, l'effettività del principio della responsabilità dello Stato-giudice, in mancanza di una disciplina unitaria, dipende «dalla capacità dei singoli ordinamenti di approntare strumenti sostanziali e procedurali tali da garantire l'effettività della tutela dei singoli da violazioni imputabili all'attività giudiziaria». Cit. da C. PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1)*, in *Rivista della Corte dei Conti*, Parte IV, 2006, (pp. 395-425), p. 416.



ziali volte alla tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto europeo<sup>125</sup>. In altri termini, in ossequio al principio di autonomia procedimentale o, meglio, di competenza procedimentale degli Stati membri, sarà compito delle corti nazionali applicare le norme di diritto dell'Unione, d'accordo con le proprie norme processuali interne. Tale principio poggia sulla presunzione che l'ordinamento giuridico interno offra rimedi sufficienti per assicurare una protezione efficace delle posizioni giuridiche dei cittadini<sup>126</sup>. Tuttavia, come vedremo, l'ottimismo di questo postulato ha dovuto più volte confrontarsi con una applicazione giudiziale del principio eterogenea e scostante<sup>127</sup>.

A tale principio hanno fatto da contraltare alcuni fondamentali principi via via elaborati dalla Corte di giustizia<sup>128</sup>, che sono corollario dell'effetto utile del diritto dell'Unione<sup>129</sup>. La Corte ha precisato i limiti dell'autonomia degli Stati, segnalando, al contempo, che il diritto dell'Unione non impone la creazione di nuove azioni da esercitare davanti alle corti nazionali, ma che tali corti dovranno assicurare, nel quadro degli ordinamenti interni e secondo la normativa processuale esistente, la tutela diretta, immediata ed effettiva dei diritti soggettivi riconosciuti dal diritto europeo<sup>130</sup>. È stato opportuna-

<sup>125</sup> Ciononostante, nel corso della trattazione vedremo come soprattutto negli ultimi anni si sia verificato un fenomeno di erosione di tale principio, in particolare a proposito del riparto di competenze fra organi nazionali. D'altra parte, la Corte di giustizia si è più volte pronunciata sulla qualificazione di situazioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione nella fase di risposta alle domande promosse dalle corti nazionali a proposito della competenza o meno in relazione a controversie concrete.

<sup>126</sup> A tal proposito, v., ad esempio, la Sent. CGCE, 19 dicembre 1968, S.p.A. Salgoil contro Ministero del commercio con l'estero della Repubblica italiana. Causa 13-68, Racc. edizione italiana pagina 00602.

<sup>127</sup> Riguardo alle imperfezioni nell'applicazione del principio, ed alla possibilità che in taluni casi sia esclusa qualsiasi forma di risarcimento, v. J. FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Pedone, Paris, 2000, pp. 251-257.

<sup>128</sup> A tal proposito, possiamo ricordare le conclusioni dell'Avvocato Generale Tesouro alla sentenza Brasserie du Pêcheur, secondo cui il principio dell'autonomia presenterebbe gravi inconvenienti, fra i quali il rischio di avallare un sistema discriminatorio. Concl. Brasserie du Pêcheur, parr. 49-50.

<sup>129</sup> Tale orientamento è stato confermato una volta di più nella sentenza Unibet. Sent. CGCE, 13 marzo 2007, Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern, Causa C-432/05, Racc. 2007 pagina I-02271. A tal proposito, v. G. BO, *La pronuncia della Corte di Giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 2008, (pp. 1065-1078), p. 1071.

<sup>130</sup> Cfr. Sent. CGCE, 7 luglio 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord MBH e Rewe-Markt Steffen contro Hauptzollamt Kiel. – Causa 158/80. Racc. 1981 pagina

mente affermato che sugli Stati incombe un obbligo di risultato, poiché gli Stati, pur obbligati ad assicurare la tutela dei diritti fondati sul diritto dell'Unione, sono autonomi a proposito dei mezzi utilizzati a tale scopo<sup>131</sup>. Tale impostazione persegue simultaneamente un duplice risultato: da un lato, la possibilità per i cittadini di agire per veder riconosciuta la propria posizione giuridica attraverso l'utilizzo degli strumenti processuali nazionali, presumibilmente meglio conosciuti e, dall'altro, l'integrazione dell'ordinamento europeo nei rispettivi ordinamenti nazionali mantenendo intatte le discipline processuali nazionali.

In ogni caso, la remissione alle vie procedurali degli Stati membri in nessun caso sarà incondizionata, perché questo potrebbe andare a detrimento dell'applicazione corretta e uniforme del diritto dell'Unione. La discrezionalità degli Stati membri è quindi circoscritta e limitata da altri principi, fra i quali spicca quello di leale collaborazione, che impone agli Stati membri di facilitare la Comunità nell'adempimento dei suoi compiti, adottando tutte le misure finalizzate agli scopi del Trattato, nonché astenendosi da qualsiasi misura che rischi di comprometterne gli scopi<sup>132</sup>. Tale principio è stato così utilizzato non solo ai fini del riconoscimento del principio di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, ma anche per la configurazione dell'obbligo, in capo alle autorità giurisdizionali e amministrative nazionali, di predisporre gli strumenti idonei per consentire ai soggetti danneggiati di ottenere un effettivo risarcimento<sup>133</sup>.

01805. «È opportuno osservare anzitutto che il Trattato, nonostante abbia istituito un certo numero di azioni dirette che possono eventualmente venir esperite dai singoli dinanzi alla Corte di giustizia, non ha comunque inteso istituire mezzi d'impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale». Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger del 19 settembre 1996.-The Queen contro Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton.-Causa C-66/95, Racc. 1997 pagina I-02163, par. 67.

<sup>131</sup> Cit. da G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS e J.P. KEPPELNE, *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, *Mélanges en hommage a Michael Waelbroeck*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1999, (pp. 517-551), p. 519.

<sup>132</sup> Sent. CGCE, 14 dicembre 1995.-Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga.-Causa C-312/93. Racc. 1995 pagina I-04599, par. 12.

<sup>133</sup> L'applicazione dell'articolo 10 TCE non solo in tema di responsabilità risarcitoria degli stati membri, ma anche in numerosi campi del diritto processuale nazionale «dimostra che l'art. 10 rappresenta sempre più una disposizione chiave nel rapporto tra diritto comunitario e normativa nazionale e nell'evoluzione dell'integrazione europea, tanto da far dubitare che tale disposizione sia ancora sprovvista di efficacia diretta». Cit. da F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 106.

Nell'ampio quadro del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 del Trattato CE, operano i principi di equivalenza (o di non discriminazione) e di effettività del diritto europeo, che integrano la c.d. «formula Rewe» (dalla pronuncia in cui per la prima volta tali principi sono stati enunciati), secondo cui le condizioni fissate dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che regolano gli analoghi rimedi disponibili in ordine alle situazioni di diritto interno (principio di equivalenza), né comunque tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività)<sup>134</sup>. Passiamo di seguito a trattare singolarmente tali principi. In virtù del principio di equivalenza, la disciplina in materia di risarcimento dei danni provocati dall'inadempimento dello Stato non può essere meno favorevole di quella che nel diritto statale considerato riguarda reclami analoghi di natura interna. Il limite della non discriminazione implica che le domande fondate sul diritto dell'Unione e proposte davanti alle giurisdizioni nazionali debbano ricevere lo stesso trattamento rispetto a quelle analoghe di carattere interno. L'interprete è pertanto chiamato a svolgere un complesso raffronto che si sviluppa in due fasi: il primo passaggio consiste nell'identificazione della «situazione comparabile» interna alla quale riferirsi, che deve essere seguita dalla verifica relativa all'idoneità dello strumento da utilizzare quale termine di comparazione, cui segue la fase di vero e proprio confronto fra rimedi processuali, in modo da valutare se l'azione di responsabilità per illecito comunitario offra garanzie quantomeno analoghe rispetto ad equivalenti reclami di natura interna<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Sent. Factortame, par. 74; Sentenza della Corte del 22 aprile 1997.-The Queen contro Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton.-Causa C-66/95. Racc. 1997 pagina I-02163, par. 33. Tale giurisprudenza fu confermata in: Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Danila Bonifaci e a. e Wanda Berto e a. c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Cause riunite C-94/95 e C-95/95. Racc. I-03969; Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Federica Maso e altri c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) e Repubblica italiana. Causa C-373/95. Racc. I-04051. Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Causa C-261/95. Racc. I-04025. Le questioni giuridiche sollevate a seguito di tali pronunce sono state alla base di numerosi ricorsi interni, ed alla promozione, da parte dei giudici nazionali, di numerosi rinvii pregiudiziali. Per un'analisi del principio di effettività ed equivalenza applicati alla materia tributaria, v. S. MONZANI e M. GRANDINETTI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzione di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 2008, (pp. 927-963), pp. 946-951.

<sup>135</sup> Negli ultimi anni la Corte ha dovuto per esempio pronunciarsi a proposito di un quesito proposto dal *Tribunal Supremo* spagnolo in relazione all'equivalenza

Spetta dunque in primo luogo al giudice nazionale determinare se, effettivamente, esiste un parallelismo fra il ricorso basato sul diritto dell'Unione e l'azione eventualmente prevista in diritto interno<sup>136</sup>: si tratta, in definitiva, di un raffronto, di carattere oggettivo ed astratto, delle modalità procedurali dei rispettivi ricorsi<sup>137</sup>. La Corte di giustizia, a tal proposito, ha stabilito una serie di requisiti in modo da facilitare l'operatività del principio di non discriminazione e, in tal senso, ha imposto ai tribunali nazionali, chiamati a pronunciarsi sulla sussistenza, a livello interno, di un'azione analoga a quella di applicazione dell'illecito comunitario, di tenere in conto due variabili: l'obiettivo perseguito dalla norma e le caratteristiche essenziali della disposizione in questione<sup>138</sup>.

Il principio di effettività, emanazione dell'effetto utile del diritto dell'Unione, comporta che la legislazione nazionale non possa essere congegnata in modo tale da rendere praticamente impossibile o ec-

della figura dell'illecito comunitario imputabile alla funzione legislativa con la responsabilità del legislatore per illecito costituzionale. A tal proposito, v. L. BAIKATI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore in Spagna. Elementi di riflessione per l'osservatore italiano, sulla scorta della recenti pronunce della Corte di giustizia U.E.*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2010, (pp. 1363-1379).

<sup>136</sup> A tal proposito, v. Sent. CGCE, 17 giugno 1997, *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Mann Singh Shingara (C-65/95)* e *ex parte Abbas Radiom (C-111/95)*. Cause riunite C-65/95 e C-111/95. Racc. I-03343. Per un riferimento a tale sentenza, v. RODRIGUEZ IGLESIAS e KEPPELNE, *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, cit.

<sup>137</sup> Sent. CGCE, 16 maggio 2000, *Shirley Preston e altri c. Wolverhampton Healthcare NHS Trust e altri e Dorothy Fletcher e altri c. Midland Bank plc*. Causa C-78/98. Racc. I-03201. Par. 62.

<sup>138</sup> La Corte ha precisato che il principio di equivalenza implica la necessità di raffrontare la disciplina del diritto dei singoli (fondato sul diritto dell'Unione) ad ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'inadempimento dello Stato con quella interna relativa, in particolare, alla responsabilità aquiliana. Nel corso della trattazione vedremo come in giurisprudenza si siano poste diverse questioni relative alle disparità fra disciplina nazionale e regimi speciali comunitari, in relazione ai termini per l'esercizio dell'azione. A tal proposito, ricordiamo il problema sorto riguardo ai rapporti fra la disciplina degli artt. 2043 e ss. C.c. it. e quella contenuta nel d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 80, il quale, nel dare attuazione (seppur tardiva) alla direttiva comunitaria del 20 ottobre 1980 sulla tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, ha stabilito le modalità di risarcimento dei danni subiti a causa dell'Italia. Mentre l'art. 2947 cod. Civ. pone un termine di prescrizione quinquennale per il diritto al risarcimento del danno, il citato d.lgs. sottoponeva al termine di decadenza di un anno (a partire dalla sua entrata in vigore) l'esercizio del diritto al risarcimento dei danneggiati dalla tardiva attuazione della direttiva. Anche se in quel caso il principio dell'equivalenza era stato messo in forte dubbio, la Corte, nella sentenza Palmisani (parr. 38-39), non si è espressa sulla questione, adducendo di non disporre degli elementi necessari per operare un raffronto fra le due discipline.

cessivamente difficile ottenere il risarcimento<sup>139</sup>. Il principio dell'effettività, seppur non privo di margini di indeterminatezza, in quest'ambito gioca un ruolo particolarmente importante, in considerazione del fatto che un mero rinvio alla disciplina nazionale potrebbe porre in serio pericolo l'effettiva tutela del soggetto danneggiato<sup>140</sup>. È pertanto evidente il collegamento di tale principio con il diritto ad una protezione giurisdizionale effettiva, riconosciuto dalla Corte come principio generale del diritto dell'Unione. Del resto, l'imposizione di uno standard minimo può essere spiegata considerando le restrizioni che si rinvencono negli ordinamenti giuridici interni in materia di responsabilità extracontrattuale delle pubbliche autorità, le quali possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio, da parte dei singoli, del diritto al risarcimento, quale è garantito dal diritto dell'Unione, per danni risultanti dalla violazione di quest'ultimo<sup>141</sup>. In altri termini, l'imposizione del principio dell'effettività comporta il necessario rispetto dei presupposti del diritto dell'Unione costituenti lo standard minimo che tutela il cittadino danneggiato riguardo alle condizioni per il diritto al risarcimento. In questo modo, l'autonomia processuale degli Stati membri, seppur intatta dal punto di vista formale, viene quantomeno indirizzata verso la realizzazione degli obiettivi comunitari.

In definitiva, un punto fermo è rappresentato dall'obbligo per gli Stati membri di garantire, nell'ambito della loro autonomia procedurale, la tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto dell'Unione. In questa prospet-

<sup>139</sup> Sent. CGCE, 14 dicembre 1995. Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS contro Stato belga.-Causa C-312/93. Racc. I-04599, par. 14.

<sup>140</sup> A tal proposito, v. G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2008, (pp. 505-517), p. 512. Si pensi, solo per porre l'esempio più evidente, ai casi di responsabilità dello Stato legislatore, che, come sappiamo, costituisce una figura non riconosciuta da diversi regimi nazionali, e riconosciuta in linea di principio, ma del tutto priva di un'applicazione pratica, in altri regimi. In relazione al caso francese, paradigmatico in tal senso, v. G. ALBERTON, *Le législateur français transgressant le Droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable?*, in *A.J.D.A.*, 2006, (pp. 2155-2162); FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, cit.; C. DEFFIGIER, *L'éventuelle responsabilité de l'Etat pour faute du fait de l'inconventionnalité de la loi*, in *A.J.D.A.*, 59, 18, 2003, (pp. 955- 958); D. POUYAUD, *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux*, in *R.F.D.A.*, 3, mai-juin 2007, (pp. 525-534).

<sup>141</sup> Ovviamente ci riferiamo ai tre presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia la cui sussistenza, una volta accertata dal giudice nazionale, dà senz'altro luogo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

tiva, è innegabile che la giurisprudenza comunitaria, al di là di mere dichiarazioni di principio, sia riuscita a definire alcuni principi e regole che incidono direttamente sulle discipline nazionali ed impongono, o comunque suggeriscono, un'attenta e profonda revisione delle norme processuali vigenti nei singoli Stati membri. D'altra parte, il principio di tutela effettiva garantisce la possibilità di un controllo della Corte di giustizia sul suo rispetto da parte degli stati membri<sup>142</sup>.

La strategia seguita del giudice europeo, così come le corrispondenti reazioni dei giudici nazionali, saranno oggetto della prossima sezione.

#### 4.3. *Corte di giustizia e giudici nazionali. Attori e contesto di un «gioco giuridico»*

Una volta messi in luce i principi che regolano i rapporti fra ordinamenti, appare opportuno dedicare un passaggio al dialogo ed all'interazione fra giudici in chiave sistemica. Tale fenomeno è oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina anche a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, in forza del quale i diritti fondamentali previsti nella Carta di Nizza assumono livello costituzionale e danno impulso all'integrazione fra ordine nazionale e comunitario verso una configurazione unitaria<sup>143</sup>. In questo quadro, la interazione fra giudici risulta particolarmente interessante anche sotto il profilo comparatistico, sia sul piano dell'efficacia riformatrice rispetto ai legislatori nazionali, sia nella prospettiva della stratificazione dei formanti<sup>144</sup>.

Questo fenomeno interessa da vicino, come vedremo, anche la responsabilità civile per fatto del giudice, che può essere considerata come il prodotto dell'interazione fra diversi campi di forza istituzionale. Per poterne apprezzare gli effetti, riteniamo opportuno dedicare

<sup>142</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesouro, 28 novembre 1995, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93l. Racc. I-01029, par. 108.

<sup>143</sup> Cfr. G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti, in Europa e Diritto Privato*, 1, 2011, (pp. 237-256), p. 241.

<sup>144</sup> Cfr. A. GAMBARO, *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, supp. 4, dic., 2009, (pp. 7-38), p. 13 e ss. Un recente contributo relativo alla circolazione dei modelli giuridici collegata al dialogo fra giudici è costituito da G. VISINTINI, *La circolazione delle giurisprudenze*, in *Contratto e impresa*, 1, 2011, (pp. 73-84).

un passaggio ai caratteri fondamentali dell'interazione fra giudici o, secondo una metafora ben conosciuta, del gioco cui partecipano<sup>145</sup>.

La metafora del gioco è stata applicata al fenomeno giuridico secondo diverse prospettive: in relazione alle parti di un processo, alle strategie difensive ed alle regole processuali intese quali regole di un gioco di strategia<sup>146</sup>. Più in generale, il gioco è stato utilizzato come paradigma esplicativo del diritto, poiché entrambi sono caratterizzati da una tensione tra caratteri contrari e dalla mobilità e relatività dei loro confini<sup>147</sup>. Nel nostro caso, tale metafora risulta particolarmente calzante, perché aiuta ad apprezzare le dinamiche di interazione fra giudici tipica delle società postmoderne, la cui costruzione giuridica risponde all'immagine della rete, piuttosto che alla metafora kelseniana della piramide, raffigurante una struttura a gradi basata sul criterio di validità<sup>148</sup>. Per quanto riguarda più da vicino il caso europeo, tale realtà si sostanzia in un sistema multilivello che integra un ordine giuridico *sui generis*, in cui opera una pluralità di ordinamenti giuridici su base non gerarchica, ma interattiva e cooperativa. I giudici si trovano ad operare, dunque, nel contesto di ordinamenti dai confini sfumati, risultante da un complesso incrocio di diversi spazi giuridici e livelli di governo, perennemente caratterizzati da zone di sovrapposizione<sup>149</sup>. Tali elementi impongono di considerare i rapporti fra i vari livelli secondo una duplice prospettiva, risultante in primo luogo dai criteri secondo cui ordinamenti nazionali e diritto europeo interagiscono, e in secondo luogo dalle dinamiche secondo cui le rispettive corti interpretano ed agiscono all'interno della propria sfera

<sup>145</sup> Cfr. M. VAN DER KERCHOVE e F. OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Giuffrè, Milano, 1995.

<sup>146</sup> Cfr. R.A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2008, p. 91.

<sup>147</sup> Cfr. oltre al testo appena citato, H.L.A. HART, *Le concept du droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 153; P. PARLEBAS, *Éléments de sociologie du sport*, PUF, Parigi, 1986, pp. 46-52; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Parigi, 2001, pp. 10 e 221.

<sup>148</sup> Quindi, «il baricentro del sistema si sposta dal criterio verticale di validità delle norme a quello orizzontale del reciproco riconoscimento fra sistemi normativi differenti, in base al quale sistemi diversi si conferiscono reciprocamente autorità normativa nell'ambito di un processo che, per forza di cose, implica reciproco adattamento ed adeguamento (sul piano filosofico il mutuo riconoscimento di status normativo fra sistemi differenti è debitore della dialettica hegeliana del riconoscimento)». Cit. da SCODITTI, *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, cit., p. 725.

<sup>149</sup> Cfr. A. CHOURAQUI, *Normes sociales et règles juridiques: quelques observations sur des régulations désarticulées*, in *Droit et société*, 13, 1989, (pp. 415-430), p. 425.

di competenza. D'altra parte, negli ultimi anni la dottrina è stata molto attiva a tale proposito, anche nella prospettiva del dialogo fra corti e del ruolo dei giudici nazionali in materia di tutela dei diritti fondamentali<sup>150</sup>.

I paradossi e la tensione che avvicinano tali dinamiche ad una sorta di gioco di strategia possono essere considerati in una duplice accezione, come riflessione sulla teoria delle fonti, da un lato, e come contributo alla teoria dell'interpretazione (centrata sulla dottrina dell'interpretazione conforme), dall'altro<sup>151</sup>. Infatti, si tratta di una questione che da un lato corrobora il principio di relatività delle fonti del diritto<sup>152</sup>, poiché la relatività e l'incertezza, che secondo la prospettiva adottata accomunano le dinamiche intra-europee ad un gioco di strategia derivante dai reciproci movimenti dei partecipanti (giudici nazionali e giudice europeo) si ripercuotono anche sulla validità e significato delle regole giuridiche. Da ciò deriva, in primo luogo, un forte ridimensionamento del ruolo dei legislatori nazionali, cui si accompagnano i già citati profili di criticità in relazione all'intangibilità degli atti definitivi nazionali emessi in violazione del diritto dell'Unione<sup>153</sup>. Inoltre, da questo quadro derivano importanti conse-

<sup>150</sup> Cfr. F. DE LONDRA e S. KINGSTON, *Rights, Security and Conflicting International Obligations: Exploring Inter-Jurisdictional Judicial Dialogues in Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 58, 2, Spring 2010, (pp. 359-413); LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, cit.; G. BRONZINI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di giustizia*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 4, 2009, (pp. 863-882); G. TESAURO, *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2009, (pp. 195-229); G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto civile*, LVII, 2010, (pp. 115-132); S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra «trattati» (di Lisbona) e Costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2009, (pp. 29-87), p. 50 e ss.

<sup>151</sup> Tale prospettiva è suggerita in R. CAPONI, *L'applicazione del diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza civile: appunti preliminari per uno studio*, in E. FALLETTI e V. PICCONE, *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, 2010, (pp. 227-256).

<sup>152</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Voce Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1968, (pp. 925-966); L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996; A. PIZZORUSSO, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2004, (pp. 1687-1711).

<sup>153</sup> Oltre alla giurisprudenza ed alla dottrina già citata a proposito della *res judicata* nazionale in violazione del diritto dell'Unione, ricordiamo incidentalmente il problema relativo agli atti amministrativi nazionali adottati in violazione del diritto europeo. A tal proposito, le sentenze di riferimento sono: Sent. CGCE (Seconda Sezione), 29 aprile 1999, Erich Ciola c. Land Vorarlberg. Causa C-224/97. Racc. I-02517; Sent. CGCE, 13 gennaio 2004, Kühne & Heitz NV c. Produktschap voor Pluimvee en Eieren. Causa C-453/00. Racc. I-00837; Sent. CGCE (grande sezione),



guenze in relazione alla teoria dell'interpretazione, agli strumenti e criteri di fonte sovranazionale che rientrano nell'armamentario esegetico dei giudici nazionali, ed ai nuovi paradigmi di valutazione dei diritti nazionali che in questo senso ne derivano<sup>154</sup>.

Questa riflessione è utile per cogliere preliminarmente lo scarto fra l'impostazione teorica fondata sui principi poc'anzi ricordati e, d'altra parte, i movimenti reciproci delle rispettive corti. Ricordiamo ancora una volta che, formalmente, la Corte di giustizia e le corti nazionali sono giudici afferenti a spazi giuridici diversi, che non si trovano in un rapporto di gerarchia, ma di collaborazione<sup>155</sup>. Per cui, secondo la metafora esplicativa del gioco, i due partecipanti sarebbero posti su un piano di parità, che partecipano ad un gioco collaborativo, piuttosto che di conflitto<sup>156</sup>. Si tratterebbe, dunque, di un

19 settembre 2006, i-21 Germany GmbH (C-392/04) e Arcor AG & Co. KG (C-422/04) c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-392/04 e C-422/04. Racc. I-08559; Sent. CGCE (grande sezione), 12 febbraio 2008, Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. Racc. I-00411. Per una rassegna di questa giurisprudenza, cfr., fra gli altri, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2008, (pp. 447-467); L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2008, (pp. 773-834); M.T. STILE, *Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2008, (pp. 873-882).

<sup>154</sup> Anche a seguito dell'approvazione del Trattato di Lisbona, il patrimonio di strumenti interpretativi del giudice nazionale si arricchisce con i diritti riconosciuti nella Carta Europea dei diritti dell'uomo. A tal proposito, cfr., fra gli altri, V. PICCONE, *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto europolitano*, in E. FALLETTI e V. PICCONE, *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, 2010, (pp. 99-124), p. 108 e ss. La questione dell'interpretazione del diritto dell'Unione da parte dei giudici italiani è oggetto di estesa riflessione in CAPONI, *L'applicazione del diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza civile: appunti preliminari per uno studio*, cit., p. 19 e ss.

<sup>155</sup> Del resto, l'assenza di un rapporto gerarchico spiega perché non vi sia alcun controllo, da parte della Corte di giustizia, sulla competenza del giudice nazionale rispetto al giudizio nel cui ambito le questioni pregiudiziali sono state sollevate, sulla regolarità del giudizio stesso o sul provvedimento di rinvio pregiudiziale. Cfr., rispettivamente, Sent. 16 settembre 1999, World Wildlife Fund, causa C-435/97, in Racc., 1-5613; sent. 7 dicembre 1995, Luigi Spano e altri contro Fiat Geotech S.p.a. e Fiat Hitachi Excavators S.p.a., causa C-472, in Racc., 1-4321. Più diffusamente, in relazione ai requisiti imposti dalla Corte sul contenuto del provvedimento di rinvio, cfr. G. MAGLIOCCO NICASTRO, *Efficacia nell'ordinamento delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza di merito*, 6, 2010, (pp. 1612-1623), p. 1615 e ss.

<sup>156</sup> Cooperazione e conflitto costituiscono i due estremi intorno ai quali i sociologi classificano i tipi di gioco. Cfr. J. HUIZINGA, *Homo ludens: essai sur la fonction sociale du jeu*, Gallimard, Paris, 1977, pp. 151-152. A tal proposito riportiamo la de-

rapporto fra spazi giuridici non rispondente ad uno schema gerarchico, ma ad una dinamica di complementarietà regolata dalla competenza. Tuttavia, se non ci accontentiamo di questa astratta e asettica risposta, possiamo facilmente notare come il gioco in questione proceda su livelli diversi e subisca continui scarti e deviazioni. In primo luogo, il livello di parità dei partecipanti viene messo in crisi dal fatto che le stesse regole del gioco stabiliscono che per i partecipanti non valgono le stesse regole. Infatti un partecipante, la Corte di giustizia, dispone di maggiori poteri rispetto ad altri (i giudici nazionali), cioè di una maggior capacità di modificare le regole del gioco e d'una miglior padronanza dei suoi spazi di incertezza: le corti nazionali giocano entro i limiti del gioco, mentre il giudice europeo gioca con tali limiti<sup>157</sup>. La Corte di giustizia enuncia i principi e ne specifica limiti e significato, per cui incide sui criteri che regolano i rapporti con i giudici nazionali<sup>158</sup>. Grazie all'obbligo di rinvio pre-

finizione secondo cui «i giochi di simulacro, come le rappresentazioni teatrali, folkloristiche e religiose, i concerti, i «giochi di moda», persino, pongono l'accento su un'idea di partecipazione collettiva ad un progetto comune secondo forme convenute. In compenso i giochi di competizione fino ai giochi di guerra, privilegiano l'idea di conflitto, di lotta o di combattimento ed implicano la presenza di contrastanti poste in gioco, tese alla vittoria dell'uno o alla sconfitta dell'altro». Cit. da VAN DER KERCHOVE e OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., pp. 106-107. V. anche C. MIRONESCO, *La logique du conflit. Théories et mythes de la sociologie politique contemporaine*, Ed. Pierre Marcel Favre, Losanna, 1982.

<sup>157</sup> Cfr. VAN DER KERCHOVE e OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., p. 125; J.P. CARSE, *Jeux finis, jeux infinis. Le pari métabaphysique du joueur*, Seuil, Paris, 1988.

<sup>158</sup> Per esempio la Corte talvolta si è pronunciata nel senso di sacrificare il principio di effettività ai fini di garantire altri interessi. A tal proposito, ricordiamo che la Corte ha ritenuto compatibile con il principio della tutela effettiva che la disciplina interna tenga conto della esigenza di garantire la certezza del diritto. Di conseguenza ha ammesso, sotto questo profilo, la possibilità che siano stabiliti termini di decadenza molto brevi per l'esercizio del diritto al risarcimento. La Corte si è pronunciata in tal modo a proposito del termine annuale previsto, in Italia, dal d.lgs. n. 80 del 1992. Sentenza Palmisani, 28-29. «28. Per quanto riguarda la compatibilità di una condizione relativa ai termini come quella prevista dal decreto legislativo con il principio dell'effettività del diritto comunitario, si deve constatare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, a tale esigenza in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., in particolare, sentenza Rewe, citata, par. 5). 29. Inoltre, il termine di un anno a decorrere dall'entrata in vigore del provvedimento di attuazione della direttiva nell'ordinamento giuridico interno, il quale non solo mette i beneficiari in condizione di conoscere appieno i loro diritti, ma precisa altresì le condizioni di indennizzo del danno subito a seguito della tardiva attuazione, non può ritenersi rendere particolarmente difficile né, a fortiori, praticamente impossibile la proposizione dell'azione di risarcimento danni». D'altra parte, ha negato che gli effetti della sentenza relativa all'affare Brasserie du Pêcheur/Factortame potessero essere li-

giudiziale che vincola le corti nazionali di vertice, valuta la condotta degli Stati e si pronuncia circa le condizioni del diritto al risarcimento, fino a valutare le forme risarcitorie<sup>159</sup>. D'altra parte, lo stesso giudice può gestire in modo strategico lo stile delle proprie sentenze, utilizzando liberamente la tecnica del *distinguishing* e quindi modulando le proprie pronunce in modo indipendente e variabile di volta in volta, a seconda dell'obiettivo prefissato<sup>160</sup>.

Si è dunque assistito, negli ultimi anni, ad un progressivo ampliamento dell'influenza della Corte di giustizia, che coincide con una compressione dell'autonomia dei giudici nazionali, corrispondente ad una progressiva gerarchizzazione. Tale processo si presenta, al contempo, come causa ed effetto del valore vincolante delle sentenze della Corte di giustizia, sia in senso orizzontale sia in senso verticale. In senso orizzontale, poiché lo stesso giudice europeo tende a rispettare il filo dei propri precedenti e, quando decide di non osservarlo, è incline a giustificare la propria scelta in considerazione delle specificità dei fatti del caso chiamato a giudicare e quindi indicandolo come un precedente in senso cronologico ma non tecnico<sup>161</sup>. In secondo luogo, il valore vincolante del precedente opera in senso verticale, in nome del principio del primato del diritto europeo che impone che le corti nazionali siano vincolate alle decisioni della Corte di giustizia<sup>162</sup>. La

mitati ai soli danni sopravvenuti alla sentenza stessa. Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, cit., par. 98-100. Per un approfondimento sul tema del rapporto fra principio di certezza del diritto e i principi di effettività ed equivalenza, v. E. SINA, *Certezza e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2008, (pp. 907-912).

<sup>159</sup> L'efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia è stato oggetto di rinnovata attenzione da parte della dottrina, proprio in considerazione di tali sviluppi. Cfr., ad es., G. MARTINICO, *La sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, (pp. 249-282), p. 250-251. Il tema sarà ripreso nel corso della prossima sezione. Un'analisi delle sentenze relative al tema della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione dimostra chiaramente tale realtà, anche in termini di condizionamento delle decisioni di giudici nazionali.

<sup>160</sup> A proposito dello stile delle sentenze della Corte di giustizia, e del rapporto fra lo stile e l'efficacia delle sentenze negli ordinamenti nazionali, v. L. COUTRON, *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, in *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, oct-dec, 4, 2009, (pp. 643-676).

<sup>161</sup> A proposito dell'utilizzo, da parte del giudice europeo, della tecnica anglosassone del *distinguishing*, e delle conseguenze rispetto ai concetti di analogia ed al *revirement* giurisprudenziale, v. *Ibidem*, p. 656 e ss.

<sup>162</sup> «Se per un verso a ciascun giudice nazionale è consentito di interagire «direttamente» con la Corte comunitaria, richiedendone una pronuncia, per altro verso, la risposta in termini di diritto giurisprudenziale che la Corte comunitaria elabora non si rivolge soltanto al giudice che ha sollevato l'istanza, ma ha ricadute ed effetti

conseguenza di tutto questo è una relazione ricorsiva fra giudice e regola, nel senso che il giudice applica la stessa regola in forza della quale è abilitato a giudicare<sup>163</sup>.

Tutto ciò ci permette di mettere in luce il secondo punto, ovvero che dietro la maschera costituita dalla risposta formalista si cela una fitta trama di movimenti reciproci che dimostrano come i partecipanti abbiano a più riprese perseguito, come obiettivo a lungo termine, traguardi divergenti, che spostano l'asse del gioco, facendolo diventare un gioco non più di collaborazione, ma di conflitto e, inoltre, un gioco a somma zero, in cui i giocatori sono avversari i cui interessi sono radicalmente opposti, non potendo l'uno ottenere soddisfazione se non a danno dell'altro<sup>164</sup>. Se infatti il giudice comunitario ha spinto per un progressivo accentramento e gerarchizzazione, i giudici nazionali, soprattutto nei decenni passati, hanno dimostrato una certa ritrosia a cedere a tali pressioni<sup>165</sup>.

Questa suggestiva metafora non deve però essere intesa in termini troppo radicali. Infatti, ricondurre il dialogo fra corti ad una tacita dinamica di reciproche resistenze, non fornirebbe altro che una caricatura delle rispettive posizioni. Senza eccedere nell'estremo opposto, ovvero in una troppo ottimistica posizione circa la fluida e proficua collaborazione fra giudici operanti a livelli diversi, nel corso della trattazione vedremo che tale rapporto ha prodotto soluzioni originali, e non si è certo risolto nella pervicace e rozza difesa, da parte dei partecipanti, della rispettiva sfera di azione<sup>166</sup>.

potenzialmente su tutti gli altri giudici e sulla loro giurisprudenza, vuoi dello stesso, vuoi degli altri ordinamenti giuridici degli Stati membri». Cit. da F.G. PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 306-307. Questa situazione fa sì che fra i giudici di diversi livelli si instauri un fenomeno che ricorda il precedente vincolante in Inghilterra o, in termini ancora più prossimi, il valore vincolante delle decisioni della Corte suprema federale degli Stati Uniti rispetto alle corti dei singoli stati. Il primo accostamento ci aiuta per apprezzare il fenomeno di gerarchizzazione, ma il secondo, sicuramente più calzante, dimostra la problematicità dei rapporti fra i diversi livelli di giurisdizione.

<sup>163</sup> Cfr. VAN DER KERCHOVE e OST, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, cit., p. 137.

<sup>164</sup> Il contrario è costituito dai giochi a somma variabile.

<sup>165</sup> In sintesi, l'obiettivo dei giudici nazionali, secondo questa schematica semplificazione, consiste nel mantenere intatta la propria sfera di competenza, da cui deriva un'attitudine difensiva da parte delle giurisdizioni nazionali, che in passato ha talvolta condotto ad un vero e proprio tradimento delle iniziative della Corte di giustizia. In Francia, vi è chi si è esplicitamente riferito ad una forma di «*chauvinisme juridique*». V., ad es., M. BERGERÉS, *La responsabilité d'un État membre pour la violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême*, in *Droit Fiscal*, 36, 2006, (pp. 1492-1497).

<sup>166</sup> L'ingegnoso meccanismo del rinvio pregiudiziale ha facilitato una forma di

In definitiva, dunque, l'operare congiunto dei poteri sopra menzionati dimostra non solo come il processo di gerarchizzazione sia in atto, ma anche che da questo derivi un accentramento nella Corte di giustizia ed un assottigliamento della possibilità dei giudici nazionali di smarcarsi rispetto a quest'ultima, anche in tema di bilanciamento di diritti. Per cui, in prospettiva, c'è il rischio che la tesi di Joseph Weiler, secondo cui «gli ordinamenti nazionali diventano laboratori organici che mantengono quel grado di differenziazione che è congeniale alle specificità e alle tradizioni delle singole collettività nazionali»<sup>167</sup>, debba cedere il passo ad un processo di progressivo appiattimento delle peculiarità nazionali, quanto meno in relazione all'illecito comunitario.

Prima di dedicarci più da vicino a tali dinamiche in relazione alla responsabilità del giudice, accenniamo brevemente alle conseguenze del dialogo fra giudici così come va configurandosi, in prospettiva comparatistica.

#### 4.4. *Il dialogo fra le corti in prospettiva comparatistica*

Fuor di metafora, il dialogo che si instaura fra Corte di giustizia e giudici nazionali diventa elemento centrale nell'indagine comparatistica. In primo luogo implica un incrocio fra diverse tradizioni giuridiche in chiave di mutamento del ruolo dei giudici nazionali, che assumono la qualità di interpreti decentrati del diritto europeo, e di arbitri del rapporto, «in azione», fra spazi giuridici sovrapposti. A tal proposito la dottrina già da alcuni decenni ha segnalato il definitivo superamento «anche all'interno di quei sistemi, come il nostro, di derivazione «post-giacobina» che non si fondano sulla dottrina del precedente giudiziario, del valore delle pronunce delle corti di grado superiore di mera «*res judicata*» fra le parti del processo»<sup>168</sup>; al contrario, le pronunce delle Corti nazionali di vertice da un lato e dei giudici europei dall'altro, tramite la forza, vincolante o persuasiva, delle proprie decisioni, influiscono sulle decisioni di altri giudici, «con una

collaborazione da parte dei giudici nazionali (in particolare quelli di merito), che hanno contribuito a fare in modo che il diritto dell'Unione sia stato avvertito come parte integrante degli ordinamenti giuridici nazionali. Cfr. N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2010, (pp. 361-412), p. 408 e ss.

<sup>167</sup> Cfr. J.H.H. WEILER, *Diritti Umani, Costituzionalismo e Integrazione: Iconografia e Feticismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2002, (pp. 521-536), p. 522.

<sup>168</sup> Sulla distinzione fra efficacia di precedente ed efficacia di giudicato, v. A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Torino, 1990, pp. 157-158.

sorta di effetto moltiplicatore che può arrivare a coinvolgere un numero imprecisato di parti processuali – dunque di soggetti pubblici e privati – nel corso del tempo»<sup>169</sup>.

Le conseguenze di tali fenomeni in relazione alla circolazione dei modelli sono evidenti. Infatti le sentenze della Corte di giustizia costituiscono fattore unificante dei diritti nazionali, vincolante o persuasivo a seconda delle competenze su cui incidono. A proposito del valore vincolante, ricordiamo che i diritti nazionali non possono essere in contrasto con quanto previsto dai Trattati e dal diritto derivato e, d'altro canto, nemmeno con l'interpretazione datane dal giudice europeo, in quanto anch'essa costituisce un vincolo scaturente dall'ordinamento comunitario, ex art. 11, comma 1, Cost.<sup>170</sup>. D'altra parte, la giurisprudenza comunitaria costituisce modello di imitazione anche qualora il suo valore sia meramente persuasivo, ovvero nelle materie che rientrano nella competenza degli ordinamenti statali. A questo proposito, gli esempi sono numerosi, e riguardano diversi ambiti giuridici e vari ordinamenti<sup>171</sup>. In prospettiva comparatistica, dunque, il rapporto fra ordinamenti non si risolve esclusivamente nella subordinazione «gentile» risultante da un bilanciamento fra principi<sup>172</sup>. Viceversa, la c.d. «nomofilachia comunitaria» si estende a campi talvolta contigui e talvolta lontani rispetto alla sfera di competenza dell'Unione Europea. Di conseguenza, l'interpretazione del diritto dell'Unione principale e derivato da parte della Corte di giustizia introduce elementi di stabilizzazione e di unificazione della dottrina nazionale anche con riguardo al diritto interno e all'interno della sua sfera di competenza.

I giudici nazionali sono ancora una volta i primi vettori di cambiamento, in quanto tenuti ad interpretare il diritto nazionale in conformità con il diritto dell'Unione. D'altra parte, l'interpretazione conforme del diritto nazionale ha tendenza espansiva, nel senso che tende ad investire tutto il diritto nazionale, e non solo quelle parti che rientrano sotto il cono d'ombra del diritto europeo. Infatti, tra-

<sup>169</sup> PIZZETTI, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, cit., pp. 45-46.

<sup>170</sup> Il che significa che le decisioni della Corte di giustizia limitano tutti gli atti di sovranità degli stati, non solo quelli giurisdizionali, ma anche quelli legislativi e amministrativi. Ai profili patologici di incompatibilità degli atti nazionali definitivi rispetto al diritto dell'Unione sarà dedicata una specifica sezione.

<sup>171</sup> Si pensi, ad esempio, alla celebre sentenza della 500/99, con cui la Corte di Cassazione ha stabilito la risarcibilità degli interessi legittimi. In questo caso la stessa Corte ha espressamente riconosciuto che il diritto dell'Unione ha contribuito in modo decisivo ad indirizzare il sistema italiano verso l'abbattimento del principio dell'irrisarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi.

<sup>172</sup> Cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001.

mite questo strumento il diritto europeo rientra nei canoni ermeneutici dei giudici nazionali in relazione al diritto nazionale nel suo complesso, soprattutto in relazione a quei temi che rientrano nell'ambito di competenza dei giudici nazionali, ma che possono rientrare nella competenza europea a seconda del fondamento delle posizioni giuridiche coinvolte<sup>173</sup>. La dottrina sottolinea, a tal proposito, che i giudici nazionali hanno tendenzialmente dimostrato come il diritto europeo sia ormai entrato nel loro strumentario, tramite una «piccola rivoluzione silenziosa» diretta a consolidare un orientamento ermeneutico che tenga presente le fonti sovranazionali anche al di là della loro portata normativa ad applicazione obbligata<sup>174</sup>. Dunque, la giurisprudenza comunitaria può fungere da sollecitazione nel senso di un mutamento delle discipline nazionali, a prescindere dai principi che regolano la competenza, e possono in generale suggerire prassi applicative che meglio rispondono all'esigenza di armonica integrazione degli ordinamenti<sup>175</sup>.

Per queste ragioni, è ormai pacifico che i caratteri fondamentali e la morfologia di un ordinamento evolvano sempre più grazie all'opera dei giudici, anche in sistemi tradizionalmente caratterizzati dal predominio del formante legale. Tuttavia, è fisiologico ed auspicabile che tale orientamento politico-culturale attecchisca anche in relazione all'attività dei legislatori nazionali, che mantengono un ruolo centrale nell'opera di omogeneizzazione degli ordinamenti nazionali con le sollecitazioni europee. Infatti il compito del legislatore nazionale nello spazio giuridico europeo non si esaurisce con il dovere di recepire le direttive. Più in generale, il legislatore dovrebbe conformare l'ordinamento interno al diritto dell'Unione nel suo complesso, in modo da costruire un sistema armonico. Attualmente la legge nazionale ha assunto un rilievo meno centrale rispetto al passato, in considerazione

<sup>173</sup> Non si tratta, ovviamente di un obbligo da parte dei giudici nazionali. Si tratta, tuttavia, di una conseguenza non imposta ma indotta, per certi aspetti implicita, ma per altri versi espressa e dettata da esigenze di coerenza del sistema e collegata al rispetto di altri principi, primo fra tutti il principio di non discriminazione. Si pensi, ad es., ai casi c.d. di discriminazione inversa, ovvero qualora il diritto europeo imponga a tutela delle posizioni giuridiche fondate sul diritto europeo strumenti più favorevoli rispetto a quelli previsti nell'ordinamento nazionale. In un caso di questo genere, pur valendo il principio dell'autonomia istituzionale e processuale degli Stati membri, i giudici nazionali possono essere inclini a mutare i propri orientamenti in modo da rendere per quanto possibile omogenei gli strumenti di tutela.

<sup>174</sup> Cfr. L. D'ANCONA, *L'efficacia della Carta di Nizza nella giurisprudenza nazionale dopo Lisbona: un'analisi della giurisprudenza italiana nel primo anno dall'approvazione del Trattato di Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), cit.

<sup>175</sup> Cfr. M.P. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2011, (pp. 393-446), p. 421.

della diffusa presenza di paradigmi di legalità da un lato e di elementi propulsori di nuovi modelli dall'altro. In questo senso il dovere di disapplicare la disciplina nazionale incompatibile costituisce un importante strumento nelle mani del giudice nazionale, sia in relazione alla coerenza del sistema sia in termini di radicale mutamento del rapporto fra giudice e legislatore nazionale<sup>176</sup>. Il fatto che i giudici nazionali, «primi giudici comunitari»<sup>177</sup>, siano sostanzialmente arbitri di tale compatibilità (seppur vincolati dalla giurisprudenza europea), in una certa misura sovverte i tradizionali rapporti rispetto ai legislatori nazionali. D'altra parte, però, occorre constatare che i giudici nazionali, di fronte all'inerzia dei legislatori, possono avvalersi degli strumenti in loro possesso per applicare armonicamente la giurisprudenza della Corte di giustizia nei relativi ordinamenti in modo comunque imperfetto, e solo a costo di evidenti forzature. Infatti, i giudici devono misurarsi con limiti strutturali che viceversa non riguardano i titolari del potere legislativo, in quanto non possono istituire organi e possono dire al governo cosa non fare, ma non cosa fare<sup>178</sup>. Tale situazione è apparsa in tutta evidenza nei casi in cui i giudici nazionali si sono pronunciati in controversie proposte da cittadini danneggiati a seguito di mancato recepimento di direttive comunitarie. Si pensi al celebre caso Francovich, così come, in epoca più recente, al caso Europa 7 o alla controversia promossa da una cittadina romana nei confronti dello Stato italiano a seguito del mancato recepimento della direttiva sui reati violenti<sup>179</sup>. La disapplicazione da parte

<sup>176</sup> Per una più approfondita analisi del fenomeno disapplicativo, cfr. D. PORENA, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o «figura limite» nella teoria delle fonti?*, in *federalismi.it*, 15, 2011.

<sup>177</sup> Cit. da A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2009, (pp. 141-167), p. 148.

<sup>178</sup> Cfr. G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1982, specialmente pp. 163-165; MATTEI, *The Comparative Relationship among Sources of Law*, cit.; POSNER, *How Judges Think*, cit.

<sup>179</sup> Mi riferisco, rispettivamente, a: sent. CGCE, 19 novembre 1991, Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana. Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. I-05357; Cons. di Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 242, in Foro amm.-Cons. Stato, 2009, 234; Sent. commentata in L. BAIRATI, *Una nuova applicazione del principio di responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario. Il «caso Europa 7»*, in *Giurisprudenza italiana*, 11, 2009, (pp. 2540-2545). Recentissima è infine la controversia relativa al risarcimento nei confronti di una cittadina romana vittima di reati da parte dello Stato italiano colpevole di non aver recepito la Direttiva 2004/80/CE del 29 aprile 2004. In questo caso lo Stato italiano è stato condannato ad un risarcimento di entità tale da non poter compensare i gravissimi danni subiti dalla vittima. Inoltre, come nel caso Francovich, un sistema di



dei giudici nazionali è una *extrema ratio*, ma non può diventare la regola perché, anche se limita le violazioni del diritto dell'Unione, costituisce una soluzione episodica e frammentaria, che non contribuisce all'omogeneità del sistema e spesso non è in grado di offrire ai cittadini un livello di tutela analogo a quello che può essere previsto in sede legislativa<sup>180</sup>.

Dunque i Parlamenti nazionali mantengono una loro fondamentale funzione, e in questo senso è fisiologico e salutare che vengano influenzati dall'operato dei giudici nazionali in qualità di giudici decentrati di diritto europeo e che, più in generale, intervengano qualora vi sia il pericolo che i rispettivi ordinamenti offrano una forma di tutela delle posizioni giuridiche soggettive asimmetrica rispetto a quella offerta in forza del diritto dell'Unione. Situazione di per sé accettabile sotto un profilo puramente ordinamentale, ma molto discutibile da un punto di vista di una più ampia tutela delle posizioni giuridiche soggettive, e della coerenza complessiva del sistema.

Come abbiamo visto, il sistema delle corti, circuito normativo – decisionale sorretto da un tecnicismo apolitico dell'argomentare giuridico, composto da soggetti sottratti alla verifica politico-elettorale, grazie a queste caratteristiche è messo nelle condizioni di fissare *policies* che il circuito decisionale, politico ed istituzionale non è in grado di assumere, a causa dei prezzi, in termini di consenso elettorale, delle pletoriche procedure istituzionali e della composizione di maggioranze spesso frammentate e rissose. Il giudice, dunque, da decisore singolo fra parti singole, diventa, in ordinamenti sia di *common law* sia di *civil law*, potenziale creatore di regole e istituti giuridici, non-

responsabilità civile non appare in grado di sostituire adeguatamente un sistema di indennizzo, che ha un senso solo nella misura in cui prevede una procedura più snella e rapida rispetto alla procedura giurisdizionale ordinaria. Cfr. M. WINKLER, *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea. (Nota a Trib. Torino sez. IV 3 maggio 2010, n. 3145)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2011, (pp. 923-941).

<sup>180</sup> Il fatto che il legislatore possa prevedere sofisticati e rapidi meccanismi di indennizzo, mentre l'azione di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione debba essere esercitata secondo le vie ordinarie è una dimostrazione di tale affermazione. In termini più generali, ricordiamo alcuni elementi che distinguono legislazione e giurisdizione: la prima ha contenuto «normativo», mentre la seconda ha contenuto individuale e concreto. La legge è il risultato di un atto di volontà e libera nel fine, mentre la sentenza è un atto di conoscenza o accertamento, diretto ad applicare una legge. La legislazione crea norme nuove, la giurisdizione è conoscenza e applicazione di norme preesistenti. Cfr. R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 11 e ss. Queste distinzioni aiutano a comprendere le ragioni per le quali in certi termini il legislatore nazionale svolge comunque un ruolo insostituibile.

ché guardiano dei diritti dei cittadini. Dunque, di fronte alle inefficienze e desuetudini dei tradizionali strumenti di riforma parlamentari, si assiste, sottotraccia, ad evoluzioni progressive che sovvertono il dato legale<sup>181</sup>.

Dall'altra parte, a fronte di questa esaltazione del ruolo dei giudici, è opportuno chiedersi in che termini si possa sostenere una loro maggiore responsabilizzazione. L'esame della giurisprudenza europea e degli ordinamenti nazionali considerati ci permetterà, in primo luogo, di riflettere circa l'opportunità e le modalità con cui a questa specifica e fondamentale funzione si possano applicare i parametri della responsabilità patrimoniale.

<sup>181</sup> Alla progressiva desacralizzazione della legge, nel senso di atto normativo approvato dal Parlamento, già messa in luce dalla dottrina nel corso degli ultimi anni, faremo riferimento nella prossima sezione.

## CAPITOLO II

### *Il modello europeo*

SOMMARIO: 1. Antecedenti. L'illecito comunitario all'interno del sistema. – 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia. – 2.1. La sentenza Köbler. 30 settembre 2003. – 2.2. La sentenza Traghetti del Mediterraneo. 13 giugno 2006. – 2.3. La sentenza Commissione c. Italia. 24 novembre 2011. – 3. La responsabilità dello Stato giudice secondo il modello europeo. – 3.1. I presupposti della responsabilità dello Stato nei confronti dei cittadini secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3.2. L'esistenza di una norma comunitaria che conferisce diritti ai cittadini. – 3.3. La violazione sufficientemente caratterizzata. – 3.4. Il nesso di causalità. – 3.5. Ulteriori criteri indicati dalla Corte di giustizia. In particolare, la quantificazione del danno. – 3.6. Particolarità dei requisiti in relazione alla funzione giurisdizionale. – 4. Gli elementi della fattispecie regolati in diritto interno. – 4.1. Gli organi giurisdizionali competenti. – 4.2. La determinazione del soggetto passivo. – 4.3. L'elemento soggettivo. – 4.4. I termini di decadenza e di prescrizione. Il problema del *dies a quo*. – 4.5. Il nesso causale, la natura del danno risarcibile e la sua quantificazione.

#### 1. *Antecedenti. L'illecito comunitario all'interno del sistema*

La responsabilità dello Stato-giudice elaborata dalla Corte di giustizia è l'ultimo approdo del percorso giurisprudenziale relativo alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, ovvero a quella forma di illecito imputabile allo Stato, in tutte le sue funzioni ed articolazioni, consistente in una violazione di una posizione giuridica soggettiva fondata sul diritto europeo. A tal proposito ricordiamo che fino a che la Corte di giustizia non statui esplicitamente che gli Stati membri potessero essere condannati al risarcimento dei danni nei confronti dei soggetti danneggiati per illecito comunitario, l'ordinamento comunitario prevedeva una responsabilità solamente *ad extra*, ovvero nei confronti della comunità. Al contempo, il cittadino non vedeva tutelati in alcun modo i propri diritti in termini patrimoniali e al limite poteva denunciare tale violazione in modo da dare inizio ad una procedura d'infrazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tra l'altro, la sentenza emessa al termine del procedimento di cui agli art. 226-

A partire dagli anni '90 la Corte di giustizia ha enunciato il principio secondo cui lo Stato che viola il diritto comunitario può essere condannato al risarcimento dei danni nei confronti dei cittadini danneggiati da tale violazione. In altri termini, in forza di tale previsione, lo Stato è chiamato non solo a rispondere nei confronti della Comunità, ma anche a risarcire i cittadini concretamente danneggiati dal suo comportamento (responsabilità *ad intra*).

In un quadro in cui gli Stati rispondevano solo e soltanto alla Comunità, la previsione, da parte della Corte di giustizia, di una responsabilità patrimoniale nei confronti dei cittadini danneggiati a causa di un «illecito comunitario» da parte dello Stato, fu salutata come un'evoluzione dalla portata dirompente<sup>2</sup>. La sentenza Francovich, che ha costituito la prima dichiarazione in questo senso, è stata considerata non solo come pietra miliare nella responsabilizzazione degli Stati ma, più in generale, come tappa fondamentale nel processo di costruzione dello Stato di diritto europeo<sup>3</sup>.

228 TCE non soccorreva in alcun modo, dato il suo carattere meramente dichiarativo. A tal proposito, inoltre, segnaliamo che solo in due occasioni la Corte di giustizia ha imposto una sanzione agli Stati membri in seguito all'accertamento di una violazione del diritto comunitario: Sent. CGCE, 25 novembre 2003, Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna. Causa C-278/01, Racc. I-14141; Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica ellenica. Causa C-387/97. Racc. I-5047. In molti casi, la procedura è stata avviata, ma gli Stati in questione hanno adempiuto ai propri obblighi prima che la Corte di giustizia emettesse una sentenza che imponesse una penalità pecuniaria. Spesso i danni derivano, tuttavia, proprio dal tardivo recepimento delle direttive, che non viene sanzionato dalla Corte qualora il ritardo non si prolunghi oltre all'intervento di quest'ultima. Maggiori dettagli a questo riguardo sono forniti da Anthony Arnall, nel paragrafo dal titolo eloquente: «*How effective are infringement proceedings?*». Cfr. A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice. Second Edition*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006.

<sup>2</sup> C'è chi ha definito «rivoluzionaria» la giurisprudenza della Corte di giustizia, perché ha delineato una nuova figura di illecito che ha sconvolto principi ritenuti del tutto consolidati. Tale affermazione può essere condivisa nel senso che per la prima volta la Corte di giustizia ha delineato un rimedio che si fonda sull'iniziativa dei singoli cittadini danneggiati dal comportamento illecito dello Stato; ciò detto, a distanza di quasi vent'anni dalla sentenza Francovich, è innegabile che le grandi aspettative sollevate con tale pronuncia siano state quantomeno parzialmente tradite.

<sup>3</sup> Tale termine è frequentemente utilizzato dai politologi, oltre che dai giuristi, per denominare concetti parzialmente distinti. A tal proposito, Sergio Fabbrini offre una definizione sufficientemente ampia per comprendere le diverse sfaccettature di tale fenomeno: «Comunque si definisca l'europeizzazione, tuttavia è indubbio che essa sia consistita nell'attivazione, a livello dei singoli Stati membri, di pratiche istituzionali, corsi di azione (politiche pubbliche) e schemi cognitivi per affrontare i problemi domestici provenienti dal livello comunitario». Cit. da S. FABBRINI, *Politica comparata. Introduzione alle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari,

Come ricordato nel primo capitolo, il principio espresso nella sentenza Francovich trova il proprio fondamento nei principi comunitari di efficacia diretta e di primato; la Corte di giustizia, delineando la nuova figura di illecito come conseguenza dell'applicazione di tali principi, da un lato svolge un'opera di assestamento e sviluppo della propria giurisprudenza e, dall'altro, dimostra come il nuovo strumento di tutela sia inerente al Trattato e pertanto fuori dalla sfera di competenza degli Stati che, quantomeno formalmente, non possono che rispettarlo e svilupparlo all'interno dei rispettivi ordinamenti nazionali.

Abbiamo già accennato che la dottrina, soprattutto negli anni '90, ha dimostrato grande entusiasmo a proposito della portata della pronuncia Francovich. In particolare, venne sottolineato come in questo modo assumesse nuovo vigore il controllo giudiziario sugli atti degli Stati membri, attraverso una più incisiva azione da parte dei soggetti danneggiati. Attraverso tale meccanismo, infatti, i cittadini, tramite la tutela delle proprie posizioni giuridiche, diventano sentinelle a difesa e promozione del processo di integrazione e ricoprono un ruolo di tutore decentrato del corretto recepimento delle direttive e, più in generale, del rispetto del diritto dell'Unione nel suo complesso. D'altra parte, vi era chi segnalava come in questo modo venisse raffor-

2008, pp. 199-200. A tale processo è dedicata gran parte dell'opera di Joseph Weiler, il cui studio è fondamentale per chi intenda approfondire le ragioni profonde, gli elementi e le dinamiche del processo di costituzionalizzazione dell'Europa. L'autore ripercorre criticamente i mutamenti e le trasformazioni che hanno interessato il processo di integrazione in: J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100, 1990, (pp. 2403-2483). A proposito del concetto di cittadinanza europea l'autore afferma: «*We see through this exquisite exegesis that in the curtailment of the totalistic claim of the nation-state and the reduction of nationality as the principal referent for transnational human intercourse, the Community ideal of supranationalism is evocative of, and resonates with, Enlightenment ideas, with the privileging of the individual, with a different aspect of liberalism which has its current progeny our modern notions of human rights. In this respect the Community ideal is heir to Enlightenment liberalism. Supranationalism assumes a new, additional meaning which refers not to relations among nations but to the ability of the individual to rise above his or her national closet*». Cit. da J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?»*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999. In tema di diritti soggettivi e responsabilità dell'amministrazione, cfr. anche J.S. BELL, *Comparative Administrative Law*, in M. REIMANN e R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, (pp. 1259-1286), p. 1278 e ss. Per quanto riguarda la dottrina italiana, v.: V.E. PARISI (cur.), *Cittadinanza e identità costituzionale europea. Ricerca del Centro di Ricerche in Analisi Economica, Economia Internazionale, Sviluppo Economico*, Il Mulino, Bologna, 2001; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Quaderni del Dipartimento di Diritto Pubblico, Torino, Giappichelli, 1998.

zata l'effettività delle direttive, tramite una sorta di parziale compensazione al mancato riconoscimento dell'efficacia diretta orizzontale<sup>4</sup>. Infine, si affermò che tale pronuncia non sarebbe rimasta senza conseguenze neanche riguardo allo sviluppo della giurisprudenza della stessa Corte di giustizia a proposito del regime di responsabilità delle istituzioni comunitarie<sup>5</sup>.

Rinviando all'amplessima dottrina disponibile, segnaliamo che questa decisione da un lato ha inaugurato una nuova era in relazione alla tutela dei diritti dei cittadini, fornendo ai singoli un quadro di riferimento per far valere in via diretta la violazione del diritto dell'Unione nei confronti dello Stato inadempiente. Dall'altro, ha introdotto un nuovo tipo di illecito extracontrattuale che incide direttamente sul rapporto fra ordinamento europeo e ordinamenti statali<sup>6</sup>. Per queste

<sup>4</sup> Con la sentenza Pfeiffer (Sent. CGCE (grande sezione), 5 ottobre 2004, Bernhard Pfeiffer (C-397/01), Wilhelm Roith (C-398/01), Albert Süß (C-399/01), Michael Winter (C-400/01), Klaus Nestvogel (C-401/01), Roswitha Zeller (C-402/01) e Matthias Döbele (C-403/01) c. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV. Cause riunite C-397/01 a C-403/01. Racc. I-08835) la Corte di giustizia si è pronunciata in relazione al principio di effetto diretto. In generale è chiaro il rapporto di reciproca esclusione che si pone con il principio di responsabilità per violazione del diritto comunitario, che effettivamente si pone solamente qualora lo Stato abbia una qualche influenza circa l'efficacia delle direttive. In ogni caso, si tratta di una questione attualmente ancora aperta. Per un contributo recente sugli ultimi sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia a proposito dei principi di efficacia diretta e preminenza delle direttive, v. VON DANWITZ, *Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Revue Trimestrielle du droit communautaire*, 4 2007, (pp. 575-596).

<sup>5</sup> Alle «consequences of the Francovich case law» fa riferimento D.F. WAELBROECK, *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law*, in T. HEUKELS e A. MCDONNELL, *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1997, (pp. 311-337).

<sup>6</sup> Come sottolinea, fra gli altri, Pier Giuseppe Monateri, è un caso in cui la responsabilità civile viene utilizzata «con finalità di diritto costituzionale», ovvero per intervenire in un settore estraneo agli scopi e agli ambiti applicativi tipici dell'illecito extracontrattuale. A questo proposito, v. MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 857. Questo obiettivo, prima dell'intervento della Corte di giustizia, era stato oggetto di un dibattito, intercorso in primo luogo fra soggetti istituzionali, che si era sviluppato intorno alla scelta degli strumenti più idonei al fine di dotare tale principio di concreta operatività. Con la sentenza Francovich la Corte di giustizia rispose all'esigenza, denunciata a livello sia istituzionale sia dottrinale, di responsabilizzare gli Stati in caso di violazione del diritto comunitario, per assicurare una maggiore effettività del diritto di fonte sopranazionale, e in definitiva, per costruire un'Europa dei cittadini e non solo degli Stati. In questo senso si era pronunciato nei primi anni '80 il Parlamento Europeo, sottolineando l'opportunità di prevedere un obbligo di risarcimento in modo da compensare i danni occorsi ai cittadini a causa di una violazione del diritto comunitario da parte degli Stati membri. Nella risoluzione finale (Risoluzione sulla responsabilità degli Stati Membri in ordine all'applicazione e

ragioni, tale pronuncia è stata presentata come una sorta di bandiera dell'europeismo o, se si preferisce, di manifesto di dimensione costituzionale<sup>7</sup>. Ration per cui questa figura, sotto l'impulso della Corte di giustizia, a partire dagli anni '90 ha affiancato i tradizionali rimedi alla mancata attuazione del diritto comunitario<sup>8</sup> e in tempi recenti si è sviluppata fino a coinvolgere anche la funzione giurisdizionale.

al rispetto del diritto comunitario; GUCE n. C 068 del 14/03/1983 p. 0032) si invitò la Commissione a presentare proposte dirette a conseguire l'uniformazione delle disposizioni nazionali relative al risarcimento dei danni derivati da atti amministrativi illegali. Tale questione è approfondita in J. TALLBERG, *European Governance and Supranational Institutions. Making State Comply*, Routledge, London New York, 2003, paragrafo dal titolo «*Early supranational calls for sanction*», pp. 74-76. Fra i contributi che nei primi anni '80 si concentrarono sul riconoscimento di tale principio, v.: D. WYATT, *New Legal Order, or old?*, in *European Law Review*, 7, Num. 3, 1982, (pp. 147-166); F. SCHOCKWEILER, *L'execution des arrêts de la Cour*, in F. CAPOTORTI, *Du droit International au droit de la Integration. Liber amicorum P. Pescatore*, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, (pp. 613-635); J. TEMPLE LANG, *Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 27, 1990, (pp. 645-681).

<sup>7</sup> A tal proposito, sottolineiamo il ruolo fondamentale della Corte di giustizia la cui giurisprudenza è fonte dell'ordinamento comunitario in virtù del principio del precedente, nonostante l'efficacia *inter partes*, e non *erga omnes*, che il Trattato riconosce alle sue pronunce. Anche se, secondo la lettera del Trattato, il giudice si dovrebbe limitare ad impartire un comando concreto per la soluzione della controversia, e dovrebbe quindi essere estranea alla sentenza l'enunciazione di principi di diritto, la Corte ha utilizzato la logica giuridica, la deduzione dal sistema comunitario e la comparazione degli ordinamenti degli Stati membri per l'esercizio di una funzione «quasi legislativa», di vera e propria creazione del diritto. Si tratta del fenomeno di creazione giudiziaria del diritto che ha attecchito da decenni anche nell'Europa continentale, e che ha spinto parte consistente della dottrina ad evocare il riconoscimento della giurisprudenza non solo come fonte materiale del diritto, ma anche come fonte formale. Per cui, le sentenze emesse dal giudice comunitario vanno considerate «come fonte di statuizioni compiute e direttamente applicabili negli ordinamenti degli Stati membri. Fonte atipica, in quanto nessuna norma dei Trattati conferisce espressamente alla Corte un siffatto potere». Cit. da AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, cit., p. 33. L'autrice, nel capitolo dedicato alle «riflessioni sul ruolo attuale e potenziale della Corte di giustizia nella tutela dei diritti individuali» si sofferma sull'ambiguità della Corte di giustizia, che oscilla fra il ruolo di Tribunale amministrativo e quello di Tribunale costituzionale. A proposito di tale fenomeno, visto dalla prospettiva del diritto italiano, v. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XLV, 2, 2000, (pp. 1193-1223). In particolare, v. il paragrafo 4, dal titolo «Valore di precedente o «diretta applicabilità delle sentenze della Corte di giustizia?», p. 1212.

<sup>8</sup> Questo concetto è ben espresso in A. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008, p. 126: «Quando non sia possibile: a) attribuire efficacia diretta alla direttiva rimasta inattuata, né b) interpretare il diritto interno conformemente alla direttiva medesima, al cittadino danneg-

Prima di soffermarci su tale fattispecie e sui suoi requisiti fondamentali, riteniamo opportuno dedicare un breve passaggio all'analisi delle modalità con cui tale principio è stato progressivamente dotato di efficacia vincolante.

I soggetti che parteciparono al dibattito avevano di fronte a sé diversi modelli di riferimento, fra cui i regimi di responsabilità dello Stato conosciuti a livello statale e, d'altra parte, la responsabilità extracontrattuale della Comunità Europea. Coloro che si misurarono con tale questione ripresero la tradizionale impostazione secondo cui il rapporto fra diritto comunitario e diritto statale è ricondotto a quattro distinti modelli. A seconda della «diversa intensità dell'impatto che le norme prodotte dalla comunità hanno sui sistemi nazionali o, se si preferisce, dalla forza maggiore o minore con cui esse penetrano all'interno di questi», ci si riferisce, tradizionalmente, a sostituzione, armonizzazione, coordinamento e coesistenza<sup>9</sup>. A questo proposito ricordiamo che una delle ipotesi in campo, sostenuta dalla Commissione Europea, prevedeva una sostituzione legislativa che avrebbe condotto all'abrogazione delle normative nazionali ad opera di quella comunitaria. Alla fine, come sappiamo, si seguì un'altra strada, consistente in una progressiva armonizzazione promossa dalla Corte di giustizia ed orientata alla comunitarizzazione dei rimedi sanzionatori nazionali<sup>10</sup>. Per perseguire questo obiettivo, la Corte ha utilizzato una strategia che ha origine sin dagli anni '60 e che consiste nell'enunciazione di principi all'interno delle sentenze, e ad una successiva assimilazione e applicazione da parte dei giudici nazionali. In altri termini si avviò un dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali

giato dalla mancata attuazione della direttiva non resta che chiedere il risarcimento del danno nei confronti dello Stato consistente nel pagamento di una somma di denaro corrispondente al danno subito in conseguenza della mancata possibilità di esercitare i diritti che la tempestiva attuazione della direttiva gli avrebbe attribuito».

<sup>9</sup> Cfr. G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 365.

<sup>10</sup> In questo modo la Corte persegue una tecnica di armonizzazione complessa e delicata che intende risolvere la tensione istituzionale fra centralizzazione e decentralizzazione dei rimedi alla violazione del diritto comunitario. Questo dibattito, del resto, risale ai decenni precedenti, in cui le disposizioni comunitarie non applicate avevano raggiunto un tale numero da mettere in pericolo la stessa esistenza di un mercato unico e la prospettiva di un'Unione Economica e Monetaria. A partire dai primi anni '80 erano state avanzate proposte tendenti alla decentralizzazione dei meccanismi di sanzione e di responsabilizzazione degli inadempimenti statali, il che minacciava la funzione di controllo e di applicazione accentrata della Corte di giustizia, già parzialmente screditata dalla disapplicazione delle sentenze di condanna per inadempimento del diritto comunitario. Cfr. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit., p. 266.



volto a perseguire quegli obiettivi che non potevano essere imposti alle corti nazionali come conseguenza di una relazione gerarchica<sup>11</sup>.

A questo indirizzo rispondono la sentenza Francovich e la giurisprudenza successiva che, come noto, fissano i presupposti della responsabilità, ma delegano agli Stati membri il completamento normativo della fattispecie sotto un profilo di diritto sia sostanziale sia processuale. Pertanto, «in ragione del fatto che la disciplina dei presupposti della responsabilità dello Stato membro, elaborata dalla Corte di giustizia, non è sufficiente, da sola, ad affrontare e risolvere tutti i problemi con cui il giudice interno è chiamato a confrontarsi ai fini del decidere», gli ordinamenti interni svolgono un ruolo fondamentale nell'integrazione della disciplina<sup>12</sup>. Tali considerazioni ci permettono di cogliere il valore e la forza normativa dei presupposti elaborati dalla Corte di giustizia, che in questa fase intendiamo analizzare per poi svolgere una comparazione con i presupposti della responsabilità conosciuta a livello nazionale. Prima di svolgere tale disamina occorre ancora fare un riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia, per poi commentarne i tratti fondamentali.

## 2. La giurisprudenza della Corte di giustizia

Come abbiamo ricordato in precedenza, le pronunce della Corte di giustizia in relazione alla responsabilità per fatto del giudice costituiscono il culmine di un percorso durato decenni, germogliato dalla sentenza Francovich e sviluppatosi sia in relazione a nuove ap-

<sup>11</sup> Pur non sussistendo, formalmente, una relazione gerarchica fra giudici nazionali e corti comunitarie, il compito del giudice nazionale di applicare il diritto comunitario si fonda sul primato e l'applicabilità diretta del diritto comunitario, che implicano la disapplicazione di qualsiasi disposizione contraria di diritto interno. A tal proposito, il legislatore comunitario ha creato una vera e propria relazione organica fra Corte di giustizia e giurisdizioni nazionali, al fine dell'applicazione armoniosa e coerente del diritto comunitario. In questo quadro, si è sviluppato un dialogo fra corti comunitarie e corti nazionali, a proposito del quale Monica Claes ha affermato: «*In analysing the national answer to Francovich and its progeny, the focus will be on constitutional questions, mainly the liability of the legislating State, and the allocation of liability within the State*». Cit. da M. CLAES, *The National Courts Mandates in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, p. 346.

<sup>12</sup> Cfr. E. CALZOLAIO, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 33. Gran parte della dottrina ha sottolineato come i presupposti stabiliti dalla Corte di giustizia siano allo stesso tempo troppo vaghi e troppo restrittivi; per cui negli ultimi anni si è fatta strada la tesi che sostiene che tali presupposti andrebbero complessivamente riformati. Ci occuperemo di tale questione nel prosieguo della trattazione.

plicazioni dell'illecito comunitario sia nel senso di una più fine e precisa elaborazione dei presupposti della responsabilità. Per queste ragioni, riteniamo opportuno svolgere una breve disamina della giurisprudenza relativa all'illecito comunitario per poi concentrarci sulle sentenze specificamente dedicate alla violazione del diritto europeo imputabile alla funzione giurisdizionale.

Con la sentenza *Francovich e Bonifaci c. Repubblica Italiana*, relativa a due questioni pregiudiziali cumulate presentate dalle preture di Vicenza e di Bassano del Grappa, la Corte di giustizia ha per la prima volta riconosciuto il diritto del cittadino al risarcimento dei danni derivanti dal comportamento dello Stato che non abbia ottemperato agli obblighi comunitari nascenti dal Trattato<sup>13</sup>. Nel caso di specie si trattava di una direttiva cui non si poteva riconoscere effetto diretto e che, in mancanza di provvedimenti di attuazione, non poteva essere fatta valere dinanzi ai giudici nazionali<sup>14</sup>. Si trattava, infatti, di una direttiva non recepita che, pur determinando il titolare del diritto protetto e il contenuto della garanzia, non aveva effetto diretto perché delegava agli Stati la scelta, al momento del recepimento, del sistema di finanziamento della garanzia salariale.

In questo caso la responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario è apparsa come logica applicazione dei fondamentali principi di effetto diretto e di leale collaborazione, e, d'altro lato, è stata definita dalla Corte come principio inerente al Trattato<sup>15</sup>; in tal modo, il principio è stato imposto agli Stati membri e, pertanto, messo al riparo dalle dinamiche politiche interne e dalle resistenze che tradizionalmente costellano l'alterazione dell'equilibrio Stati – Comunità a favore di quest'ultima<sup>16</sup>. Già sappiamo

<sup>13</sup> Sent. CGCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich e Danila Bonifaci e altri c. Repubblica Italiana*. Cause riunite C-6/90 e C-9/90, Racc. I-05357.

<sup>14</sup> Motivazione della sentenza n. 34: «La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora, come nella fattispecie, la piena efficacia delle norme comunitarie, sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario».

<sup>15</sup> Nella *Massima* n. 3 si legge che «il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato. L'obbligo degli Stati membri di risarcire tali danni trova il suo fondamento anche nell'art. 5 del Trattato, in forza del quale gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario e, quindi, ad eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario».

<sup>16</sup> Sostenere che si tratta di un principio inerente al Trattato, significa conside-

che, a tal proposito, la Corte ha per lo più esplicitato e sviluppato principi già enunciati in precedenza, mentre ha svolto una funzione più marcatamente creativa nell'enucleazione dei presupposti di questa figura di illecito. Il caso Francovich trae origine dal mancato recepimento di una direttiva, e in tal caso la Corte stabilì, come condizioni sufficienti per la sussistenza dell'illecito comunitario, tre presupposti: che il risultato prescritto dalla direttiva comportasse l'attribuzione di diritti in favore dei soggetti privati; che il contenuto di tali diritti potesse essere identificato in base alle disposizioni della direttiva; che esistesse un nesso di causalità fra la violazione dell'obbligo in capo allo Stato e il danno sofferto<sup>17</sup>.

rarlo un principio di diritto comunitario; in caso contrario, la sussistenza di questo principio sarebbe dipesa dalla sua previsione nel diritto interno. Secondo alcuni autori, quest'affermazione costituisce il vero elemento di novità apportato dalla sentenza Francovich: «la novità del principio menzionato non consiste tanto nelle ragioni e nei termini della sua enunciazione, quanto nel suo preciso fondamento sul diritto comunitario: la sentenza Francovich non ha «creato» il principio della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario; ma lo ha assunto nell'ambito degli istituti giuridici concretamente azionabili, sottraendone il fondamento ai diritti nazionali degli Stati membri ed individuando direttamente le condizioni sostanziali del suo operare». Cit. da L. FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati*, in *Studium Iuris*, 11, 2000, (pp. 1198-1208), p. 1200.

<sup>17</sup> Tali presupposti sono stabiliti nella massima numero 4, la cui importanza è tale che riteniamo opportuno riportarla integralmente. «Se la responsabilità dello Stato per il risarcimento dei danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è imposta dal diritto comunitario, i presupposti per l'insorgere di un diritto a risarcimento dipendono dalla natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato. Qualora uno Stato membro violi l'obbligo, ad esso incombente in forza dell'art. 189, terzo comma, del Trattato, di prendere tutti i provvedimenti necessari a conseguire il risultato prescritto da una direttiva, la piena efficacia di questa norma di diritto comunitario esige che sia riconosciuto un diritto a risarcimento ove ricorrano le tre seguenti condizioni: 1) il risultato prescritto dalla direttiva deve implicare l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; 2) il contenuto di tali diritti deve potersi individuare sulla base delle disposizioni della direttiva; 3) deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. In mancanza di una disciplina comunitaria, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato. Tuttavia, le condizioni, formali e sostanziali, stabilite dalle diverse legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi reclami di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile ottenere il risarcimento». A tali presupposti dedicheremo ampio spazio nelle prossime pagine. Per ora intendiamo anticipare come l'enunciazione del principio dipenda dai fatti del caso che la Corte è chiamata a giudicare. Infatti, si vedrà come nella giurisprudenza successiva la Corte approfondirà ed estenderà l'applicazione di tali presupposti, perché chiamata a giudicare violazioni del diritto comunitario di altra natura.

Nella sentenza Francovich, l'illecito comunitario era delineato nei suoi contorni più generali. Tale pronuncia aveva aperto un fronte, ma, inevitabilmente, per giungere ad una più precisa disciplina della figura, sarebbero stati necessari altri interventi della Corte di giustizia. Era infatti impensabile che in un solo episodio (coincidente con una sentenza emessa per la risoluzione di un singolo caso e, quindi, ad esso strettamente collegato) la Corte fornisse una disciplina completa e dettagliata, ed appariva del tutto fisiologico che per la risoluzione delle molte questioni rimaste sostanzialmente irrisolte fosse necessario attendere un nuovo intervento.

Negli anni successivi si sono susseguite pronunce che hanno sempre meglio definito tale figura di illecito. Il giudice nel corso di pochi anni applicò il principio ad un caso di errata interpretazione di una direttiva<sup>18</sup>, ad una violazione consistente nell'incompatibilità di una legge con un articolo del Trattato<sup>19</sup>, ad una violazione da parte di un'amministrazione statale collegata al rifiuto, da parte del Regno Unito, di concedere una licenza<sup>20</sup>. A cinque anni dalla sentenza Francovich, l'illecito comunitario era ormai entrato in una fase matura. I presupposti erano ormai chiariti, ed appariva evidente che la sua applicazione sarebbe divenuta sempre meno episodica. La seconda metà degli anni '90 ha segnato una nuova fase, di applicazione ad ambiti particolarmente delicati come quello fiscale<sup>21</sup>. D'altra parte, l'illecito

<sup>18</sup> Sent. CGCE, 16 dicembre 1993, Teodoro Wagner Miret c. Fondo de garantía salarial. Causa C-334/92. Racc. I-06911. Tale sentenza è stata oggetto di analisi particolarmente approfondita da parte della dottrina spagnola; per approfondire i fatti del caso, v. E. COBREROS MENDAZONA, *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Organismo Autonomo del Gobierno Vasco, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995, pp. 55-77.

<sup>19</sup> La sentenza Sent. CGCE, 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029 risolve due questioni pregiudiziali riunite, presentate rispettivamente dalla Corte Suprema Federale tedesca (*Bundesgerichtshof*) e dalla *High Court of Justice (Divisional Court, Queen's Bench Division)*. Cfr. G.F. CARTEI, *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, (pp. 733-747); G.P. MANZELLA, *Responsabilità dello Stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 46, 1996, (pp. 426-433).

<sup>20</sup> Sent. CGCE, 23 maggio 1996, The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd. Causa C-5/94. Racc. I-02553. Per un approfondimento dei fatti del caso, rimandiamo a G.P. MANZELLA, P. ZIOTTI, *Ancora sulla responsabilità di uno Stato Membro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 7, 1996, (pp. 647-648).

<sup>21</sup> Sent. CGCE (Quinta Sezione), 17 ottobre 1996. Denavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen. Cause riunite

comunitario fu applicato per la prima volta alle articolazioni politico-territoriali ed a soggetti pubblici non direttamente riferibili allo Stato centrale<sup>22</sup>. Le c.d. sentenze di seconda generazione, a partire dalla fine degli anni '90, hanno definitivamente dimostrato la flessibilità e vitalità di tale figura, nonché la sua problematica relazione con altri principi, quali l'efficacia orizzontale delle direttive e la sua applicabilità nei rapporti interprivati<sup>23</sup>. In questo modo gli interventi della Corte di giustizia hanno progressivamente chiarito la portata dei tre presupposti, così come hanno evidenziato le potenzialità applicative dello strumento nel suo complesso. Tale sviluppo è giunto alla sua fase più matura quando la Corte è stata chiamata ad esprimersi circa la possibilità di applicare tale istituto anche alla funzione giurisdizionale.

### 2.1. *La sentenza Köbler. 30 settembre 2003*

Nell'episodio che ha dato luogo alla sentenza il giudice comunitario si è pronunciato in sede di rinvio pregiudiziale in occasione di un'azione di responsabilità proposta nei confronti della Repubblica d'Austria per violazione di una disposizione del diritto comunitario da parte di una sentenza del supremo giudice amministrativo (*Verwaltungsgerichtshof*)<sup>24</sup>. Si tratta del primo caso in cui la figura dell'ille-

C-283/94, C-291/94 e C-292/94. *Racc. I-05063*. Il caso è analizzato e commentato in S. CIPOLLINA, *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, II, 1997, (pp. 12-28).

<sup>22</sup> Rispettivamente: sent. CGCE, 1 giugno 1999, Klaus Könle c. Republik Österreich. Causa C-302/97. *Racc. I-03099*; Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. *Racc. I-05123*.

<sup>23</sup> Sent. CGCE, 15 giugno 1999, Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister e altri c. Repubblica d'Austria. Causa C-140/97. *Racc. I-03499*. A tal proposito si ricordino: Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. *Racc. I-04845*; Sent. CGCE (Quinta Sezione), 14 maggio 1998, Verein für Konsumenteninformation c. Österreichische Kreditversicherungs AG. Causa C-364/96. *Racc. I-02949*; Sent. CGCE (Quinta Sezione), 11 febbraio 1999, AFS Intercultural Programs Finland ry. Causa C-237/97. *Racc. I-00825*. Per un'ampia disamina di queste sentenze, v. M. FRAGOLA, *La figura del «consumatore-turista» e i diritti ad esso riconosciuti nell'ordinamento comunitario*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2001, (pp. 5-38).

<sup>24</sup> Sent. CGCE, 30 settembre 2003. Gerhard Köbler c. Republik Österreich. Causa C-224/01. *Racc. I-10239*. Nella causa principale alla base della Sentenza fu promosso un rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 48 del Trattato e l'interpretazione degli artt. 1, 2, 3 del Regolamento n. 1612/68. La questione fu proposta nell'ambito di un'azione di responsabilità esercitata dal Sig. Köbler contro lo Stato austriaco per violazione del diritto comunitario da parte del

cito comunitario è stata estesa anche all'operato di un giudice<sup>25</sup>. La Corte, chiamata a pronunciarsi dal tribunale civile di Vienna, ha espressamente riconosciuto il principio secondo cui lo Stato, in quanto entità unitaria, è responsabile per la violazione degli impegni assunti, anche nell'ipotesi in cui la violazione del diritto comunitario derivi

*Verwaltungsgerichtshof* (giudice supremo austriaco in materia contenzioso-amministrativa). Si tratta di un'azione promossa da un professore universitario che prima di ottenere una cattedra presso l'Università di Innsbruck aveva lavorato in diverse università Europee; al prof. Köbler era stata negata l'attribuzione di una retribuzione aggiuntiva (una sorta di indennità speciale di anzianità di servizio) prevista dall'art. 50 della legge austriaca sulle retribuzioni, poiché tale normativa prevedeva che il beneficio potesse essere conseguito unicamente a seguito di anzianità maturata presso università statali austriache. Quindi, Köbler agì contro il Ministero federale della Ricerca, sostenendo davanti al Tribunale amministrativo l'incompatibilità della normativa austriaca con il diritto comunitario (art. 48 Trattato CE e art. 7, n. 1 Regolamento n. 1612/68), in quanto discriminatoria nel trattamento riservato ai cittadini austriaci rispetto agli altri cittadini comunitari. Il giudice di ultima istanza respinse le domande del professore, interpretando erroneamente le norme comunitarie e rinunciando alla domanda di rinvio alla Corte di giustizia a seguito di pronuncia di quest'ultima su un caso analogo (CGCE, 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Kalliope Schoning-Kougebetopoulou c. Freie und Hansestadt Hamburg, in Racc., 1998, I-00047) violando, in questo modo l'art. 234 del Trattato CE (art. 267 TFUE). Tuttavia, in sede di decisione, il giudice non si uniformò all'orientamento della Corte di giustizia, ritenendo l'indennità di anzianità come una sorta di «premio fedeltà» che come tale giustificava una deroga alle disposizioni di diritto comunitario relative alla libera circolazione dei lavoratori. Il giudice civile, investito della causa di rinvio, sottopose alcune questioni pregiudiziali relative all'interpretazione della legge ai sensi del diritto comunitario. Fra l'altro, il Tribunale di Vienna sottopose al giudice comunitario la questione «se il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono ad essi imputabili si applichi anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado e se, in caso affermativo, spetti all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative a tale risarcimento» (Motivazione n. 15). V., fra i numerosi commenti disponibili D. SIMON, *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême*, in *European Law Review*, 11, 2003, (pp. 3-6); R. MEHDI, *Primaauté du droit communautaire*, in *Journal du droit international*, 2, 2004, (pp. 552-559). Tale sentenza è stata oggetto di numerosissimi commenti da parte della dottrina, che ha svolto un ruolo fondamentale nell'approfondimento degli effetti delle pronunce della Corte di giustizia sui regimi statali di responsabilità del giudice. A tal proposito, v., fra gli altri, P. PRIVA, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della «Koblerizzazione» del diritto comunitario e del diritto degli stati membri in Il Diritto della Regione*, fasc. 5-6, 2004, (pp. 809-840).

<sup>25</sup> Il principio era già stato abbozzato da alcune sentenze precedenti: CGCE, 9 dicembre 2003, Commissione c. Repubblica Italiana, C-129/00; CGCE, 4 dicembre 2003, Evans c. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions – Motor Insurers' Bureau, C-63/01.

dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado<sup>26</sup>. Si tratta di un principio proveniente dal patrimonio assiologico del diritto internazionale, globalmente condiviso dagli Stati membri, nonché richiamato nella Convenzione Europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>27</sup>. Ciononostante, l'applicazione di un tale principio per la risoluzione di un caso concreto legato all'attività di un giudice risulta decisiva per le implicazioni che ne possono derivare su istituti, concetti e nozioni, in vista di una sua piena attuazione negli ordinamenti tradizionali<sup>28</sup>.

In questa occasione la Corte ha affrontato le questioni relative al rapporto fra responsabilità risarcitoria per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali e principi dell'intangibilità della cosa giudicata e dell'indipendenza del potere giudiziario<sup>29</sup>. Per

<sup>26</sup> Il fatto che si riferisca ad un organo giurisdizionale di ultimo grado dipende dal fatto che questo costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario. Par. 33: «In considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro».

<sup>27</sup> Art. 41 («Equa soddisfazione»): «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

<sup>28</sup> Il fatto che la Corte nel caso di specie non abbia ravvisato i presupposti per condannare lo stato austriaco al risarcimento del danno di certo è del tutto irrilevante a proposito delle ricadute nei sistemi nazionali di quanto la Corte ha stabilito a proposito dell'illecito comunitario per fatto del giudice. Di «cambiamento epocale del ruolo del giudice nazionale», a seguito delle sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo, parla Roberto Conti in R. CONTI, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 11, 2006, (pp. 1515-1528).

<sup>29</sup> Rispettivamente, nei par. 23 e 17, 20, 26, 37, 41, 42, 48 e 64. Quanto stabilito in relazione al rapporto fra diritto comunitario e autorità di cosa giudicata, fu parzialmente corretto nella pronuncia Kapferer (Sent. CGCE (Prima Sezione), 16 marzo 2006, Rosmarie Kapferer c. Schlank & Schick GmbH. Causa C-234/04. Racc. I-02585). Par. 21: «Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. p. I-3055, par. 46 e 47)». Per quanto riguarda il secondo punto, la Corte ha evidenziato che il principio in esame non investe la responsabilità personale del giudice, ma soltanto quella dello Stato; quindi tale principio non compromette i valori fondamentali dell'autonomia e

quanto riguarda il primo principio, vedremo come, anche nel caso in cui lo Stato venga condannato al risarcimento dei danni in seguito a sentenza dettata in violazione del diritto dell'Unione, il giudicato viene confermato, proprio perché la validità, dal punto di vista dell'ordinamento nazionale, del giudicato medesimo costituisce presupposto dell'illecito comunitario dello Stato<sup>30</sup>. In questo modo la Corte ha confermato l'intangibilità del giudicato, considerandolo come un presupposto della responsabilità dello Stato, perché «è proprio la sua efficacia giuridica ed obbligatorietà che fonda la responsabilità dello Stato sul piano comunitario»<sup>31</sup>.

Nel caso specifico, l'organo giurisdizionale nazionale non commise una violazione sufficientemente caratterizzata perché la questione che era stato chiamato a giudicare non trovava esplicita soluzione nei Trattati o nella giurisprudenza comunitaria e la decisione, relativa tanto al merito quanto alla necessità di proporre una questione pregiudiziale, derivava da una lettura erronea della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tuttavia, si tratta di una sentenza di estremo interesse, poiché il secondo presupposto è stato ripulmato in considerazione delle specifiche caratteristiche della funzione giudicante. Il concetto di violazione manifesta del diritto, in relazione allo Stato – giudice, è stato interpretato in termini restrittivi, in modo da prevedere la responsabilità del giudice solamente in casi eccezionali. Come vedremo ampiamente nella sezione espressamente dedicata al tema, il secondo presupposto coincide con una palese inosservanza di una norma comunitaria (in questo caso l'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE), ed è «comunque sempre scevro da un vaglio della componente soggettiva dell'organo che commette la violazione comunitaria»<sup>32</sup>. Il che ha sollevato diverse questioni in relazione alla compatibilità del secondo presupposto con l'elemento soggettivo previsto da diverse discipline nazionali.

dell'indipendenza del potere giudiziario. I rilievi sollevati in questa sentenza sono commentati, fra gli altri, da ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, cit.

<sup>30</sup> Questa segnalazione si trova in E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro Italiano*, 2006, (pp. 418-420). A tal proposito, l'autore sottolinea la diversità di oggetto e di parti fra il processo fonte del danno e quello di responsabilità.

<sup>31</sup> Cfr. E. SCODITTI, «*Francovich presa sul serio*»: *la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro Italiano*, IV, 2004, (pp. 4-7).

<sup>32</sup> Cit. da C. RASIA, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 6, 2007, (pp. 661-682), p. 670.



## 2.2. La sentenza *Traghetti del Mediterraneo*. 13 giugno 2006

Questa sentenza ha ad oggetto una domanda di rinvio pregiudiziale proposta dal Tribunale di Genova, relativa ad un'azione di responsabilità intentata contro lo Stato italiano e fondata su un mancato rinvio pregiudiziale da parte della Corte di Cassazione<sup>33</sup>. La suprema corte, in violazione del diritto comunitario, aveva respinto una domanda proposta dalla curatela della società *Traghetti del Mediterraneo* che lamentava le conseguenze negative di una politica dei prezzi attuata dalla società *Tirrenia*, resa possibile in ragione della concessione di aiuti di Stato.

Ai nostri fini, la sentenza assume particolare rilievo in quanto relativa agli elementi di incompatibilità della legge 117/88 con il diritto comunitario. Il giudice comunitario, infatti, ha per la prima volta stabilito che la disciplina italiana sulla responsabilità del giudice è in conflitto con gli ultimi sviluppi giurisprudenziali sulla responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario da parte degli organi giurisdizionali di ultima

<sup>33</sup> Sent. CGCE (grande sezione), 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*. Causa C-173/03. Racc. I-05177. La sentenza trae origine da una controversia fra la *Traghetti del Mediterraneo SpA* e la *Tirrenia* per violazione degli art. 81, 82, 86 e 87 del Trattato CE e della normativa nazionale sulla concorrenza sleale. La causa si prolungò per più di dieci anni prima di essere giudicata dalla Corte di Cassazione, che rigettò il ricorso per infondatezza dei motivi omettendo di rispettare l'obbligo di rinvio pregiudiziale previsto per i giudici di ultima istanza. A tal proposito, la Corte di Cassazione ritenne evidente la compatibilità con i principi comunitari in tema di concorrenza e di aiuti di stato delle sovvenzioni corrisposte dal nostro paese alla *Tirrenia*, giacché le attività di quest'ultima venivano qualificate come servizi di interesse economico generale esclusi dal divieto di cui all'art. 87 del Trattato CE. Quindi, il danneggiato esercitò un'azione di risarcimento danni nei confronti dello Stato italiano in ragione di un'erronea applicazione da parte della Corte di Cassazione delle norme comunitarie in materia di intese e di abuso di posizione dominante (artt. 86 e 87 CE), nonché dell'art. 234 (art. 267 TFUE) che obbliga i giudici di ultima istanza, richiesti di pronunciarsi su questioni di diritto comunitario, a fare rinvio alla Corte di giustizia. Il giudice nazionale questa volta decideva di sospendere la causa e di adire la Corte di giustizia, chiedendo se fosse compatibile con il diritto comunitario, alla luce dei principi enunciati dalla sentenza Köbler, la disciplina stabilita nella Legge 117/88 (risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), che esclude la responsabilità a proposito dell'attività di interpretazione di norme giuridiche e con la valutazione del fatto e delle prove, e nella parte in cui limita detta responsabilità ai casi di dolo o colpa grave dei magistrati (art. 2, comma 1 e 2). Cfr. C. NOURISSAT, *Responsabilité de l'État et interprétation du droit communautaire par le juge*, in *Procédures*, 6, 2007, (pp. 17-18); M. RUFFERT, *Case C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic, Judgement of the Court (Great Chamber) of 13 June 2006*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, (pp. 479-486).

istanza. Come vedremo nel capitolo espressamente dedicato, la c.d. clausola di salvaguardia, così come il meccanismo risarcitorio nel suo complesso (con particolare riferimento all'elemento soggettivo), impediscono un'effettiva tutela delle posizioni giuridiche soggettive, per cui il giudice comunitario ha ravvisato vari profili di incompatibilità con i principi del primato e dell'effettività del diritto comunitario<sup>34</sup>.

Nel risolvere tale caso, la Corte di giustizia ha dichiarato contraria al diritto comunitario l'esclusione da parte del diritto nazionale della responsabilità dello Stato per violazione imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, per il motivo che la violazione risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale<sup>35</sup>. In questa sentenza la Corte di giustizia ha sottolineato le specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto e ha dichiarato che, se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente<sup>36</sup>. In questo modo il giudice ha sollevato la questione degli eventuali conflitti fra diritto comunitario e regimi nazionali di responsabilità civile dei giudici e in particolare ha dichiarato l'incompatibilità della disciplina italiana con il diritto europeo. I due elementi di criticità sono stati individuati nella c.d. clausola di salvaguardia e nell'elemento soggettivo. Tale orientamento è stato recentemente confermato nella sentenza che ci accingiamo ad esaminare.

<sup>34</sup> Per un'analisi delle ripercussioni di tale sentenza sull'ordinamento italiano, v., fra gli altri, C. DI SERI, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 2006, (pp. 1116-1131).

<sup>35</sup> Sentenza Traghetti del Mediterraneo, Massima n. 1: «Infatti, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni cagionati ai singoli da violazioni manifeste del diritto comunitario derivanti dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, in quanto una siffatta esclusione non garantirebbe ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro».

<sup>36</sup> Paragrafi 32 e 44.

### 2.3. La sentenza Commissione c. Italia. 24 novembre 2011

Con questa sentenza la Corte di giustizia ha deciso in merito ad una procedura di infrazione iniziata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia rispetto alla legge 117/88 sulla responsabilità civile dei giudici<sup>37</sup>. In particolare, la Commissione aveva contestato alla Repubblica italiana il fatto che la disciplina fosse in conflitto con il diritto europeo poiché essa esclude qualsiasi responsabilità dello Stato italiano per i danni arrecati a seguito di violazione risultante dall'interpretazione di norme di diritto o di valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave. In sostanza, la Commissione contestava il fatto che l'Italia non avesse riformato, nonostante la sentenza Traghetti del Mediterraneo, il testo della legge 117/88, e che non fosse nemmeno mutato il restrittivo orientamento della Corte di cassazione<sup>38</sup>.

Vi è dunque un duplice profilo di incompatibilità. Da un lato, l'esplicito tenore dell'art. 2, comma 2 esclude che la responsabilità possa derivare, in via generale, dall'interpretazione del diritto e dalla valutazione dei fatti e delle prove<sup>39</sup>. D'altra parte, la Corte ha stabilito i tre presupposti in presenza dei quali gli Stati sono tenuti al risarcimento dei danni, ed ha ravvisato un conflitto della disciplina italiana con il diritto dell'Unione nella condizione della «colpa grave di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/88, che deve sussistere af-

<sup>37</sup> Sent. CGUE, 24 novembre 2011, Commissione europea c. Repubblica italiana, causa C-379/10. La sentenza è commentata in: G. FERRI, *La responsabilità dello Stato per la violazione del diritto Ue commessa dal giudice nazionale e la legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2012, (pp. 633-647).

<sup>38</sup> Il governo italiano si era difeso affermando che la Corte di giustizia, nella sentenza Traghetti del Mediterraneo, non aveva espressamente dichiarato l'incompatibilità della legge n. 117/88 con il diritto dell'Unione e che di questa legge poteva essere data un'interpretazione conforme alla giurisprudenza comunitaria (in particolare, con riguardo all'attività interpretativa, l'art. 2, comma 2, della legge n. 117/1988 andava inteso non come esclusione ma solo come una ammissibile limitazione di responsabilità, dovendo esso interpretarsi alla luce dell'art. 2, comma 3, che individuava i casi tipici di «colpa grave» da ritenere equivalenti alla violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione).

<sup>39</sup> Ad avviso del giudice «l'Italia non ha fornito alcun elemento in grado di dimostrare validamente che, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, tale disposizione venga interpretata dalla giurisprudenza quale semplice limite posto alla sua responsabilità qualora la violazione risulti dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e non quale esclusione di responsabilità» (Par. 37).

finché possa sorgere la responsabilità dello Stato italiano, così come interpretata dalla suprema Corte di cassazione. Infatti, ad avviso del giudice, ne deriva l'imposizione di un requisito più rigoroso di quelli derivanti dalla condizione di "violazione manifesta del diritto vigente"» (Par. 43)<sup>40</sup>.

Questa pronuncia, che nel merito tende a ripetere quanto stabilito nella sentenza «Traghetti», indicando espressamente alcuni elementi di incompatibilità fra la disciplina italiana e la giurisprudenza europea, ha avuto importanti ripercussioni sotto il profilo istituzionale, quantomeno sul piano del dibattito accademico e politico<sup>41</sup>. In Italia è infatti seguita un'iniziativa parlamentare volta, a detta dei proponenti, ad allineare la disciplina italiana agli orientamenti della Corte di giustizia. Il che dimostra, se ancora ce ne fosse bisogno, che nei fatti i modelli elaborati dalla Corte di giustizia tendono ad influenzare un mutamento degli ordinamenti nazionali anche oltre i confini di diretta applicazione del diritto europeo. D'altra parte, anche a livello dottrinale ha assunto ulteriore vigore un dibattito già sorto in occasione delle sentenze poc'anzi ricordate, a proposito della compatibilità fra discipline e dei profili di criticità che interessano i rapporti fra diritto europeo e ordinamenti nazionali. A queste questioni, affrontate in termini generali nel capitolo introduttivo, ci riserviamo di dedicare ulteriore spazio nel corso della trattazione.

### 3. *La responsabilità dello Stato giudice secondo il modello europeo*

Nel capitolo introduttivo abbiamo ricordato come sia opinione comune che le corti nazionali svolgano un ruolo fondamentale per quanto riguarda la tutela dei diritti sanciti a livello europeo, in primo luogo poiché sono i giudici a cui i soggetti danneggiati rivolgono le proprie domande, e d'altra parte perché su di essi grava il compito di tutelare le posizioni giuridiche soggettive tramite un complesso bi-

<sup>40</sup> Il governo italiano non aveva infatti dimostrato che l'interpretazione data dai giudici italiani (all'art. 2, commi 1 e 3, della citata legge) fosse conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia, non richiamando alcuna giurisprudenza nazionale idonea a dimostrare che la nozione di colpa grave, ai sensi della legge n. 117/88, fosse stata «effettivamente interpretata, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado dello Stato membro convenuto, in termini tali da corrispondere al requisito di «violazione manifesta del diritto vigente» fissato dalla giurisprudenza della Corte [di giustizia]» (v. p. 43-45).

<sup>41</sup> Al momento in cui scriviamo, tale annotazione è d'obbligo, in quanto, ad oggi, a tale dibattito (nonostante i numerosi disegni di legge presentati in Parlamento, cui faremo riferimento nel Capitolo IV) non è seguita una riforma della legge 117/88.

lanciamento di principi di coordinamento fra livelli. Negli ultimi anni, la loro attività ha assunto ulteriore rilievo poiché, a seguito della giurisprudenza europea che abbiamo appena passato in rassegna, alla stessa funzione giurisdizionale può essere imputabile una violazione del diritto dell'Unione da cui derivino conseguenze in termini patrimoniali. Pertanto la posizione del giudice «è tanto più «strategica» in quanto ad esso spetta valutare l'articolazione del suo diritto nazionale con il diritto comunitario e di trarne le conseguenze che s'impongono. Pertanto, non è più necessariamente, come poteva dire in altri tempi Montesquieu, «la bocca della legge». Al contrario, esso è tenuto a volgere uno sguardo critico sul suo diritto nazionale al fine di assicurarsi, prima di applicarlo, della sua conformità al diritto comunitario. Se ritiene che il suo diritto nazionale non possa ricevere un'interpretazione conforme, spetta ad esso disapplicarlo e persino applicare disposizioni di diritto comunitario in sostituzione del suo diritto nazionale mediante un gioco di sostituzione di norme, a meno che non ne derivi – anche in questo caso – un aggravamento della situazione giuridica dei singoli»<sup>42</sup>.

D'altra parte, l'applicazione dell'illecito comunitario agli esponenti del potere giudiziario è stata svolta con particolare prudenza. La ragione di questo atteggiamento è riconducibile al fatto che al riconoscimento dell'illecito comunitario per fatto del giudice osta un conflitto dogmatico di non facile soluzione: infatti, se sul piano del principio generale, tale figura di illecito appare senz'altro ammissibile, d'altra parte, come abbiamo visto, alcuni caratteri della funzione giurisdizionale impediscono una sua applicazione *tout court*<sup>43</sup>. La Corte di giustizia ha infatti dovuto misurarsi con i conflitti di ordine istituzionale che abbiamo approfondito in fase introduttiva, attinenti all'indipendenza del giudice, all'intangibilità della cosa giudicata<sup>44</sup> e,

<sup>42</sup> Conclusioni dell'avvocato generale Léger, 8 aprile 2003, Gerhard Köbler contro Republik Österreich. Causa C-224/01. Racc. I-10239, par. 59.

<sup>43</sup> Per una rassegna delle posizioni dell'Avvocato Generale Léger e delle parti a proposito della responsabilità dello Stato – giudice, v. C. PINOTTI, *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1-2, 2003, (pp. 437-466).

<sup>44</sup> A tal proposito, secondo l'affermazione della Corte di giustizia, «occorre considerare tuttavia che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che hanno dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in un'azione per responsa-

sotto un altro profilo, ai rilievi di criticità collegati alle ampie divergenze dei diversi regimi nazionali di responsabilità civile dei giudici<sup>45</sup>. A tal proposito rinviamo alle considerazioni svolte in precedenza ricordando, in particolare, che la Corte di giustizia, consapevole della necessità di contemperare il rispetto del principio dell'indipendenza del giudice con la tutela dei diritti dei singoli nei confronti dello Stato (comprendente, dunque, anche la funzione giurisdizionale), ha sottolineato che la responsabilità dello Stato membro collegata all'attività giudiziaria non consiste in una responsabilità personale dei giudici, ma in una misura che coinvolge lo Stato, a prescindere dall'esercizio successivo dei meccanismi disciplinari corrispondenti<sup>46</sup>. Il soggetto del-

bilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno». Cit. da sent. Köbler par. 39.

<sup>45</sup> Infine, circa l'obiezione, proposta da alcuni Stati, secondo cui molti ordinamenti interni non prevedono l'esistenza di un ordine giurisdizionale competente per dichiarare la responsabilità del giudice, il giudice comunitario ha affermato che gli Stati sono tenuti a disciplinare i rimedi adeguati per permettere l'effettività del principio comunitario, il quale, in particolare, non può essere compromesso dall'inesistenza di un foro statale competente. La Corte ha in questo caso seguito l'orientamento abituale a proposito dei doveri e obblighi di nuova creazione da parte del diritto comunitario che trovano impreparati gli ordinamenti nazionali. Sent. Köbler, paragrafi 45 e 46: «A tale riguardo occorre considerare che, dato che, per motivi collegati essenzialmente alla necessità di assicurare ai singoli la tutela dei diritti ad essi riconosciuti dalle norme comunitarie, il principio della responsabilità dello Stato che è inerente all'ordinamento giuridico comunitario dev'essere applicato nei confronti delle decisioni di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere questo principio mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato. L'attuazione del detto principio non può essere compromessa dall'assenza di un foro competente. Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. p. 1989, par. 5; 45/76, Comet, Racc. p. 2043, par. 13; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. p. 501, par. 25, Francovich e a., cit., par. 42, e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. p. I-4599, par. 12)». Cfr. H. GAUDIN, *Chronique de jurisprudence communautaire*, in *Revue de droit Publique et de la science politique en France et à l'étranger*, 5, 2004, (pp. 1395-1430).

<sup>46</sup> Cfr. Köbler, par. 42: «Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare 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 giurisdi-

l'imputazione è lo Stato, e sarà quest'ultimo a risarcire il cittadino danneggiato. Il che solleva una questione dirimente che sarà oggetto di una specifica sezione, ovvero quella relativa al soggetto passivo dell'azione di responsabilità. Come vedremo si tratta di un elemento in relazione al quale le discipline nazionali prevedono soluzioni diverse, collegate al diversificato ventaglio di obiettivi che la figura oggetto di indagine è in grado di perseguire. In altri termini, il soggetto passivo muta a seconda della funzione dell'illecito che, rimanendo nell'ambito della responsabilità patrimoniale, ha quantomeno una doppia connotazione. Infatti, se da un lato l'obiettivo è fondamentalmente compensativo, ovvero di riparazione del danno occorso a seguito di errore giudiziario, appare del tutto congrua l'azione nei confronti dello Stato in quanto titolare ultimo della funzione giurisdizionale. Dunque, se non vi è nemmeno un'implicita funzione sanzionatoria nei confronti del magistrato che sbaglia, l'azione nei confronti dello Stato può perfettamente servire allo scopo. Viceversa, la soluzione è opposta qualora l'obiettivo consista in una maggiore responsabilizzazione dei giudici in modo che questi prestino maggiore attenzione nell'esercizio delle loro funzioni<sup>47</sup>. Nel caso del modello europeo, non vi è dubbio che l'obiettivo fondamentale sia il primo, per cui la soluzione proposta dal giudice comunitario appare del tutto opportuna<sup>48</sup>. D'altra parte, si tratta di una soluzione che effettivamente può porsi in termini problematici rispetto ad una ipotetica disciplina nazionale che prosegua l'altro obiettivo ricordato. Così è per l'ordinamento italiano. Si pensi all'art. 28 della Costituzione, ai sensi del quale «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici»<sup>49</sup>. Ciò non to-

zionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado».

<sup>47</sup> A tal proposito rinviamo a quanto affermato nel capitolo introduttivo circa la funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

<sup>48</sup> A tale conclusione si arriva facilmente se si considerano gli interventi degli avvocati generali e gli *obiter dicta* della stessa Corte di giustizia, che ha fondato l'intera costruzione dell'illecito comunitario sull'effettività delle posizioni giuridiche fondate sul diritto europeo. Si pensi anche al fatto che l'illecito comunitario nel suo complesso, riferito a tutte le funzioni ed articolazioni dello Stato, non ha evidentemente alcun intento sanzionatorio, soccorrendo, a tal proposito, la concorrente misura costituita dalla procedura di infrazione.

<sup>49</sup> In questo senso facciamo notare che la disciplina italiana sulla responsabilità del giudice risulta già di per sé contraria alla Costituzione, in quanto stabilisce la responsabilità dello Stato, che in un secondo tempo si rivale nei confronti del magistrato, ma solo entro limiti stabiliti.

glie, tuttavia, che a livello nazionale possano sussistere altre forme di responsabilizzazione concorrenti, e non escludenti, rispetto alla responsabilità patrimoniale che contribuiscono a rendere il quadro particolarmente frastagliato. Si pensi, in particolar modo, alla responsabilità disciplinare. Tale questione, cui abbiamo fatto riferimento nel corso del Capitolo I, sarà oggetto di ulteriore approfondimento nel prosieguo della trattazione.

### 3.1. *I presupposti della responsabilità secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia*

La rassegna della giurisprudenza della Corte di giustizia ci ha permesso di constatare l'intensa opera volta all'enucleazione dei requisiti la cui sussistenza genera il diritto al risarcimento dei danni per violazione del diritto dell'Unione. Come sappiamo, tali requisiti orientano e limitano la discrezionalità dei giudici nazionali poiché la stessa Corte ha affermato che spetta a questi ultimi giudicare i casi di illecito comunitario, ma che, d'altro canto, il risarcimento deve necessariamente essere accordato nell'ipotesi in cui detti presupposti si verifichino. Come vedremo fra breve, si tratta di condizioni di diritto sostanziale, che vincolano il giudice nazionale nella risoluzione delle singole controversie, in cui lo Stato è soggetto passivo dell'azione di responsabilità, e attore è il danneggiato, che deve esercitare l'azione secondo la disciplina nazionale in quanto applicabile<sup>50</sup>.

Prima di concentrarci sul contenuto di tali presupposti, intendiamo svolgere alcune riflessioni preliminari a proposito delle ragioni per le quali la Corte ha deciso, nell'originaria impostazione di tale strumento di tutela (solo negli ultimi anni applicato anche alla funzione giurisdizionale), di disciplinare in tal modo la fattispecie. Il motivo per cui il giudice comunitario ha stabilito tali presupposti è fin dal principio apparso in tutta evidenza: infatti, delegare totalmente agli Stati l'applicazione del principio di responsabilità per violazione del

<sup>50</sup> Come sappiamo, resta inteso che le condizioni fissate dalla normativa nazionale in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento. Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, massima n. 4. Inoltre, ricordiamo che le tre condizioni stabilite dalla Corte costituiscono una sorta di «standard minimo» di presupposti, la cui sussistenza costituisce di per sé condizione sufficiente perché il soggetto danneggiato possa ottenere dallo Stato il risarcimento dei danni. Ciò non toglie, ovviamente, che i giudici nazionali possano condannare lo Stato al risarcimento anche senza che tali condizioni si verifichino, ma nel corso della trattazione vedremo che i giudici nazionali finora hanno accordato il risarcimento solo in presenza dei tre requisiti.



diritto comunitario avrebbe voluto dire, quasi sicuramente, renderlo lettera morta o, quanto meno, condannarlo ad un'applicazione sporadica e diseguale. Se si considerano gli atteggiamenti «difensivi» della gran parte dei giudici nazionali, generalmente restii ad applicare principi che, come questo, tendono a comprimere la sfera dei diritti nazionali ed a sanzionare le violazioni del diritto dell'Unione imputabili agli Stati membri, è facile concordare sul fatto che il tentativo di orientare la sfera decisionale delle Corti statali appare quanto mai opportuno. A questo dato si aggiungono altre considerazioni relative ad elementi strutturali, quali le differenze fra i vari regimi nazionali di responsabilità dello Stato o, ancora, alla mancanza, nella maggior parte degli Stati membri, di una disciplina relativa alla responsabilità del legislatore, che ha costituito il maggior elemento di resistenza a tale proposito<sup>51</sup>. In definitiva, in questo modo si è tentato di superare le resistenze, volontarie od oggettive, dei regimi nazionali, stabilendo i casi in cui il diritto al risarcimento non può essere negato<sup>52</sup>.

A proposito delle tre condizioni, che saranno analizzate nelle prossime pagine, la Corte di giustizia ha in primo luogo affermato che «per determinare le condizioni alle quali la violazione del diritto comunitario ad opera di uno Stato membro fa sorgere in capo ai singoli lesi un diritto al risarcimento, occorre tener conto anzitutto dei principi propri dell'ordinamento giuridico comunitario che costituiscono il fondamento per la responsabilità dello Stato, vale a dire la piena efficacia delle norme comunitarie e l'effettiva tutela dei diritti da esse garantiti, da un lato, e l'obbligo di cooperazione incombente agli Stati membri in forza dell'art. 5 del Trattato, dall'altro. Occorre inoltre far riferimento al regime stabilito per la responsabilità extracontrattuale della Comunità, in quanto, da un lato, tale regime si basa, ai sensi dell'art. 215, secondo comma, del Trattato, sui principi generali comuni ai diritti degli Stati membri e, dall'altro, i presupposti

<sup>51</sup> Lo stesso si può dire circa la responsabilità del giudice. Si pensi alla disciplina italiana, che secondo l'opinione del tutto prevalente prevede presupposti talmente rigorosi da negare, nei fatti, qualunque forma di tutela ai soggetti ingiustamente danneggiati da sentenza passata in giudicato.

<sup>52</sup> A tal proposito Sacha Prechal ha affermato: «*The necessity to lay down Community law conditions which are as such sufficient to give rise to State liability is fully understandable if one takes into consideration the differences in State liability regimes as they exist in the Member States. In particular, the non-existence of public liability for legislative action and inaction in the majority of the Member States would make illusory any right to reparation if the conditions were left to the national legal systems. Although some other conditions are still left to the Member States, once the Community law conditions have been satisfied, the right to reparation can apparently not be denied*». Cit. da S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, 2nd ed., Oxford University Press, New York, 2006, p. 280.

del sorgere della responsabilità della Comunità e di quella degli Stati membri in circostanze analoghe non debbono differire, in mancanza di specifica giustificazione, non potendo la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno». In tale sentenza, la Corte ha anche imposto i requisiti secondo la formula tutt'ora utilizzata: «un diritto al risarcimento è riconosciuto ai singoli lesi sempre che la norma giuridica violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dai singoli»<sup>53</sup>. Non resta che esaminare, una per una, tali condizioni.

### 3.2. *L'esistenza di una norma comunitaria che conferisce diritti ai cittadini*

In primo luogo, il risultato imposto dalla normativa comunitaria deve avere per oggetto l'attribuzione di diritti in favore dei cittadini. Tale requisito presenta alcuni aspetti particolarmente critici, che sono stati al centro di un acceso dibattito dottrinale relativo, in particolare, al rapporto fra conferimento di diritti e principio di efficacia di-

<sup>53</sup> A proposito del fatto che nella sentenza Francovich non si faccia menzione ai presupposti necessari perché il soggetto danneggiato possa rivalersi nei confronti dello Stato violatore, l'Avvocato Generale Tesauo, nel par. 59 delle conclusioni afferma: «Insomma, è innegabile che il caso Francovich si presentasse, sotto il profilo della responsabilità dello Stato e dell'obbligo risarcitorio, quasi come un'ipotesi di scuola. La circostanza che la Corte non abbia nella specie avvertito l'esigenza di precisare i confini della responsabilità dello Stato, in particolare omettendo di indicare espressamente i criteri comunitari relativi all'illegittimità del comportamento dello Stato, va pertanto letta unicamente in funzione delle peculiarità del caso ad essa sottoposto. Ed è significativo, al riguardo, che in dottrina vi siano state reazioni diverse e persino opposte: secondo alcuni la Corte avrebbe in tal modo inteso censurare solo le violazioni gravi o colpevoli (62); secondo altri, invece, risulterebbe dalla sentenza in questione che ogni violazione del diritto comunitario genera responsabilità e obbligo risarcitorio (63). In definitiva, la circostanza che nella sentenza Francovich non risultino chiaramente definiti i criteri voluti dal diritto comunitario per ritenere impegnata la responsabilità dello Stato è strettamente connessa alla particolare semplicità del caso di specie. La stessa affermazione della Corte secondo cui le condizioni del diritto al risarcimento dipendono dalla «natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato» va pertanto intesa non solo nel senso che le condizioni generali della responsabilità variano a seconda del tipo di violazione, ma anche nel senso che le caratteristiche proprie di un determinato tipo di violazione, quale la mancata trasposizione di una direttiva nel termine prescritto, possono essere tali da non richiedere un'analisi approfondita riguardo alla sussistenza di una o più delle condizioni in questione».

retta. La Corte di giustizia ha stabilito che il risarcimento verrà senz'altro accordato solo quando ci sia un collegamento fra la violazione del diritto comunitario e il pregiudizio sofferto. Tuttavia, il problema consiste nell'individuare, nella pratica, i casi in cui la norma giuridica ha ad oggetto l'attribuzione dei diritti. In un primo tempo la dottrina, seguendo un risalente orientamento della Corte di giustizia, ha identificato questo primo requisito con il principio di efficacia diretta (espresso nella sentenza *Costa c. E.N.E.L.*<sup>54</sup>), con la conseguenza di confondere il rispetto di tale principio con l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di proteggere le posizioni giuridiche fondate sul diritto comunitario<sup>55</sup>.

Negli ultimi anni, la dottrina ha definitivamente cambiato avviso ed è ormai concorde nel ritenere che i due principi non coincidano<sup>56</sup>;

<sup>54</sup> Sent. CGCE, 15 luglio 1964, Flaminio Costa c. E.N.E.L. Causa C-6/64. Racc., edizione italiana pagina 01129.

<sup>55</sup> A tal proposito è emblematica l'affermazione della Corte nella sentenza *Van Gend en Loos*, secondo cui «secondo lo spirito e la struttura del Trattato, l'articolo 12 ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare». Sentenza *Van Gend & Loos*, Massima n. 5.

<sup>56</sup> Infatti, anche se non c'è dubbio sul fatto che una direttiva con efficacia diretta conferisce necessariamente diritti azionabili davanti alle corti nazionali, ciò non significa che solo le disposizioni che godono di efficacia diretta possano creare diritti in favore dei cittadini; anzi, quest'ultima affermazione è sicuramente falsa. A tal proposito, Jean-Victor Louis e Thierry Ronse affermano: «*La question principale qui se pose au sujet de cette première condition est la suivante: quand un droit est-il conféré par le droit communautaire et dans quelle mesure ce concept se distingue-t-il de celui de l'effet direct? L'analyse du contexte des affaires Francovich et Brasserie du Pêcheur/Factortame III a permis de constater que ces deux concepts ne coïncident pas: il importe peu que la règle de droit communautaire violé bénéficie de l'effet direct ou non pour tenter une action en responsabilité, du moment que la règle communautaire violé confère des droits*». Cit. da J.V. LOUIS, T. RONSE, C. KADDOUS, *L'ordre juridique de l'Union Européenne*, Dossiers de droit européen, Helbing & Lichtenhahn, Parigi, 2005, p. 319. Questa confusione fra le nozioni di effetto diretto e la creazione di diritti in favore dei cittadini ha indotto diversi autori ad affermare che se una direttiva attribuisce diritti ai cittadini, di per sé stessa gode di effetto diretto. A tal proposito, ripetiamo ancora una volta che, anche se la giurisprudenza comunitaria è costante nello stabilire che, per riconoscere effetto diretto ad una norma, questa deve conferire diritti ai cittadini, ciò non significa che i concetti si identifichino. Anche se tale tesi ha trovato un fondamento in diverse pronunce della Corte di giustizia, secondo l'opinione largamente maggioritaria, il fatto che la norma comunitaria abbia ad oggetto il conferimento di diritti ai cittadini altro non è che un presupposto dell'effetto diretto della stessa. Questa tesi la si può ritrovare nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesouro relative al caso *Brasserie du Pêcheur*: «Tenuto conto della giurisprudenza in materia, deve ritenersi che la Corte intenda in tal modo riferirsi genericamente a tutte le posizioni giuridiche individuali protette dal diritto comunitario; dunque-e per definizione-si tratta di una condizione che risulta sempre soddisfatta nell'ipotesi di norme provviste di effetto

pertanto, i diritti cui si riferisce il primo presupposto stabilito dalla Corte di giustizia possono essere riconosciuti sia da disposizioni comunitarie provviste di effetto diretto, sia da norme non direttamente applicabili, perché non sufficientemente precise e, quindi, bisognose di interventi complementari di attuazione da parte delle autorità nazionali<sup>57</sup>.

Secondo l'opinione ormai del tutto maggioritaria, qualsiasi norma che goda di effetto diretto avrà ad oggetto il conferimento di diritti ai cittadini, ma non tutte le norme comunitarie che abbiano tale oggetto godono di effetto diretto<sup>58</sup>. Tali conclusioni, che furono formulate da parte della dottrina in sede di commento alla sentenza Francovich, trovarono una prima conferma nelle affermazioni della Corte nella sentenza Factortame III<sup>59</sup>. Infatti, ai governi che avevano presentato osservazioni durante il procedimento sostenendo che l'obbligo degli Stati membri di risarcire i danni arrecati ai cittadini era imposto solo nei casi di violazione di disposizioni non direttamente applicabili, il giudice comunitario rispose che «secondo la giurisprudenza costante, la facoltà degli amministratori di far valere dinanzi ai giudici nazionali disposizioni del Trattato aventi effetto diretto costituisce solo una garanzia minima e non è di per sé sufficiente ad assicurare la piena applicazione del Trattato»<sup>60</sup>.

diritto». Il rapporto fra effetto diretto ed attribuzione di diritti è stato recentemente affrontato in J. PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité. Tome I*, L.G.D.J., Clermont Ferrand, 2007, pp. 195-197.

<sup>57</sup> A tal proposito, possiamo richiamare la ricostruzione elaborata dalla dottrina, che distingue fra «diritti perfetti» e «diritti imperfetti» a seconda che siano attribuiti, o meno, da disposizioni comunitarie con effetto diretto.

<sup>58</sup> Anche tale conclusione, tra l'altro, trova fondamento nella giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Francovich, in cui la Corte ha considerato che le disposizioni della direttiva 80/987 non godessero di effetto diretto, poiché, pur essendo «sufficientemente precise e incondizionate per quanto riguarda la determinazione dei beneficiari della garanzia e il contenuto della garanzia stessa, questi elementi non sono sufficienti perché i singoli possano far valere tali disposizioni dinanzi ai giudici nazionali. Infatti, da un lato, queste disposizioni non precisano l'identità di chi è tenuto alla garanzia e, dall'altro, lo Stato non può essere considerato debitore per il solo fatto di non aver adottato entro i termini i provvedimenti di attuazione».

<sup>59</sup> Sentenze riunite CGCE, 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029.

<sup>60</sup> I governi cui ci riferiamo (tedesco, irlandese e olandese), così come la Corte di giustizia, in questo caso considerano il concetto di applicabilità diretta come sinonimo di effetto diretto. Sulla differenza fra i due concetti, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, pp. 172-191. A tal proposito, la Corte richiamò

Risulta evidente, d'altra parte, che ogniquale volta la norma comunitaria goda di effetto diretto, si potrà considerare avverato il requisito dell'attribuzione di diritti in favore dei cittadini. In altri termini, sembra che ogni norma che gode di effetto diretto attribuisca, di fatto, in favore dei cittadini, diritti sufficientemente identificabili, in modo tale che si possa configurare la responsabilità patrimoniale dello Stato nei confronti dei cittadini danneggiati in conseguenza della violazione del diritto dell'Unione<sup>61</sup>.

In conclusione, appare evidente che l'identificazione delle due nozioni condurrebbe ad una restrizione sensibile (e non del tutto giustificata) dell'applicazione della figura dell'illecito comunitario. Infatti, imporre il risarcimento del danno solo in caso di violazione di una

le sentenze 15 ottobre 1986, causa 168/85, Commissione/Italia, Racc. p. 2945, par. 11; 26 febbraio 1991, causa C-120/88, Commissione/Italia, Racc. p. I-621, par. 10; e 26 febbraio 1991, causa C-119/89, Commissione/Spagna, Racc. p. I-641, par. 9. Conclude, quindi, affermando che «il diritto al risarcimento costituisce il corollario necessario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito». Quindi, al momento di stabilire il rapporto fra effetto diretto delle norme comunitarie e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, la Corte non esclude la possibilità che ci possa essere responsabilità quando lo Stato abbia violato una norma comunitaria sprovvista di effetto diretto. Unicamente affermò, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni Stati membri, che sarebbe anche possibile dichiarare la responsabilità dello Stato in caso di violazione di una norma che goda di effetto diretto. Tale orientamento è stato confermato nella sentenza *Norbrook* (Sent. CGCE, 2 aprile 1998. *Norbrook Laboratories Ltd c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*. Causa C-127/95. Racc. I-01531) in cui la Corte affermò che la direttiva 81/581, relativa all'approssimazione delle legislazioni degli Stati membri in relazione ai medicinali veterinari, nel disciplinare i casi in cui può essere rifiutata un'autorizzazione di commercializzazione, attribuisce un diritto ad ottenere un'autorizzazione se si riuniscono determinati requisiti, previsti in modo preciso ed esauritivo dalla disciplina comunitaria. Al paragrafo 108 la Corte affermò che «quest'ultima (la direttiva 81/581) conferisce ai singoli il diritto ad ottenere un'autorizzazione nel caso in cui talune condizioni siano soddisfatte. Queste ultime sono determinate, come constatato nella presente sentenza, in modo preciso ed esauriente nelle direttive 81/851 e 81/852. Il contenuto del diritto conferito al soggetto che richiede un'AIC può quindi essere sufficientemente identificato in base a tali direttive».

<sup>61</sup> A tale conclusione si giunge considerando quanto affermato dal giudice comunitario nelle sentenze *Factortame III* e *Hedley Lomas*. La Corte di giustizia, chiamata ad esprimersi sulle violazioni, da parte della Repubblica Federale Tedesca e del Regno Unito, rispettivamente, dell'art. 30 (attuale 28) e dell'art. 52 (attuale 43) del Trattato (disposizioni con effetto diretto, secondo quanto affermato dalla Corte nella sentenza del 22 giugno 1974, caso 2/74, *Jean Reyners v. Belgian State*; e nella sentenza del 22 marzo 1977, caso 74/76, *Iannelli & Volpi SpA v. Ditta Paolo Meroni*) affermò che gli articoli in questione conferiscono, per loro stessa natura, diritti ai cittadini che i giudici devono tutelare, e che, in questo caso, il conferimento di diritti appare in modo del tutto evidente.

norma comunitaria dotata di effetto diretto, comporterebbe una grossa limitazione alla tutela giudiziale effettiva dei diritti di derivazione comunitaria da parte dei giudici nazionali. Appare pertanto preferibile, oltre che giustificato, affermare che la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione possa essere dichiarata anche nel caso in cui la norma comunitaria non goda di effetto diretto<sup>62</sup>.

I dubbi a proposito di tale requisito non si esauriscono con le questioni che abbiamo appena affrontato. Altro elemento su cui la dottrina ha intensamente dibattuto si può sintetizzare con tale formula: la norma giuridica comunitaria non deve conferire diritti ai cittadini, ma avere ad oggetto il conferimento degli stessi. Secondo una prima interpretazione tale condizione deve essere intesa nel senso che l'obiettivo o proposito della direttiva deve essere la creazione di diritti in favore di soggetti privati<sup>63</sup>. Tale interpretazione è stata considerata piuttosto restrittiva da un'altra parte della dottrina, che ha proposto la soluzione secondo cui tale requisito deve essere inteso nel senso che la direttiva, o almeno qualche disposizione di questa, deve avere l'obiettivo di riconoscere diritti che potrebbero essere azionabili di fronte ai giudici nazionali, se la direttiva fosse correttamente recepita<sup>64</sup>. Ciò significa che gli Stati membri avranno il compito di dotare di sostanza, struttura e rimedi quei diritti che a livello comu-

<sup>62</sup> Tale conclusione sembra peraltro confermata dalla giurisprudenza, in quanto la Corte di giustizia nel caso *Verband deutscher Daihatsu-Händler* ha precisato che l'assenza di effetto diretto di una norma non pregiudica di per sé l'accertamento della responsabilità dello Stato; per cui sembra corretto ritenere che la preordinazione della norma comunitaria ad attribuire diritti ai singoli sia nozioni più ampia rispetto a quello di efficacia diretta. Sent. CGCE (Quinta Sezione), 4 dicembre 1997, *Verband deutscher Daihatsu-Händler eV contro Daihatsu Deutschland GmbH*. Causa C-97/96. Racc. I-06843, n. 25.

<sup>63</sup> Cfr. A. BARAV, *Omnipotent Courts*, in D. CURTIN e T. HEUKELS, *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schemers*, vol. II, Dordrecht, Nijoff, 1994, (pp. 265-302) pp. 289-290. Nel passo citato l'autrice svolge una riflessione più complessa. In riferimento al «considerando» n. 40 della sentenza *Francoovich*, in cui si stabilisce che la prima condizione «è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli», l'autrice sostiene che tale espressione sembra introdurre una dicotomia fra le direttive il cui proposito consiste nell'attribuire diritti ai privati da quelle che non hanno questo oggetto. Aggiunge, inoltre, che il principio stabilito nella sentenza *Francoovich* sembra essere applicabile solo alle prima categoria.

<sup>64</sup> A tal proposito Fernand Schockweiler conclude: «*Ainsi, la directive, même si elle ne doit pas créer directement des droits individuels au profit des particuliers qu'ils peuvent faire valoir devant le juge national, leur confère du moins le droit de se prévaloir du fait qu'elle entendait leur voir conférer des droits par le biais de mesures nationales de transposition*». Cit. da F. SCHOCKWEILER, *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1, 1992, (pp. 27-50), p. 43.

nitario sono stati enunciati. Questa conclusione, comunque, non risolve del tutto la questione, perché spesso è difficile determinare se la norma in questione sia diretta a tutelare i diritti dei cittadini e, soprattutto, se l'obiettivo della norma si esaurisca con la protezione dei singoli<sup>65</sup>. Tra l'altro, molte norme tendono a proteggere diritti e interessi pubblici e privati e, pertanto, non è agevole delineare una volta per tutte l'ambito di applicazione di questo primo requisito. Diverse direttive regolano relazioni fra amministrazioni o proteggono interessi generali, implicando allo stesso tempo l'attribuzione di diritti tanto alle persone fisiche quanto a quelle giuridiche<sup>66</sup>.

Comunque, in linea di principio, il soggetto che chiede il risarcimento dovrebbe identificarsi chiaramente come il destinatario dei diritti soggettivi tutelati nella disposizione comunitaria violata; non è pertanto possibile allegare la lesione di diritti attribuiti genericamente ad una pluralità di soggetti. Pur lasciando aperta tale questione, si può, invece, affermare senza dubbio che per l'imposizione del risarcimento del danno non è necessario che vi sia un'attribuzione diretta di diritti soggettivi, perché questi possono derivare dall'imposizione di obblighi imposti a terzi soggetti. Quindi, una disposizione comunitaria può imporre obblighi a soggetti pubblici o privati cui corrispondano diritti a favore di altri soggetti. Questa tesi sviluppa ulteriormente l'ampiezza di tale requisito, nel senso che l'attribuzione di diritti ai privati non deve necessariamente essere oggetto della direttiva, ma basta che ne costituisca uno degli effetti<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. R. CARANTA, *Government Liability after Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 52, 2, 1993, (pp. 272-297), p. 284.

<sup>66</sup> Esempio tipico è quello relativo alle direttive che tutelano l'ambiente; fra queste richiamiamo a titolo di esempio: la direttiva 80/68/CEE del Consiglio, del 17 dicembre 1979, concernente la protezione delle acque sotterranee dell'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose, che, secondo le parole della Corte di giustizia, è volta a garantire la tutela efficace delle acque sotterranee della Comunità obbligando gli Stati membri, mediante disposizioni precise e dettagliate, ad istituire un insieme di divieti, di regimi di autorizzazione e di procedure di controllo che impediscano o limitino gli scarichi di un certo numero di sostanze. Queste disposizioni della direttiva hanno dunque lo scopo di attribuire diritti ed imporre obblighi ai singoli. (Motivazione n. 7, Sent. CGCE, 28 febbraio 1991, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Federale di Germania. Causa C-131/88. Racc. I-00825); la Corte si esprime in modo analogo in relazione alla direttiva 80/779/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1980, relativa ai valori limite e ai valori guida di qualità dell'aria per l'anidride solforosa e le particelle in sospensione (poi modificata dalla direttiva 89/427/CEE del Consiglio del 21 giugno 1989), nella Sent. CGCE, 30 maggio 1991, Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania. Causa C-361/88. Racc. I-02567.

<sup>67</sup> Cfr. PRECHAL, *Directives in EC Law*, cit., p. 327. A tal proposito, richiamiamo il noto caso Dillenkofer, in cui la Corte di giustizia è stata chiamata a giu-

Pertanto, perché si avveri la prima condizione stabilita dalla Corte di giustizia, non è necessario che la direttiva violata attribuisca esplicitamente diritti azionabili dai privati nei confronti dello Stato davanti ai giudici nazionali, ma è sufficiente che tale attribuzione sia conseguenza del risultato prescritto dalla direttiva. Per cui, sarà necessario valutare caso per caso se le misure che lo Stato è chiamato ad adottare, in vista del risultato prescritto dalla direttiva, comportino necessariamente l'attribuzione di diritti ai privati. Questa stessa conclusione vale per il resto delle norme comunitarie che, in definitiva, non devono necessariamente attribuire esplicitamente dei diritti; ripetiamo, dunque, che è sufficiente che l'attribuzione di diritti appaia come la conseguenza necessaria del perseguimento dell'obiettivo stabilito nella disposizione comunitaria.

### 3.3. *La violazione sufficientemente caratterizzata*

Questo presupposto, che attiene alle caratteristiche dell'azione lesiva ed al suo grado di antigiusuridicità, è stato oggetto di particolari rilievi critici da parte di diversi autori, perché esprime un contenuto alquanto ambiguo, e variabile a seconda dei fatti del caso e delle peculiarità giuridico-istituzionali dello Stato in cui il fatto viene giudicato. La Corte di giustizia ha trattato tale presupposto (espresso con la formula «violazione grave e manifesta») dal regime di responsabilità delle istituzioni comunitarie, dimostrando, in questo modo, l'intenzione di creare un regime parallelo fra le due figure di illecito<sup>68</sup>.

dicare se l'art. 7 della direttiva 90/314/CEE attribuisse in favore dei cittadini diritti dal contenuto sufficientemente identificato. La Corte rispose affermativamente a tale quesito senza fare riferimento alla nozione di effetto diretto. L'art. 7 della direttiva stabilisce l'obbligo da parte dell'organizzatore del viaggio di prestare sufficienti ed adeguate garanzie per assicurare, in caso di insolvenza o fallimento, il rimborso dei fondi depositati e il ritorno del consumatore al paese d'origine. Secondo la Corte, il fine di questa garanzia consiste nel «proteggere i consumatori contro i rischi economici derivanti dall'insolvenza o dal fallimento degli organizzatori di viaggi "tutto compreso"» (Par. 35). La Corte, a questo riguardo, affermò che «il risultato prescritto dall'art. 7 della direttiva comporta l'attribuzione, all'acquirente di viaggi «tutto compreso», di diritti che garantiscano il rimborso degli importi versati e il suo rimpatrio in caso di insolvenza o di fallimento dell'organizzatore» (Par. 42).

<sup>68</sup> Quindi, i presupposti della responsabilità dello Stato sono stati mutuati dal regime relativo alla responsabilità delle istituzioni comunitarie, e la formula della «violazione sufficientemente caratterizzata» deriva da quella della «violazione manifesta e grave dei limiti posti al potere discrezionale di uno stato membro». Questo elemento appare decisivo, tanto che la dottrina si è soffermata lungamente sul rapporto fra responsabilità degli stati per violazione del diritto comunitario e responsabilità delle istituzioni comunitarie ex art. 288 TCE. A tal proposito vedi, fra gli altri, C.



A tale riguardo la dottrina è unanime nel ritenere che si tratti di una scelta non particolarmente garantista nei confronti dei cittadini, tanto più se si considera che nell'ambito dell'illecito delle istituzioni comunitarie a tale condizione è sempre stata data un'interpretazione restrittiva, «nel timore che il potere normativo della Comunità rimanesse ostacolato dalla prospettiva di un'azione di danni ogniqualvolta i provvedimenti da adottare potessero apparire lesivi degli interessi dei singoli»<sup>69</sup>. Questo principio, trasferito nell'ambito della responsabilità dello Stato, impone che «criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzato l'inadempimento del diritto comunitario è... quello del carattere manifesto e grave della violazione, da parte di uno Stato membro, dei limiti posti al potere discrezionale di cui gode nell'adempimento degli obblighi comunitari»<sup>70</sup>. Conclusione, questa, senza dubbio penalizzante per la posizione dei cittadini, che sono chiamati a provare un evento non dimostrabile.

Il compito di giudicare tali estremi spetta al giudice nazionale, orientato dalle indicazioni fornite dal giudice comunitario che svolge tale funzione attraverso l'elaborazione di criteri relativi alla natura della norma comunitaria violata, all'azione dello Stato ed al comportamento delle stesse istituzioni comunitarie. Pertanto, i giudici nazionali, pur orientati dalle sentenze della Corte di giustizia, svolgono un ruolo di primo piano nella valutazione, caso per caso, circa la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata<sup>71</sup>. Secondo

SMITS, *Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des Etats membres*, in G. VANDERSANDEN, *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, (pp. 419-442). Il parallelismo fra le applicazioni di questa condizione nei regimi di responsabilità per violazione del diritto comunitario della Comunità da un lato e degli Stati dall'altro, è stato oggetto di analisi in C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford - New York, 2006. A tal proposito v. anche E. DEARDS, *Curiouser and Curiouser? The Development of Member State Liability in the Court of Justice*, in *European Public Law*, 3, 1-March, 1997, (pp. 117-143).

<sup>69</sup> Cit. da CARTEI, *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, cit., p. 739. Ad esempio, è stato stabilito il principio secondo cui, per verificare l'esistenza di una responsabilità di un'istituzione comunitaria, occorre valutare il margine di discrezionalità dell'istituzione nell'esercizio del potere.

<sup>70</sup> Cit. da FUMAGALLI, *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati*, cit., p. 1202. L'autore si riferisce alla sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 54.

<sup>71</sup> Per quanto riguarda la responsabilità dello Stato, è la stessa Corte di giustizia che afferma che le prove che allo Stato sia ascrivibile una violazione sufficientemente caratterizzata, dipendono «da ciascun tipo di situazione».

quanto affermato dalla Corte di giustizia, tale valutazione va omessa solo nel caso di mancato recepimento di una direttiva entro i termini stabiliti. Infatti, il fatto che uno Stato membro non adotti alcuna misura atta a raggiungere il risultato prescritto in una direttiva entro il termine previsto, costituisce senza dubbio una violazione grave e manifesta<sup>72</sup>; autorevole dottrina condivide questa soluzione, «*Puisque la date limite pour la transposition des directives est impérative et ne comporte aucune marge d'appréciation de la part des autorités étatiques, le non respect de cette date constitue en lui-même une violation suffisamment caractérisée*»<sup>73</sup>. Nel caso in cui, al contrario, lo Stato disconosca, per mezzo di atto normativo positivo, i limiti imposti al suo potere, i giudici nazionali saranno chiamati ad applicare il cosiddetto «test» della violazione sufficientemente caratterizzata e a giudicare, quindi, a seconda dei fatti del caso, se si possa configurare un illecito da cui discenda responsabilità nei confronti dei cittadini danneggiati.

Come noto, la sentenza *Brasserie du Pêcheur*, in cui la Corte ridisegnò i requisiti che stiamo trattando, trae origine da una violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato membro imputabile al legislatore nazionale operante in un settore nel quale disponeva di un ampio potere discrezionale<sup>74</sup>. Questo ha indotto la dottrina a credere che, in assenza del margine di apprezzamento, non risulterebbe applicabile il test della violazione sufficientemente caratterizzata. Tuttavia, nel caso *Lomas*, la Corte di giustizia, pur ammettendo che nel caso non esisteva margine di apprezzamento, applicò ugualmente il test. Pertanto, a partire da questa sentenza, la sussistenza o meno di un margine di apprezzamento si converte in elemento che, di per sé, condiziona il giudizio ma non l'applicabilità del test<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Cfr. Sent. CGCE, 8 ottobre 1996, Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula e Trosten Knor c. Bundesrepublik Deutschland. Cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94. Racc. I-04845.

<sup>73</sup> Cit. da A. BARAV, *El papel comunitario del juez nacional y el Estatuto del Juzticial comunitario*, in J.H. MARTINEZ DE VELASCO, *La Articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 259-335), p. 292.

<sup>74</sup> Massima n. 4.

<sup>75</sup> La Corte, nella sentenza *Norbrook*, par. 109, ha ribadito gli orientamenti inaurati nella giurisprudenza precedente affermando che ci si trova di fronte ad una violazione sufficientemente caratterizzata «quando uno Stato membro, nell'esercizio del suo potere normativo, ha violato in modo grave e manifesto i limiti posti al suo potere discrezionale (v. citate sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, par. 55,

La Corte di giustizia ha progressivamente dotato di contenuto giuridico questo secondo presupposto; a tale scopo ha enunciato alcuni elementi che le corti nazionali possono prendere in considerazione al momento di valutare l'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata<sup>76</sup>. A tal proposito, ricordiamo che il giudice comunitario svolge un ruolo di mero orientamento, ma che talvolta può sostituirsi ai giudici nazionali in relazione alla valutazione sulla sussistenza di tale presupposto<sup>77</sup>. Le figure sintomatiche individuate dalla Corte di giustizia sono le seguenti: il grado di chiarezza e precisione della norma violata; l'ampiezza del potere discrezionale che la norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie; il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato; la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto; la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario<sup>78</sup>. Di seguito ne analizzeremo il significato e la portata.

British Telecommunications, par. 42, e Dillenkofer, par. 25) e che, nell'ipotesi in cui lo Stato membro di cui trattasi, al momento in cui ha commesso la trasgressione, non si fosse trovato di fronte a scelte normative e disponesse di un margine di discrezionalità considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta (v. citate sentenze Hedley Lomas, par. 28, e Dillenkofer, par. 25)».

<sup>76</sup> A tal proposito, v. sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame III, par. 58: «la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti delle cause *a quibus* e a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi. Essa ritiene nondimeno utile richiamare alcune circostanze delle quali i giudici nazionali potrebbero tener conto».

<sup>77</sup> V., ad esempio, la sentenza British Telecommunications, par. 41: «Benché in linea di massima sia vero che spetta ai giudici nazionali accertare se le condizioni per l'insorgere della responsabilità in capo agli Stati per violazione del diritto comunitario siano soddisfatte o meno, nella presente fattispecie occorre rilevare che la Corte dispone di tutti gli elementi necessari per valutare se i fatti in oggetto debbano essere giudicati una violazione sufficientemente manifesta e grave del diritto comunitario». La Corte di giustizia nella sentenza Brasserie du Pêcheur ha stabilito che «In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione». Nel paragrafo successivo, la Corte afferma: «Nella specie, la Corte non può sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali, unici competenti ad accertare i fatti delle cause *a quibus* e a qualificare le violazioni del diritto comunitario di cui trattasi. Essa ritiene nondimeno utile richiamare alcune circostanze delle quali i giudici nazionali potrebbero tener conto». Parr. 57 e 58.

<sup>78</sup> Sentenza Brasserie du Pêcheur, par. 56.

In primo luogo, la Corte di giustizia ha fatto riferimento ai casi in cui lo Stato membro trasgredisce in forma manifesta e grave i limiti imposti alla sua facoltà di apprezzamento. Come appena accennato, tale requisito si applica solo quando gli Stati membri violano un obbligo comunitario per il cui adempimento hanno goduto di un'ampia facoltà discrezionale. Quanto maggiore è il potere discrezionale, tanto minore sarà il rischio che lo Stato ecceda i limiti dello stesso; al contrario, quando il diritto comunitario impone agli Stati obblighi di risultato o obblighi di astensione si riduce considerevolmente il margine di apprezzamento e quindi sarà più facilmente configurabile la responsabilità dello Stato<sup>79</sup>.

Altra questione compresa nell'ampia formula della «violazione sufficientemente caratterizzata» concerne l'elemento soggettivo dell'illecito, la cui analisi contribuisce a chiarire se la violazione del diritto comunitario debba essere intenzionale o colposa ai fini della sua possibile qualificazione in termini di illecito risarcibile. Nel caso *Factortame III* la Corte di giustizia si pronunciò per la prima volta circa la necessità, o meno, della sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa<sup>80</sup>. A tal proposito, ricordiamo che, se da un lato la Corte non considera la colpa come un requisito autonomo ma, al contrario, lo vincola all'esistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata

<sup>79</sup> A tal proposito, la Corte di giustizia ha in generale seguito un orientamento, che è stato perfettamente sintetizzato dall'Avvocato Generale Tesauo, secondo il quale si può parlare di violazione manifesta e grave quando: «a) non siano osservati obblighi dal contenuto chiaro e preciso in ogni loro elemento; b) la giurisprudenza della Corte abbia già chiarito sufficientemente, vuoi attraverso l'interpretazione in via pregiudiziale, vuoi mediante sentenza ex art. 169, situazioni giuridiche dubbie identiche o comunque analoghe a quella in ipotesi rilevante; c) l'interpretazione delle norme comunitarie di cui si tratta, quale operata dalle autorità nazionali nell'attività (o inattività) normativa, risulti manifestamente erronea». Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauo, 28 novembre 1995, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93l. Racc. I-01029. Questo stesso criterio fu applicato nel caso *Hedley Lomas* (Sentenza 23 maggio 1996, paragrafo 26).

<sup>80</sup> Nella sentenza *Francovich*, la Corte non subordinò l'applicazione del principio di responsabilità dello Stato all'esistenza della colpa da parte dello Stato trasgressore. A tal proposito, ricordiamo, però, che la sentenza *Francovich* scaturiva da un caso di mancato recepimento di una direttiva comunitaria, ovvero di un inadempimento che strutturalmente prescindeva dall'elemento soggettivo della colpa. A tal proposito, rimandiamo a quanto affermato in precedenza in relazione al fatto che i cosiddetti principi vengono enunciati necessariamente all'interno di una sentenza la cui principale funzione è risolvere un caso concreto, e non emanare norme valide in assoluto.

del diritto comunitario, dall'altro, visto che la colpa è un requisito richiesto da diversi ordinamenti nazionali perché si possa avere responsabilità dei pubblici poteri, è d'obbligo interrogarsi sulla possibilità di condizionare il diritto al risarcimento all'esistenza della colpa da parte dell'organo nazionale autore della violazione<sup>81</sup>. L'Avvocato Generale ha messo in luce le difficoltà che questa questione presenta nella pratica. Infatti, è difficile concepire la condotta dei pubblici poteri secondo i criteri civilistici della colpa e, in particolare, non è facile individuare il comportamento colposo nell'azione del legislatore. Inoltre, lo stesso Avvocato Generale ha sottolineato come, seppur nella maggior parte degli ordinamenti nazionali la responsabilità si fonda sulla colpa, d'altra parte, si è progressivamente prodotta un'oggettivizzazione della stessa<sup>82</sup>. Di conseguenza, secondo l'opinione dell'Avvocato Generale, la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario deve essere configurata come responsabilità oggettiva senza colpa<sup>83</sup>. La Corte, dal canto suo, sembra non escludere la necessità che il giudice accerti la sussistenza della colpa; piuttosto, si limita ad affermare che il giudice nazionale non può, nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il ri-

<sup>81</sup> Così come sottolinea parte della dottrina, appare privo di senso parlare in termini astratti di colpa, perché dietro tale espressione si celano contenuti spesso diversi a seconda degli ordinamenti nazionali considerati. A tal proposito cfr. AA.VV., *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer-Wien-New York, Springer-Verlag/Wien, 2005; VAN DAM, *European Tort Law*, cit. Più in generale, a proposito del multilinguismo nel contesto giuridico europeo, v. B. POZZO, M. TIMOTEO (cur.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008; B. PASA, P. ROSSI e M. WEITENBERG (cur.), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e disposizioni nazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>82</sup> Nel par. 87 l'Avvocato Generale ha affermato: «La ricerca della colpa, in altre parole, si è spostata da quella dell'uomo a quella dell'«organizzazione», con la conseguenza che anche quando non viene fatta coincidere con l'illegittimità dell'atto *tout court*, viene comunque ad essere collegata al contenuto della norma violata, nel senso che si attribuisce rilevanza a quelle regole di condotta al cui rispetto l'amministrazione è tenuta nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali. In particolare, viene in rilievo la circostanza che l'azione dell'amministrazione è vincolata ai limiti di legalità ad essa imposti. Se è ben vero, dunque, che la responsabilità viene tuttora ancorata, nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, alla colpa, è altresì vero che la sussistenza di quest'ultima viene verificata, salvo qualche eccezione (90), attraverso criteri obiettivi (91). Insomma, negli stessi Stati membri la responsabilità per colpa finisce per essere ammessa solo in virtù di una serie di artifici; in ogni caso, essa risulta sempre più oggettivizzata, cioè sempre meno o niente affatto collegata a una componente soggettiva». A proposito della responsabilità del legislatore nel prosieguo della trattazione si vedrà che la Spagna costituisce un'eccezione, caratterizzata dalla consacrazione del principio della responsabilità oggettiva.

<sup>83</sup> Par. 88 delle Conclusioni.

sarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario<sup>84</sup>. Il fatto che questa non costituisca un requisito distinto rispetto a quelli elencati nella sentenza, non significa che non possa essere presa in considerazione in modo indiretto; infatti, al momento di esaminare la sussistenza del requisito della violazione sufficientemente caratterizzata, si devono prendere in considerazione, fra gli altri, alcuni elementi di carattere soggettivo, che possono essere vincolati alla nozione di colpa<sup>85</sup>. Pertanto non si tratta di un requisito autonomo, ma potrà essere tenuta in conto solo nella misura in cui sia necessaria per qualificare una violazione come sufficientemente caratterizzata<sup>86</sup>.

Altro criterio orientativo è costituito dal carattere scusabile o meno di un possibile errore di diritto. Nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, la Corte applicò il criterio dell'esistenza di un errore scusabile di diritto per indicare al giudice nazionale la presenza di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario. In questo caso, il principio è combinato con il criterio relativo all'esistenza di una giurisprudenza determinante della Corte di giustizia<sup>87</sup>.

<sup>84</sup> Par. 80 della Sentenza.

<sup>85</sup> I criteri elencati dalla Corte si prestano ad essere letti come aspetti sintomatici di una mancanza di diligenza dello Stato, e sono riconducibili ad una nozione di colpevolezza, quanto meno in senso lato; basti pensare che il giudice nazionale dovrà valutare l'intenzionalità della violazione, il margine di discrezionalità riservato all'organo chiamato ad attuare la norma comunitaria, la scusabilità dell'eventuale errore di diritto.

<sup>86</sup> In questo modo, la Corte adotta una soluzione eclettica. Del resto, tale comportamento risponde probabilmente a una valutazione di opportunità; infatti, questa soluzione propone un compromesso fra i modelli di responsabilità soggettivo ed oggettivo, e quindi è in grado di incardinarsi nei diversi ordinamenti nazionali, che prevedono regimi di responsabilità pubblica molto dissimili fra loro. La previsione di un sistema di responsabilità oggettiva sarebbe risultato contrario a quanto previsto nella maggioranza degli ordinamenti giuridici nazionali e, dall'altra, avrebbe portato ad un trattamento più severo dello Stato violatore rispetto all'Istituzione comunitaria inadempiente. D'altro canto, non prevedendo il requisito autonomo della colpa, la Corte ha evitato di prevedere espressamente la soggettivizzazione del sistema, il che avrebbe costituito un grosso ostacolo alla tutela effettiva dei diritti dei cittadini danneggiati dal comportamento degli Stati inadempienti. In particolare, ci riferiamo al fatto che l'elemento soggettivo è spesso molto difficile da provare e ancor più arduo appare il compito nel caso di comportamenti dei soggetti pubblici.

<sup>87</sup> A questo proposito, nel paragrafo 59 la Corte afferma che «la violazione dell'art. 30 del Trattato da parte della normativa tedesca, per quanto riguarda le disposizioni relative alla denominazione del prodotto posto in commercio, difficilmente potrebbe considerarsi un errore scusabile, dal momento che l'incompatibilità di siffatta disciplina con l'art. 30 del Trattato appare manifesta alla luce della giurisprudenza anteriore della Corte e, in particolare, delle sentenze 20 febbraio 1979, causa

A proposito della sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata, può rilevare il fatto che un'istituzione comunitaria abbia potuto contribuire all'omissione, adozione o mantenimento di misure o pratiche nazionali che violano il diritto comunitario. Questo criterio è in linea con un principio comune ai regimi di responsabilità, secondo cui lo Stato risponde dell'illecito ad esso imputabile, ma non di certo nel caso in cui all'origine della violazione del diritto comunitario ci sia stata una condotta attribuibile anche ad altri soggetti. In questo caso, pertanto, si potrebbe parlare di una responsabilità concorrente dello Stato e della Comunità<sup>88</sup>.

Un criterio complementare, che la Corte considera applicabile cumulativamente ad altri, riguarda la sussistenza della violazione del diritto comunitario imputabile allo Stato in un momento successivo rispetto al giudizio da parte della Corte<sup>89</sup>. Comunque, già sappiamo che il giudice nazionale può tenere in conto qualsiasi altra circostanza che possa incidere nel caso concreto<sup>90</sup>.

120/78, *Rewe-Zentral*, cosiddetta «Cassis de Dijon» (Racc. p. 649), e 9 dicembre 1981, causa 193/80, *Commissione/Italia* (Racc. p. 3019). Per contro, gli elementi di valutazione a disposizione del legislatore nazionale, tenuto conto della giurisprudenza in materia, per risolvere la questione se il divieto di utilizzare additivi fosse contrario al diritto comunitario, apparivano nettamente più incerti fino alla pronuncia della sentenza 12 marzo 1987, *Commissione/Germania*, citata, con la quale la Corte ha dichiarato questo divieto incompatibile con l'art. 30».

<sup>88</sup> Un caso particolarmente frequente consiste nel mancato inizio, da parte della Commissione, di una procedura di infrazione, che potrebbe contribuire alla violazione del diritto comunitario riferibile allo Stato. Prima che la Corte si pronunciasse sulla questione, la dottrina aveva avanzato l'ipotesi che la richiesta da parte dei giudici nazionali di una pronuncia motivata da parte della Commissione o della Corte di giustizia ex art. 226 fosse un requisito per la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. La Corte ha dichiarato, tuttavia, che «l'esistenza di una sentenza della Corte che abbia constatato l'inadempimento è certo un elemento determinante, ma non indispensabile» per provare l'esistenza di una violazione di tale natura (Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029, par. 93). Il problema fondamentale riguarda la discrezionalità di cui gode la Commissione nell'avviare una procedura di infrazione e le difficoltà per controllarla. È necessario tenere in conto, inoltre, che, anche se sia la procedura di infrazione, sia l'azione di responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario, hanno una funzione deterrente rispetto a comportamenti contrari al diritto comunitario, i due meccanismi tendono a scoraggiare, quanto meno in principio, violazioni di entità differente. Infatti, mentre la Commissione tende ad avviare una procedura di infrazione solo quando consideri che la violazione del diritto comunitario sia di sufficiente entità, l'illecito comunitario può trovare applicazione a fronte di qualunque violazione, purché arrechi un danno patrimoniale effettivo.

<sup>89</sup> Questo criterio è utilizzato dalla Corte nei casi *British Telecom* e *Denkavit*.

<sup>90</sup> Nel caso *Factortame III* (C-48/93) la Corte affermò che per decidere se la

### 3.4. *Il nesso di causalità*

Il nesso di causalità costituisce «presupposto canonico della responsabilità aquiliana, in base al quale il danno lamentato deve essere diretta conseguenza del fatto dannoso che si imputa al suo autore»<sup>91</sup>. La Corte di giustizia esige, pertanto, l'esistenza di un nesso di causalità fra la violazione dello Stato e il danno arrecato al soggetto privato<sup>92</sup>, la cui valutazione è competenza dei giudici nazionali<sup>93</sup>. La Corte di giustizia si è espressa sulla questione del nesso di causalità connessa all'effetto diretto verticale delle direttive comunitarie ed ha stabilito che la nozione di Stato debba essere interpretata in senso ampio<sup>94</sup>. La dottrina ha segnalato come questa interpretazione

violazione dell'articolo 52 (attuale 43) commessa dal Regno Unito fosse sufficientemente caratterizzata, l'organo giurisdizionale nazionale avrebbe potuto tenere in conto altri aspetti. Par. 63: «Per valutare se la violazione dell'art. 52, in tal modo commessa dal Regno Unito, fosse manifesta e grave, il giudice nazionale potrebbe tener conto, tra l'altro, delle controversie giuridiche connesse alle peculiarità della politica comune della pesca, del comportamento della Commissione, la quale ha reso tempestivamente nota la propria posizione al Regno Unito, e delle valutazioni quanto al grado di certezza del diritto comunitario formulate dai giudici nazionali nell'ambito dei procedimenti sommari instaurati dai soggetti lesi dall'applicazione del *Merchant Shipping Act*».

<sup>91</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro, 28 novembre 1995, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93, Racc. I-01029. Par. 97.

<sup>92</sup> Ciò significa che la giurisprudenza Francovich non si applica né ai danni causati da una violazione del diritto comunitario imputabile a un'istituzione comunitaria, né ai danni conseguenti alla violazione della norma comunitaria da parte di un altro soggetto privato. Da una parte, quando la violazione è dovuta ad una condotta contraria al diritto comunitario imputabile ad un'istituzione comunitaria entra in gioco il regime previsto nell'articolo 288 del Trattato. D'altra parte, il danno può essere causato da una violazione del diritto comunitario imputabile a un cittadino. In questo caso, sarebbe applicabile il diritto nazionale, anche se, come ricorda Haguenu, in alcuni casi il diritto comunitario istituisce regimi specifici di responsabilità per ambiti concreti. È il caso della direttiva 85/374/CEE, del 25 luglio del 1985, relativa all'approssimazione delle disposizioni legali, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per i danni causati dai prodotti difettosi, e della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso». V.C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Edition de l'Université de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 1995.

<sup>93</sup> Sent. *Brasserie du Pêcheur*, par. 65.

<sup>94</sup> Sent. CGCE, 12 luglio 1990, *A. Foster e altri c. British Gas PLC*. Causa C-188/89. Racc. I-03313, par. 20. In questo modo, oltre a comprendere tutti gli organi dell'amministrazione, centrale e decentrata, la Corte include nella nozione di Stato qualsiasi organismo che, «indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato in-



estensiva abbia dato luogo a numerosi casi di discriminazione; infatti, solo per ricordare l'esempio più evidente, i soggetti privati non potranno invocare una disposizione contenuta in una direttiva comunitaria non recepita nei confronti di un imprenditore privato, mentre ciò sarà possibile nei confronti di un imprenditore soggetto pubblico<sup>95</sup>. A proposito dei criteri per l'accertamento della sussistenza del nesso causale, la Corte di giustizia ha rinviato agli ordinamenti nazionali; tale scelta, in parte giustificata dal fatto che il rapporto di causalità è una materia particolarmente complessa e dibattuta in ogni ordinamento, ha comunque destato qualche perplessità in parte della dottrina, che ha sostenuto che la Corte avrebbe potuto delineare un quadro unitario, attingendo alla giurisprudenza relativa alla responsabilità delle istituzioni comunitarie<sup>96</sup>.

Inoltre, ci si è posti altri interrogativi: uno fra tutti quello relativo all'ipotesi di interruzione del nesso causale. Sotto questo profilo si devono considerare le ipotesi di comportamento del soggetto danneggiato, di intervento di terzi soggetti o di forza maggiore. A proposito del comportamento del terzo, ci si chiede se il nesso causale sia interrotto nel caso in cui il soggetto danneggiato non abbia esercitato tutte le azioni possibili. Sulla questione della non interposizione, entro il termine, delle azioni di impugnazione, e se ciò impedisca di invocare la responsabilità dello Stato, gli ordinamenti giuridici nazionali offrono soluzioni divergenti, che vanno dalla considerazione della totale autonomia dei due tipi di azione, lasciando il soggetto libero di scegliere quella che consideri più conveniente (è questo il caso del diritto francese), fino a condizionare l'azione di responsabilità all'utilizzo di un altro rimedio, come l'azione di annullamento<sup>97</sup>.

caricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli».

<sup>95</sup> A tal proposito, v. P. MANIN, *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, in *Revue Trimestrelle du Droit Européen*, 4, 1990, (pp. 682-686); L. MILLÁN MORO, *La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 18, 1991, (pp. 845-877); WÆLBROECK, *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law*, cit.

<sup>96</sup> Ciò detto, sembra che tale ampia discrezionalità dei giudici nazionali sia destinata a ridursi. Infatti, nelle sentenze Brinkmann e Rechberger, la Corte di giustizia si è pronunciata direttamente riguardo alla sussistenza del nesso causale fra violazione del diritto e danno arrecato. A tali pronunce fa riferimento Ermanno Calzolaio in CALZOLAIO, *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno*, cit., pp. 56-57.

<sup>97</sup> A tal proposito richiamiamo l'affermazione dell'Avvocato Generale Tesauero,

Evidentemente questa questione è particolarmente importante dal punto di vista pratico, perché, come sappiamo, spetta al giudice nazionale decidere a proposito dell'avveramento delle condizioni stabilite dalla Corte di giustizia. Qualora il diritto comunitario nulla stabilisca in materia, sarà la corte nazionale a decidere, applicando il diritto interno, se nel caso concreto sussista o meno il nesso di causalità. Pertanto, bisogna considerare, in primo luogo, la disciplina comunitaria, perché il giudice, ai fini della decisione, deve dedurre dal diritto comunitario le regole relative all'autonomia o sussidiarietà dell'azione di indennizzo rispetto ad altri tipi di azione<sup>98</sup>. Inoltre, la Corte di giustizia, nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*, ha stabilito che per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione<sup>99</sup>.

Altro problema è quello relativo all'intervento del terzo, al quale potrebbe imputarsi la rottura del nesso causale, che può essere un'autorità pubblica o un soggetto privato. Nel caso che si tratti di un'autorità pubblica, bisogna chiedersi se lo Stato può allegare la rottura del nesso causale nel caso in cui, per esempio, non abbia recepito una direttiva comunitaria a causa della mancata collaborazione da parte

secondo cui bisogna chiedersi se detto nesso possa essere interrotto, in primo luogo, dal comportamento della vittima del danno e, in secondo luogo, se la vittima avrebbe potuto esperire dei rimedi giurisdizionali nazionali per evitare il danno senza giungere alla domanda di indennizzo. Conclusioni dell'avvocato generale Tesauro del 28 novembre 1995. *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, Paragrafi 97-99. L'avvocato generale cita il Principio III della Raccomandazione del 18 settembre 1984 del Consiglio d'Europa secondo il quale la vittima potrà veder ridotto o rifiutato il risarcimento «*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée*». Da ciò si deduce che l'interruzione del nesso causale può dipendere da un comportamento colposo da parte del danneggiato. Si pensi all'orientamento del Consiglio di Stato italiano circa la pregiudizialità amministrativa.

<sup>98</sup> A questo proposito, l'avvocato generale Tesauro ha sottolineato come, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale della Comunità, la Corte ha affermato la autonomia dell'azione di responsabilità. Tuttavia, nell'ambito della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario sembra, secondo l'opinione di Tesauro, che la Corte abbia optato per la sussidiarietà dell'azione di responsabilità. Questa conclusione appare condivisibile se si considera che la giurisprudenza della Corte di giustizia applica sussidiariamente il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario quando questo consista nel mancato recepimento di una direttiva comunitaria carente di effetto diretto.

<sup>99</sup> Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 84.

di un'autorità decentrata. La risposta negativa a questa questione si deduce dal fatto che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, uno Stato membro non può allegare disposizioni, pratiche o circostanze del suo ordinamento giuridico interno per giustificare la violazione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario. Lo Stato sarà ritenuto responsabile della violazione, salvo la possibilità di quest'ultimo di rivalersi in un secondo tempo contro l'autorità responsabile della violazione<sup>100</sup>. Se, nell'esercizio delle competenze di cui sia titolare in virtù del diritto interno, un organo di diritto pubblico o un'autorità decentrata violano il diritto comunitario e allo stesso tempo arrecano un danno ad un soggetto privato, nulla impedisce che si eserciti un'azione di responsabilità nei confronti dell'ente che ha cagionato il danno<sup>101</sup>.

<sup>100</sup> È il caso, che approfondiremo in seguito, della violazione del diritto comunitario da parte di un'autorità decentrata. Come già sottolineato in precedenza, da questo punto di vista il giudice comunitario ha accolto il criterio, proveniente dal diritto internazionale, dell'unità dello Stato: ciò consiste in una vera e propria finzione giuridica in virtù della quale si centralizza la responsabilità dello Stato, il che non impedisce, ovviamente, che quest'ultimo si possa rivalere sull'autorità decentrata da cui dipende la violazione. Quindi, la responsabilità *ad extra* si determina in virtù del principio di unità dello Stato; per quanto riguarda la configurazione della responsabilità *ad intra* bisognerà fare riferimento a quanto disposto nel diritto interno. L'autorità pubblica in questione potrà anche assumere su di sé l'obbligo di indennizzare il soggetto privato danneggiato.

<sup>101</sup> Nella sentenza Haim II la Corte stabilì quanto segue: «per quanto riguarda gli Stati membri a struttura federale, la Corte ha già statuito che, purché le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quelli derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno, al risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti interni adottati in violazione del diritto comunitario non deve necessariamente provvedere lo Stato federale perché gli obblighi comunitari dello Stato membro siano adempiuti (sentenza Könle, citata, par. 63 e 64). Ciò vale del pari per gli Stati membri, a struttura federale o meno, nei quali talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato. In tali Stati membri il risarcimento dei danni causati ai singoli da provvedimenti d'ordine interno adottati in violazione del diritto comunitario da un ente di diritto pubblico può quindi essere garantito da quest'ultimo. Il diritto comunitario non osta neppure alla sussistenza della responsabilità di un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario accanto a quella dello Stato membro stesso. A questo riguardo, si deve ricordare la giurisprudenza consolidata secondo la quale, con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario nel caso in cui le condizioni per la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario siano soddisfatte, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conse-

Diverso è il caso di interruzione del nesso causale in seguito all'intervento di un soggetto privato. Questa questione è emersa per la prima volta nel caso Dillenkofer. Ci si chiese se il governo tedesco potesse allegare la rottura del nesso causale per il fatto che gli operatori economici interessati non avevano offerto la loro collaborazione, il che risultava indispensabile per il recepimento della direttiva 90/314/CEE del Consiglio, del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso». A questo interrogativo si diede una risposta negativa, per ragioni analoghe a quelle che abbiamo esposto circa l'intervento di un'autorità pubblica. A tal proposito la Corte di giustizia nella sentenza *Rechberger*, affermò, seguendo una linea consolidata, che è compito degli organi giudiziari nazionali decidere sull'esistenza di un nesso di causalità diretta fra la violazione dell'obbligo e il danno sofferto dal soggetto privato<sup>102</sup>. Nel caso concreto, la Corte di giustizia giudicò, da un lato, che tale rapporto di causalità diretta era stato posto in evidenza dal giudice nazionale e, dall'altra, che l'obiettivo previsto dalla direttiva consisteva nella protezione del consumatore contro i danni economici derivanti dal fallimento dell'organizzatore, qualsiasi fossero le cause dello stesso<sup>103</sup>.

guenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenze citate *Francovich*, par. 41-43, e *Norbrook Laboratories*, par. 111)». Paragrafi 30-33.

<sup>102</sup> Sent. CGCE, 15 giugno 1999, *Walter Rechberger, Renate Greindl, Hermann Hofmeister e altri c. Repubblica d'Austria*. Causa C-140/97. Racc. I-03499. In questo caso, la violazione, imputabile all'Austria, consisteva nello scorretto recepimento della direttiva 90/314. Nella stessa questione pregiudiziale formulata dall'organo giurisdizionale di remissione, si chiedeva che la Corte chiarisse se, nel caso in cui esiste un rapporto di causalità diretta fra il comportamento dello Stato membro che ha recepito scorrettamente la direttiva e il danno sofferto dai soggetti privati, questa relazione di causalità diretta non genera responsabilità dello Stato se questo dimostrasse che l'organizzatore dei viaggi (il terzo, in questo caso) si è comportato in modo imprudente. Par. 72: «A tale proposito, occorre rilevare che, come ha statuito la Corte nella sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame* (Racc. p. I-1029, par. 65), spetta ai giudici nazionali verificare la sussistenza di un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi».

<sup>103</sup> Par. 73-74: «Nella fattispecie occorre innanzi tutto osservare che il giudice del rinvio ha rilevato come tale nesso di causalità diretto fra il comportamento dello Stato membro che ha trasposto in modo incompleto la direttiva e il danno derivante per i particolari sussistesse. Inoltre, si deve rilevare che l'art. 7 della direttiva contiene l'obbligo di risultato di conferire a coloro che partecipano a viaggi «tutto compreso» un diritto alle garanzie di rimborso delle somme versate e di rimpatrio in caso di fallimento dell'organizzatore di viaggi. Tale garanzia è volta per l'appunto

Per questa ragione, affermò che «non può escludersi la responsabilità di uno Stato membro per violazione dell'art. 7 della direttiva a motivo di comportamenti imprudenti dell'organizzatore di viaggi» (Par. 75).

Altra questione collegata con la tematica del nesso causale attiene al verificarsi di «eventi eccezionali e imprevedibili». Con la sentenza *Rechberger*, la Corte affermò che il nesso di causalità non può considerarsi interrotto nemmeno in casi di questo genere. In questo modo il giudice comunitario, sulla scorta della giurisprudenza relativa alla procedura di infrazione, ha disegnato un sistema incline all'imputazione oggettiva di responsabilità. Ciò detto, nel corso della trattazione si evidenzierà che la disciplina della responsabilità patrimoniale dei pubblici poteri offerta dagli ordinamenti nazionali contempla diverse cause di esclusione della responsabilità, fra cui la forza maggiore, la cui valutazione risulta pressoché totalmente delegata alla discrezionalità dei giudici nazionali<sup>104</sup>.

### 3.5. *Ulteriori criteri indicati dalla Corte di giustizia. In particolare, la quantificazione del danno*

Nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* la Corte, oltre a stabilire i principi analizzati nelle pagine precedenti, precisò alcuni criteri indicativi per i giudici nazionali chiamati a giudicare casi di illecito comunitario.

Un aspetto particolarmente importante attiene alla determinazione del danno e, pertanto, alla quantificazione del suo risarcimento. In linea di principio, la determinazione dell'importo dipende dal diritto nazionale in materia di responsabilità dei pubblici poteri. Ciononostante, la Corte di giustizia ha stabilito una serie di criteri-guida che devono orientare il giudizio delle corti nazionali. In primo luogo, la Corte ha stabilito che il risarcimento dei danni cagionati ai singoli da violazione del diritto dell'Unione deve essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei loro diritti<sup>105</sup>. In secondo luogo, la libertà del giudice è limitata da un criterio specifico: al momento di fissare il *quantum* del risarcimento potrà considerare il comportamento del soggetto danneggiato<sup>106</sup>. In tal modo trova ap-

a tutelare il consumatore turistico contro le conseguenze del fallimento, indipendentemente dalle cause del medesimo».

<sup>104</sup> Come vedremo, in ogni sezione sarà dedicato specifico spazio alle ipotesi di interruzione del nesso causale.

<sup>105</sup> Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 82.

<sup>106</sup> Si tratta del principio, richiamato in precedenza, espresso al par. 84, ai sensi del quale «per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se

plicazione, così come afferma espressamente la Corte, un principio generale comune alle tradizioni giuridiche degli Stati membri, che impone che il danneggiato sia tenuto a dimostrare di aver agito con una diligenza ragionevole per limitare il danno.

Una delle questioni più dibattute dalla dottrina riguarda le caratteristiche del danno sofferto dal privato in conseguenza della violazione del diritto dell'Unione. A questo proposito, non è chiaro se il danno debba essere attuale e certo o se, al contrario, possa essere risarcito anche il danno prevedibile.

Secondo la tesi maggioritaria, bisogna applicare per analogia la soluzione proposta dalla Corte a proposito della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie. Pertanto, il danno, per poter essere risarcito, dovrà essere attuale e certo, o imminente e sufficientemente prevedibile. In questo senso, la Corte ha affermato che, a proposito del danno risarcibile, non si può escludere il lucro cessante, poiché, soprattutto per quanto riguarda le controversie di carattere economico o commerciale, tale esclusione renderebbe impossibile un reale risarcimento del danno<sup>107</sup>. Per il resto, spetta al giudice nazionale determinare e quantificare i danni risarcibili in virtù del diritto nazionale applicabile, tenendo in conto, in ogni caso, che il risarcimento non può limitarsi ai danni sofferti in un momento successivo alla sentenza della Corte che, in virtù dell'art. 258 TFUE, accerti la violazione; al contrario, l'obbligo di risarcimento sorge quando si verifichino i requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte<sup>108</sup>. In caso contrario il diritto al risarcimento risulterebbe condizionato ad un'eventuale pronuncia da parte della Corte, che non dipende dall'iniziativa del cittadino danneggiato<sup>109</sup>. Ciò non impedisce che la Corte

il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione».

<sup>107</sup> Sent. CGCE 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*, par. 87: «Sul punto, si deve rilevare che l'esclusione totale del lucro cessante dal danno risarcibile non può essere ammessa in caso di violazione del diritto comunitario. Invero, soprattutto in tema di controversie di natura economica o commerciale, una tale esclusione totale del lucro cessante si presta a rendere di fatto impossibile il risarcimento del danno».

<sup>108</sup> Questo appare ovvio se si considera che si tratta di azioni indipendenti e che, il più delle volte, la violazione non è sancita da una sentenza della Corte di giustizia.

<sup>109</sup> Par. 95: «subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario, poiché tale presupposto porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 169 del Trattato e di una

limiti nel tempo gli effetti della sentenza, se ciò è in linea con il diritto nazionale applicabile, tenendo in conto le esigenze del principio di certezza del diritto. Perciò, pur non stabilendo direttamente tale limitazione, il giudice comunitario ha affermato che, nel caso in cui non diventi troppo difficile o praticamente impossibile il risarcimento e si richiedano requisiti analoghi a quelli relativi ad un altro caso basato sul diritto interno, tale limitazione è ammissibile<sup>110</sup>. Sarà possibile, quindi, che il giudice nazionale stabilisca un limite temporale all'obbligo di risarcimento, il che significa obbligare lo Stato unicamente al risarcimento dei danni prodotti a partire da un determinato momento<sup>111</sup>.

dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte. Orbene, i diritti conferiti ai singoli da norme comunitarie aventi effetto diretto nell'ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 169 del Trattato nei confronti di uno Stato membro né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l'inadempimento (in questo senso, sentenza 14 dicembre 1982, cause riunite 314/81, 315/81, 316/81 e 83/82, Waterkeyn e a., Racc. p. 4337, par. 16)».

<sup>110</sup> Parr. 98-100: «Nell'ipotesi in cui il giudice nazionale pervenga a constatare che i presupposti per il sorgere delle responsabilità della Repubblica federale di Germania sono soddisfatti nel caso di specie, si deve ricordare che è nell'ambito delle norme nazionali relative alla responsabilità che incomberebbe allo Stato la riparazione delle conseguenze del danno arrecato. Nell'ambito delle condizioni di sostanza e di forma prescritte dalle varie normative nazionali in materia di risarcimento dei danni può tenersi conto della necessità di rispettare il principio della certezza del diritto. Va tuttavia ricordato che tali condizioni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenza Francovich e a., citata, par. 43). Ciò posto, non vi è motivo per limitare gli effetti nel tempo della presente sentenza».

<sup>111</sup> In questo modo, si eviterebbe che le conseguenze della condanna fossero eccessivamente gravose per lo Stato. Nella sentenza Defrenne (Sent. CGCE, 8 aprile 1976, Gabrielle Defrenne contro Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Causa 43-75. Racc. 00455), la Corte affermò che, per tutelare l'esigenza della certezza del diritto relativa agli interessi in gioco, non poteva allegarsi l'effetto diretto dell'articolo 119 (attuale articolo 141) del Trattato per instare reclami relativi a periodi di retribuzione anteriori alla data di detta sentenza, salvo per quei lavoratori che, precedentemente, avessero iniziato un qualche ricorso o formulato un qualche analogo reclamo. La Corte si è espressa in termini analoghi quando è stata chiamata a pronunciarsi a proposito di procedimenti pregiudiziali di interpretazione. Secondo la regola generale (richiamata dalla Corte nelle sentenze del 27 marzo 1980. - Amministrazione delle finanze dello Stato contro Denkavit Italiana SRL e dell'11 agosto 1995-F. G. Roders BV e altri contro Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen), gli effetti di una sentenza di interpretazione decorrono dalla data di entrata in vigore della norma interpretata e, pertanto, la norma comunitaria interpretata dalla Corte di giustizia deve essere applicata dal giudice nazionale anche ai rapporti giuridici sorti prima dell'emissione della sentenza che risolve la questione pregiudiziale di interpretazione.

### 3.6. Particolarità dei requisiti in relazione alla funzione giurisdizionale

Prima di dedicarci agli elementi della fattispecie regolati in diritto interno, è necessario sottolineare il portato della giurisprudenza europea in relazione alla funzione giurisdizionale. Come abbiamo detto, le ultime sentenze della Corte di giustizia non hanno semplicemente applicato per estensione alla funzione giurisdizionale i presupposti enucleati in relazione alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Il giudice europeo ha infatti dimostrato di essere del tutto consapevole delle peculiarità di tale funzione e della necessità di tenerne conto al momento di estendere ai soggetti che la svolgono i principi di responsabilità<sup>112</sup>. Per queste ragioni, il riconoscimento di tale fattispecie è giunto con un certo ritardo rispetto alle altre e, come abbiamo appena visto, la storia della sua applicazione ha finora seguito una sua specifica direzione. Il riconoscimento dell'illecito comunitario per fatto del giudice ha comportato un'evoluzione della dottrina Francovich, che in relazione alle funzioni giudiziarie ha assunto connotazioni proprie. In particolare, il requisito della «violazione manifesta del diritto» (evoluzione della «violazione sufficientemente caratterizzata») è stato plasmato in termini particolarmente restrittivi, il che senz'altro induce a ritenere che si tratti di una figura che trova applicazione solo in casi eccezionali<sup>113</sup>. D'altra parte, la cautela che ha contraddistinto le decisioni Köbler e Traghetti contribuisce a sfalsare il parallelismo rispetto agli altri poteri dello Stato,

<sup>112</sup> Secondo un'autorevole opinione, in riferimento alla funzione giurisdizionale, la Corte di giustizia ha plasmato i requisiti già enunciati nelle sentenze precedenti in modo tale da delineare «una sorta di *illecito tipico* nell'ambito dell'area generale della responsabilità dello Stato». Cit. da ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari»*. A proposito del caso *Köbler c. Repubblica d'Austria*, cit., p. 3.

<sup>113</sup> Del resto, la stessa Corte di giustizia si è pronunciata in questi termini. V. Sent. Köbler, Par. 53 e Sent. Traghetti, Par. 32: «È vero che, considerate la specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto, la responsabilità dello Stato, in un caso del genere, non è illimitata. Come la Corte ha affermato, tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve, a tal riguardo, tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE (sentenza Köbler, cit., punti 53-55)».



rispetto ai quali i soggetti che esercitano la funzione giudicante godono di un margine di discrezionalità decisamente più generoso<sup>114</sup>.

Al contempo, la previsione di tale strumento di tutela solleva una serie di questioni in merito alle ripercussioni negli ordinamenti nazionali, soprattutto in quelli che prevedono un regime di responsabilità particolarmente restrittivo. Sotto questo profilo, appare fisiologico che gli Stati siano chiamati nei prossimi anni a dare risposte, non necessariamente tramite lo strumento legislativo, ma anche (e forse soprattutto) tramite l'opera interpretativa e di raccordo dei giudici nazionali. Sarà particolarmente interessante valutare la risposta di quegli ordinamenti che tradizionalmente accordano ai giudici un'immunità pressoché completa sotto il profilo patrimoniale<sup>115</sup>. Più in ge-

<sup>114</sup> A tal proposito Guido Alpa ha sottolineato che «la Corte tempera però il principio introducendo alcune cautele, che possono considerarsi altrettanti limiti alla responsabilità. Occorre infatti accertare di essere in presenza di «un caso eccezionale» in cui il giudice deve aver violato il diritto vigente «in maniera manifesta»; nonché valutare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata; il carattere intenzionale della violazione; la scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto; l'eventuale posizione già adottata da una istituzione comunitaria; la mancata osservanza da parte dell'organo giurisdizionale dell'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 terzo comma del Trattato CE». Cit. da ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari»*. A proposito del caso *Köbler c. Repubblica d'Austria*, cit., p. 2. A p. 4 dello stesso articolo l'autore, a proposito del carattere manifesto della violazione, afferma: «Qui non si tratta del legislatore (quante volte il legislatore ha male applicato una direttiva!) né del Governo o della Pubblica Amministrazione (quante volte i governi sono stati tratti a giudizio per violazione di diritto comunitario!). E proprio un caso di erronea interpretazione e applicazione del diritto comunitario ha aperto la strada a questa figura di illecito: il caso *Franovich* costituisce la pietra miliare al riguardo. Qui si tratta del giudice che «interpreta» e «applica». Ora, solo in caso di sentenze abnormi si può pensare che l'interpretazione e l'applicazione di una corte suprema siano errate, anche perché alla corte suprema spetta, normalmente, il potere di nomofilachia, cioè il compito di indicare la corretta interpretazione della legge». In merito all'asimmetria fra la funzione giudiziaria e le funzioni legislative e amministrative vi è chi sottolinea che «mentre allo Stato legislatore viene assegnato un obbligo di risultato da garantire attraverso le scelte politiche di propria competenza, al giudice nazionale viene assegnato il ruolo di verifica della correttezza delle scelte normative nazionali operate dal legislatore (disapplicazione) ma al tempo stesso di individuazione/creazione della norma (corretta) attraverso l'interpretazione adeguatrice del diritto nazionale a quello comunitario. Operazione complessa dal momento che il giudice si trova al centro di un ordine giuridico sui generis nel quale operano vari ordinamenti giuridici su base non gerarchica ma interattiva e cooperativa». Cit. da PINOTTI, *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (I)*, cit., p. 414.

<sup>115</sup> Il pensiero va immediatamente al *common law*, e in particolare alla risposta del diritto inglese alle ultime decisioni del giudice comunitario. La questione si è posta per la prima volta con la sentenza *Stephen Cooper v HM Attorney General*, 2010, EWCA, Civ 464. Cfr. M. ZAMBELLI e C. ZAMBELLI, *La responsabilità extra-*

nerale, in considerazione del carattere restrittivo che caratterizza tutte le discipline nazionali, si tratta di un fenomeno che non può che sollevare questioni giuridiche ed istituzionali particolarmente delicate.

D'altra parte, ancora, è necessario considerare il fatto che l'obiettivo del giudice comunitario consiste nella tutela delle posizioni giuridiche soggettive e nel fatto che i cittadini europei si facciano promotori di una diffusa e capillare sorveglianza del rispetto del diritto dell'Unione, e che questo non prende posizione in merito alla necessità di responsabilizzare i giudici intesi come soggetti che svolgono professionalmente una funzione. Il che impone una riflessione, invero già iniziata, circa l'opportunità di approntare una forma di tutela delle posizioni soggettive che preveda lo Stato come soggetto passivo e che limiti le eventuali conseguenze negative in merito alle prerogative della funzione giudicante<sup>116</sup>.

Riservandoci di tornare su tali aspetti, ricordiamo ancora una volta che i presupposti elaborati dalla Corte di giustizia assumono, in relazione alla funzione giurisdizionale, caratteri particolarmente restrittivi. In verità, il primo e il terzo requisito non assumono contenuto giuridico particolarmente diversificato rispetto alla dottrina Franco-vich intesa nella sua espressione originaria. In altri termini, in riferimento alla funzione giurisdizionale, il fatto che il diritto dell'Unione riconosca diritti ai cittadini, così come il fatto che venga dimostrato un nesso di causalità fra condotta del giudice e danno, trovano un'applicazione relativamente omogenea<sup>117</sup>. Del resto, si tratta di due elementi basilari di qualunque sistema di responsabilità patrimoniale, per quanto restrittivo esso sia. Infatti, in mancanza del primo requisito, i cittadini non sarebbero titolari di diritti, e dunque non ci sarebbero i requisiti per l'esistenza del danno, quanto meno in termini patrimoniali. In mancanza del terzo requisito, il giudice non potrebbe accordare alcuna forma di risarcimento in quanto il nesso di causalità, soprattutto nei termini generici in cui è stato formulato dal giudice europeo, costituisce presupposto necessario per l'applicazione dello strumento risarcitorio in generale.

*contrattuale dello Stato nell'implementazione del diritto europeo: il contesto comunitario e l'esperienza inglese*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 2011, (pp. 857-880), p. 877 e ss.

<sup>116</sup> Come vedremo nei prossimi capitoli, in dottrina si sta facendo strada la tesi per cui il diverso fondamento giuridico dei diritti coinvolti giustifica un doppio binario di tutela.

<sup>117</sup> Il tema sarà trattato, dal punto di vista del livello nazionale, nella sezione specificamente dedicata all'interno del Capitolo 4.

Questione diversa è quella relativa al secondo requisito<sup>118</sup>. Infatti, la violazione manifesta del diritto, in relazione alla funzione giurisdizionale, assume un significato dai contorni al contempo particolarmente restrittivi ed assai vaghi. Questa formulazione risponde ad una strategia volta ad imporre il principio di responsabilità dello Stato in relazione alle sue diverse funzioni ed articolazioni. Infatti, se la funzione giurisdizionale ne fosse stata esclusa, la costruzione dello stato di diritto europeo avrebbe conosciuto una lacuna troppo evidente. In mancanza di quest'ultimo orientamento, si sarebbe verificata un'evidente asimmetria rispetto agli altri poteri dello Stato non certo giustificabile con il mero riferimento alle prerogative e peculiarità della carica<sup>119</sup>. Piuttosto, in base a quello che è stato chiamato nesso potere – responsabilità, sarebbe incongruo riconoscere ai giudici nazionali una funzione tanto importante nell'intelaiatura del sistema, senza al contempo elaborare uno strumento rimediale rispetto ad un'eventuale grave violazione del diritto europeo da parte di questi ultimi<sup>120</sup>. D'altra parte, in mancanza di un'espressa presa di posizione in tal senso da parte della Corte di giustizia, il ruolo di controllore decentrato del rispetto del diritto dell'Unione, che con tale meccanismo si intende affidare ai cittadini europei, avrebbe conosciuto una falla macroscopica. Infatti il giudice nazionale, cui è affidato il ruolo di garante e tessitore<sup>121</sup> dei rispettivi ordinamenti giuridici avrebbe potuto tradire tale funzione senza che vi fosse una determinata reazione da parte dell'ordinamento, se non quella costituita dalla fragile ed eterogenea risposta elaborata a livello nazionale. Per esempio, un mancato rinvio pregiudiziale da parte di un giudice di ultimo grado sarebbe stato sanzionato solamente con una multa (pe-

<sup>118</sup> L'elaborazione del secondo requisito in relazione alla funzione giurisdizionale, e la risposta dei rispettivi ordinamenti nazionali, è oggetto di approfondimento in B. BEUTLER, *State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, (pp. 773-804). Sul tema torneremo nel corso delle prossime sezioni.

<sup>119</sup> Tale ragionamento avrebbe anche condotto, presumibilmente, all'esclusione della responsabilità del legislatore, figura sconosciuta quando non esplicitamente esclusa dalla maggior parte degli ordinamenti europei.

<sup>120</sup> Cfr. CAPPELLETTI, *Giudici irresponsabili?*, cit.; A. LAZARI, «*Là où est la responsabilité, là est le pouvoir*». *Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org, 2008. Per quanto riguarda l'importanza del ruolo dei giudici nazionali, rimandiamo alle considerazioni relative ai compiti svolti da questi ultimi in chiave sistemica e di raccordo fra ordinamenti.

<sup>121</sup> La metafora del «giudice tessitore», che tanta fortuna ha avuto nell'ultimo decennio, sarà ripresa e sviluppata nel corso del Capitolo 4.

raltro improbabile e tardiva) da parte del giudice comunitario a seguito di una procedura di infrazione, mentre al soggetto danneggiato non sarebbe stata assicurata, almeno a livello di principio, alcuna forma di tutela sotto il profilo patrimoniale. In definitiva, ad ipotetiche gravissime violazioni del diritto dell'Unione da parte dei giudici, i cittadini avrebbero potuto solo reagire tramite una denuncia volta ad iniziare una procedura di infrazione, priva di conseguenze sotto il profilo privatistico, e con le ben note inefficienze e lentezze che tendono a frustrarne l'intento deterrente.

Come precedentemente accennato, il giudice comunitario, inaugurando questo orientamento, ha esplicitamente affermato che tale fattispecie deve riguardare solo tali clamorose violazioni, per cui il presupposto della violazione manifesta del diritto deve essere interpretato dai giudici nazionali in termini meno liberi rispetto alla violazione del diritto dell'Unione riferibile alle altre funzioni dello Stato. In che modo questa interpretazione debba essere calibrata dipenderà in gran parte dai giudici nazionali, che a seguito dell'obbligo di collaborazione con la giurisdizione europea dovrebbero essere indotti a mutare il proprio restrittivo orientamento, quanto meno nei casi che rientrano nel cono d'ombra del diritto europeo.

Come vedremo, i giudici nazionali nel complesso tendono ad applicare le discipline in materia di responsabilità imputabile alla funzione giurisdizionale in termini particolarmente prudenti, tanto che parte dell'opinione pubblica interpreta tale riflesso difensivo come un atteggiamento corporativo da parte dei magistrati nel giudicare i propri colleghi, piuttosto che come cautela in nome di fondamentali principi rettori del sistema. Le criticità che caratterizzano questo tema sconsigliano un approccio ideologico, anche se la questione è stata oggetto di opposte propagande che certo non aiutano ad affrontarlo secondo la misura e il rigore scientifico che apparirebbero opportuni. D'altra parte, la tensione fra principi contrapposti attualmente è rinnovata dalle sollecitazioni europee<sup>122</sup>. In primo luogo, non c'è dubbio che il principio di effettività del diritto dell'Unione valga anche in relazione alla funzione giurisdizionale e che quindi un atteggiamento troppo restrittivo da parte dei giudici possa essere

<sup>122</sup> Vi è chi opportunamente segnala la «rottura del sistema dopo la sentenza Tragetti del Mediterraneo» e ne approfondisce le conseguenze sotto il profilo costituzionale. Cfr. R.A. JACCHIA e M. FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 2008, (pp. 643-680), p. 656 e ss. V. anche C. COSENTINO, *La responsabilità civile del magistrato tra inefficienze interne, moniti della Corte di Giustizia e modelli alternativi*, in *Danno e Responsabilità*, 3, 2010, (pp. 230-239).

sanzionato da parte della Corte di giustizia. La scarsità di pronunce in tal senso non permette ulteriori indicazioni che non siano pure speculazioni. Tuttavia le sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo insegnano che per la Corte di giustizia è sicuramente più agevole dichiarare l'esistenza di una violazione manifesta del diritto dell'Unione, qualora un giudice nazionale violi un obbligo espressamente stabilito, quale il rinvio pregiudiziale. È invece più complicato qualora sia necessario svolgere un esame circa la violazione di una posizione giuridica fondata sul diritto europeo. In altri termini, ora come ora è più agevole dimostrare una violazione manifesta del diritto, qualora la dinamica di partecipazione dei giudici allo spazio giuridico europeo risponda ad uno schema estremamente competitivo che imponga che il giudice nazionale (secondo la metafora del gioco) bari, ovvero interpreti il principio di autonomia in termini tali da violare il diritto dell'Unione, non importa se consapevolmente o per ignoranza<sup>123</sup>.

Queste considerazioni dimostrano che l'elemento centrale della questione è costituito dai rapporti fra violazione manifesta del diritto ed elemento soggettivo secondo le discipline nazionali. È infatti necessario stabilire se e in che misura sia possibile che coesistano due binari di protezione corrispondenti al distinto fondamento dei diritti violati, o se l'armonia del sistema e l'indubbia affinità fra illeciti per fatto del giudice impongano una qualche forma di convergenza<sup>124</sup>. Parte della dottrina sostiene la prima ipotesi, mentre altri autorevoli autori, ritenendo improbabile tale coesistenza, suggeriscono la necessità di un generale ripensamento delle discipline nazionali sulla responsabilità civile dei giudici<sup>125</sup>. Tale questione sarà specificamente affrontata nei prossimi capitoli.

<sup>123</sup> Rinviamo all'ultima sezione del capitolo introduttivo, dedicata all'attività dei giudici ed al dialogo fra corti operanti su distinti livelli secondo la metafora del gioco.

<sup>124</sup> Si tratta, in altri termini, della già citata questione circa la pervasività della giurisprudenza della Corte di giustizia e della sostenibilità di un sistema binario di tutele. Cfr. N. ZINGALES, *Member State Liability vs. National Procedural Autonomy: What Rules for Judicial Breach of EU Law?*, in *German Law Journal*, 11, 4, 2010, (pp. 419-438).

<sup>125</sup> Cfr. F. FERRARO, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2007, (pp. 55- 89), p. 69. L'autore prosegue il suo ragionamento affermando che «a ben riflettere, l'esistenza di discriminazioni derivanti dalla minore tutela delle azioni aquiliane fondate esclusivamente sul diritto nazionale, rispetto a quelle contemplate dal diritto comunitario, risulterebbe contraria al principio costituzionale di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.».

#### 4. *Gli elementi della fattispecie regolati in diritto interno*

##### 4.1. *Gli organi giurisdizionali competenti*

Come noto, il diritto processuale, che rientra nell'ambito di competenza degli ordinamenti nazionali, può ostacolare sensibilmente l'uniformità applicativa dell'illecito comunitario. In primo luogo spetta agli ordinamenti nazionali, seppur vincolati dal principio di tutela effettiva dei diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, la designazione del giudice nazionale competente. Secondo giurisprudenza comunitaria costante, fermo restando che gli Stati membri devono assicurare, in ogni caso, una tutela effettiva dei diritti soggettivi fondati sul diritto dell'Unione, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione<sup>126</sup>. Spetterà quindi all'ordinamento nazionale la determinazione della corte competente; tale rilievo presenta numerosi profili di criticità quando, nel silenzio della legge, si debba individuare il giudice competente per via interpretativa, soprattutto nel caso in cui l'illecito sia attribuibile al potere giudiziario<sup>127</sup>. È appena il caso di segnalare che l'eccessività difficoltà, per non dire l'impossibilità, di individuare il giudice competente, costituirebbe, di per sé, una violazione degli ob-

<sup>126</sup> Sentenza Köbler, par. 45-46-47. A tal proposito, la Corte ha richiamato le sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. p. 1989, par. 5; 45/76, Comet, Racc. p. 2043, par. 13; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. p. 501, par. 25, Francovich e a. cit., par. 42, e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. p. I-4599, par. 12; sentenze 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM, Racc. p. I-73, par. 32, e Dorsch Consult, cit., par. 40.

<sup>127</sup> Marie-Pierre Granger a tal proposito ricorda che in Austria erano in vigore due disposizioni per stabilire quale tribunale fosse competente a proposito dell'illecito comunitario, l'art. 23 (responsabilità dello Stato) e l'art. 137 (azioni pecuniarie) della Costituzione austriaca. Per un certo periodo, era opinione comune che sia la Corte Suprema sia la Corte Costituzionale avessero giurisdizione sull'illecito comunitario commesso dal potere legislativo ed esecutivo. La questione fu risolta nel 2001 dalla Corte Costituzionale Austriaca, che stabilì la competenza dei giudici ordinari quando il danno deriva dall'attività del potere esecutivo, o nei casi in cui si applica il diritto privato. Viceversa, si pronunciò nel senso che in caso di illecito comunitario riferibile al potere legislativo, la giurisdizione spetti alla Corte Costituzionale (Austria, Verfassungsgerichtshof, A 23/00, March 6, 2001 J.B.I. 441, in Verfassungsgerichtshof, A11/01, October 7, 2003 Ecolx 957, confermata in 2004 2 Euro. C.L. 92). Nel 2003 la Corte Costituzionale ha anche assunto la competenza sulle azioni per danni derivanti da attività giurisdizionale. V. M.P. GRANGER, *Francovich and the Construction of a European Administrative Jus Commune*, in *European Law Review*, 32, 2, 2007, (pp. 157-192), p. 183.

blighi comunitari<sup>128</sup>. In ogni caso, è sempre la disciplina nazionale che stabilisce quali giudici siano in concreto competenti, a seconda del soggetto cui sia imputata la violazione del diritto dell'Unione: spetta, pertanto, agli ordinamenti nazionali stabilire se competenti a giudicare di tali azioni siano corti specializzate oppure se le azioni debbano essere promosse davanti ai tribunali ordinari o amministrativi. Analogamente, i rispettivi diritti interni devono disciplinare i casi, niente affatto infrequenti, in cui in un unico ricorso l'azione di risarcimento dei danni si affianchi, in via alternativa o cumulativa, a quella di tutela sostanziale. A tal proposito bisogna ricorrere, evidentemente, alle procedure, previste all'interno dei singoli ordinamenti, volte a risolvere i conflitti di competenza; tali regimi devono essere applicati anche in relazione alle situazioni di derivazione comunitaria, nella misura in cui non violino i principi di effettività e leale collaborazione<sup>129</sup>.

Un tema correlato alla competenza a proposito dell'azione di responsabilità collegata all'illecito comunitario attiene alla possibilità, per il soggetto danneggiato, di promuovere un'azione per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici di un altro Stato membro nel caso in cui tali danni si siano verificati in quest'ultimo paese.

Si tratta di una questione affrontata in modo non del tutto soddisfacente dalla Corte di giustizia<sup>130</sup>. A tale possibilità sono state opposte obiezioni sia teoriche sia pratiche. In primo luogo, viene richiamato il tradizionale principio dell'immunità giurisdizionale degli Stati. Più propriamente, si fa riferimento al principio dell'immunità relativa, secondo cui uno Stato non può essere convenuto in un foro diverso dal proprio per atti compiuti nell'esercizio della sua sovranità. Ciò detto, se la questione viene esaminata nell'ottica del diritto dell'Unione, non c'è dubbio che «una volta accettato il principio – tutt'altro che scontato – per cui uno Stato membro può essere chiamato in giudizio da un privato per rispondere delle conseguenze di

<sup>128</sup> A tal proposito, rinviamo alla sentenza Köbler, in cui la Corte ha affermato che spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere il principio della responsabilità dello Stato mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato, e che l'attuazione del detto principio non può essere compromessa dall'assenza di un foro competente.

<sup>129</sup> A tal proposito, sottolineiamo che le questioni di giurisdizione possono porre in serio pericolo l'effettiva applicazione dell'illecito comunitario, nei casi, per esempio, in cui l'azione sia stata promossa davanti ad una corte incompetente, soprattutto nell'ottica della scadenza dei termini di prescrizione o decadenza dell'azione.

<sup>130</sup> Per un caso di questo genere, cfr. Sent. CGCE, 15 febbraio 2007, causa C-292/05, Irimi Lechoritou, B. Karjoulas, G. Pavlopoulos, P. Bratsikas, D. Satiropoulos e G. Dimopoulos contro Repubblica federale di Germania, in Racc. I-1519.

un fatto illecito ai sensi del diritto comunitario, non si vede per quale motivo la medesima soluzione debba essere esclusa per il solo motivo che lo Stato membro viene convenuto dinanzi ad un giudice di un altro Stato membro, a prescindere dal fatto che si tratti di atti *de iure imperi* o *iure gestionis*<sup>131</sup>. A tal proposito è indubbio che la giurisprudenza comunitaria possa svolgere il compito di propulsione dell'integrazione europea, in modo tale da consentire di convenire in giudizio uno Stato membro dell'Unione Europea dinanzi al giudice di un altro Stato.

Inoltre, i diritti nazionali stabiliscono se, per promuovere l'azione di responsabilità nei confronti dell'amministrazione, il cittadino danneggiato debba aver in primo luogo esperito un ricorso amministrativo al ministro competente, e questi abbia dato una risposta negativa (esplicita o implicita)<sup>132</sup>. Come vedremo nei prossimi capitoli, tale passaggio propedeutico, che non risulta di per sé in contrasto con il diritto dell'Unione, implica un ulteriore sfalsamento fra i sistemi europei. Per le riflessioni circa il rapporto fra il necessario previo ricorso amministrativo e il principio di effettività del diritto europeo rimandiamo alla sezione specificamente dedicata all'interno del Capitolo 4.

#### 4.2. *La determinazione del soggetto passivo*

Come sappiamo, uno dei principali aspetti delegati agli ordinamenti nazionali è quello relativo ai soggetti cui può essere imputata la violazione e, pertanto, a quegli enti che possono essere soggetti passivi dell'azione di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione. A tal proposito, le forme di riparto delle competenze da un lato e della responsabilità dall'altro sono totalmente delegate al diritto interno, che trova il suo unico limite nel ben noto principio di effettività<sup>133</sup>.

Il problema riveste particolare importanza poiché è connesso alla funzione, compensativa e deterrente, che l'illecito comunitario può perseguire. Infatti, nel secondo caso il soggetto chiamato a rispondere dell'illecito dovrebbe essere necessariamente quello che ha effettivamente cagionato il danno. Nel primo caso, invece, si potrebbe sta-

<sup>131</sup> Cit. da FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 115.

<sup>132</sup> Tale elemento caratterizza i sistemi francese e spagnolo. Torneremo su tale aspetto nel corso dei prossimi capitoli.

<sup>133</sup> Sent. Könlé, par. 33 e ss.; sentenza Salomone Haim, par. 30-32; sentenza AGM – COS.MET/Repubblica Finlandese, par. 147 e ss.



bilire una sorta di responsabile d'ufficio, che risponde dell'illecito comunitario per fatto del giudice, con eventuale diritto di rivalsa nei confronti di quest'ultimo<sup>134</sup>. Tale orientamento appare preferibile per diversi ordini di ragioni. In primo luogo ricordiamo che pur non negando a priori una sorta di funzione sanzionatoria dell'illecito comunitario, la Corte si è espressa nel senso che la priorità deve essere data alla funzione compensativa, e quindi alla tutela giudiziale effettiva<sup>135</sup>. A questo si aggiunga che, sebbene la dottrina abbia messo in luce che uno degli obiettivi della giurisprudenza Francovich consiste nell'indurre i pubblici poteri ad adempiere diligentemente gli obblighi derivanti dal Trattato sapendo che, in caso contrario, la trasgressione non rimarrebbe impunita, d'altra parte, questo comporterebbe un aggravio della posizione del soggetto danneggiato. Quest'ultimo infatti dovrebbe individuare con precisione il soggetto cui sia imputabile la violazione il che, come noto, può essere un'operazione alquanto disagiata<sup>136</sup>. La giurisprudenza sull'illecito comunitario dimostra, nei fatti, che non è affatto infrequente che azioni di questo tipo vengano rigettate dai giudici nazionali per errore nella determinazione del soggetto passivo, anche se tale soluzione appare in conflitto con il principio di effettività<sup>137</sup>, il che dimostra come il mecca-

<sup>134</sup> Cfr. R.W. DAVIS, *Liability in Damages for a Breach of Community Law: Some Reflection on the Question of Who to Sue and the Concept of «the State»*, in *European Law Review*, 31, 2006, (pp. 69-80).

<sup>135</sup> Sent. CGCE, 1 giugno 1999, Klaus Kölle c. Republik Österreich. Causa C-302/97. Racc. I-03099, par. 62 e 63; Sent. CGCE, 4 luglio 2000, Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein. Causa C-424/97. Racc. I-05123, par. 30.

<sup>136</sup> Il soggetto danneggiato potrebbe veder così rigettata la propria domanda per non aver correttamente individuato il soggetto responsabile della trasgressione: «as a consequence, the imposition on individuals of the obligation to examine the complex arrangements of their domestic legal system in order to exercise their right to receive compensation under Community law could impair the fulfilment of the other function of Francovich, the restorative one (i.e. effective judicial protection). In this it is necessary that a hierarchy is established between the two functions of Francovich». Cit. da P. NEBBIA, *Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?*, in *European Law Review*, 33, 1, 2008, (pp. 23-43), p. 33.

<sup>137</sup> Nel 2000 la Corte Suprema austriaca rigettò un'azione nei confronti dello Stato, perché l'azione avrebbe dovuto essere esercitata nei confronti della provincia responsabile della violazione. Oberster Gerichtshof, June 10, 2000, 1 Ob 12/00 x. Nel 2004 il Tribunale di Catania dichiarò un'azione inammissibile perché l'azione era diretta allo Stato nel nome del Presidente del Consiglio e non contro il Ministro dell'Educazione. Tribunale di Catania, Sezione I, Feb. 28, 2004 Dambone [2004] 1, in *Foro It.*, Col. 2521. La questione è stata oggetto di specifico approfondimento in: G. ANAGNOSTARAS, *The Allocation of Responsibility in State Liability Actions for Breach of Community Law: a Modern Gordian Knot?*, in *European Law Review*, 26, 2, 2001, (pp. 139-158).

nismo di tutela delle posizioni giuridiche comunitarie sia ancora interessato da importanti elementi di inefficienza. In ogni caso, la Corte è ormai da tempo pervenuta alla conclusione che, nel momento in cui le posizioni giuridiche di origine comunitaria trovino tutela da parte delle corti nazionali, poco importa quale soggetto sia effettivamente condannato al risarcimento del danno: «*In other words, it does not matter who pays, as long as someone pays...*»<sup>138</sup>. Per cui, la funzione compensativa sembra ormai del tutto prevalente rispetto alla marginale e meramente eventuale funzione sanzionatoria. La tendenza all'oggettivizzazione, ovvero all'abbandono dell'elemento soggettivo inteso in senso psicologico, è ormai evidente in diversi sistemi europei. A nostro avviso, i tempi sono maturi perché l'ormai prevalente effetto compensativo sia perseguito anche tramite un meccanismo indennitario, o comunque scollegato rispetto alle tradizionali categorie della responsabilità civile, in modo non dissimile a quanto avviene nel caso di riparazione per errore giudiziario o ingiusta detenzione in diritto italiano<sup>139</sup>. Avvertendo che si tratta di una prospettazione puramente teorica che non trova riscontri sul piano pratico, non si vede perché non si possa allontanare completamente l'illecito comunitario rispetto alle corrispondenti forme di illecito, sulla scorta degli ultimi orientamenti della Corte di cassazione in riferimento all'illecito riferibile alla funzione legislativa<sup>140</sup>. Riservandoci di tornare su

<sup>138</sup> Cit. da NEBBIA, *Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law*, cit., p. 34. Posizione rafforzata da Haim, 28; v. anche T. TRIDIMAS, *Liability for Breach of Community Law: Growing Up and Mellowing Down?*, in D. FAIRGRIEVE, M. ANDENAS e J. BELL, *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2002, (pp. 149-181), pp. 165-169.

<sup>139</sup> Il tema sarà ampiamente ripreso nei Capitolo 3 e 4.

<sup>140</sup> Cass., sez. un., n. 9147/09. Secondo quest'ultima interpretazione, il soggetto danneggiato dal tardivo recepimento di direttiva comunitaria da parte del legislatore ha diritto ad una riparazione da parte dello Stato, di natura indennitaria per attività antiggiuridica, e tale pretesa è diretta all'adempimento di un'obbligazione *ex lege*, non riconducibile allo schema della responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Seguendo questo esempio, che fra l'altro risulta per certi versi più garantista nei confronti dei cittadini danneggiati (infatti trova applicazione il termine di prescrizione decennale, e non quello quinquennale previsto per le ipotesi di responsabilità extracontrattuale), si potrebbe stabilire un meccanismo di indennizzo per ogni violazione del diritto comunitario, indipendentemente dalla funzione cui tale violazione sia imputabile. Secondo questo modello vi sarebbe un unico «responsabile d'ufficio», il che faciliterebbe il compito ai soggetti danneggiati e in definitiva risponderebbe meglio alla funzione compensativa ed al principio di effetto utile stabilito a livello europeo. Cfr. L. BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, in *Giurisprudenza ita-*

tale tema, ricordiamo che, trattandosi di una questione completamente delegata all'autonomia degli Stati, le soluzioni a questo proposito possono essere le più disparate. È infatti possibile, in linea teorica, che i sistemi nazionali prevedano una forma di riparazione che sostituisce l'elemento soggettivo richiesto dalla disciplina di diritto interno con il presupposto della violazione manifesta del diritto, la cui sussistenza deve essere valutata dal giudice. In alternativa, è possibile che i sistemi nazionali prevedano una forma di indennizzo fondata esclusivamente sulla gravità del danno che il cittadino non aveva il dovere di sopportare. O ancora, è possibile che a livello nazionale trovi applicazione la stessa disciplina che si applica in caso di violazione di posizioni giuridiche di diritto interno, ivi comprese le disposizioni relative all'elemento soggettivo, fatto salvo il principio di effettività. Si tratta di una questione che ha attinenza diretta con la questione del legittimato passivo, in quanto la determinazione di quest'ultimo dipende in primo luogo dalla funzione, compensativa o deterrente, dell'istituto<sup>141</sup>. In mancanza di espressi interventi legislativi, spetterà ai giudici nazionali decidere a tale proposito, applicando la disciplina sulla responsabilità civile del giudice oppure adottando soluzioni alternative.

#### 4.3. L'elemento soggettivo

A seguito di un lungo dibattito dottrinale a proposito del carattere oggettivo della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, ormai sembra affermarsi l'opinione secondo cui si tratta di un regime orientato all'oggettivizzazione. Per meglio dire, in diritto comunitario, la colpa è definita oggettivamente, nel senso che si fonda sulla violazione di un obbligo preesistente, indipendente dal carattere intenzionale dell'inadempimento, ed è valutata *in concreto*.

Da un lato, è probabile che la posizione apertamente garantista della Corte nei confronti dei diritti dei cittadini europei faccia propendere per un regime di carattere oggettivo ma, d'altra parte, il desiderio di rispettare i regimi nazionali di responsabilità, che sono prevalentemente di carattere soggettivo, lascia un certo margine per ritenere che il tragitto verso una oggettivizzazione sempre maggiore

liana, 3, 2010, (pp. 693-701). La posizione espressa dalle Sezioni Unite è stata oggetto di critica in R. CONTI, *La natura «non illecita» dell'illecito comunitario*, in *Danno e Responsabilità*, 1, 2010, (pp. 19-39).

<sup>141</sup> Risulta di conseguenza irrilevante, nella prospettiva del giudice europeo, la previsione di eventuali azioni di rivalsa. Il tema sarà affrontato nella sezione espressamente dedicata nel corso del Capitolo 4.

dei regimi di responsabilità non sia ancora del tutto concluso. In ogni caso, i principi di equivalenza e di effettività implicano che gli ordinamenti nazionali non possano tutelare le posizioni di derivazione comunitaria in modo meno favorevole rispetto ad analoghe situazioni di derivazione interna, né possano impedirne o renderne particolarmente difficile l'applicazione. Di conseguenza, il problema fondamentale consiste nel fatto che i giudici nazionali devono verificare la sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata, di cui l'elemento soggettivo è uno dei componenti<sup>142</sup>.

Comunque, come vedremo, non è infrequente trovare nelle sentenze dei giudici nazionali ampie sezioni dedicate all'elemento soggettivo. Infatti, tale elemento può incidere quantomeno indirettamente sulla quantificazione del danno nella misura in cui, per esempio, dalla sua valutazione dipende il grado di prevedibilità da parte del soggetto danneggiato. Oppure, la valutazione dell'elemento soggettivo può essere rilevante per decidere quale organo debba essere condannato al risarcimento del danno, nel caso in cui il soggetto danneggiato abbia agito contro più di un soggetto pubblico.

#### 4.4. *I termini di decadenza e di prescrizione. Il problema del dies a quo*

La fissazione dei termini di decadenza e di prescrizione dell'esercizio dell'azione rientra, di principio, nella sfera di autonomia degli Stati membri. Tuttavia, il giudice comunitario, interrogato ex art. 267 TFUE (art. 234 TCE), ha avuto modo di pronunciarsi circa la compatibilità di singole disposizioni nazionali con i principi di effettività. Si pensi alla sentenza Palmisani<sup>143</sup>, in cui la corte si pronunciò in relazione alla compatibilità con il diritto comunitario del termine annuale, imposto in diritto italiano. La corte, a tal proposito, invocò il principio di certezza del diritto ma, d'altra parte, stabilì il principio di equivalenza con le condizioni relative a reclami analoghi disciplinati dal diritto interno<sup>144</sup>. Secondo l'orientamento della corte, quindi,

<sup>142</sup> Sent. Brasserie, par. 79: «l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti, la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario».

<sup>143</sup> Sent. CGCE (Quinta Sezione), 10 luglio 1997, Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS). Causa C-261/95. *Racc. I-04025*.

<sup>144</sup> Nel caso di specie, la Corte conclude affermando che: «Nel caso in cui si constatasse che il regime italiano di diritto comune in materia di responsabilità ex-

il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di decadenza di un anno a decorrere dalla trasposizione nel suo ordinamento giuridico interno. La condizione è che tale modalità procedurale non sia meno favorevole di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna<sup>145</sup>.

Il principio di effettività è stato ancor più sviluppato in alcune sentenze che, pur concernendo l'effetto delle direttive, contengono alcune indicazioni che possono applicarsi in materia di illecito comunitario. Vi facciamo riferimento a dimostrazione dell'ampia sfera di autonomia di cui dispongono gli ordinamenti nazionali, anche se le questioni qui trattate riguardano l'illecito comunitario nella sua accezione originaria, ovvero riferita, in particolare, all'amministrazione ed al potere legislativo. Nell'ipotesi di mancato o non corretto recepimento di una direttiva comunitaria, l'esperibilità da parte del soggetto danneggiato di un'azione fondata sul diritto comunitario risulta fortemente condizionata anche dal momento in cui esso decorre. Come noto, in mancanza di una disciplina dettata a livello comunitario, il termine di prescrizione dell'azione è regolato dagli ordinamenti nazionali, che anche a tal proposito presentano sensibili discrepanze, trovando come unico limite i principi di equivalenza ed effettività<sup>146</sup>.

tracontrattuale non può servire di base ad un'azione contro i pubblici poteri per un comportamento illecito loro eventualmente imputabile nell'esercizio della potestà d'imperio ed in cui il giudice a quo non potesse procedere ad alcun altro pertinente raffronto tra la controversa condizione relativa ai termini e le condizioni relative a reclami analoghi di natura interna, si dovrebbe concludere, tenuto conto di quanto precede, che il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro imponga, per la proposizione di ogni ricorso diretto al risarcimento del danno subito a seguito della tardiva attuazione della direttiva, un termine di decadenza di un anno a decorrere dalla recezione nel suo ordinamento giuridico interno» (Sent. Palmisani, par. 39).

<sup>145</sup> Sent. Palmisani, par. 40.

<sup>146</sup> A proposito del contenuto di tali principi, v. nota 5. Per una disamina di tale questione, v., fra gli altri, PRECHAL, *Directives in EC Law*, cit., pp. 152 - 156. In estrema approssimazione, possiamo affermare che il decorso coincide con il momento di produzione del danno nel Regno Unito, in Irlanda, in Belgio e nei Paesi Bassi. In Germania e in Danimarca coincide con la data a partire dalla quale il danno avrebbe dovuto essere conosciuto dal danneggiato. In Italia la Corte di Cassazione ha da alcuni decenni introdotto un orientamento che soppianta lo schema codicistico (art. 2947 c.c.), poiché individua il *dies a quo* nel momento in cui il danneggiato ha reale e concreta percezione del danno, ovvero quando «la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato, con effetti esteriorizzati e conoscibili» (Cass. 19 agosto 1983, n. 5412, in Foro it., 1984, I, 500), e non quello, eventualmente diverso, in cui è stato posto in essere l'atto illecito. Quindi, «la prescri-

Ciononostante, si tratta di un tema particolarmente problematico che può ledere in modo sensibile i principi di diritto comunitario. Come noto, tradizionalmente convivono diversi orientamenti: secondo un primo indirizzo, il termine inizia a decorrere dal momento in cui, a seguito di una violazione del diritto dell'Unione, il danno viene provocato dal fatto di un terzo mentre, secondo una diversa prospettiva, il decorso inizia nel momento in cui il danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dagli interessati.

Nella sentenza Emmott la corte ha stabilito che, fino al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento<sup>147</sup>. Ciò

zione inizia a decorrere dal giorno in cui l'evento dannoso si è rivelato in tutte le sue componenti. Una volta che il danno si sia manifestato spetta però alla vittima attivarsi al fine di accertare l'illiceità del danno stesso e di individuare l'autore dell'illecito, nel senso che il tempo decorre contro di lei affinché essa non rimanga in una situazione di inerzia». Cit. da MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 374. In ogni caso, ricordiamo che un termine di prescrizione più corto non coincide necessariamente con una minore garanzia delle posizioni giuridiche dei soggetti danneggiati, poiché, così come affermato dalla Corte di giustizia, il rispetto dell'effettività del diritto comunitario deve essere svolto rispetto alla tutela giuridica assicurata dalla disciplina processuale nazionale nel suo complesso.

<sup>147</sup> Sent. CGCE, 25 luglio 1991, Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General. Causa C-208/90. Racc. I-04269. La sentenza trae origine da una controversia fra una cittadina irlandese e il *Minister for Social Welfare* (e l'*Attorney General*) d'Irlanda, a proposito del supplemento di prestazioni sociali reclamato dall'interessata sulla base dell'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, non correttamente recepita. A tal proposito la Corte ha stabilito che «Il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall'art. 4, n. 1, della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/CEE, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno». A tal proposito, ricordiamo incidentalmente che, secondo quanto stabilito dalla Corte, lo Stato non può far valere la tardività dei termini di ricorso poiché, finché la direttiva non sia correttamente recepita, i singoli non sono tenuti ad avere conoscenza piena delle disposizioni in essa contenute. Infatti, a differenza del diritto nazionale, il diritto comunitario non opera alcuna presunzione di conoscenza da parte dei cittadini. Par. 23. La Corte trae le conclusioni di tale affermazione al par. 24 in cui afferma: «24 Occorre quindi risolvere la questione pregiudiziale nel senso che il diritto comunitario si oppone a che le autorità competenti di uno Stato membro facciano valere

significa che la decadenza non può estendersi fino a privare totalmente la parte ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto vantato in forza di una norma comunitaria non recepita nell'ordinamento nazionale per causa imputabile allo Stato membro<sup>148</sup>. In questo modo, la corte ha affermato che il corretto recepimento della direttiva, ovvero un fatto di rilievo essenzialmente pubblico, incide anche sul decorso dei termini di un'azione di diritto privato, quale quella di cui ci stiamo occupando. Tale sentenza, che denota un atteggiamento particolarmente garantista nei confronti dei soggetti danneggiati, lungi dall'aprire una fase di progressivo ampliamento delle tutele dei diritti dei singoli, è rimasta un caso isolato, poiché la corte, spinta probabilmente da considerazioni di opportunità<sup>149</sup>, ha in un secondo tempo affermato che quanto ivi stabilito era giustificato dalle circostanze tipiche considerate in detta causa, e ne ha quindi ridimensionato la portata<sup>150</sup>.

le norme di procedura nazionali relative ai termini di ricorso nell'ambito di un'azione avviata nei loro confronti da un singolo, dinanzi ai giudici nazionali, al fine della tutela dei diritti direttamente conferiti dall'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7, finché tale Stato membro non abbia trasposto correttamente le disposizioni di tale direttiva nel suo ordinamento giuridico interno».

<sup>148</sup> V. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 118.

<sup>149</sup> Ci riferiamo al fatto che un'applicazione meccanica del principio affermato nella sentenza Emmott esporrebbe gli Stati a gravi conseguenze economiche derivanti dal numero potenzialmente elevatissimo di azioni giudiziarie a tutela delle posizioni giuridiche violate a seguito delle violazioni ad essi imputabili. Tale tesi è sostenuta, tra l'altro, in Conclusioni dell'avvocato generale Jacobs, 26 giugno 1997, *Fantask A/S e.a. contro Industriministeriet (Erhvervministeriet)*. Causa C-188/95. Racc. I-06783., par. 68. Cfr. L. FLYNN, *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits*, in C. KILPATRICK, *The Future of Remedies in Europe*, Hart, Oxford-Portland Oregon, 2000, (pp. 50-67). L'autore sottolinea, tra l'altro, i difetti della soluzione affermata in questa sentenza e le incongruenze rispetto all'orientamento generale della Corte.

<sup>150</sup> Sent. CGCE (Sesta Sezione) del 17 luglio 1997, Causa C-90/94, *Haahr Petroleum*, Racc. p. I-4085 (par. 52), e cause riunite C-114/95 e C-115/95, *Texaco e Olieleskabet Danmark*, Racc. p. I-4263. Ci riferiamo alle precisazioni del giudice comunitario nella sentenza *Haahr Petroleum*, emessa a proposito di una violazione costituita dal mancato recepimento di una direttiva. In tale caso, il giudice comunitario è parzialmente tornato sui suoi passi, affermando che quanto stabilito nella sentenza Emmott era fondato sulle particolari circostanze tipiche del caso. Questa puntualizzazione risulta di particolare importanza a proposito delle azioni per danni derivanti da mancato recepimento di direttiva; infatti, finché la direttiva non sia stata recepita, non inizierà il computo del termine per l'esercizio dell'azione, che, pur essendo disciplinato dal diritto nazionale, deve rispettare le condizioni imposte dal diritto comunitario. Sent. CGCE, 2 dicembre 1997. *Fantask A/S e.a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet)*. Causa C-188/95. Racc. I-06783, par. 48: «La Corte ha così riconosciuto la compatibilità con il diritto comunitario della fissazione di ter-

La corte è tornata sul punto con la sentenza Manfredi, in cui ha affermato che un termine di prescrizione breve per la proposizione di un ricorso per risarcimento danni, decorrente dal giorno in cui un'intesa o una pratica concordata è stata posta in essere, può rendere praticamente impossibile l'esercizio dell'azione di risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, ma, al contempo, che tale valutazione spetta al giudice nazionale<sup>151</sup>. Ciò significa che, in caso di infrazioni continuate o ripetute, il termine di prescrizione può addirittura estinguersi prima che sia cessata l'infrazione; per cui, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si troverebbe nell'impossibilità di presentare un ricorso, anche prima che la direttiva sia correttamente recepita<sup>152</sup>.

mini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, che tutela al tempo stesso il contribuente e l'amministrazione di cui trattasi. Infatti, questi termini non possono essere considerati tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario, anche se, per definizione, lo spirare di detti termini comporta il rigetto, totale o parziale, dell'azione esperita (v. in particolare, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. p. 1989, par. 5; causa 45/76, Comet, p. 2043, parr. 17 e 18, e 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. p. I-4025, par. 28)». In tempi molto recenti la Corte ha ribadito questo orientamento, affermando che «il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza». Sentenza della Corte (grande sezione) del 12 febbraio 2008. Willy Kempter KG contro Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Causa C-2/06. raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-00411, par. 60.

<sup>151</sup> Sent. CGCE, 13 luglio 2006, Manfredi e a. Cause riunite da C-295/04 a C-298/04. Racc. I-6619. La sentenza era relativa ad una richiesta di risarcimento danni da parte di un soggetto (il sig. Manfredi) per far condannare alcune compagnie di assicurazione alla restituzione delle maggiorazioni dei premi dell'«assicurazione RC auto» versate a seguito degli aumenti applicati in forza di un'intesa dichiarata illecita dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato. A proposito del termine di prescrizione, la Corte ha stabilito che spetta al giudice nazionale verificare se una norma nazionale, in virtù della quale il termine di prescrizione per chiedere il risarcimento del danno causato da un'intesa o da una pratica vietata dall'art. 81 TCE decorre a partire dal giorno in cui tale intesa o tale pratica vietata è stata posta in essere – in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso – renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno subito.

<sup>152</sup> Segnaliamo che le corti nazionali, chiamate a pronunciarsi su violazioni del diritto comunitario di natura continuata (fra cui spiccano i casi di tardivo recepimento di direttive), a proposito del momento di inizio di decorso del termine, hanno dimostrato orientamenti difformi. La Corte di cassazione italiana, in un caso di persistente violazione del diritto comunitario, ha adottato una soluzione particolarmente favorevole al ricorrente (Trentin c. INPS, It. Cass., Giugno 4, 2002, [2002] Foro It.



La corte è ritornata sul tema in tempi recenti con la sentenza Danske Slagterier, in cui ha affermato che il termine di prescrizione non può iniziare a decorrere (e addirittura estinguersi) senza che il soggetto danneggiato nemmeno sappia di essere stato leso. Il giudice ha rilevato che tale eventualità si sarebbe potuta invece verificare nel contesto della controversia all'origine della sentenza Manfredi. Per cui, a differenza che in quest'ultimo caso, la corte ha concluso che «il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola»<sup>153</sup>. Infatti, la corte ha affermato che l'esistenza del termine controverso non ha privato totalmente i soggetti lesi della possibilità di far valere i loro diritti dinanzi ai giudici nazionali. Pertanto, in casi di questo genere, il termine di prescrizione dell'azione di risarcimento segue il regime ordinario stabilito in seno ai rispettivi ordinamenti municipali. In questo modo, rimane intatta la già ricordata convivenza dei due tradizionali orientamenti delle corti nazionali secondo cui il *dies a quo* coincide, rispettivamente, con il momento di produzione del danno<sup>154</sup> o con il momento in cui il danno si manifesta all'esterno, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile dagli interessati<sup>155</sup>.

In definitiva, al di là delle limitazioni poste dal diritto dell'Unione, i termini per l'esercizio dell'azione di risarcimento sono disciplinati

No. 10, Pt 1, Col. 2662), mentre altre corti nazionali si sono dimostrate decisamente meno sensibili in tema di tutela della posizione dei cittadini danneggiati. Ad esempio, nel caso Dillenkofer, in cui erano state promosse 9000 azioni, per un ammontare di 20 milioni di marchi, solo gli attori che avevano acquistato un pacchetto viaggio dopo lo spirare del termine per il recepimento e prima della tardiva trasposizione della direttiva, ottennero il risarcimento. (Oberlandsgericht Köln, 15 luglio 1997, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 95).

<sup>153</sup> Evidentemente, anche nel caso in questione, la Corte ritiene che i fatti del caso le consentano di discostarsi dalla sentenza Emmott. Quindi, il *dies a quo* può risalire anche a un momento precedente la data della corretta trasposizione della direttiva, e può addirittura scadere prima di tale momento. La Corte a tal proposito richiama, oltre alle sentenze citate nella nota precedente, anche la Sent. CGCE, 15 settembre 1998, Ansaldo Energia e a. Cause riunite da C-279/96 a C-281/96. Racc. I-5025, par. 20.

<sup>154</sup> Secondo la lettera del codice civile italiano (art. 2947), il *dies a quo* coincide con il «giorno in cui il fatto si è verificato». A proposito dell'evoluzione avvenuta a tal proposito, che è sfociata, grazie all'iniziativa della Suprema Corte, alla soluzione opposta, rinviamo al capitolo IV.

<sup>155</sup> Cfr. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, cit., p. 123.

dalle normative nazionali che a tal proposito sono sensibilmente discordanti<sup>156</sup>. Come vedremo, appare particolarmente restrittivo il regime spagnolo, che prevede il termine di un anno per l'esercizio dell'azione a partire dal verificarsi del fatto o dall'emanazione dell'atto da cui è derivato il danno o dal momento in cui l'effetto lesivo si è manifestato<sup>157</sup>. Riservandoci di tornare su tale aspetto, e in particolare sulla questione dell'applicazione del termine previsto dalla disciplina di diritto comune oppure di quello proprio dell'azione di responsabilità per fatto del giudice, segnaliamo che questo è uno degli elementi che si sono posti in termini maggiormente problematici in chiave di compatibilità rispetto al principio di effettività.

In molti casi di violazione del diritto dell'Unione e in particolare nei casi di tardivo recepimento di una direttiva, la natura continuata della violazione può presentare problemi a proposito del momento di inizio del decorso del termine. A tale riguardo, le corti nazionali si sono espresse in modo difforme. La Corte di cassazione italiana, in un caso di persistente violazione del diritto dell'Unione, ha adottato una soluzione particolarmente favorevole al ricorrente<sup>158</sup>. D'altra parte, altre corti si sono espresse diversamente e all'interno dei vari Stati la giurisprudenza è stata ondivaga ricorrendo, non di rado, a ingegnosi *escamotages* per neutralizzare i termini di prescrizione<sup>159</sup>. D'al-

<sup>156</sup> In Germania il termine di prescrizione ordinario è di tre anni (§195 BGB), nel Regno Unito la disciplina di diritto comune impone un termine di sei anni, ma il *Limitation Act* del 1980 stabilisce in diversi casi un termine triennale; in Francia (art. 2224 *code civil*), Italia (art. 2947 cod. Civ.), Belgio (art. 2262 bis § 1 e 2), Paesi Bassi (art. 3:310 BW) e Grecia il termine è di cinque anni (tuttavia, l'ordinamento francese prevede, in caso di responsabilità dei pubblici poteri, un termine quadriennale); l'ordinamento spagnolo prevede un termine di un anno (art. 1968 *c.c. esp.* e art. 142.4 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento común*); in Portogallo il diritto al risarcimento del danno prescrive in tre anni (art. 498 cod. Civ. Port.).

<sup>157</sup> Art. 142.5 LRPAC e art. 293.2 LOPJ. Tali leggi sono state riformate tramite la *Ley Orgánica 6/1998* e la *Ley 4/1999*. Negli ultimi anni il legislatore è nuovamente intervenuto riformando ampiamente la LOPJ attraverso l'approvazione della *Ley Orgánica 19/2003*, del 23 dicembre. Tuttavia, il termine per l'esercizio dell'azione è rimasto invariato, forse anche per mantenere un parallelismo con l'azione volta a ottenere un risarcimento nei confronti di soggetti privati, disciplinata dal *código civil* (art. 1969.2 cod. civ.). Tali aspetti saranno approfonditi nel Capitolo IV.

<sup>158</sup> Trentin c. INPS, It. Cass., Giugno 4, 2002, [2002] Foro It. No. 10, Pt 1, Col. 2662.

<sup>159</sup> Una controversia decisa in Olanda era stata promossa da un'organizzazione olandese, che difendeva gli interessi degli allevatori di suini olandesi, che sosteneva che la legge tedesca, in vigore dal 1993 al 1999, che proibiva il commercio in Germania di suini non castrati provenienti dall'Olanda, era contraria al diritto comunitario, e quindi chiedeva un risarcimento. La Corte di primo grado accordò il risar-

tro canto, alcune corti nazionali si sono dimostrate decisamente meno favorevoli alla tutela della posizione dei soggetti danneggiati<sup>160</sup>.

Tali considerazioni dimostrano la problematicità di questo elemento, che coinvolge anche l'illecito comunitario per fatto del giudice nella misura in cui anche a questa fattispecie trovi applicazione la disciplina di diritto comune. Le rarissime sentenze disponibili dimostrano come anche in giurisprudenza si stia facendo largo l'ipotesi secondo cui l'illecito comunitario per fatto del giudice debba trovare applicazione attraverso la clausola generale di responsabilità e non secondo i criteri, in quanto applicabili, della specifica disciplina in materia di responsabilità civile per fatto del giudice<sup>161</sup>. Tale soluzione ha come immediata conseguenza l'applicazione della disciplina di diritto comune anche in relazione a quegli aspetti che non sono di per sé incompatibili con il diritto europeo, come nel caso del regime sul termine di prescrizione.

#### 4.5. *Il nesso causale, la natura del danno risarcibile e la sua quantificazione*

Altro elemento delegato alla valutazione dei giudici nazionali attiene alla sussistenza del nesso causale<sup>162</sup>. A tal proposito, è evidente

cimento solo in parte, in applicazione del periodo di prescrizione di tre anni. La OLG, ovvero il giudice di appello, considerò, viceversa, che il diritto dell'appellante non era prescritto, poiché il comportamento dello Stato tedesco costituiva un singolo atto continuato e non una serie di violazioni ripetute. Qualificando in questo modo la violazione, il termine di prescrizione di tre anni fu sostanzialmente neutralizzato, a vantaggio degli attori. *Oberlandsgericht Köln*, June 2, 2005, 7U 29/04.

<sup>160</sup> Nel caso Dillenkofer, in cui erano state promosse 9000 azioni, per un ammontare di 20 milioni di marchi, solo gli attori che avevano comprato un pacchetto viaggio dopo lo spirare del termine per il recepimento e prima della tardiva trasposizione della Direttiva, ottennero il risarcimento. *Oberlandsgericht Köln*, 15 luglio 1997, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, 95.

<sup>161</sup> Tale opinione è espressa da autorevole dottrina nonché applicata in Sentenza del Tribunale di Genova, 23 aprile 2008. In senso contrario, cfr. Tribunale di Roma, Decreto 29 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, n. 41 del 2004, 80 e ss. Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, cit.; P. DELLACHÀ, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e Responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1129-1135); LAZARI, «*Là où est la responsabilité, là est le pouvoir*», cit., p. 8; L. LEONARDI, *Accertamento della responsabilità civile dei magistrati per le violazioni del diritto comunitario e applicabilità della L. n. 117 del 1988*, in *Giurisprudenza di merito*, 4, 2010, (pp. 991-997).

<sup>162</sup> La Corte di giustizia ha in tempi recenti confermato che al giudice nazionale spetta la valutazione relativa alla sussistenza del nesso causale in Sent. CGCE (Quinta

che una delega «in bianco» ai giudici nazionali può compromettere seriamente il principio dell'effettività poiché, come noto, la valutazione del nesso di causalità dipende dalla scelta di quale teoria applicare per la sua valutazione<sup>163</sup>. A tal proposito ricordiamo la teoria c.d. della causalità adeguata, utilizzata dal giudice comunitario e da diverse giurisdizioni nazionali<sup>164</sup>, cui si affiancano le teorie dell'equivalenza delle condizioni<sup>165</sup>, della causa prossima e del fatto intermedio. A tal proposito, influiscono sensibilmente le discipline nazionali relative ai casi di interruzione del nesso causale che, come noto, possono condurre il giudice a ridurre o eliminare del tutto il risarcimento, quando un elemento esterno si frapponga fra condotta e danno<sup>166</sup>. Altro elemento delegato agli ordinamenti nazionali riguarda la disciplina relativa ai casi in cui una stessa violazione possa essere imputata a più soggetti<sup>167</sup>. Come ricordato in precedenza, in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività è l'unico limite all'autonomia degli Stati nella predisposizione dei profili processuali ai fini della tutela delle posizioni giuridiche conferite ai soggetti dal diritto di fonte sovranazionale. Anche a tal proposito, segnaliamo che gli ordinamenti giuridici nazionali offrono soluzioni divergenti a proposito delle conseguenze giuridiche della mancata proposizione di tutte le azioni a disposizione del soggetto danneggiato. In particolare, a seconda degli ordinamenti nazionali considerati, si assiste a soluzioni divergenti circa la pregiudizialità o meno di altre azioni rispetto al ricorso giurisdizionale per responsabilità<sup>168</sup>. A proposito del terzo requisito, ci si è

Sezione), 4 dicembre 2003, Samuel Sidney Evans c. The Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions e The Motor Insurers' Bureau. Causa C-63/01. Racc. I-14447. Parr. 83-88.

<sup>163</sup> Il tema è approfondito in F. SMITH e L. WOODS, *Causation in Francovich: The Neglected Problem*, in *International Comparative Law Quarterly*, 46, 1997, (pp. 925-941).

<sup>164</sup> Tale teoria è abitualmente applicata nella maggior parte degli ordinamenti nazionali, e in particolare in Germania, Italia, Spagna, Lussemburgo, Danimarca e Grecia.

<sup>165</sup> Tale teoria influenza particolarmente i giudici belgi, ma anche qui la teoria della causalità adeguata non è del tutto sconosciuta.

<sup>166</sup> Ci riferiamo, ovviamente, alla forza maggiore, al comportamento della vittima del danno e al fatto del terzo.

<sup>167</sup> In questo caso, la regola universalmente applicata in seno agli ordinamenti nazionali è la responsabilità in solido dei diversi soggetti che abbiano collaborato alla violazione. Come noto, spesso è difficile individuare il soggetto cui sia imputabile la violazione, e a tale proposito sarà decisiva, ovviamente, la valutazione del giudice.

<sup>168</sup> Come vedremo questo dato, valido in termini generali, per quanto riguarda la funzione giurisdizionale deve essere sostanzialmente rivisto, in quanto gli ordina-

interrogati intorno alle ipotesi di interruzione del nesso causale, fra le quali ricordiamo i casi di comportamento del soggetto danneggiato, di intervento di terzi soggetti o di forza maggiore. Nel caso in questione ci si trova di fronte all'eventualità che il nesso causale sia stato interrotto, poiché il soggetto danneggiato non ha esercitato tutte le azioni possibili a tutela della sua posizione giuridica. A tale riguardo ricordiamo che la Corte di giustizia nella sentenza *Brasserie du Pêcheur* ha affermato che, per determinare il danno risarcibile, il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione<sup>169</sup>. Peraltro, come noto, secondo un principio generale comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la persona lesa, per evitare di dover sopportare il danno, deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza per limitarne l'entità<sup>170</sup>. Rileva, pertanto, la diligenza del soggetto leso nel tutelare il diritto primario; un suo comportamento contrario all'obbligo di evitare il danno può comportare una riduzione della pretesa del risarcimento del danno e, in casi eccezionali, può condurre ad una completa esclusione della pretesa risarcitoria.

I regimi nazionali devono essere applicati anche in relazione alla determinazione del danno risarcibile, cui la Corte di giustizia ha dedicato solamente alcuni generici riferimenti. A tal proposito, le affermazioni del giudice comunitario lasciano intendere che i giudici debbano valutare il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, se-

menti considerati condividono il principio secondo cui l'azione di responsabilità è ammissibile solo qualora siano stati esperiti tutti i rimedi processuali ordinari. In ogni caso, anche sotto questo profilo vi sono alcune incertezze interpretative, cui faremo riferimento nel corso del Capitolo IV.

<sup>169</sup> Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 84.

<sup>170</sup> Sent. CGCE, 19 maggio 1992, *Mulder e a./Consiglio e Commissione*. Cause riunite C-104/89 e C-37/90, Racc. I-3061, par. 33; e Sent. CGCE, 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*. Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Racc. I-01029, par. 85. A tal proposito, secondo l'affermazione dell'Avvocato Generale Tesauo, bisogna chiedersi se detto nesso possa essere interrotto, in primo luogo, dal comportamento della vittima del danno e, in secondo luogo, se la vittima avrebbe potuto esperire dei rimedi giurisdizionali nazionali per evitare il danno senza giungere alla domanda di indennizzo. Conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauo del 28 novembre 1995.-*Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport*, ex parte: *Factortame Ltd e altri*, Paragrafi 97-99. L'Avvocato Generale cita il Principio III della Raccomandazione del 18 settembre 1984 del Consiglio d'Europa, secondo il quale la vittima potrà veder ridotto o rifiutato il risarcimento «*Si par sa faute ou par la non utilisation des moyens légaux, la victime a contribué au dommage, la réparation peut être réduite en conséquence ou refusée*». Da ciò si deduce che l'interruzione del nesso causale può dipendere da un comportamento colposo del danneggiato.

condo le regole di ciascun ordinamento nazionale, a partire dal giorno in cui si è verificato l'evento dannoso<sup>171</sup>. Sottolineiamo che la valutazione del lucro cessante è decisiva per l'integrazione del risarcimento sufficiente, poiché talvolta tende a costituire la quasi totalità del danno a proposito delle controversie di natura economica o commerciale, per cui una sua esclusione rende di fatto impossibile il risarcimento dei danni<sup>172</sup>.

A proposito della quantificazione del danno, il giudice comunitario ha stabilito che il risarcimento deve essere adeguato al danno subito e che non può venire limitato ai danni successivi alla pronuncia che accerti l'adempimento<sup>173</sup>. Quest'ultima non è infatti costitutiva dell'inadempimento dello Stato membro e il danno risarcibile può comprendere anche quello verificatosi anteriormente, a partire dal prodursi del fatto generatore<sup>174</sup>.

<sup>171</sup> Particolarmente esplicita è la posizione della Corte di giustizia a proposito del lucro cessante: «non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli» (Brasserie, par. 89).

<sup>172</sup> Tale considerazione è svolta dallo stesso giudice comunitario nella sentenza Brasserie, par. 87. La Corte ha ribadito tale orientamento in tempi più recenti, nella sentenza della Corte (grande sezione) del 17 aprile 2007. A.G.M.-COS.MET Srl contro Suomen valtio e Tarmo Lehtinen. Causa C-470/03. raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-02749. Par. 94: «Inoltre, il risarcimento, a carico degli Stati membri, dei danni da essi causati ai singoli in conseguenza delle violazioni del diritto comunitario dev'essere adeguato al danno subito. In mancanza di disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano azioni o ricorsi analoghi fondati sul diritto interno, né possono in alcun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni individuali specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli (v. sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame, cit., par. 90)».

<sup>173</sup> Sent. Brasserie du Pêcheur, par. 5: «Il risarcimento, posto a carico degli Stati membri, dei danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario dev'essere adeguato al danno subito. In mancanza di norme comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro fissare i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, fermo restando che essi non possono essere meno favorevoli di quelli che riguardano reclami o azioni analoghi fondati sul diritto interno e che non possono in nessun caso essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento. Non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile ai soli danni arrecati a determinati beni dei singoli specialmente tutelati, escludendo il lucro cessante subito dai singoli».

<sup>174</sup> Sentenza della Corte del 5 marzo 1996.-Brasserie du Pêcheur SA contro Bun-

Per il resto, in mancanza di più stringenti criteri da parte della Corte di giustizia, i diritti nazionali sono liberi di regolare la disciplina relativa alla definizione e quantificazione del danno risarcibile<sup>175</sup>. Pertanto, l'assenza di parametri uniformatori dettati dal giudice comunitario impone che in sede di ordinamenti nazionali sia stabilito se il danno risarcibile sia integrato solo dai danni diretti ed immediati o anche dai danni non prevedibili al momento dell'infrazione, i danni futuri e quelli non patrimoniali. A proposito della possibilità del risarcimento dei danni c.d. punitivi o esemplari, se questi sono consentiti dagli ordinamenti nazionali, devono essere applicati anche alle fattispecie di rilevanza comunitaria<sup>176</sup>. I giudici nazionali possono

desrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri.-Cause riunite C-46/93 e C-48/93. Par. 6: «L'obbligo, a carico di uno Stato membro, di risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che accerti l'inadempimento conseguente a tali violazioni. Infatti, il diritto al risarcimento esiste, sulla base del diritto comunitario, sempreché siano soddisfatte le condizioni prescritte, talché non può ammettersi che l'obbligo di risarcimento a carico dello Stato membro interessato possa essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che accerti il suo inadempimento. Inoltre, subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile allo Stato membro interessato urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario, poiché esso porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 169 del Trattato e di una dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte. Orbene, i diritti attribuiti ai singoli da norme comunitarie aventi effetto diretto nell'ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 169 del Trattato nei confronti di uno Stato membro né dalla pronuncia della Corte di un'eventuale sentenza che dichiari l'inadempimento».

<sup>175</sup> Quindi, a seconda degli ordinamenti nazionali considerati, potranno essere accordati risarcimenti meramente indennizzatori, oppure no (*nominal, contemptuous or exemplary/punitive damages*). Anche a proposito dell'identificazione dei danni risarcibili, gli ordinamenti nazionali divergono a proposito della risarcibilità dei danni esemplari e dell'ambigua categoria dei danni morali. A proposito dei primi, sappiamo che in diversi ordinamenti di *common law* possono essere riconosciuti dei danni esemplari, ovvero dei danni accordati oltre alla somma risarcita a titolo di compensazione del danno subito dall'attore, quando il comportamento all'origine del pregiudizio presenti un carattere oppressivo, arbitrario o incostituzionale. A proposito dei danni morali, senza pretesa di esaustività, segnaliamo che il danno morale dà diritto al risarcimento nel Regno Unito, in Belgio e in Portogallo. Non è invece riconosciuto in Germania, quando la responsabilità sia imputata a un soggetto pubblico. In Italia è riconosciuta solo in certi casi. In Spagna, in genere il danno morale molto difficilmente è risarcito. In Francia, il *Conseil d'État* ha accordato il risarcimento ad alcune sottocategorie del danno morale, ma ne ha escluse altre.

<sup>176</sup> A tal proposito, ricordiamo che i c.d. danni punitivi sono definiti dal Black's

decidere di accordare un risarcimento solo a titolo di danno effettivo o anche per perdita di *chance*. In definitiva, da questo punto di vista, i giudici hanno un amplissimo margine di discrezionalità nell'applicazione dell'illecito comunitario, tanto che vi è chi paventa una ingiustificata disinvoltura sul terreno dell'identificazione delle situazioni lese «che sembrano danzare sull'orlo dell'abisso in fondo al quale sta l'impalpabile, o l'ineffabile, o il francamente futile»<sup>177</sup>.

Ciò detto, è possibile rinvenire alcuni criteri di carattere generale, cui in precedenza si è già accennato. In primo luogo vale il principio secondo cui il risarcimento deve essere commisurato al danno o

Law Dictionary come «*Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit; specific., damages assessed by way of penalizing the wrongdoer or making an example to others*». Cfr. B.A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary, Eighth Edition*, Thomson, St. Paul (Minnesota), 2004, pp. 418-419. Negli ordinamenti in cui è riconosciuto questa particolare forma di «danno», i giudici condannano il soggetto responsabile al pagamento di una somma superiore rispetto alla valutazione del danno effettivamente arrecato. In pratica, la vittima riceve, oltre all'indennizzo dovuto a fini compensatori, una somma supplementare a titolo di danno punitivo. Tale somma serve come sanzione esemplare per prevenire il rischio di recidiva. Segnaliamo che tale danno è proprio del diritto anglo-sassone, mentre è pressoché sconosciuto, quanto meno a livello declamatorio, in diritto europeo – continentale. Infatti, tradizionalmente, in *civil law* l'obiettivo del risarcimento dei danni derivante da responsabilità extracontrattuale consiste nel reintegrare la vittima in modo da riportare la sua posizione a quella preesistente rispetto al fatto dannoso, e sulla quantificazione del danno non influisce il comportamento del responsabile. Viceversa, i sistemi anglosassoni alla funzione compensativa affiancano una funzione deterrente, per cui attraverso la responsabilità extracontrattuale si tende ad applicare una sanzione patrimoniale in funzione regolatrice della vita sociale. In diritto continentale il giudice deve essere estremamente prudente nel non cedere a tale logica accordando un risarcimento superiore al danno realmente causato. Anche se il danno punitivo in diritto europeo-continentale è inaccettabile perché risulta in conflitto con alcuni canonici principi della responsabilità extracontrattuale, non è detto che la medesima logica abbia animato e animi il giudice, soprattutto in applicazione dell'illecito comunitario, che alla funzione compensatoria unisce senza dubbio anche una funzione deterrente. Questo elemento, benché non espresso, può essere decisivo nei casi in cui la quantificazione del danno emergente, ma soprattutto del lucro cessante, avviene in via equitativa. Senza dubbio, tale danno non può essere ammesso in un regime che ha come elemento cardine il principio della riparazione integrale; considerato, tuttavia, che tale principio è un mito che non corrisponde alla realtà, e che entra in crisi in particolare in tema di responsabilità dei pubblici poteri, appare fisiologico che l'ammissione del danno punitivo, seppur negata a parole, possa incidere, nei fatti, sulla quantificazione dei danni nella soluzione delle singole controversie. Cfr. R. MASTROIANNI, *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 59, 2, 2007, (pp. 21-63), p. 53.

<sup>177</sup> Cit. da V. ROPPO, *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1, 1999, (pp. 101-123), p. 119.



alla perdita subita, e nell'ipotesi in cui l'equivalente pecuniario non possa essere individuato con precisione, appare ragionevole calcolarlo, secondo un criterio equitativo, su base forfettaria<sup>178</sup>. Al contempo, si può ritenere che il risarcimento vada diminuito quando a cagionare i danni abbia concorso colposamente il danneggiato e sia escluso in relazione ai danni che il creditore avrebbe potuto evitare impiegando l'ordinaria diligenza<sup>179</sup>.

In termini analoghi ci si riferisce al risarcimento in forma specifica<sup>180</sup>. A tal proposito, la Corte si è pronunciata esplicitamente sull'ammissibilità del risarcimento in natura in relazione alla responsabilità extracontrattuale della Comunità<sup>181</sup>. Considerando il parallelismo di tale regime di responsabilità con quello degli Stati membri, non si vede perché, anche nei confronti di questi ultimi, non possa essere consentito un risarcimento in forma specifica, in assenza di circostanze eccezionali che giustifichino una diversa disciplina. Quindi, in definitiva, è rimesso al giudice nazionale il compito di accertare il danno cagionato dallo Stato membro e di quantificarlo con riferimento al caso concreto, in modo da renderlo effettivo ed adeguato al caso specifico evitando il rischio di determinare, semmai inconsapevolmente, un arricchimento senza causa.

<sup>178</sup> Nell'ordinamento italiano si ricorre ad un criterio equitativo su base forfettaria per i danni di cui sia certa l'esistenza, ma non sia preciso l'ammontare (art. 1226 c.c.).

<sup>179</sup> Come vedremo, tale principio è omogeneamente applicato in tutti i sistemi considerati.

<sup>180</sup> A tal proposito il problema fondamentale consiste nel fatto che in diversi ordinamenti il giudice non può che imporre all'amministrazione un obbligo di *dare*, e accordare un risarcimento in forma specifica impone la condanna ad un *facere*. A tal proposito ricordiamo che la possibilità di un risarcimento in forma specifica è ammessa in Germania, Belgio, Paesi Bassi e Spagna, mentre negli altri paesi il giudice può tuttalpiù condannare a delle obbligazioni facoltative, nel senso di permettere al soggetto pubblico responsabile di non procedere ad un risarcimento per equivalente nel caso in cui preferisca operare un risarcimento in natura.

<sup>181</sup> Il giudice comunitario è competente a imporre alla Comunità qualsiasi forma di risarcimento conforme ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri in materia di responsabilità extracontrattuale, incluso, se appare conforme a tali principi, il risarcimento in natura, eventualmente anche sotto forma di ingiunzione di fare o di non fare. Sentenza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione ampliata) del 10 maggio 2006. Galileo International Technology LLC e altri contro Commissione delle Comunità europee. Causa T-279/03. raccolta II-01291, par. 53.



## CAPITOLO III

# I modelli nazionali di responsabilità per fatto del giudice

SOMMARIO: 1. La responsabilità per fatto del giudice in Francia. – 2. La responsabilità per fatto del giudice in Spagna. – 3. La responsabilità per fatto del giudice in Italia.

L'esame delle discipline interne di responsabilità civile per fatto del giudice richiede di svolgere alcuni passaggi propedeutici.

In primo luogo è necessario delineare i confini dell'oggetto di indagine, ovvero chiarire quali sistemi giuridici nazionali verranno analizzati, nonché giustificare tale scelta. In secondo luogo è opportuno presentare in termini generali le discipline oggetto di studio, in modo da dare conto delle caratteristiche fondamentali dei rispettivi ordinamenti. In questo modo se ne potranno descrivere i tratti caratterizzanti in relazione all'organizzazione giudiziaria ed al principio di responsabilità all'interno del complesso costituzionale. Come accennato nel primo capitolo, infatti, il tema di cui ci occupiamo non può essere astratto rispetto al contesto istituzionale in cui si colloca. Viceversa, vi è una connessione diretta fra i regimi di responsabilità per fatto del giudice e alcuni elementi fondamentali dei sistemi giuridici, quali gli strumenti di tutela dei cittadini rispetto ai pubblici poteri, lo status e le prerogative dei soggetti che esercitano la funzione giurisdizionale, l'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato, i meccanismi di responsabilità disciplinare, ecc.<sup>1</sup>. Tale passaggio prelude alla comparazione propriamente detta, che si soffer-

<sup>1</sup> Come vedremo, gli ordinamenti considerati sono divergenti in primo luogo per ragioni storiche, ovvero per il contesto politico e il clima culturale in cui le discipline sono state approvate. Sotto questo profilo, gli ordinamenti di Francia e Spagna hanno svolto percorsi convergenti, ma provenienti da punti di partenza opposti. Il caso italiano si pone in una posizione intermedia e meno definita, anche a seguito di un rapporto di tensione fra politica e giustizia che ha condotto sia al referendum del 1988, sia alla convulsa attuale situazione, caratterizzata da un incrocio di iniziative parlamentari relative alla responsabilità per fatto del giudice, oltre che

merà sui singoli elementi della responsabilità civile, e farà riferimento alle questioni di natura processuale, soprattutto nell'ottica del dialogo fra le corti e dei fenomeni di permeazione fra discipline nazionali e diritto europeo.

In questa sezione intendiamo compiere i primi due passaggi, ovvero la delimitazione del perimetro delle esperienze considerate e la loro presentazione in termini generali. Quanto al primo punto, come noto, è necessario rivolgere lo sguardo al diritto dell'Europa continentale, ovvero ai modelli che accolgono il «modello burocratico» di magistratura, poiché nella tradizione di *common law*, che accoglie il modello «professionale», vige il principio dell'immunità dei giudici sotto il profilo patrimoniale. Viceversa, la famiglia di *civil law*, pur attraversata da importanti differenze in materia di responsabilità civile per fatto del giudice, costituisce un oggetto di studio omogeneo, caratterizzato da tratti di somiglianza dovuti a comuni elementi culturali e di impostazione del sistema.

In termini generali, seppur con le sensibili divergenze di cui daremo conto, in Europa continentale i magistrati rientrano nella categoria dei pubblici funzionari, vincolati allo Stato con un contratto di lavoro dipendente, da cui derivano importanti conseguenze in tema di prerogative e responsabilità. Fatte salve le caratteristiche della funzione giurisdizionale, la responsabilità civile per i danni cagionati da tali soggetti nell'esercizio delle loro funzioni è conseguenza della loro qualifica e risponde ad un fondamentale principio cardine nei sistemi giuridici europei e non solo<sup>2</sup>. Il principio dell'indipendenza, la sog-

da una recente riforma dell'ordinamento giudiziario. Come vedremo, pur trattandosi di sistemi che appartengono alla stessa famiglia giuridica, fra le varie esperienze vi sono divergenze tali da rendere le fattispecie non perfettamente coincidenti né quanto agli elementi costitutivi, né quanto alla sua applicazione *ratione personae*. Torneremo su queste questioni nel Capitolo IV.

<sup>2</sup> Nel corso della trattazione faremo riferimento, ad es., all'art. 28 della Costituzione Italiana, ai sensi del quale «I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». La Costituzione Spagnola (art. 121) stabilisce: «*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*». Nel caso francese, il regime di responsabilità pubblica è di formazione giurisprudenziale. Fra le sentenze fondamentali ricordiamo, le sentenze *Blanco* (*Tribunal des conflits*, 8 février 1873, *Blanco*, Rec. Leb., 1 *supplément*), *Pelletier* (*Tribunal des conflits* 30 juillet 1873, *Pelletier*, Rec. Leb., 1873, 1 *supplément*, p. 117) e *Driancourt* (CE 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. Leb., 1973, p. 77). Gli stessi giudici amministrativi, unici competenti a giudicare le controversie relative all'attività dei pubblici poteri, ne hanno infatti progressivamente esteso la portata in relazione a servizi in un primo momento

gezione al solo principio di legalità, l'autonomia rispetto al potere esecutivo, da cui deriva l'esistenza di un organo di autogoverno con importanti funzioni in materia di responsabilità disciplinare, costituiscono gli elementi essenziali di un contesto di fondo uniforme<sup>3</sup>. È dunque possibile cogliere, quali corollari di questi principi, ulteriori denominatori comuni, consistenti nella selezione dei giudici tramite concorso pubblico cui possono partecipare giovani laureati in giurisprudenza senza previa esperienza professionale; in sistemi di avanzamento in carriera perlopiù basati sull'anzianità; nella formazione generalista dei giudici, con addestramento, qualificazione e competenze comuni, salve successive specializzazioni di tipo funzionale<sup>4</sup>.

esclusi (si pensi ai servizi di Polizia; CDE, 10 febbraio 1905, *Tomaso-Grecco*), ai Comuni e ai Dipartimenti (*Tribunal des conflits*, 29 febbraio 1908, Feutry) e ad attività sovrane.

<sup>3</sup> Più in generale, gli ordinamenti europei sono orientati ad una progressiva confluenza anche ad opera di raccomandazioni di rango sovranazionale. V. ad es., «Raccomandazione CM / Rec (2010) 12 del Comitato dei Ministri agli stati membri sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità» (adottata dal Comitato dei Ministri il 17 novembre 2010 in occasione della 1098ª riunione dei Delegati dei Ministri). Tale documento ha espressamente stabilito alcune fondamentali coordinate che devono orientare eventuali future riforme anche in tema di responsabilità dei giudici. In particolare, «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. 67. Sol tanto 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. 68. L'interpretazione della legge, l'apprezzamento dei fatti o la valutazione delle prove effettuate dai giudici per deliberare su affari giudiziari non devono fondare responsabilità penale, tranne che nei casi di dolo».

<sup>4</sup> Si tratta, tuttavia, di un elenco descrittivo e del tutto approssimativo, che soffre eccezioni ed elude fondamentali questioni di fondo. Gli ordinamenti europei sono attraversati da profonde divisioni per quanto riguarda, ad esempio, la collocazione della giustizia amministrativa rispetto all'organizzazione giudiziaria nel suo complesso. Ad ordinamenti che adottano un modello dualista, come quello francese e italiano, si contrappongono modelli monisti (Inghilterra e Irlanda), in cui la differenza è solo di specializzazione. Vi sono poi importanti distinzioni in materia di accesso alla professione, prerogative e status dei giudici, rapporto con la Pubblica Amministrazione, ecc. Cfr., a tale proposito, OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES (ed.), *La justice administrative en Europe*, PUF, Paris, 2007. D'altra parte, come vedremo nel prosieguo della trattazione, in Spagna vi è una separazione fra le carriere di magistrati del *Tribunal Supremo*, magistrati ordinari e giudici (art. 299.1 LOPJ). Infine, l'avanzamento in carriera non dipende esclusivamente dall'anzianità, e la questione dell'impostazione gerarchica è oggetto di dibattito poiché, pur essendovi una forma di gerarchia organica, nel senso dell'impostazione piramidale della struttura giudiziaria, decisamente più dubbia è la gerarchia funzionale poiché, quanto meno per quanto riguarda i giudici, l'indipendenza osta a che vi siano superiori che esercitino funzioni direttive e disciplinari. Cfr. I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Poder Judicial y Responsabilidad*, in *La*

Sotto questo profilo, le differenze rispetto ai sistemi di *common law* appaiono particolarmente marcate. In Europa continentale, sia la legittimità della funzione giurisdizionale, sia la fiducia dell'opinione pubblica nella giustizia nel suo complesso, si fondano sul fatto che i soggetti esercitino il loro incarico secondo imparzialità e correttezza, il che è assicurato dall'accesso alla funzione tramite prove oggettive (concorso – esame di stato). La figura del «giudice funzionario», derivante dalla declinazione continentale del principio di indipendenza e dalla teoria classica della separazione dei poteri, esclude a priori la c.d. responsabilità politica, così come conosciuta negli Stati Uniti d'A-

*Ley, Actualidad*, 1990, (pp. 13-21). Altra distinzione fondamentale attiene alla posizione istituzionale dei pubblici ministeri, le cui prerogative cambiano sensibilmente da ordinamento a ordinamento. Che il ruolo e le funzioni del p.m. siano oggetto di aspri dibattiti dottrinali e non solo non è certo una novità. D'altra parte, il suo ruolo all'interno del sistema, così come la sua collocazione rispetto all'ordine giudiziario, è variabile. In Italia la carriera dei magistrati (giudici e pubblici ministeri) è unica, mentre nella maggior parte degli ordinamenti dell'Europa continentale è separata. In Spagna i p.m. non dipendono dal Ministero della Giustizia, ma pur afferendo al *Poder Judicial* dipendono dal *Fiscal General del Estado*, nominato dal Governo. In Italia, invece, esiste un unico organo di autogoverno, il Consiglio Superiore della Magistratura, che ha competenza sui meccanismi di promozione e ascesa, assegnazione delle funzioni, regime delle sanzioni, trasferimenti, in relazione sia ai giudici sia ai pubblici ministeri (art. 105 Cost.It.). In Francia i giudici e i p.m. appartengono ad un solo corpo, vengono reclutati congiuntamente, percorrono lo stesso tipo di carriera nel cui corso possono trasferirsi da una funzione all'altra anche più volte. Tuttavia, quando svolgono funzioni di pubblico ministero (*magistrats du parquet*), i magistrati francesi sono sottoposti ad una struttura gerarchica unitaria che fa capo al Ministero della Giustizia. D'altra parte, nella fase investigativa relativa a reati di particolare gravità, ruolo fondamentale è assunto dai giudici istruttori, indipendenti dal potere esecutivo. Cfr. DI FEDERICO, *Indipendenza e responsabilità del pubblico ministero alla ricerca di un difficile equilibrio. I casi di Inghilterra, Francia ed Italia*, cit., pp. 480-481. D'altra parte, i p.m. hanno funzioni diverse da sistema a sistema. Si pensi all'esercizio dell'azione penale, obbligatorio in Italia (art. 112 Cost.) e in Spagna (in quest'ultimo caso, tuttavia, il p.m. non ne ha il monopolio; art. 105 *Ley de Enjuiciamiento Criminal*), limitatamente discrezionale in Francia (art. 40 *Code de procédure pénale*). In termini generali, ricordiamo che la discrezionalità nell'esercizio dell'azione penale caratterizza i sistemi di *common law*. Cfr. G. CONSO (cur.), *Pubblico Ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979; C. GUARNIERI, *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984; R. MUHM e G.C. CASELLI (cur.), *Il ruolo del Pubblico Ministero. Esperienze in Europa*, Vecchiarelli, Roma, 2005; DI FEDERICO, *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, cit., pp. 335 – 354; J.M. BAUDEL, *L'accès à la justice: la situation en France*, in *Revue International de Droit Comparé*, 2, 2006, (pp. 477-491); D. SALAS, *Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales*, in *Droit et société*, 1, 74, 2010, (pp. 91-103). In merito all'evoluzione dell'organizzazione della magistratura requirente, cfr. P. MILBURN, *Les procureurs de la République: passeurs de justice ou gestionnaires des «politiques pénales»?*, in *Droit et société*, 1, 74, 2010, (pp. 73-90).

merica<sup>5</sup>. Infatti, l'elezione popolare dei giudici, secondo l'impostazione invalsa in Europa continentale, minaccerebbe l'indipendenza dell'esercizio della funzione giurisdizionale, poiché la responsabilità nei confronti della maggioranza che li ha eletti impedirebbe loro di salvaguardare gli interessi della minoranza nonché di applicare la norma in modo imparziale<sup>6</sup>. Infatti, l'elezione dei giudici implicherebbe, in modo diretto o indiretto, un controllo della loro attività.

<sup>5</sup> La responsabilità politica, che implica forme di nomina e rimozione, risulta incompatibile con il principio di inamovibilità (Art. 117 Const. Esp., Art. 107 Cost. It., Art. 64 Const. Fr.). I meccanismi di fiducia o di censura sarebbero contrari al principio di indipendenza. Per un confronto circa il ruolo del giudice e la funzione giurisdizionale in Francia e negli Stati Uniti, cfr. A. GARAPON e I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, Paris, 2003. Parziale eccezione è costituita dalla *Richteranklage* tedesca, istituzione che presenta qualche elemento di analogia con l'*impeachment* statunitense, ma che si approssima ad una forma di vera e propria responsabilità giuridica piuttosto che ad una forma di responsabilità politica. Infatti, l'inizio della procedura è affidato al *Bundestag*, ma la competenza a conoscere della causa è affidata alla Corte costituzionale federale, ovvero ad un organo di natura giurisdizionale. Tuttavia, il carattere altamente politico della procedura e il fatto che quest'ultimo organo sia l'unico competente convincono la dottrina del carattere quanto meno in parte politico di tale forma di responsabilità. Il modello tedesco è peraltro oggetto di attenzione da parte della dottrina europea, che riflette circa l'opportunità e praticabilità di una sua applicazione in altri sistemi continentali. Cfr. G. DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, Presses universitaires de France, Paris, 2005, pp. 57-59.

<sup>6</sup> Ovviamente tali principi valgono anche in esperienze, quella statunitense su tutte, che riconoscono forme di responsabilità politica mentre tendenzialmente accordano ai giudici forme di immunità sotto il profilo patrimoniale. Si tratta, dunque, di principi che si contemperano vicendevolmente, ma che non sono alternativi ed escludenti. Richiamiamo, a tal proposito, il preambolo del codice di condotta dell'*American Bar Association* secondo cui: «*A judge shall uphold and promote the, independence, integrity, and impartiality of the judiciary, and shall avoid impropriety and the appearance of impropriety. A judge shall perform the duties of judicial office impartially, competently, and diligently. A judge shall conduct the judge's personal and extrajudicial activities to minimize the risk of conflict with the obligations of judicial office. A judge or candidate for judicial office shall not engage in political or campaign activity that is inconsistent with the integrity, or impartiality of the judiciary*». Circa il rapporto fra ruolo dei giudici e rappresentanza dell'orientamento politico degli elettori, rimandiamo a quanto affermato dai giudici Scalia, Rehnquist e Kennedy nel voto alla sentenza *U.S. Supreme Court Chisom v. Roemer*, 501 US 380-466 (1991). Cfr. T. FINE, *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007; S. O'CONNOR, *Judicial Accountability Must Safeguard, not Threaten, Judicial Independence: an Introduction*, in *Denver University Law Review*, 86, 2009, (pp. 1-7). Per un'analisi relativa al concetto di imparzialità in Europa e in *common law*, cfr. M. TARUFFO, *La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del derecho continental*, in C. GÓMEZ MARTÍNEZ, *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2009, (pp. 95-120); A. CATTARIN, *L'elezione popolare dei magistrati statali nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America tra indipendenza*

Ne deriva il principio secondo cui i giudici possono rispondere personalmente dei loro errori, ma in quanto ai loro comportamenti non rispondono né agli altri poteri dello Stato<sup>7</sup> né al corpo elettorale. Proprio il fatto che i giudici possano essere solo giudicati da altri giudici è alla base, secondo alcuni, della fondamentale inefficienza di qualunque regime di responsabilità dei giudici, non solo di natura civilistica. La ritrosia con cui i magistrati applicano la disciplina relativa ai danni da processo, così come l'atteggiamento difensivo rispetto ai tentativi di riforma dello status e dell'attività di chi svolge la funzione giurisdizionale, sono richiamati da coloro che, non solo in Italia, denunciano il corporativismo della categoria<sup>8</sup>.

Con il presente lavoro intendiamo analizzare alcuni dei fondamentali modelli di responsabilità per fatto del giudice adottati in Europa, in modo da riflettere circa le ripercussioni della giurisprudenza europea. Come abbiamo visto nel primo capitolo, una fondamentale classificazione distingue fra la maggior parte dei sistemi di *civil law* che prevede una responsabilità diretta dello Stato, con eventuale rivalsa nei confronti dei giudici che hanno cagionato il danno ingiusto, ed un più ridotto gruppo di ordinamenti che prevedono (anche) una responsabilità diretta del magistrato. La nostra indagine intende dare conto di questa multiforme situazione, soffermandosi su esempi sia della prima soluzione sia della seconda.

In primo luogo ci concentreremo sul caso francese, in quanto esempio paradigmatico del primo modello, nonché laboratorio di alcuni concetti fondamentali quali la *faute lourde*, e interessato negli ultimi anni da fenomeni di mutamento grazie al dialogo sia con la Corte di giustizia europea, sia con la Corte Europea dei diritti dell'Uomo<sup>9</sup>. D'altra parte, il caso francese appare di particolare interesse

*della funzione e responsabilità politica*, in *Il Diritto della Regione*, 5-6, 2004, (pp. 663-691), p. 673.

<sup>7</sup> Ovviamente, fatta eccezione per i frequenti casi di responsabilità dello Stato per fatto del giudice, seguita da azione di rivalsa nei confronti del soggetto colpevole.

<sup>8</sup> Proprio per questa ragione, la dottrina sottolinea che spesso le discipline sulla responsabilità del giudice rimangono sulla carta. A proposito di tale situazione nell'esperienza spagnola, cfr. A. NIETO, *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004, p. 226 e ss.

<sup>9</sup> Altro modello notevole, che tuttavia non sarà oggetto della trattazione, è quello tedesco, cui la dottrina ha dedicato attenzione soprattutto in considerazione di un'ampia responsabilità dello Stato per i danni causati dai pubblici dipendenti, ivi compresi i giudici (Legge 26 giugno 1961), cui si accompagna un margine di immunità in relazione alle sentenze passate in giudicato. Cfr., fra gli altri, C. BONTEMPS, *La responsabilité de l'État du fait de la justice en Allemagne*, in M. DEGUERGUE, *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 35-52).



da un punto di vista comparatistico, poiché costituisce un modello di responsabilità pubblica ampiamente imitato da altri ordinamenti nazionali, così come dalle istituzioni europee nell'elaborazione del regime di responsabilità patrimoniale della Comunità<sup>10</sup>. Ne consegue che la disciplina francese di responsabilità pubblica e il regime contenzioso davanti ai giudici di Lussemburgo sono interessati da diversi elementi di somiglianza, di natura sia sostanziale sia processuale<sup>11</sup>. D'altra parte, il caso francese dimostra tutte le difficoltà dogmatiche e applicative rispetto alla funzione giurisdizionale, la cui collocazione all'interno del sistema ha tradizionalmente risentito dell'influenza culturale postrivoluzionaria. La reazione all'enorme potere dei *Parlements* durante l'*ancien régime* ha fatto sì che l'ordine giudiziario abbia occupato un ruolo secondario nel contesto della separazione dei poteri, quanto meno fino alla Costituzione del 1958, il che ha prodotto importanti conseguenze anche in tema di responsabilità<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> A tal proposito, la dottrina ha segnalato che tale circolazione, e la recezione a livello comunitario, non deriva da una deliberata scelta di imitazione, ma da un processo spontaneo connesso all'efficacia di elementi e soluzioni di ascendenza francese. Si pensi al fatto che la Corte di giustizia ha ripreso una classica formula del *Conseil d'État* francese secondo cui la responsabilità si fonda su una «*faute de service*» (CGCE, 14 luglio 1967, Kampffmeyer e altri, Aff. 5, 7 e 13, Rec. 1967, p. 317), e i Trattati CEEA e CEE hanno previsto la possibilità di una responsabilità personale del funzionario (Articolo 188 del Trattato CEEA e articolo 215al. 2 del Trattato CEE), in conformità con una dottrina ben assestata in diritto francese. Cfr. J. BOULOUIS, *La France et la Cour de Justice des Communautés européennes*, in A. PLANTEY, *L'internationalisation dans les institutions et le droit, Convergences et déficits, Études offertes à A. Plantey*, Pedone, Paris, 1995, (pp. 127-132), p. 127; H. MUSCAT, *Le Droit Français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 33; L. COUTRON, *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM*, in *R.F.D.A.*, 2, mars-avril 2009, (pp. 329-342).

<sup>11</sup> Cfr. FAVRET, *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, cit. Il regime francese di responsabilità dinanzi al giudice amministrativo è stato oggetto di diverse indagini comparatistiche. V., ad es., L. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extracontractuelle devant le juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 2007. In tempi recenti, la dottrina ha tuttavia sottolineato il fatto che attualmente l'ordinamento comunitario segue più da vicino il modello tedesco, piuttosto che quello francese. A tal proposito, v. M. FROMONT, *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Juris Classeur – Droit administratif*, n.7, luglio 2008, (pp. 8-12).

<sup>12</sup> Cfr. A. DE VITA, *A mali estremi prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le soluzioni del regime odierno*, in *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, 3, 1985, (pp. 394-434); A. DE VITA, *La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese*, in *Foro Italiano*, 9, 1979, (pp. 181-239). Al contempo, la Francia è la culla del modello di magistratura burocratica, conseguenza del razionalismo giuridico, del mito della codificazione e della concezione del giudice come mero applicatore della norma al caso concreto.

D'altra parte, ci concentreremo sul caso della Spagna, che è uno dei pochi modelli che prevedono una responsabilità diretta del magistrato. Come vedremo in dettaglio, la disciplina della responsabilità del giudice risponde ad un più ampio progetto di democratizzazione e responsabilizzazione dei pubblici poteri. Non è un caso che si tratti di un modello notevole anche per quanto riguarda la responsabilità dello Stato – legislatore<sup>13</sup>. Al contempo, la comparazione con il modello spagnolo è rilevante per analizzare il ruolo preponderante della giurisprudenza come formante del diritto, anche all'interno di un modello che a pieno titolo rientra nella famiglia giuridica europeo-continentale, caratterizzata dalla predominanza del diritto di matrice legislativa. In altri termini, è necessario analizzare come i giudici abbiano contribuito ad un'applicazione assai restrittiva della disposizione di legge, in nome dei principi generali e delle prerogative della funzione giurisdizionale che ben conosciamo, e che ovviamente nel caso spagnolo non conoscono eccezione.

Lo studio di questi modelli ci aiuterà a riflettere sul terzo termine della nostra comparazione, ovvero il modello italiano. La nostra attuale disciplina (ex l. 117/88), che prevede una responsabilità indiretta del magistrato, è oggetto di ampio dibattito anche a seguito delle recenti pronunce della Corte di giustizia, che ne hanno sancito l'incompatibilità rispetto al diritto europeo «escludendo 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 risulti da interpretazione di norme di diritto o da valutazione di fatti e prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e limitando tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave»<sup>14</sup>. A seguito di questi rilievi, sono state avviate iniziative parlamentari volte ad accogliere gli impulsi derivanti dalle istituzioni europee e a riformare una disciplina che nei venticinque anni della sua vigenza si è dimostrata del tutto inefficace. Proprio in occasione di questi ultimi dibattiti, che al momento in cui scriviamo non hanno ancora condotto ad una riforma del sistema, riteniamo opportuno analizzare i reali caratteri delle diverse esperienze al fine di misurarne le differenze.

Negli ultimi mesi il percorso parlamentare si è fatto sempre più tortuoso. Se durante la XV legislatura la proposta di legge sembrava essere sul punto di essere approvata in tempi brevi grazie ad una

<sup>13</sup> Il tema è approfondito in nota 78 del presente Capitolo.

<sup>14</sup> V. la sezione specificamente dedicata alla sentenza Commissione c. Italia, del 24 novembre 2011.

maggioranza ampia e compatta, la caduta del Governo e il cambio nelle priorità dell'agenda politica ha fatto sì che si sia giunti ad una fase di stallo. Le prese di posizione da parte dei magistrati (Consiglio Superiore della Magistratura e Associazione Nazionale Magistrati su tutti), nonché il parere contrario espresso dal Governo successivamente insediatosi<sup>15</sup>, hanno reso il percorso decisamente più accidentato. Al momento in cui si scrive, vi sono all'esame del Parlamento diversi disegni di legge dal contenuto divergente<sup>16</sup>. È difficile prevedere l'esito di tale processo, e del resto un elementare dato di esperienza sconsiglia di dedicarsi a tale esercizio. Tuttavia appare chiaro un dato di fondo, ovvero la scarsissima vitalità dello strumento legislativo, che spesso giunge tardivamente a riprodurre soluzioni già adottate dalla giurisprudenza. Nel primo capitolo ci siamo concentrati sull'importanza ricoperta dai legislatori nazionali all'interno dello spazio giuridico europeo, per cui il fatto che a livello parlamentare siano rappresentate posizioni poco attente al dato fattuale rende lo studio comparativo particolarmente urgente<sup>17</sup>.

Come vedremo fra breve, già dai tempi del referendum del 1988

<sup>15</sup> Ci riferiamo, in particolare, al voto favorevole all'approvazione dell'emendamento espresso il 2 febbraio 2012, contro il parere del Governo all'art. 25 del disegno di legge «Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee-Legge comunitaria 2011». Per maggiori dettagli, rinviamo alla sezione dedicata al caso italiano.

<sup>16</sup> Nel corso del 2012, si è assistito ad un quotidiano rincorrersi di voci contrastanti, nel senso di un momentaneo accantonamento delle proposte di riforma, di una testuale riproduzione dei presupposti elaborati dalla Corte di giustizia europea (ci riferiamo, in particolar modo alla c.d. «violazione manifesta del diritto»), dell'introduzione di una responsabilità diretta dei giudici, e così via. In tempi recentissimi il Ministro della Giustizia Paola Severino (ancora in carica al momento in cui si scrive) ha introdotto un nuovo emendamento alla legge comunitaria 2011, che modifica l'attuale disciplina stabilendo un termine biennale per l'esercizio della rivalsa nei confronti dei magistrato, ed aumentando alla metà della retribuzione annuale il limite quantitativo. Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, fra i casi di colpa grave del magistrato rientra «la violazione manifesta della legge e del diritto comunitario». Si prevede che per determinare questa violazione «si tenga conto del grado di chiarezza e precisione delle norme violate, dell'inescusabile negligenza nell'errore e della gravità dell'inosservanza». Quando sia interessato il diritto Ue si tiene conto anche della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

<sup>17</sup> Tale considerazione attiene ad un dibattito parlamentare a nostro parere non all'altezza della rilevanza istituzionale della questione. D'altro canto, segnaliamo che i disegni di legge all'esame del Parlamento sono accompagnati da studi preparatori approfonditi, alcuni dei quali forniscono una descrizione piuttosto esaustiva del panorama europeo. V., fra questi, Camera dei Deputati-XVI Legislatura-Dossier di documentazione, Servizio Studi-Dipartimento giustizia, *Responsabilità civile dei magistrati. La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*. Documentazione e ricerche, Numero: 306. 16/12/2011.

il tema è stato assunto come argomento di bandiera nella disputa politica, e le ultime iniziative parlamentari si presentano come l'ennesimo capitolo di un conflitto fra istituzioni che costituisce fondamentale ostacolo ad ogni riforma del settore equilibrata e condivisa. D'altra parte, nelle discussioni di merito, i riferimenti alle esperienze straniere vengono spesso fatti del tutto a sproposito, sottovalutando le peculiarità istituzionali dei singoli ordinamenti e ignorando la reale portata della giurisprudenza europea<sup>18</sup>. Più in generale, è facile rendersi conto che se, in ambito accademico, la comparazione giuridica intesa come giustapposizione di testi legislativi è stata superata da cinquant'anni, così non è al di fuori della ristretta cerchia degli specialisti.

In questo contesto, dunque, è necessario recuperare gli insegnamenti delle Tesi di Trento<sup>19</sup>, poiché la comparazione giuridica, purché intesa nel suo significato scientificamente valido, è strumento cruciale per cogliere i reali termini della questione. Se la comparazione ha come primo e fondamentale obiettivo la reale conoscenza del diritto, può anche assolvere l'eventuale funzione di aiutare il legislatore nella riforma del proprio ordinamento, al riparo, possibilmente, sia da illusioni ottiche derivanti dall'esame del solo dato legislativo, sia da un'impostazione ideologica che in questo campo appare particolarmente pericolosa e fuori luogo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Come avremo modo di dimostrare, la Corte di giustizia europea non si pronuncia, né potrebbe farlo, in merito alla necessità di riformare la normativa interna, se non nell'ottica della compatibilità con il diritto dell'Unione. Ciò equivarrebbe, infatti, a violare il principio di autonomia che orienta il riparto di competenze fra Unione Europea e ordinamenti nazionali. Invece, la Corte si limita ad affermare che la violazione manifesta del diritto sussiste qualora trovi applicazione la legge n. 117/88 «per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado». Cfr. Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 24 novembre 2011. Commissione europea contro Repubblica italiana. Causa C-379/10

<sup>19</sup> Secondo la terza tesi di Trento, «la comparazione non produce risultati utili finché non si misurano le differenze che intercorrono fra i sistemi giuridici considerati. Non si fa comparazione finché ci si limita agli scambi culturali o all'esposizione parallela delle soluzioni esplicitate nelle diverse aree». Cfr. AJANI, *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, cit., p. 5 e ss.; A. GAMBARO, *Trento theses*, in *Global Jurist Frontiers*, 4, 1, 2004, (pp. 1-29).

<sup>20</sup> Questo è il primo e principale obiettivo della comparazione giuridica, secondo quanto enunciato nella prima tesi di Trento: «il compito della comparazione giuridica, senza il quale non sarebbe scienza, è l'acquisizione di una migliore conoscenza del diritto, così come in generale il compito di tutte le scienze comparatistiche è l'acquisizione di una migliore conoscenza dei dati appartenenti all'area a cui essa si applica. L'ulteriore ricerca e promozione del modello legale o interpretativo migliore sono risultati considerevolissimi della comparazione, ma quest'ultima rimane scienza anche se questi risultati fanno difetto».

A questo fine, intendiamo in primo luogo presentare in termini generali le diverse discipline, per poi procedere ad una comparazione relativa ai vari elementi.

### 1. *La responsabilità per fatto del giudice in Francia*

In Francia il tragitto che ha condotto all'affermazione del principio della responsabilità per fatto del giudice è stato particolarmente accidentato, essendo il risultato di sollecitazioni dottrinali, evoluzioni giurisprudenziali e interventi legislativi episodici e disorganici. Il principio dell'irresponsabilità per fatto del giudice è stato esplicitamente affermato ancora negli anni '60 del XX secolo, ovvero in un'epoca in cui era già del tutto matura l'opinione secondo cui i giudici avevano acquisito un apprezzabile margine di indipendenza rispetto agli altri poteri dello Stato, e che dava per scontata l'importanza creativa della giurisprudenza<sup>21</sup>. Nonostante ciò, l'enfasi posta sui principi di indipendenza e di autorità della cosa giudicata ha fatto sì che, in Francia, la teoria che agli accentuati poteri dei giudici dovesse corrispondere una qualche forma di responsabilizzazione, abbia avuto successo solo in epoca recente.

La «*prise à partie*», strumento di tutela dalle origine antiche, costituiva una forma di responsabilità diretta del magistrato in casi tanto restrittivi da essere priva di effetti pratici in materia di tutela delle posizioni giuridiche soggettive<sup>22</sup>. Ne derivava una sostanziale immunità dei giudici sotto il profilo patrimoniale, che è rimasta inalterata fino ad una fase inoltrata della Quinta Repubblica. L'approvazione

<sup>21</sup> Cfr: CE ass. 28 luglio 1944, *Caujolle*: Rec. p. 221; CE 4 gennaio 1952, *Pourcelet*: Rec. p. 4; D. 1952, J. 304, concl. J. Devolvé; JCP 1952, G., II, 7126, nota J. Rivero; CE 28 novembre 1958, *Blondet*: Rec. p. 600; RDP 1959, p. 932, nota M. Waline; CE sect. 14 aprile 1961, *Chatenay*: Rec. p. 234; CE sect. 15 febbraio 1963, *Grunberg*: Rec. p. 93; CE ass. 12 luglio 1969, *L'Étang*: Rec. p. 388; RDP 1970, p. 387, nota M. Waline. Come noto, questa consapevolezza in Francia ha tardato ad affermarsi, a causa del consolidato mito della codificazione e del monopolio della legge scritta nella produzione del diritto. A tal proposito, ricordiamo il fondamentale contributo di François Geny, che all'inizio del secolo aveva segnato il definitivo superamento del metodo esegetico, e all'affermazione dell'esistenza, accanto al primato della legge, di altre fonti, prima fra tutte la giurisprudenza. Cfr. A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2008, p. 234 e ss.

<sup>22</sup> La *Prise à partie* (art. 505 Cod. Proc. Civ.) riguardava specifiche ipotesi di responsabilità dei giudici ordinari e degli ufficiali di polizia giudiziaria in caso di «*vol, concussion, déni de justice ou faute lourde professionnelle*». Tale strumento di tutela, abrogato dalla legge 5 luglio 1972 rispetto ai magistrati ordinari, rimane attualmente applicabile solo in relazione ai giudici non togati.

della Costituzione del 1958, in questo senso, ha segnato un mutamento dell'approccio, di cui furono sintomo le previsioni di alcune specifiche ipotesi di danno da processo<sup>23</sup>, e che infine sfociò nella legge del 5 luglio 1972 di riforma della procedura civile<sup>24</sup>.

Il riformato art. 11, ai sensi del quale «*l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice*», rivela tutte le preoccupazioni circa la tutela dell'indipendenza dei magistrati, stabilendo una responsabilità diretta dello Stato (e non dei magistrati) e solo connessa all'operato della giurisdizione ordinaria («*justice judiciaire*»)<sup>25</sup>. I giudici amministrativi, in quanto apparte-

<sup>23</sup> Cfr. DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, cit., p. 52.

<sup>24</sup> JO 9 juill. 192, p. 7181. Il legislatore è nuovamente intervenuto in materia con la *Loi organique n. 79-43 du 18 janvier 1979*.

<sup>25</sup> Si tratta di una giurisdizione unitaria, che comprende giudici civili e penali, la cui separazione risponde unicamente alla specializzazione dei magistrati nel corso della carriera. La giurisdizione si compone di giudici di primo grado, *Cour d'appel* e *Cour de Cassation*, Accanto alle numerose sezioni specializzate, operano i giudici di primo grado (*Tribunaux de Grande Instance*), di norma giudici collegiali, e monarchici solo in determinate ipotesi espressamente stabilite dal legislatore. Il *Code de l'organisation judiciaire* conferisce al *Conseil d'État* ampie competenze nella disciplina delle *Cours d'appel* (art. L. 212-1 e R. 212-1. COJ), con competenza ormai assoluta in grado di appello. La *Cour de cassation*, organo di vertice della giurisdizione ordinaria, ha come funzione fondamentale quella dell'unificazione nell'interpretazione delle regole di diritto, il suo intervento è eccezionale, e in caso di cassazione la causa è rinviata ad altro giudice, non potendosi essa sostituire ai giudici *a quo*. La giurisdizione amministrativa si è storicamente formata intorno alla centralità del *Conseil d'État*, che per lungo tempo ha riunito le competenze di giudice d'appello e di cassazione, così come la maggior parte delle competenze di giudice di primo grado. Con le importanti riforme approvate a partire dal 1953, il numero di cause rientranti nelle competenze del *Conseil d'État* è sensibilmente diminuito, ma la sua importanza è sempre rimasta centrale. Tradizionalmente, il suo peso è stato senz'altro superiore rispetto al *Conseil Constitutionnel*, che solo negli ultimi anni e, in particolare, con la recente riforma del controllo di costituzionalità, ha assunto un ruolo paragonabile a quello degli altri giudici costituzionali europei. Per un'analisi della struttura delle corti in Francia, cfr. H.J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998, p. 282 e ss. Per un'analisi del ruolo del *Conseil d'État* in prospettiva comparata, cfr., fra gli altri, T. KOOPMANS, *Courts and Political Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 135 e ss. Come accennato in precedenza, per quanto riguarda la posizione dei pubblici ministeri, in Francia tali magistrati dipendono istituzionalmente dal potere esecutivo. A seguito della riforma costituzionale del 1993, i magistrati del pubblico ministero afferiscono all'ordine giudiziario, essendo anch'essi sottoposti al controllo del *Conseil Supérieur de la Magistrature*, che tuttavia ha attribuzioni differenziate in relazione alle due branche della Magistratura. A seguito della *Loi Perben II (Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* Journal officiel du 10 mars 2004, p. 4637), i p.m. sono esplicitamente sottoposti al controllo del Ministero della Giustizia. Il *Conseil Constitutionnel* (con decisione n. 2004-492 d.C.) ha dichiarato legittimo l'art. 63 della *Loi Perben* di modifica dell'art. 30 del codice di procedura pe-

nenti ad una giurisdizione separata, hanno dunque mantenuto l'immunità sotto il profilo patrimoniale anche in seguito al 1972. A tal proposito la giurisprudenza era granitica, e la dottrina constatava unanimemente tale situazione ma, al contempo, formulava critiche e prospettive di evoluzione<sup>26</sup>. Al contempo, l'intervento legislativo del '72 fu di grande portata soprattutto sotto il profilo culturale. In questo modo si diede un impulso all'applicazione anche alla funzione giurisdizionale dei principi di responsabilità patrimoniale, mettendo in moto una dinamica che nel corso degli anni avrebbe progressivamente interessato la magistratura nel suo complesso. In questo senso, la dottrina è unanime nel ritenere che il *Conseil d'État*, in seguito al seppur prudente e parziale intervento del legislatore, non avrebbe potuto mantenere a lungo tale distinzione in ragione della natura, ordinaria o amministrativa, dell'organo giudiziario che aveva cagionato il danno.

In assenza di nuovi interventi da parte del legislatore, l'erosione della sostanziale immunità dei giudici amministrativi è stata portata avanti su impulso della giurisprudenza<sup>27</sup>. Tuttavia, tale evoluzione non

nale sia rispetto agli articoli della Carta sia al principio della separazione dei poteri: «*Le ministre de la justice conduit la politique d'action publique déterminée par le Gouvernement. Il veille à la cohérence de son application sur le territoire de la République. A cette fin, il adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales d'action public. Il peut dénoncer au procureur général les infractions à la loi pénale dont il a connaissance et lui enjoindre, par instructions écrites et versées au dossiers de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le ministre juge opportunes*». Per un ampio approfondimento sulla struttura delle giurisdizioni, sullo status dei giudici e sulle particolarità relative alla figura dei pubblici ministeri, cfr. J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER e A. VARINARD, *Institutions judiciaires*, Dalloz, Paris, 2001; A. PERRODET, *Étude pour un ministère public européen*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 54 e ss.; C. GUARNIERI e P. PEDERZOLI, *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari, 2002, pp. 100-120. Sul reclutamento e la formazione dei magistrati in Francia, contraddistinti da diverse vie di accesso alla magistratura, a seguito della recente riforma ex legge organica 2007-287 del 5 marzo 2007 (*loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats*) ed ex decreto n. 2008-1551 del 31 dicembre 2008 (*décret relatif à l'École nationale de la magistrature*), cfr. P. DAMIANI, *La riforma del reclutamento e della formazione professionale dei magistrati ordinari in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2010, (pp. 1772-1796).

<sup>26</sup> Cfr. J.M. AUBY, *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire*, in *A.J.D.A.*, 1, 1973 (pp. 4).

<sup>27</sup> Come vedremo fra breve, ruolo fondamentale è stato ricoperto anche dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il dibattito fra giudici, in questo caso, ha avuto effetti particolarmente rilevanti in materia di espansione del concetto di *faute lourde*, come conseguenza del recepimento del principio di ragionevole durata del processo.

è sembrata rispondere ad una strategia organica, e il percorso si è presentato particolarmente sfumato ed incerto. La svolta, sotto questo profilo, è consistita nella sentenza Darmont del 1978<sup>28</sup>, con cui il CDE ha per la prima volta riconosciuto la responsabilità dello Stato connessa all'attività del giudice amministrativo. D'altra parte, l'*Haute Juridiction* con tale sentenza ha inaugurato un orientamento alquanto restrittivo<sup>29</sup>. In primo luogo, è giunto a tale soluzione in applicazione dei principi generali del diritto, e ribadendo l'inapplicabilità della legge del 5 luglio 1972<sup>30</sup>. Inoltre, ha subordinato il risarcimento alla prova, da parte del soggetto danneggiato, di una colpa grave «*dans l'exercice de la fonction juridictionnelle*» ed ha stabilito, infine, che la responsabilità non può derivare dal contenuto di una sentenza definitiva passata in giudicato, tenuto conto «*de l'autorité qui s'attache à la chose jugée*» di cui agli artt. 1350-1351 del *Code civil*<sup>31</sup>. Dunque, ancora una volta il rispetto dell'autorità del giudicato si pone in conflitto con il principio della responsabilità<sup>32</sup>. Secondo tale impostazione, quest'ultima è infatti esclusa in quanto un danno subito a seguito del contenuto di una sentenza definitiva passata in giudicato non possiede i caratteri dell'ingiustizia poiché altro non è che l'applicazione della legge<sup>33</sup>. Tale soluzione, seppure uniformemente adottata dalle

<sup>28</sup> CE, 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. 542: A.J.D.A. 1979, p. 45, nota M. Lombard.

<sup>29</sup> Come vedremo, dalla sentenza Darmont non è mai stata emessa una sentenza di condanna dello Stato collegata all'attività di un giudice amministrativo.

<sup>30</sup> Ciononostante, la dottrina è unanime nel ritenere che tale legge sia stata un fattore determinante, poiché sul terreno della responsabilità dello Stato una netta disparità fra giurisdizioni ordinarie e giurisdizioni amministrative appare del tutto ingiustificabile. J. MOREAU, *La responsabilité de l'État du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice administrative*, in *La semaine juridique. Administration et collectivités territoriales*, 31, 2008, (pp. 33-36), p. 34.

<sup>31</sup> Art. 1350: «*La présomption légale est celle qui est attachée par une loi spéciale à certains actes ou à certains faits; tels sont: 1° Les actes que la loi déclare nuls, comme présumés faits en fraude de ses dispositions, d'après leur seule qualité; 2° Les cas dans lesquels la loi déclare la propriété ou la libération résulter de certaines circonstances déterminées; 3° L'autorité que la loi attribue à la chose jugée; 4° La force que la loi attache à l'aveu de la partie ou à son serment*». Art. 1351: «*L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité*».

<sup>32</sup> Peraltro, il conflitto non riguarda solo la responsabilità civile, ma anche quella penale e disciplinare. Infatti, il principio dell'indipendenza implica che «*un mauvais jugement ne doit être corrigé que par l'exercice régulier des voies de recours, mais il ne peut en aucun cas être considéré comme constitutif par lui-même ni d'un crime ou d'un délit d'une faute professionnelle*». Cit. da DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, cit., p. 53.

<sup>33</sup> Tuttavia, a partire dalla stessa sentenza Darmont la giurisprudenza riconosce



corti di vertice, è stata oggetto di critiche accese da parte della dottrina. Negli ultimi tempi, i giudici di grado inferiore si sono dimostrati propensi a mutare il proprio originario orientamento, anche di fronte al mantenimento dell'impostazione tradizionale da parte sia della *Cour de Cassation*, sia del *Conseil d'État*. Anche a tal proposito, come vedremo fra breve, il dialogo con i giudici europei potrebbe sortire effetti innovativi<sup>34</sup>. Infine, è stato da più parti invocato anche l'intervento del legislatore, «*afin que la responsabilité de l'État pour faute lourde soit désormais admise en cas de dommage causé pour toute décision de justice, définitive ou non*»<sup>35</sup>.

Con questo breve excursus abbiamo cercato di dare conto sinteticamente delle origini del sistema francese, che attualmente è caratterizzato da una fondamentale biforcazione della fattispecie. L'art. L. 781-1 del *Code de l'organisation judiciaire* stabilisce la responsabilità dello Stato da un lato per «*fonctionnement défectueux de la justice*», e dall'altro per «*faute personnelle*» del magistrato<sup>36</sup>. Dunque la re-

che nel caso di sentenza definitiva non passata in giudicato l'ingiustizia del danno è perfettamente ammissibile. Tale orientamento è stato in seguito recepito anche in relazione ai giudici ordinari. Cfr. *Cour d'appel de Paris*, 21 juin 1989, *Époux Saint-Aubin c/ État français*, *Gaz. Pal.* 19 décembre 1989, jur., p. 944-949, concl. M. Lupi; *Cour d'Appel de Paris*, 1<sup>e</sup> ch. Sect. B, 23 octobre 1998, *Leray*, n. 1997/07392.

<sup>34</sup> Riservandoci di tornare su tali questioni nel Capitolo IV, segnaliamo che la dottrina francese sottolinea, quale elemento che potrebbe subire un'evoluzione a seguito del dibattito con i giudici europei, la distinzione fra atti giurisdizionali e non giurisdizionali, assai difficile da cogliere in quanto l'attività di un tribunale nel suo complesso è orientata ad un fine giurisdizionale. Inoltre, la giurisprudenza europea potrebbe produrre importanti conseguenze in relazione al principio dell'autorità di cosa giudicata. È opinione diffusa che l'eventuale azione di responsabilità non sia in conflitto con tale principio, in quanto, rispetto al giudizio principale, non vi sarebbe identità né di oggetto, né di parti, né di causa. Inoltre, l'autorità riguarda solo una parte della sentenza, ovvero il dispositivo, e talvolta è possibile che l'elemento dannoso sia costituito dalla motivazione. Infine, la *Cour de Cassation* (Civ., 1e, 17 octobre 1995, *RTD Civ.* 1996, p. 709-710, note R. Perrot) ha stabilito, sulla scorta delle pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo, che il principio soffre un'eccezione in caso di sentenza emessa in violazione del principio di contraddittorio. Cfr. G. WIEDERKEHR, *Responsabilité de l'État et des magistrats*, in L. CADIEU, *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, (pp. 1155-1157); M. BANDRAC, *De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas, mélanges Draï, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000, p. 171. Nel senso della possibilità che la responsabilità possa derivare anche da un atto giurisdizionale, cfr. *CA Paris*, 21 juin 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, II, p. 944; *concl. contraires Lupi*. Cfr. D. SABOURAULT, *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité*, in M. DEGUERGUE, *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 171-208), p. 194.

<sup>35</sup> Cit. da O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Litec, Paris, 1996, p. 324.

<sup>36</sup> AI sensi di detto articolo, «*l'État est tenu de réparer le dommage causé par le*

sponsabilità nei confronti dei soggetti danneggiati sarà sempre dello Stato, e mai direttamente del magistrato. Ciononostante, nel secondo caso lo Stato potrà esperire una successiva azione di rivalsa nei confronti del magistrato che ha cagionato il danno (art. 11-1 dello Statuto della magistratura). A tal proposito la dottrina ha sottolineato in modo netto il fatto che si tratta di una disciplina ancora più restrittiva di quella relativa alla responsabilità dello Stato. Tale articolo, relativo solo ai giudici ordinari, se da un lato ha avuto il merito di costituire elemento di cesura rispetto all'arcaico strumento della *prise à partie*, dall'altro impone una disciplina che finora non ha mai trovato applicazione e difficilmente la troverà in futuro. Le specifiche funzioni dei magistrati li rendono non comparabili agli altri funzionari dello Stato, il che è stato di per sé oggetto di critica da parte di alcuni settori dottrinali<sup>37</sup>. I dibattiti che sono sorti, relativi all'opposizione fra *faute de service* e *faute personnelle*<sup>38</sup>, non fanno che confermare l'idea fondamentale che per il soggetto danneggiato risulti decisamente più conveniente agire ex art. 781-1 C.O.J., piuttosto che ex art. 11-1 dello Statuto della magistratura. Il che conduce la dottrina a concludere che l'effetto deterrente e sanzionatorio di tale forma di responsabilità sia sostanzialmente nullo e che anche le forme di responsabilità penale e disciplinare siano rimaste perlopiù sulla carta<sup>39</sup>.

Tornando alla responsabilità dello Stato, in termini generali la di-

*fonctionnement défectueux du service de la justice. Cette responsabilité n'est engagée que par une faute lourde ou par un déni de justice».*

<sup>37</sup> Ad es., in D. LUDET, *Quelle responsabilité pour les magistrats?*, in *Pouvoirs*, 74-Les juges, 1995, (pp. 123-142), p. 127, si legge: «...comment justifier, à l'égard des actes des magistrats, un régime de responsabilité dérogatoire par rapport à celui régissant les actes de la quasi-totalité des autres agents publics et qui distingue la faute personnelle de la faute de service, l'agent n'ayant pas à répondre personnellement de cette dernière?». Cfr. anche 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'Etat*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 209-244), p. 217.

<sup>38</sup> «Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur plus ou moins sujet à erreur, il y a faute de service; en revanche, la faute est personnelle si l'acte caractérise l'homme avec ses faiblesses, ses passions et ses imprudences». Cit. da F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 552.

<sup>39</sup> La dottrina fa notare, a tal proposito, che l'azione di rivalsa spetta al governo, il che potrebbe implicare un rischio in merito all'autonomia dei giudici rispetto al potere esecutivo. In realtà, tale procedura non è mai stata utilizzata, non solo per il numero estremamente esiguo di risarcimenti effettivamente accordati, ma anche per evitare che tale rischio si realizzasse. Cfr. G. KERBAOL, *La responsabilité des magistrats*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006, p. 23; DELALOY, *Le pouvoir judiciaire*, cit., p. 52.

sciplina così stabilita ha dato adito a molteplici dibattiti da parte della dottrina. Sul concetto di «*fonctionnement defectueux*», in particolare, la dottrina ha per decenni alimentato dibattiti mai sopiti. In particolare, le difficoltà riguardano la distinzione fra funzionamento ed organizzazione, da cui derivano fondamentali conseguenze in materia di competenza: se il fatto dannoso deriva da una questione di organizzazione della giurisdizione civile, la causa dovrà essere sottoposta al giudice amministrativo; viceversa, in caso di malfunzionamento, sarà competente il giudice civile, anche qualora trovino applicazione regole di diritto amministrativo<sup>40</sup>. La giurisprudenza, a tal proposito, interpreta il concetto in termini ampi, facendovi rientrare oltre agli atti giurisdizionali assunti da un organo monocratico o collegiale, anche gli atti esecutivi<sup>41</sup>.

Lo stesso articolo L. 781-1 subordina la responsabilità dello Stato per fatto del giudice alla prova di una «*faute lourde*», o di un «*déni de justice*». Riservandoci di tornare su tale questione, segnaliamo che l'interpretazione di tali concetti è stata demandata alla giurisprudenza, che nel corso del tempo ha contribuito ad ampliare sensibilmente i confini di tali nozioni, soprattutto grazie alle sollecitazioni provenienti dai giudici europei e dalle fonti internazionali.

La definizione classica di *déni de justice* è fornita dall'art. 4 del *code civil*, ai sensi del quale «*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*». La giurisprudenza, nell'applicazione dell'articolo L. 781-1 COJ, ha interpretato estensivamente il concetto, facendovi rientrare «*tout manquement de l'État*

<sup>40</sup> Cfr. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 23 novembre 1956, Trésor public contre D Giry, GAJA, n. 85. Da questa bipartizione discendono conseguenze giuridiche non certo auspicabili rispetto alla possibilità che comportamenti analoghi possano essere valutate in termini opposti. Cfr. SABOURAULT, *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité*, cit., p. 175.

<sup>41</sup> I primi sono quegli atti «*accomplis par les magistrats pour l'instruction ou le jugement d'un litige: ordonnances, jugements, arrêts et autres décisions à caractère contentieux ou gracieux*». Cit. da G. PLUYETTE e P. CHAUVIN, *Responsabilité du service de la justice et des magistrats*, in JCP, 74, 33 1993, (pp. 126-132). Per un'ampia panoramica dei secondi, v. J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2010., pp. 562-563. Cfr. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 16 mars 1972, Issartier; Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 9 mars 1999, Malarie, Bull. Civ., I, n. 84; JCP, 1999, II, 10069, rapporto Sargos, D., 2000, J, p. 398, note Matsopoulou, LPA, juin, 2000, n. 123, p. 11, note Schall; TGI Paris, 12 février 2001, Darteville, Gaz. Pal., vendredi 25 au mardi 29 mai 2001, p. 35; TGI Thonon-Les-Bains, 3 novembre 1994, Gaz.Pal., 1995, I, 300; CA Paris, 21 juin 1989, II, 944, concl. contraires Lupi. Per una completa disamina, cfr. SABOURAULT, *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité*, cit., p. 181, da cui sono state tratti i riferimenti alle sentenze citate.

à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu qui comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable»<sup>42</sup>. Dunque, alcuni giudici francesi, in applicazione dell'articolo 6 par.1 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, relativo all'irragionevole durata del processo, hanno fatto rientrare nel concetto di *déni de justice* anche ipotesi di ritardo quale una forma di malfunzionamento della giustizia<sup>43</sup>. In questo modo, il concetto di *déni de justice* si è ulteriormente ampliato tanto che, attualmente, i suoi limiti tendono a coincidere con la nuova definizione di *faute lourde*, che andiamo di seguito ad esaminare<sup>44</sup>.

La definizione dell'elemento soggettivo si è evoluta soprattutto grazie al dialogo fra giudici francesi e giudici europei. In origine, il concetto di *faute lourde*, nel silenzio della legge, è stato elaborato dalla giurisprudenza ordinaria sulla base dello standard comportamentale del buon magistrato. Accanto ad una prima, astratta, definizione, secondo cui la *faute lourde* era «*celle qui a été commise sous l'influence d'une erreur tellement grossière qu'un magistrat normalement soucieux de ses devoirs n'y eût pas été entraîné*»<sup>45</sup>, si fece strada l'orientamento che caratterizzava il concetto con un elemento psicologico, consistente in animosità personale, in un intento deliberatamente volto a nuocere alla parte, o derivante da un comportamento «*anormalement déficient*»<sup>46</sup>. L'evoluzione di tale concetto, di cui da-

<sup>42</sup> Cfr. TGI Paris, 1<sup>e</sup> chambre, 6 juillet 1994, RTD CIV. 1995, p. 957-958, note R. Perrot; Gaz. Pal. 25 août 1994, jur. P. 589-591, note S.Petit; F. de la Vaissière, «*Durée déraisonnable d'une procédure*», Dr. Et Patri., janvier 1995, p. 9-10.

<sup>43</sup> Cfr. TGI Paris, 1<sup>e</sup> chambre, 8 novembre 1995, D. 1997, som. Com., p. 149, note J. Pradel.

<sup>44</sup> Se il diniego di giustizia è stato da ultimo definito come «*tout manquement à une obligation essentielle et primordiale de la fonction du juge ou de la mission de la justice, ayant eu un résultat gravement préjudiciable pour la victime*» la *faute lourde* è costituita da «*toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi*». (Cass. Ass. Plén., 23 février 2001, Bolle, JCP, 7 mars 2001, n. 10, Actualité, p. 475; D., 2001, IR, 909; D., 2001, J, p. 1752, commentaire Ch. Debbasch; JCP, 2001, II, 10583, note Menuret).

<sup>45</sup> Tale definizione, comparsa in Cass.civ. 1<sup>e</sup>, 3 octobre 1953, Bull. civ., I, n. 224, ha trovato successiva e costante applicazione in: CA Paris, 21 juin 1989, Gaz.Pal., 1989, II, 944, concl. Contraires Lupi; CA Paris, 21 mai 1991, Gaz. Pal., 1992, I, somm., p. 230; Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 29 juin 1994, Bull. civ., I, n. 227; Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 20 février 1996, Lucas D., 1996, IR, p. 83; JCP, 1996, IV, p. 880; Cass. Soc., 8 avril 1998, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juin 1999; TGI Paris, 22 juillet 1999, D., 1999, IR, p. 214.

<sup>46</sup> Cfr. Ca Paris, 13 mars 1985; CA Paris, 1<sup>e</sup> avril 1994, D., 1994, IR, p. 125; TGI Paris, 22 juillet 1999, D. 1999, IR, p. 214; CA Paris, 24 mars 1999, Bolle; TGI Paris, 22 juillet 1999. Il concetto è commentato in: PLUYETTE e CHAUVIN, *Responsabilité du service de la justice et des magistrats*, cit.; F. SARDA, *La responsabilité des*

remo conto specificamente nel corso del prossimo capitolo, ha conosciuto un nuovo approdo a seguito della sistematica condanna dello Stato francese da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione del diritto ad un equo processo per eccessiva durata ex art. 6 par. 1 e art. 13 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. La sentenza Kudla/Polonia del 26 ottobre 2000, ha stabilito l'automatica condanna dello Stato, qualora un cittadino sia vittima di una procedura giurisdizionale troppo lunga e l'ordinamento nazionale non preveda un effettivo rimedio. Successivamente la Corte aveva condannato lo Stato francese in quanto esso non riconosceva, nell'ordine amministrativo, un ricorso effettivo sulla base della giurisprudenza interna Darmont<sup>47</sup>.

In questo contesto, la sentenza francese di riferimento è senz'altro la pronuncia Magiera del 28 giugno 2002<sup>48</sup>, che ribaltò il precedente costituito dalla sentenza Darmont, che a sua volta escludeva la responsabilità dello Stato, quando il danno lamentato derivasse dal contenuto di una sentenza passata in giudicato e che, in caso di ritardo eccessivo del giudicato, stabiliva la necessità di provare la colpa grave<sup>49</sup>. Ancora una volta il dialogo tra giudici operanti su piani distinti ha prodotto come conseguenza un mutamento organico del diritto nazionale. Nel caso concreto, infatti, il giudice francese ha fondato la propria decisione sui «*principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives*», considerando, dunque, che il diritto internazionale diventa parte integrante dei principi generali di diritto interno. Dunque, il diritto ad un effettivo ricorso

*juridictions*, «Que sais-je?», vol. 3503, PUF, Paris, 1999. Una completa di ipotesi di *faute lourde* è fornita in HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, cit., pp. 547 – 548.

<sup>47</sup> Cfr. sent. Lutz c/ France, 26 marzo 2002.

<sup>48</sup> Oltre alla sentenza Magiera e alla già citata CE, 18 giugno 2008, n. 295831, Robert Gestas, v. la CE, 6 marzo 2009, *M. et Mme Le Helloco*, req. n. 312625. Per un commento di quest'ultima pronuncia, v. R. KELLER, *Responsabilité du fait d'une durée excessive de jugement et jurisprudence européenne*, in *R.F.D.A.*, 3, mai-juin 2009, (pp. 546 – 550).

<sup>49</sup> Ricordiamo che la giurisprudenza Darmont, nata dalla necessità di colmare le lacune lasciate dalla legge 5 luglio 1972 che disciplinava solo la responsabilità per fatto del servizio pubblico della giustizia ordinaria, prevedeva, per l'esercizio dell'azione, delle condizioni particolarmente restrittive. La responsabilità dello Stato per fatto del servizio pubblico della giustizia amministrativa era condizionata all'esistenza di una colpa grave e, inoltre, era impossibile invocarla nel caso in cui l'illecito risultasse dal contenuto di una decisione divenuta definitiva. Per un maggior approfondimento di tali questioni generali, cfr. WALINE, *Droit administratif*, cit., pp. 514-518.

ex art. 13 della Convenzione integra il patrimonio giuridico francese, avendo, rispetto a quest'ultimo, efficacia diretta. Tale decisione appare particolarmente rilevante sotto diversi profili. In primo luogo, è un altro esempio del fenomeno descritto nel primo capitolo, ovvero di conseguenze in termini comparatistici del dialogo fra giudici e di circolazione dei modelli. In secondo luogo, il fatto che l'irragionevole durata del processo sia considerata come un esempio di mal-funzionamento della giustizia idoneo a condurre ad una condanna al risarcimento, fa sì che vi sia una permeazione fra livelli diversi o, se si preferisce, l'eliminazione dell'ostacolo costituito dal criterio di competenza ed autonomia che regola le rispettive aree di intervento del diritto europeo e degli ordinamenti interni.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, vi è stata una netta evoluzione nel senso dell'avvicinamento alla *faute simple*. Il CDE, sotto l'impulso della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, con la sentenza Magiera ha applicato la giurisprudenza Darмонт, ma in più ha subordinato il risarcimento di un danno risultante dalla durata anormale della procedura ad un regime di colpa semplice e non di colpa grave<sup>50</sup>. Più in generale, la tesi secondo cui la *faute lourde*, così come concepita fino all'ultimo decennio, ha contribuito a «sterilizzare»<sup>51</sup> la giurisprudenza Darмонт<sup>52</sup>, ha condotto parte della dottrina a sollecitare un abbandono di tale nozione a favore della c.d. *faute simple*<sup>53</sup>.

La sentenza Magiera, che non è rimasta un episodio isolato<sup>54</sup>, è stata citata nella sentenza Gestas, con cui il CDE si è per la prima volta pronunciato in merito all'illecito comunitario per fatto del giudice, affermando che «*la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers*»<sup>55</sup>. In questo caso,

<sup>50</sup> Cfr. CE, ass., 28 giugno 2002, n. 239575: Juris Data n. 2002-063993, Rec. CE 2002, p. 248.

<sup>51</sup> Cfr. J. COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influences européenne?*, in *A.J.D.A.*, 60, 8, 2004, (pp. 423-431), p. 424.

<sup>52</sup> A tal proposito v., per una giurisdizione amministrativa di diritto comune, CE, 7 dicembre 1990, n. 85009, *SCI Les Mouettes*: Juris Data n. 1990-647449; Rec. CE 1990, tables p. 852; per una giurisdizione amministrativa speciale, CE, 1 aprile 1992, n. 85015, *Sté Cicomap et Charbit*: JurisData n. 1992 - 043359; Rec. CE 1992, p. 146.

<sup>53</sup> In questo senso andava il progetto di riforma del *Code de l'organisation judiciaire* del 2000, abbandonato a seguito del «*report de la réunion du Congrès*» del 19 gennaio 2000.

<sup>54</sup> Cfr. Sent. Tribunal Administratif de Versailles (29 aprile 2003 M. et Mme De-neau, n. 0201807).

<sup>55</sup> Sentenza CE, del 18 giugno 2008, *Gestas*, n. 295831. Il caso riguardava un

dunque, il CDE si è per la prima volta misurato con la giurisprudenza europea circa la compatibilità della disciplina nazionale di responsabilità per fatto del giudice, e ne ha tratto le necessarie conseguenze operando un *revirement* rispetto al precedente orienta-

soggetto che, assunto come maestro ausiliario nel 1977, nei primi anni '80 si era a più riprese ritrovato senza assegnazione di cattedra. A tutela della propria posizione, nel 1985 aveva intentato diversi ricorsi in modo da poter beneficiare di un sussidio per perdita di impiego, che in precedenza gli era stato negato; inoltre, lamentava il mancato computo, nel calcolo dei salari percepiti, dell'anzianità maturata prima di dette interruzioni. Il Tribunale Amministrativo di Pau (con sentenza del 24 giugno 1986) riconobbe parzialmente le sue pretese e, in seguito ad appello promosso dal ministro, il CDE confermò detta pronuncia con sentenza del 29 dicembre 1997. Il ricorrente adì nuovamente il tribunale amministrativo perché ingiungesse al Ministero dell'educazione di versargli le somme stabilite, e il giudice, con sentenza del 3 luglio 2002, rigettò la richiesta sostenendo il pieno adempimento da parte del Ministero, avvenuto in data 29 giugno 2001. Il ricorrente, a questo punto, promosse altre azioni, fra le quali quella relativa alla domanda di risarcimento per il danno subito per cattivo funzionamento del servizio pubblico della giustizia, a causa dell'eccessiva lentezza del processo. Così come sottolineato dal commissario del governo, un procedura durata quasi sedici anni fra la prima domanda indirizzata al Ministro dell'educazione e la sentenza del CDE (diciotto, se si considera la data di esecuzione effettiva da parte del Ministero) costituisce senza dubbio una durata eccessiva, in considerazione della relativa semplicità delle questioni sollevate, nonché del fatto che il ricorrente non vi aveva contribuito in alcun modo. Il CDE, applicando l'orientamento inaugurato nella sentenza Magiera, accordò al ricorrente un risarcimento di 14000 euro per danno morale. Circa la seconda allegazione del ricorrente, secondo cui la condotta della giurisdizione amministrativa era contraria a diverse disposizioni comunitarie, nonché connotata da una colpa grave, il CDE ha affermato che «*en vertu des principes généraux régissant la responsabilité de la puissance publique, une faute lourde commise dans l'exercice de la fonction juridictionnelle par une juridiction administrative est susceptible d'ouvrir droit à indemnité; que si l'autorité qui s'attache à la chose jugée s'oppose à la mise en jeu de cette responsabilité dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive, la responsabilité de l'État peut cependant être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers*». Nonostante la natura piuttosto fantasiosa delle allegazioni del ricorrente (secondo l'opinione, ad es., espressa in M. GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmont en cas de violation du droit communautaire*, in *Droit Administratif*, 8, 2008, (pp. 43-45), p. 44), il CDE non ha eluso la questione di fondo, e si è espresso direttamente a proposito delle condizioni elaborate nella sentenza Darmont. A tal proposito, non è particolarmente rilevante il fatto che l'azione sia stata rigettata. Tale esito è dipeso dal fatto che il giudice ha valutato che al caso di specie non potessero essere applicati né i principi di legittimo affidamento e di certezza del diritto, né la direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. A tal proposito, v. H. GAUDIN, *Responsabilité de la puissance publique, délai raisonnable de jugement et contenu d'une décision juridictionnelle*, in *Revue Lamy. Droit Civil*, 52, 2008, (pp. 24-25).

mento ammettendo, in controtendenza rispetto alla sentenza Dar-mont, una responsabilità fondata sul contenuto di una pronuncia giurisdizionale definitiva, limitata, tuttavia, ai casi di violazione manifesta del diritto comunitario. Il problema fondamentale che il giudice è stato chiamato a risolvere riguardava la soluzione adottata dai giudici francesi di vertice secondo cui la responsabilità per fatto del giudice non può dipendere dal contenuto di una sentenza definitiva, il che appariva chiaramente incompatibile con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Il CDE, conscio della possibilità di incorrere in una procedura di infrazione, decise dunque di modificare il proprio orientamento, senza attendere che tale conflitto fosse sancito da una pronuncia dei giudici di Lussemburgo, aderendo, tra l'altro, alla posizione espressa dal commissario del governo<sup>56</sup>. Ciononostante, la dottrina ha sottolineato che si è trattato, in realtà, di un'evoluzione molto parziale<sup>57</sup>; infatti, contrariamente a quanto suggerito dal commissario, il giudice preferì evitare di avviare un ripensamento generale del regime di responsabilità per fatto della funzione giurisdizionale, mantenendo il requisito della colpa grave e riducendo l'esigenza della decisione non definitiva a una condizione di esaurimento delle vie di ricorso ordinarie. Il secondo punto, su cui ci soffermeremo nel corso della trattazione, riguarda la compatibilità della *faute lourde* con il presupposto della violazione manifesta del diritto.

A questo punto, appare necessario un riepilogo di quanto esposto fin qui, in modo da evidenziare gli elementi caratterizzanti l'esperienza francese e i relativi profili di criticità e di evoluzione. Attualmente il principio di responsabilità patrimoniale per fatto del giudice è applicato sia alla giurisdizione ordinaria sia alla giurisdizione amministrativa. Il *Conseil d'État*, sotto questo profilo, ha svolto un'opera di estensione anche alla seconda delle disposizioni di legge che, come noto, si riferiscono esplicitamente solo alla prima. Per cui, seb-

<sup>56</sup> Il «*Commissaire du gouvernement*», originale istituzione che caratterizza la procedura contenziosa amministrativa francese, non rappresenta l'amministrazione ed esprime nient'altro che un proprio personale parere. La sua funzione consiste nell'espone al giudice le questioni giuridiche connesse a ciascuna causa, esponendo in totale indipendenza le sue conclusioni ed opinioni, emesse in totale imparzialità, sulle circostanze di fatto e sul diritto applicabile, così come sulla soluzione della controversia. Per un maggior approfondimento, v., fra gli altri, C. DEBBASCH e F. COLIN, *Droit administratif*, Economica, Paris, 2007, p. 655.

<sup>57</sup> Il CDE ha infatti sostanzialmente mantenuto la giurisprudenza Dar-mont, riconoscendo una nuova eccezione relativa al caso consistente nella violazione del diritto comunitario. Cfr. D. POUYAUD, *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, in *R.F.D.A.*, 6, 2008, (pp. 1178-1186), p. 1178.



bene la *Cour de Cassation*, rispetto al *Conseil d'État*, sembri adottare soluzioni più favorevoli agli attori<sup>58</sup>, attualmente vi è una certa analogia quanto ai presupposti della responsabilità. In entrambi i casi l'attore deve dimostrare l'esistenza della *faute lourde* o del diniego di giustizia. Il primo presupposto in generale è interpretato restrittivamente o in quanto errore particolarmente grossolano o in quanto derivante da un elemento psicologico, di animosità personale, comportamento «*anormalement déficient*» o implicante «*une inaptitude ou des méconnaissances graves et inexcusables des devoirs essentiels du juge dans l'exercice de ses fonctions*»<sup>59</sup>. Tuttavia, il concetto di *faute lourde* nel tempo è stato ampliato, soprattutto grazie al dialogo con la Corte di giustizia e con la Corte Europea dei diritti dall'Uomo<sup>60</sup>. Solo in caso di «*faute personnelle*» lo Stato può rivalersi nei confronti del giudice. D'altra parte il diniego di giustizia, presupposto alternativo rispetto alla *faute lourde*, è previsto solo in relazione alla giurisdizione ordinaria; tuttavia, il *Conseil d'État* ha fatto rientrare il relativo concetto nell'ampia clausola della *faute lourde*, per cui anche sotto questo profilo non sembra vi sia una sensibile distinzione fra le due giurisdizioni<sup>61</sup>. Sono inoltre previste ipotesi di indennizzo connesse a fattispecie particolari, quali l'ingiusta detenzione e l'errore giudiziario nel processo penale<sup>62</sup>.

La legge del 1972 non si pronunciava a proposito del fatto che la

<sup>58</sup> Cfr. Cass. ass. plen. 23 febbraio 2001: Bull. civ. I, n. 5.

<sup>59</sup> Per i riferimenti giurisprudenziali rinviamo alle note precedenti.

<sup>60</sup> In particolare in seguito alle sentenze *Kudla c/ Pologne* e *Lutz c/ France* (CEDH, 26 ottobre 2000, n. 30210/96; CEDH, 26 marzo 2002, n. 48215/99).

<sup>61</sup> Cfr. O. RENARD-PAYEN e Y. ROBINEAU, *La responsabilité de l'État pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service publique de la justice judiciaire et administrative*, in *Cour de Cassation, Rapport 2002. La Responsabilité*, La Documentation Française, Paris, 2003, (pp. 59-85), p. 78. Autorevole dottrina sostiene, a questo proposito, che la distinzione fra *faute lourde* e *déni de justice* non abbia fondamentalmente ragione di esistere. Cfr. AUBY, *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire*, cit., p. 7. D'altra parte, vi è chi afferma che la distinzione rileva sotto due profili. In primo luogo il diniego di giustizia, a differenza della *faute lourde*, non consiste necessariamente in un atto volontario di un giudice. In secondo luogo, l'assimilazione risulta particolarmente delicata in considerazione della riparazione per irragionevole durata del processo, poiché il mantenimento della distinzione permetterebbe di far rientrare la fattispecie in una specifica categoria di malfunzionamento della giustizia. Cfr. L. FAVOREU, *Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, Gouverner, administrer, juger. Melanges J. Waline*, Dalloz, Paris, 2002, (pp. 513-521), pp. 514-516; HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, cit., p. 549 e ss.

<sup>62</sup> In questo secondo caso (art. 626 c.p.p.), il soggetto condannato riceve un indennizzo a seguito di un «*recours en révision*» che abbia condotto al riconoscimento di un errore giudiziario.

responsabilità non potesse derivare dal contenuto di una sentenza passata in giudicato. Tuttavia, vanno in questo senso i consolidati orientamenti dei giudici di vertice. D'altra parte, tale soluzione è stata aspramente criticata dalla dottrina nazionale, che molto ha influito sugli orientamenti dei giudici di grado inferiore, anche a seguito degli orientamenti della Corte di giustizia<sup>63</sup>.

La disciplina così delineata attualmente trova nella convivenza con i modelli di derivazione europea fondamentali fattori di mutamento. Per quanto riguarda la fattispecie in termini generali (ovvero collegata ad altre funzioni dello Stato) i giudici francesi avevano già avuto modo di pronunciarsi<sup>64</sup>, ma è solo con la sentenza Gestas che il *Con-*

<sup>63</sup> Cfr., in particolare: *C.A Paris, 25 octobre 2000; D. 2001 580, note Lienhard; TGI Rennes, 27 novembre 2000.*

<sup>64</sup> Riteniamo opportuno accennare all'evoluzione della giurisprudenza francese a proposito della responsabilità dello Stato – legislatore. Nella sentenza Dangeville (CE (Ass.), 30 ottobre 1996, *Ministre du budget c. Société Jacques Dangeville*, Rec., p. 399; RTD Eur 1997, p. 171 et s.), il CDE fu chiamato a pronunciarsi sulla domanda del Ministro dell'Economia tesa all'annullamento di una sentenza della Corte amministrativa d'appello di Parigi. Quest'ultima aveva condannato lo Stato francese a versare una somma a titolo di risarcimento alla società Jacques Dangeville per i danni che questa aveva subito in seguito all'applicazione di disposizioni legislative incompatibili con la VI direttiva sull'IVA (CAA Paris (Ass.), 1 luglio 1992, *Société Jacques Dangeville*, Dr. Fisc. 1992, n. 1665). Più precisamente, la controversia discendeva dalla incompatibilità del *Code général des impôts* con la sesta direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri relative alle imposte sulla cifra di affari-Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in *Gazzetta ufficiale* n. L 145 del 13/06/1977, pp. 0001-0040. Una delle disposizioni della direttiva, che doveva essere recepita entro il primo gennaio 1978, prevedeva l'esonero della tassa sul valore aggiunto delle operazioni di assicurazione e riassicurazione, comprese le prestazioni di servizi effettuati da *broker* e intermediari. Obbligato a pagare una tassa dalla quale avrebbe dovuto essere escluso in applicazione della direttiva, lo studio Jacques Dangeville, intermediario assicurativo, in seguito al rigetto di una previa domanda presentata all'amministrazione fiscale, promosse in sede giurisdizionale un'azione ai fini dell'ottenimento dello sgravio fiscale. Di fronte al rigetto da parte del Tribunale Amministrativo di primo grado (CE 19 marzo 1986, *SA Jacques Dangeville*, Rec. Leb., 1986), lo studio Dangeville si rivolse al CDE. Tale giudice, pronunciandosi come giudice di appello, nel 1986 rigettò la domanda, poggiandosi sul consolidato orientamento giurisprudenziale che rifiutava di disapplicare una legge interna contraria a una direttiva. Lo studio Dangeville allora promosse un'azione di responsabilità dinanzi al Tribunale amministrativo di Parigi, che con sentenza del 23 maggio 1989 rigettò la domanda perché la mancanza di anormalità e specialità del pregiudizio impediva la configurazione di una responsabilità senza colpa. A questo punto, lo studio Dangeville adì il tribunale amministrativo d'appello di Parigi, che con sentenza del 1 luglio 1992 constatò in primo luogo che il recepimento della direttiva non era stato eseguito entro il termine prescritto (CAA de Paris, 1 luglio 1992, Rec. Leb., 1992, p. 558), e concluse affermando la responsabilità dello Stato per fatto del legislatore. La società Dangeville, in primo grado, si era vista respingere il ricorso dal

*seil d'État* si è pronunciato in materia di responsabilità per fatto del giudice. La pronuncia si è soffermata, in particolare, su due aspetti fondamentali, ovvero l'elemento soggettivo e il principio di autorità di *res judicata*.

A proposito del primo, abbiamo dato conto dell'avvicinamento del concetto di *faute lourde* a quello di *faute simple*, grazie al percorso interpretativo iniziato con la sentenza Magiera. Inoltre, ricordiamo che con la sentenza Gestas il CDE ha mantenuto il regime generale delineato dalla giurisprudenza Darmont per approssimarsi

*Tribunal administratif de Versailles*, che motivava il giudizio affermando che, trattandosi di una condotta del legislatore, non poteva che applicarsi il regime di responsabilità senza colpa, ma che questo richiedeva che il danno lamentato rivestisse il carattere di «specialità» non ravvisabile nel caso specifico. La società appellò tale sentenza e la Corte amministrativa d'appello, pur senza richiamare la nozione giuridica di «colpa», si pronunciò in termini opposti rispetto alla sentenza di primo grado, adottando una posizione più rispettosa della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale giudice constatò, in primo luogo che le disposizioni di diritto interno erano incompatibili con gli obiettivi della VI direttiva, e quindi accordò il risarcimento del danno identificando il fatto generatore della responsabilità nel comportamento del legislatore. Tale decisione, motivata da un lato dalla recente giurisprudenza del CDE a proposito dell'*affaire des tabacs* e, dall'altra, dalla sentenza Francovich della Corte di giustizia, fu oggetto di un acceso dibattito dottrinale. Da una parte vi fu chi sottolineò come quest'evoluzione conducesse ad un rafforzamento dello stato di diritto, mentre dall'altra vi fu chi continuò a sostenere la tesi tradizionale, secondo cui il principio stesso di responsabilità del legislatore era incompatibile con il dogma dell'infalibilità del legislatore in quanto rappresentante della sovranità nazionale. La prima tesi è sostenuta in D. SIMON, *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique: glissements progressifs ou révolution tranquille?*, in *A.J.D.A.*, 20, avril 1993, (pp. 235-243). D'altro canto, una parte minoritaria della dottrina ha sostenuto che il dovere di disapplicare una legge da parte di un giudice non investe la questione della sua validità, e che il controllo della validità delle leggi è riservata solo e soltanto al *Conseil constitutionnel*, e non ai giudici ordinari. Tale tesi è espressa in X. PRÉTOT, *Note sous l'arrêt Sté. Jacques Dangeville*, in *A.J.D.A.*, 11, 1992, (pp. 768-771). Il CDE, chiamato a giudicare sul ricorso in cassazione rispetto alla sentenza d'appello, con pronuncia del 30 ottobre 1996 la cassò considerando irricevibile l'azione di indennità. Il giudice, in questo modo, ha evitato di pronunciarsi direttamente circa la configurabilità di una responsabilità per colpa del legislatore. Ciò che appare evidente è che il CDE ha preferito evitare di porsi in una logica di controllo di compatibilità della legislazione nazionale con la direttiva comunitaria, e di trarne le conseguenze in tema di responsabilità patrimoniale dello Stato. Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'Autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français: Conseil Constitutionnel, Cour de Justice des Communautés Européennes et Cour Européenne des Droits de l'Homme*, L.G.D.J., Paris, 1998. Per un'analisi di questa giurisprudenza in prospettiva comparata, cfr. A. BARAV, *State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts*, in T. HEUKELS e A. MCDONNELL, *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1997, (pp. 363-408).

alla giurisprudenza della Corte di giustizia e alla sentenza Köbler in particolare, introducendo una nuova eccezione applicabile ai casi di violazione del diritto comunitario<sup>65</sup>. In questo caso, dunque, il rapporto fra elemento soggettivo (secondo la definizione nazionale) e presupposto della «violazione manifesta del diritto» viene superato tramite la previsione di un'eccezione.

Gli elementi di incertezza, tuttavia, permangono in relazione all'orientamento che stabilisce l'irricevibilità di un'azione di responsabilità fondata sul contenuto di decisioni definitive. Conformemente alla sentenza «Traghetti», tale regola, in caso di violazione del diritto comunitario, è stata abbandonata<sup>66</sup>. In caso contrario, fra l'orientamento inaugurato con la sentenza *Darmont* da un lato e la giurisprudenza della Corte di giustizia, dall'altro, si sarebbe verificata un'evidente violazione del diritto comunitario da parte dello Stato francese. Facciamo notare che anche in questo caso la previsione di una mera eccezione rispetto al consolidato orientamento dei giudici nazionali di per sé risulta rispettosa dei reciproci ambiti di competenza. Tuttavia è possibile avanzare più di un dubbio a proposito della sostenibilità di un sistema che si biforca in corrispondenza del diverso fondamento di diritti tendenzialmente analoghi nella sostanza, e rassicura solo in parte il fatto che si tratti di un'ipotesi consistente in un'eccezione apportata ad una situazione

<sup>65</sup> Come vedremo nel corso della trattazione, tale soluzione appare ambigua poiché se da un lato, in linea con la sentenza *Traghetti* del Mediterraneo, supera il principio secondo cui la responsabilità non può derivare dal contenuto di decisioni divenute definitive, dall'altro non chiarisce l'effettiva portata del requisito della colpa grave. A tal proposito, il commissario del governo ha suggerito di mantenere tale presupposto anche nel caso della violazione del diritto comunitario, poiché il concetto di colpa grave e quello di violazione manifesta del diritto sarebbero equivalenti. D'altra parte, vi è chi sottolinea che i due concetti non sono perfettamente assimilabili, e che quindi, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione, sarebbe opportuno sostituire la nozione di colpa grave con quella di violazione manifesta del diritto, in modo da rispettare i dettami della Corte di giustizia senza modificare la nozione di colpa grave in generale. Cfr. POUYAUD, *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, cit., p. 1178; GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmont en cas de violation du droit communautaire*, cit., p. 45.

<sup>66</sup> A tal proposito le obiezioni si sono moltiplicate. Infatti, la dottrina francese, in consonanza con altre dottrine europee, ha sottolineato che tale soluzione, benché formalmente non influisca sull'autorità del giudicato, quanto meno indirettamente riveli un errore nel giudicato e metta in pericolo l'autorità materiale della cosa giudicata. Inoltre, trattandosi di sentenza suscettibile di ricorso, riconoscere una responsabilità per fatto del contenuto di una decisione definitiva rischia di intralciare le normali vie di appello. Cit. da POUYAUD, *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, cit., p. 1181.

già di per sé eccezionale, e pertanto destinata ad essere applicata in ipotesi molto isolate<sup>67</sup>.

La natura episodica di una situazione di questo genere attenua l'urgenza di una sua soluzione in tempi brevi. Tuttavia, sotto il profilo propriamente giuridico i dubbi permangono, e soprattutto rimangono inalterate le obiezioni di chi sostiene che tale soluzione metta in serio pericolo principi fondamentali quali, appunto, l'autorità della cosa giudicata<sup>68</sup>. Infatti, soprattutto quando il danno derivi da una sentenza di un giudice di vertice, un risarcimento implica una relativizzazione dei sistemi di ricorso e fa intravedere la possibilità di rimettere in discussione il contenuto di una decisione passata in giudicato.

In termini estremamente schematici, dunque, la situazione è la seguente: irresponsabilità (solo dei giudici amministrativi) connessa al principio di autorità di *res judicata* (ad eccezione delle ipotesi di violazione del diritto europeo); regola generale della colpa grave (con le criticità connesse all'assimilazione alla «violazione manifesta del diritto» nell'ipotesi di violazione del diritto europeo<sup>69</sup>); colpa lieve nei casi di eccessiva durata dei processi, che rientra nella fattispecie del funzionamento anomalo del servizio giustizia.

Nel prossimo capitolo analizzeremo quanto questo equilibrio si riveli instabile ed incerto.

## 2. La responsabilità per fatto del giudice in Spagna

In relazione al tema oggetto di studio, l'esperienza spagnola è universalmente considerata come un modello di riferimento, poiché la responsabilità per fatto del giudice, quanto meno sotto il profilo del formante legale, appare particolarmente garantista in merito alla tutela dei soggetti che lamentano un danno ingiusto imputabile all'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>70</sup>. In Spagna l'idea che il giu-

<sup>67</sup> Infatti, si tratta del caso di una responsabilità per fatto del giudice (situazione già di per sé poco frequente), collegata alla violazione del diritto dell'Unione.

<sup>68</sup> In ogni caso, la soluzione applicata dal giudice comporta che la responsabilità dello Stato possa derivare dal contenuto di una decisione giurisdizionale passata in giudicato, il che comporta quanto meno indirettamente un attentato all'autorità della cosa giudicata. Cfr. J. MOREAU, *La responsabilité de l'État du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice administrative*, in *La semaine juridique. Administration et collectivités territoriales*, 31, 2008, (pp. 33-36).

<sup>69</sup> Cfr. le conclusioni alla precitata sentenza Gestas: CE 18 giugno 2008, Gestas; JCP A 2008, act. 584, obs. M.C. Rouault; JCP A 2008, 2187, nota J. Moreau; RFDA 2008, p. 755, concl. de Salins, et p. 1178, note D. Pouyaud.

<sup>70</sup> Ne è riprova il fatto che si tratta dell'unico ordinamento fra quelli considerati

dice debba rispondere del proprio comportamento nei confronti dei cittadini ha origini antiche, che risalgono ad un'epoca di molto precedente rispetto alla caduta del franchismo. Già dalla fine del XIX secolo, infatti, la responsabilità è stata concepita come conseguenza e contraltare dell'indipendenza<sup>71</sup>.

Tale impostazione è stata recuperata dai costituenti, che hanno delineato un sistema in cui le prerogative della funzione giurisdizionale e le esigenze di tutela dei cittadini di fronte all'intervento dello Stato sono elementi complementari e reciprocamente fondanti. Il Titolo VI della Costituzione (artt. 117 – 127) disegna un potere giudiziario indipendente e soggetto al criterio di legalità, che si personifica nei «*Jueces y Magistrados*»<sup>72</sup>. Tali soggetti hanno un proprio organo di autogoverno, il *Consejo General del Poder Judicial*, chiaramente ispirato al modello italiano<sup>73</sup>. Di per sé, non vi è alcun rapporto gerarchico

in cui l'applicazione del diritto comunitario non è stata avvertita come rivoluzionaria rispetto alla disciplina nazionale. Tuttavia, nel prossimo capitolo avremo modo di apprezzare quanta importanza ricopra la disciplina processuale.

<sup>71</sup> Ci riferiamo alla *Ley de enjuiciamiento civil* del 1881, intitolato «*Del recurso de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados*». Cfr. R. LÓPEZ MUÑOZ, *Independencia y responsabilidad del juez*, in *Revista General Informativa de Derecho*, 636, 1997, (pp. 1-21); J. MONTERO AROCA, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO e S. BARONA VILAR, *Derecho jurisdiccional*, vol. I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 123.

<sup>72</sup> In Spagna, a differenza delle altre esperienze considerate, vi è un'unica giurisdizione (art. 117.5 Cost. It.), distribuita fra quattro ordini (*civil, penal, contencioso-administrativo e social*). Per questa ragione, non si pongono i problemi che si sono per esempio verificati in Francia, in relazione alla separazione della giurisdizione amministrativa rispetto alla giurisdizione ordinaria. Cfr. V. MORENO CATENA e V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 57-60.

<sup>73</sup> Il CGPJ, titolare in materia di avanzamento di carriera degli appartenenti al *Poder Judicial* (esclusi i Pubblici Ministeri) è anche supremo giudice per quanto riguarda la responsabilità disciplinare che, come noto, non ha la funzione di riparare i danni subiti, ma di dissuasione e di sanzione dei magistrati che hanno posto in essere comportamenti ingiustamente dannosi. Tale responsabilità è disciplinata dalla LOPJ de 1985 (artt. 414-419), ampiamente riformata dalle *Leyes Orgánicas 16/1994, de 8 de noviembre e 19/2003, de 23 de diciembre* della LOPJ. Tale forma di responsabilità implica una sanzione che interviene solo una volta, conclusi i giudizi civili e/o penali con una sentenza di condanna. La riforma del 1994 ha stabilito un unico tipo di responsabilità disciplinare, fondata sulla violazione dei doveri inerenti alla carica di giudice che influiscono sul funzionamento dell'amministrazione della giustizia o sull'esercizio della funzione giurisdizionale. Tale regime giuridico si caratterizza per una dettagliata tipizzazione degli illeciti disciplinari (distinti in molto gravi, gravi e lievi) e per l'oggettivizzazione delle violazioni, ovvero nella mera violazione di obblighi professionali, senza riferimento all'elemento psicologico. Il giudizio, che inizia automaticamente davanti al superiore gerarchico del magistrato (davanti alla Sala del contenzioso amministrativo delle giurisdizioni ordinarie), conduce a sanzioni proporzionate alla gravità della colpa, che vanno dall'ammonizione, al-

rispetto al Ministero della Giustizia, che è però competente a nominare, di fatto, il *Fiscal General del Estado*, organo che sovrintende l'attività dei pubblici ministeri<sup>74</sup>. Quest'ultimo aspetto segna, dunque, un elemento di rottura rispetto all'esperienza italiana ed avvicina l'ordinamento spagnolo a quello francese<sup>75</sup>.

La giustizia è dunque un ordine del tutto autonomo rispetto all'amministrazione dello Stato ed all'esecutivo, essendovi come unico elemento di comunicazione il nesso sotto il profilo finanziario. Ne deriva che lo *status* dei magistrati non può in alcun modo essere equi-

l'ammenda, alla sospensione temporanea, alla radiazione a vita. Cfr. L. DELGADO DEL RINCÓN, *La responsabilidad del Juez por la aplicación de la Ley*, in REVENGA SÁNCHEZ M., *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, (pp. 441-474), p. 470 e ss. In relazione al dibattito circa le riforme necessarie perché il CGPJ recuperi la propria funzione di assicurare la garanzia per l'indipendenza dell'ordine giudiziario, v. J. VEGAS TORRES, *El Consejo General del Poder Judicial como garantía de la independencia judicial*, in *Diario La Ley*, 7925, 2012, (pp. 1-17).

<sup>74</sup> Ai sensi dell'art. 124.4 Const. Esp. il *Fiscal General del Estado* è nominato dal Re su proposta del Governo. Inoltre, la dottrina sottolinea che il legame con il potere esecutivo dipende, funzionalmente, anche «*por la indudable significación política que tiene la función promotora de la justicia atribuida a la Institución y que tronca con las responsabilidades que en materia de Política Criminal se atribuyen al Ejecutivo y en virtud de la disposición contenida en el art. 8 del EOMF*». Cit. da P. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, p. 255.

<sup>75</sup> In Spagna la figura del Pubblico Ministero (*Ministerio Fiscal*) è indipendente rispetto ai giudici. Risponde gerarchicamente al *Fiscal General del Estado*, a sua volta nominato dal Governo, il che è alla base della posizione costituzionale ambigua di tale figura. In particolare, il *Fiscal General del Estado* secondo alcuni settori dottrinali è un mero strumento al servizio del governo e per altri una vera e propria autorità amministrativa indipendente. Il fatto che il p.m. non sia integrato nel *Poder Judicial* e il fatto che questi siano costituzionalmente sottomessi ai principi di unità di azione e dipendenza gerarchica fa sì che diversi autori propendano perché a questi non si applichi l'art. 121 della Costituzione. Altri, invece, sostengono l'opinione opposta, fondata sull'art. 60 del *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, ai sensi del quale «*la existencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirán en cuanto les sea de aplicación por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados*». La dottrina maggioritaria sostiene che tale interpretazione sia forzata, e conviene sull'applicabilità dell'art.106.2 Const. esp., ovvero al regime ordinario di responsabilità dello Stato. Cfr. M. COBO DEL ROSAL, *Art. 124. El Ministerio Fiscal*, in O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1998, (pp. 541-564); M. GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, in A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *El Poder Judicial, volumen I*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1983, (pp. 311-349); L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

parato agli altri funzionari dello Stato, con ripercussioni problematiche anche sotto il profilo della responsabilità<sup>76</sup>. L'indipendenza del potere giudiziario rispetto all'esecutivo appare dunque in termini netti se si considera che il *Consejo General del Poder Judicial* è l'unico organo deputato ad avere rapporti con il Governo e che quest'ultimo è pressoché assente per quanto riguarda la funzione giurisdizionale.

D'altra parte, come precedentemente ricordato, la Costituzione del 1978 è stata approvata in un clima favorevole a meccanismi di equilibrio fra pubblici poteri e cittadini, e la responsabilità patrimoniale dello Stato si è posta come elemento essenziale dello Stato sociale, grazie al quale si consolida l'idea che le conseguenze negative del funzionamento dei pubblici poteri nel perseguimento dell'interesse generale non debbano essere indebitamente sopportate dai singoli. Alla responsabilità pubblica la Costituzione spagnola ha dedicato diversi articoli (art. 9.3, 106.2 e 149.1.18<sup>77</sup>), che hanno segnato una nuova fase, rivoluzionaria rispetto alla precedente, quanto alla percezione stessa del ruolo dello Stato. Per ciò che riguarda la responsabilità per fatto del giudice, benché anche in Spagna siano state sollevate obiezioni attinenti alle prerogative di chi esercita la funzione giurisdizionale, alle speciali garanzie processuali e all'autorità del giudicato, la dottrina in linea teorica si dimostra ampiamente favorevole alla previsione di una forma di responsabilità (diretta e indiretta) del giudice. Infatti, è opinione comune che il carattere sovrano della funzione dovrebbe ostare, negli stessi termini, alla responsabilità dell'amministrazione o del legislatore, che invece, come noto, è ammessa in proporzioni sconosciute ad altri ordinamenti<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Ai sensi dell'art. 139.4 della Legge 30/1992, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)*, «La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial». In altri termini, Costituzione e leggi ordinarie differenziano chiaramente il regime relativo al *Poder Judicial* rispetto alle altre amministrazioni pubbliche, benché vi siano fondamento e categorie giuridiche comuni. I regimi di responsabilità civile e penale dei giudici da un lato e degli altri pubblici funzionari dall'altro sono formalmente separati, perché retti da leggi diverse e rispondenti a principi e regole non coincidenti.

<sup>77</sup> L'art. 9.3 stabilisce la responsabilità dei pubblici poteri. L'art. 106.2 colloca il diritto al risarcimento al più alto grado del diritto positivo. L'art. 149.1.18 stabilisce che la disciplina della responsabilità dei pubblici poteri rientra nella competenza esclusiva dello Stato, in modo da garantire la responsabilità di tutti i poteri dello Stato stabilendo un sistema comune a tutte le amministrazioni. In questo modo si intende evitare che la frammentata legislazione delle Comunità autonome conduca ad una asimmetria nell'uguaglianza di diritti e obblighi dei cittadini spagnoli stabilita nell'art. 139.1 della Costituzione.

<sup>78</sup> In Spagna sono ravvisabili due fondamentali tipi di responsabilità del legisla-



La responsabilità civile, dunque, si colloca in un contesto favorevole sotto il profilo culturale. Da un lato, vi è la consapevolezza che le garanzie processuali di per sé non impediscono la produzione di

tore. In primo luogo, vi sono le ipotesi derivanti dall'applicazione di leggi incostituzionali. Il TS negli ultimi decenni si è pronunciato diverse volte sul punto, e non di rado ha accordato un risarcimento per danni derivanti dall'applicazione di leggi successivamente dichiarate incostituzionali (TS, sent. 22-2-2000, Ar. 2329; sent. 29-2-2000, Ar. 2730; sent. 13-6-2000, Ar. 5939; sent. 15-7-2000, Ar. 7423). Il giudice a tal proposito ha affermato che «*en los casos donde la Ley vulnera la Constitución, evidentemente el Poder Legislativo habrá conculcado su obligación de sometimiento y la antijuridicidad que ello supone traerá consigo la obligación de indemnizar*». Cit. da TS, sent. 11-10-1991 (orientamento confermato in TS, sent. 29-2-2000). In questo caso, il TS non ha subordinato il risarcimento ad alcuna prova relativa all'elemento soggettivo, fatta salva la possibilità, per il TC, di limitare o modificare tale principio nelle rispettive dichiarazioni di incostituzionalità. Completamente diverso è il caso di responsabilità per attività compatibile con la Costituzione, il cui fondamento è costituito dai principi generali del diritto quali la buona fede e il legittimo affidamento, la cui violazione è oggetto di valutazione del giudice, secondo le circostanze di ogni caso (TS, sent. 11-10-1991). «*Se trata de una actividad lícita que, sin dejar de serlo, comporta la obligación de resarcir el daño que esa actividad lícita hubiere causado; en el segundo (derivada la inconstitucionalidad de la Ley), se trata de la responsabilidad nacida de una actividad antijurídica del Poder Legislativo*». Vi è infine una terza ipotesi (TC, sent. 11-6-1987, n. 99), relativa agli effetti in termini patrimoniali della riforma che riduceva l'età pensionabile di alcuni pubblici dipendenti dai 70 ai 65 anni: «*junto a la responsabilidad nacida de la norma de contenido expropiatorio o la causada por la inconstitucionalidad de la Ley, se ha dado entrada a esta tercera vía de indemnización por los actos del Estado-legislador cuando merezcan algún género de compensación de los perjuicios económicos – graves y ciertos – que irroque al particular una ley constitucional y no expropiatoria*» (Cit. da TS, sent. 11-10-1991). Rimandando all'abbondante dottrina disponibile, segnaliamo che il criterio della violazione del legittimo affidamento è molto discusso dalla dottrina spagnola. Infatti, tale principio proviene dalla disciplina comunitaria relativa alla responsabilità della Comunità nei confronti dei cittadini, che prevede anche il requisito della violazione sufficientemente caratterizzata di una regola di diritto, concetto che non trova corrispondenze nel diritto spagnolo. È quindi logico che i tribunali spagnoli abbiano applicato tale criterio con particolare cautela. A tal proposito, v., ad es., TS, sent. 13-2-1997, relativa alla soppressione dell'attività professionale degli agenti doganali, come conseguenza dell'adesione alla Comunità europea. Fra le migliori voci critiche, v. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Estudios de Derecho Público Económico*, 159, 2002, (pp. 173-208); l'opinione opposta è espressa in G. ARIÑO ORTIZ e F. VELASCO CABALLERO, *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del sector eléctrico*, in A. CALONGE VELÁZQUEZ e J.L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, (pp. 87-134), p. 103. V. anche J.F. MESTRE DELGADO, *La responsabilidad del Estado Legislador*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2004, (pp. 97-179), p. 179.

un danno, e la loro funzione non è in conflitto con una forma anche penetrante di riparazione dei c.d. «danni da processo». Dall'altro, il principio di *res judicata* non ne viene intaccato poiché il contenuto di una decisione rimarrebbe intatto; semplicemente, vi si aggiungerebbe una seconda decisione con elementi distinti rispetto al primo. Tale impostazione, in altri termini, risulta del tutto conforme ai recenti orientamenti della Corte di giustizia che, invece, pongono non pochi problemi nelle altre esperienze considerate. Anche la questione dell'indipendenza viene facilmente risolta sostenendo che l'applicazione dello strumento risarcitorio non turba gli equilibri istituzionali prestabiliti, che trovano nel principio di responsabilità, così come nell'esistenza di più gradi di giudizio, o nella previsione del *recurso de amparo*<sup>79</sup>, imprescindibili elementi di integrazione. Come detto, lo stato di diritto e la separazione dei poteri, in relazione ai quali lo strumento risarcitorio costituisce logico corollario, integrano il fondamento ideologico della Costituzione del 1978<sup>80</sup>. Qualunque soggetto operante a nome dello Stato è direttamente responsabile dei propri comportamenti, e questo vale tanto più per quei soggetti che esercitano la funzione di rendere giustizia<sup>81</sup>.

Argomento diverso, e sicuramente fondato sotto un profilo extra giuridico, è quello che attiene alla sostenibilità economica di un sistema di questo tipo, ovvero alla compatibilità di un regime di responsabilità rispetto alla necessità di non sovraccaricare l'erario. È infatti opinione comune che con l'inaugurazione della fase democratica si sia bruscamente passati dalla retorica dello stato benefattore, propria della dittatura franchista, che imponeva ai cittadini di assumere su di sé stoicamente e fatalisticamente ogni conseguenza negativa imputabile allo Stato, ad una situazione di tutela probabilmente eccessiva, pericolosa sia sotto il profilo dei contraccolpi in materia di spesa pubblica sia nell'ottica della proliferazione delle azioni rivolte nei con-

<sup>79</sup> L'«*amparo constitucional*» è un rimedio per la tutela dei diritti riconosciuti negli artt. 14-29 della Costituzione spagnola che si esercita davanti al *Tribunal Constitucional* (art. 53.2). Si tratta di un ricorso straordinario e sussidiario, nel senso che, per essere esercitato, devono essere soddisfatte le condizioni previste dalla Costituzione e bisogna preventivamente aver esaurito le ordinarie vie di ricorso.

<sup>80</sup> Questo si verifica, ovviamente, anche per quanto concerne la responsabilità penale, disciplinata dal Codice penale (art. 446-449) e dalla LOPJ (artt. 405-409). Cfr. C. VIEITES PÉREZ, *Delitos de prevaricación, nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia. Efectos de la supresión del antejuicio*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 4, 1997, (pp. 1-15). La LOPJ stabilisce tre categorie di colpa integrante la *prevaricación judicial*, ovvero la colpa gravissima, grave e lieve (Art. 416, 1).

<sup>81</sup> Cfr. C. MOVILLA ÁLVAREZ, *La responsabilidad del Estado Juez*, in C. MOVILLA ÁLVAREZ, *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 1992, (pp. 437-479).

fronti dei pubblici poteri<sup>82</sup>. D'altra parte, però, i principi di tutela giudiziale effettiva e di responsabilità dei pubblici poteri ex art. 24.1 e 9.3 *Const. esp.*<sup>83</sup>, così come il fatto che il ruolo dei giudici sia circondato da minore prestigio rispetto ad altre esperienze europee, costituiscono fondamento giuridico e preconditione culturale per una loro ampia responsabilizzazione.

In questo quadro si pone il principio di responsabilità patrimoniale dello Stato per fatto del giudice, espressamente riconosciuto nell'art. 121 della Costituzione Spagnola<sup>84</sup> e negli artt. 292 – 297 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* del 1985<sup>85</sup>. Il principio è del tutto assestato nella giurisprudenza e ampiamente accettato dalla dottrina<sup>86</sup>. D'altra parte, in applicazione dell'art. 10.2 della Costituzione spagnola, la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali integra il diritto spagnolo, per cui l'art. 6.1 in materia di riparazione per l'irragionevole durata dei processi costituisce altra fattispecie di responsabilità dello Stato per fatto del giudice<sup>87</sup>. Infine, l'ordinamento prevede una specifica forma di in-

<sup>82</sup> Cfr. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit., p. 13; L. MARTÍN REBOLLO, *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, in *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, (pp. 317-372), p. 319.

<sup>83</sup> Cfr. J. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad del Estado Juez*, in J. DÍAZ DELGADO, *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 283-331), pp. 288-289.

<sup>84</sup> Art. 121 CE: «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

<sup>85</sup> Exposición de motivos n. 9: «se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable».

<sup>86</sup> Cfr., ad es., STSJ de Madrid, Sala de lo Civil y Penal, de 4 de abril de 2001 (FJ 19): «en el Derecho español existe un amplio reconocimiento de la responsabilidad del juez en las esferas civil, penal y disciplinaria, Incluso se admite la responsabilidad objetiva en los supuestos de error judicial, con los requisitos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El ordenamiento español es posiblemente uno de los más abiertos al reconocimiento de la responsabilidad judicial en el Derecho comparado». Come vedremo nel Capitolo IV, a differenza del sistema francese, nel caso spagnolo non esiste una distinzione fra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, quindi è possibile riferirsi ai giudici nel loro complesso, eccezion fatta per i giudici militari.

<sup>87</sup> Oltre all'art. 10.2 ai sensi del quale «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», ricordiamo

dennizzo connessa al malfunzionamento del *Tribunal Constitucional*<sup>88</sup>.

Come precedentemente accennato, nel diritto spagnolo esiste un sistema binario di responsabilità patrimoniale per fatti imputabili alla funzione giurisdizionale, costituito da ipotesi di responsabilità diretta del giudice, accanto a fattispecie di responsabilità diretta dello Stato. Vi è dunque una forma di responsabilità civile diretta per danni dolosi o colposi causati da giudici e magistrati nell'esercizio delle loro funzioni, regolata dagli artt. 411 e 413 LOPJ (con art. 297 LOPJ) e 266.1 e 403.2 LEC del 2000. In secondo luogo, vi è una responsabilità patrimoniale dello Stato per errore giudiziario, funzionamento anomalo dell'Amministrazione della giustizia e ingiusta detenzione (*prisión preventiva ilícita o indebida*) (artt. 292-296 LOPJ)<sup>89</sup>. Peraltro, si tratta di due binari che non si escludono vicendevolmente, fatto salvo il principio che il risarcimento non può eccedere l'entità del danno subito<sup>90</sup>. È quindi possibile che i soggetti danneggiati agiscano anche simultaneamente sia nei confronti del soggetto colpevole ex artt. 411-413 LOPJ, sia nei confronti dell'Amministrazione della giustizia, e nel caso in cui lo Stato proceda al risarcimento dei danni, il giudice non debba rispondere nei confronti del danneggiato (in modo da evitare un arricchimento ingiu-

l'art. 96.1 della Costituzione secondo cui «*Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*».

<sup>88</sup> Con la *Ley 13/2009, de 3 de noviembre*, è stato introdotto il comma 5 all'art. 139 della LRJ-PAC, relativa al risarcimento dei danni derivante dal anomalo funzionamento del *Tribunal Constitucional* in casi di ricorso di *amparo* o di questione di incostituzionalità. Cfr. STS, Sala de lo contencioso administrativo, de 26 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 5692). La questione è approfondita in I. SALAMA, *La responsabilidad por el funcionamiento del Tribunal Constitucional*, in J. FUENTES BARDAJÍ, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, (pp. 748-756).

<sup>89</sup> L'art. 292.1 LOPJ stabilisce che «*los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo de Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título*». Come vedremo, la traduzione in italiano dell'istituto dell'*error judicial* non deve indurre a considerare che vi sia perfetta analogia rispetto all'errore giudiziario di cui all'art. 629 e ss. c.p.p. italiano. Sul tema torneremo nel Capitolo IV.

<sup>90</sup> Ai sensi dell'art. 297 LOPJ, «*lo dispuesto en los artículos no obstará a la exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados, por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley*».

stificato), fatto salvo il diritto di rivalsa dello Stato nei confronti del giudice ex art. 296.1 LOPJ<sup>91</sup>.

La responsabilità dello Stato per *error judicial* o per *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* non è necessariamente associata ad una qualche colpa o negligenza da parte del magistrato, poiché la sua finalità non è sanzionatoria, ma puramente riparatoria dei danni causati ai cittadini. Dunque, l'elemento soggettivo non è presupposto della responsabilità dello Stato, né inciderà sulla quantificazione del danno; tuttavia potrà essere rilevante in relazione al soggetto che deve farsi carico del risarcimento<sup>92</sup>. Viceversa, la colpa del soggetto danneggiato nella produzione del danno può incidere fino ad escludere la responsabilità dello Stato<sup>93</sup>. Inoltre, l'esistenza di una responsabilità personale del giudice per dolo o colpa grave non esclude la responsabilità dello Stato per *error judicial* o *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, né costituisce un presupposto della stessa<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Come vedremo nel dettaglio, la biforcazione della disciplina non ha effetti pratici rilevanti, poiché il soggetto danneggiato sarà comunque propenso ad agire nei confronti dello Stato, sia perché la responsabilità di quest'ultima ha carattere oggettivo, sia perché l'amministrazione è in ogni caso un soggetto sicuramente solvente. Cfr. J.P. QUINTANA CARRETERO, *Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez*, in J.P. QUINTANA CARRETERO, *La responsabilidad personal del juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, (pp. 419-544), pp. 471-472.

<sup>92</sup> Viceversa, è presupposto necessario nella responsabilità diretta.

<sup>93</sup> Una tale ipotesi è disciplinata dall'art. 295 della LOPJ, ai sensi del quale «*en ningún caso habrá lugar a indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado*». In questo modo, i giudici possono limitare il risarcimento del danno, a seguito di una valutazione circa la compensazione dell'illiceità della condotta dell'amministrazione con l'imputabilità del danno al comportamento del soggetto che ha esercitato l'azione di risarcimento. SSTS del 12 maggio 1982 e del 28 gennaio 1993. A proposito della c.d. «*compensación de culpas*», v. I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 446-470. Tuttavia, è probabile che il giudice, nel caso dell'illecito comunitario, tenda a non applicare troppo rigidamente tale norma, in considerazione del fatto che la normativa comunitaria tende perlopiù a tutelare le posizioni giuridiche soggettive rispetto alle condotte dei pubblici soggetti. A tal proposito, v. la Sent. *Audiencia Nacional*, 7 maggio 2002 (RJCA 2002, 634) in cui il giudice si discostò nettamente dalla posizione sostenuta dall'Avvocato di Stato, secondo il quale la responsabilità dello Stato era attenuata dal comportamento degli attori, che risultava contrario ai principi di buona contrattazione, dal che discendeva una richiesta di riduzione del risarcimento al 50 per cento delle somme reclamate. Per un commento a tale riguardo, v. F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Responsabilidad patrimonial del Estado Español frente a particulares por incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva 94/57/CE. Comentario a la SAN de 7 de mayo 2002 (RJCA 2002, 634)*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 2003 - 2, (pp. 253-266), p. 263.

<sup>94</sup> Come vedremo dettagliatamente nel prossimo capitolo, le differenze fra le due

La disciplina di responsabilità dello Stato prevede tre diverse ipotesi da cui può derivare la condanna al risarcimento del danno: il funzionamento anomalo della giustizia, l'errore giudiziario e l'ingiusta detenzione. Tale strutturazione è stata invero aspramente criticata dalla dottrina maggioritaria, poiché la seconda e la terza fattispecie costituiscono, secondo questa tesi, nient'altro che specifiche ipotesi rientranti nella prima, ragione per la quale, la distinzione da parte dell'art. 121 della Costituzione avrebbe potuto essere evitata<sup>95</sup>. D'altra parte, vi è un settore dottrinale che sostiene che l'errore giudiziario possa presentarsi anche in mancanza di funzionamento anomalo della giustizia, e il *Tribunal Supremo* ha più volte affermato che errore giudiziario e funzionamento anomalo della giustizia hanno fondamento giuridico distinto e sono diversi sia in quanto alla dichiarazione sia in quanto al riconoscimento<sup>96</sup>. Infatti, l'errore giudiziario è proprio dell'attività giurisdizionale manifestamente erronea che si esprime in atti giurisdizionali formalizzati, quali ordinanze o sentenze, mentre il funzionamento anomalo si manifesta in oggettive anomalie prodotte durante l'espletamento della funzione giurisdizionale, ovvero in qualunque difetto nell'attività di giudici e tribunali<sup>97</sup>. Da una parte vi è,

ipotesi sono rilevanti non solo in relazione al soggetto passivo, ma anche nei presupposti della responsabilità, nella procedura applicabile e nel giudice competente.

<sup>95</sup> Cfr. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad del Estado Juez*, cit. p. 316; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La responsabilidad patrimonial del Estado-juez*, in *Revista del Poder Judicial*, 12, 1984, (pp. 61-70), p. 61 e ss.; MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit., pp. 138-139; GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit. pp. 327 - 330; J. SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, in A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *El Poder Judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (pp. 2515-2586), pp. 2543-2544; J. TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, enero-abril 1985, (pp. 71-124), p. 91 e ss.; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Poder Judicial y Responsabilidad*, cit., pp. 142-143.

<sup>96</sup> Cfr. DÍAZ DELGADO, *La responsabilidad del Estado Juez*, p. 317; J. ALMAGRO NOSETE, *El sistema español de responsabilidad judicial*, in A. AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, *El Poder judicial*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (pp. 449-491), pp. 459 e 477; J. MONTERO AROCA, *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 113; V. GUZMÁN FLUXÁ, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 133-137. Per quanto riguarda le pronunce del TS, v., da ultimo, SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de abril de 2000 (RJ 2000/5483, rec. 1311/1996).

<sup>97</sup> Cfr. QUINTANA CARRETERO, *Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez*, pp. 472-473. Tale orientamento è espresso dal *Tribunal Supremo* in STS, Sala de lo Contencioso - Administrativo, de 21 de marzo de 2006

dunque, una risoluzione giudiziale manifestamente erronea da cui deriva direttamente un danno ai cittadini. Dall'altra vi sono tutti gli altri danni connessi all'attività giurisdizionale o derivanti da qualunque difetto dell'amministrazione della giustizia, concepita come complesso organico che integra soggetti, servizi, strumenti ed attività<sup>98</sup>. Ne derivano diverse conseguenze dal punto di vista giuridico. In caso di errore giudiziario è infatti richiesta la previa dichiarazione in giudizio dell'errore giudiziario, secondo il procedimento specifico previsto dalla LOPJ (artt. 292 – 297)<sup>99</sup>, mentre in caso di funzionamento anomalo si rinvia al procedimento amministrativo nei termini previsti dall'art. 292 LOPJ.

Come vedremo meglio nel prossimo capitolo, l'ambigua fattispecie stabilita nell'art. 121 Cost. esp. comprende ipotesi eterogenee. A proposito della prima (*Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*), bisogna riferirsi al concetto elaborato dalla giurisprudenza, che pare quanto mai indeterminato<sup>100</sup>. Il *Tribunal Constitucional* è

(*recurso de casación 263/2002*): «*mientras la administración por causa de error debe ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca, a tenor del art. 293.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la reclamación por los daños causados como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia no exige una previa declaración judicial, sino que se formula directamente ante el Ministerio de Justicia, en los términos prevenidos en el art. 292 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*».

<sup>98</sup> Cfr., oltre alle sentenze già citate, SSTS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 5 de febrero de 1992 (RJ 1992/212). Cfr. A.R. HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *El error judicial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Trivium, Madrid, 1995, p. 86.

<sup>99</sup> Per ottenere il risarcimento a seguito di errore giudiziario bisogna seguire un tortuoso percorso disciplinato dalla LOPJ: esaurimento dei ricorsi ordinari (art. 293.1-f), constatazione dell'errore giudiziario tramite procedimento specifico (art. 293 LOPJ), ricorso amministrativo davanti al Ministero della Giustizia, esercitato ai sensi della disciplina sulla responsabilità patrimoniale dello Stato (art. 293.2). SSTS, *Sala de lo Contencioso-Administrativo*, de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999/2234, recurso de casación 1628/1991) e 18 de abril de 2000 (Rec. 1311/1996). Come vedremo nel corso della trattazione, tale disciplina è stata giudicata compatibile con il principio di effettività del diritto europeo dalla *Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*, de 10 de febrero de 2009.

<sup>100</sup> Secondo quanto affermato dal TS, «*el concepto de anormalidad en el funcionamiento de la Administración constituye un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado*». Cit. da SSTS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 19 de febrero de 2002 (Aranzadi 2002/2956). Cfr. P. ACOSTA GALLO, *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de Justicia*, Tirant lo Blanch-Editorial Montecorvo, Valencia, 2005, p. 190. Il tema è approfondito in J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia: dilaciones indebidas*, in J. GARCÍA BERNALDO DE QUEIRÓS, *Nuevas líneas doctrinales*

stato molto attivo a tal proposito, sostenendo che in questa categoria dai contorni sfumati possono rientrare anche ipotesi di irragionevole durata del processo. Ad avviso del giudice costituzionale il diritto ad un «proceso *sin dilaciones indebidas*», riconosciuto dall'art. 24.2 della Costituzione, oltre che dalla Convenzione europea più volte ricordata, impone ai giudici ed ai tribunali il dovere di agire con la celerità che permetta una durata ragionevole delle controversie, e d'altra parte ha distinto fra il diritto fondamentale riconosciuto nell'art. 24 e la fattispecie ex art. 121 di cui ci stiamo occupando, la cui esclusiva finalità consiste nella riparazione dei danni derivanti dalla violazione di tale diritto<sup>101</sup>. Perché si verifichi tale fattispecie è però necessario che l'anomalia del funzionamento sia dichiarata in una sentenza, la quale costituisce presupposto necessario per l'esercizio dell'azione di risarcimento<sup>102</sup>.

Come vedremo nel prossimo capitolo, l'*error judicial* nella sostanza è una sottocategoria del *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. Di conseguenza, il soggetto danneggiato, qualora non sia in grado di provare la colpa grave, può agire esclusivamente nei confronti dello Stato, che risponde, di per sé, a prescindere dalla dimostrazione dell'elemento soggettivo. In un caso di questo genere saranno competenti le camere del contenzioso amministrativo, che applicheranno il diritto amministrativo, così come in riferimento ad ogni altro soggetto pubblico<sup>103</sup>. Tale fattispecie si verifica anche in relazione all'ingiusta detenzione, prevista dagli artt. 26 e 34 del *Código Penal*, da cui può derivare una forma di responsabilità dello Stato (LOPJ art. 294)<sup>104</sup>. Riservandoci di tornare su tale

*y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración*, Consejo General del Poder Judicial-Marcial Pons, Madrid, 2002, (pp. 91-150). V. anche E. COBREROS MENDAZONA, *Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización*, in *Revista de Administración Pública*, 177, 2008, (pp. 31-69), p. 37 e ss.

<sup>101</sup> Cfr. SSTC 4/2007, de 15 de enero, e 178/2007, de 23 de julio. Per quanto riguarda la distinzione fra diritti tutelabili con ricorso di *amparo* e riparazione per violazione dello stesso diritto: SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 5/1985 de 23 de enero; 50/1981 de 21 de febrero; 146/2000 de 29 de mayo.

<sup>102</sup> Sul tema torneremo nel corso della prossima sezione.

<sup>103</sup> Troveranno dunque applicazione la Legge 27 dicembre 1956 «Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» e la Legge 29 del 13 luglio 1988 «Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

<sup>104</sup> Cfr. C. MOVILLA ÁLVAREZ, *Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta*, in *Cuadernos de derecho judicial*, XVIII, 1996, (pp. 341-388). Sui recenti mutamenti di giurisprudenza, cfr. J. MARTÍ MARTÍ, *La revisión de la doctrina del «error judicial» en los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución*, in *Diario La Ley*, 7617, 2012, (pp. 1-18).



fattispecie, ricordiamo che la questione fondamentale dibattuta in dottrina attiene alla possibilità di considerarla o meno come una forma di malfunzionamento della giustizia. Secondo la tesi contraria, che si fonda su un'interpretazione ancorata alla lettera dell'art. 294, comma 1 LOPJ, rientrerebbe nel funzionamento normale della giustizia, con le importanti conseguenze giuridiche di cui diremo in seguito<sup>105</sup>.

I casi di funzionamento anomalo della giustizia e di ingiusta detenzione integrano una responsabilità dello Stato nei confronti dei soggetti danneggiati<sup>106</sup>. Anche in questo caso, la legge stabilisce una forma di rivalsa, anche se nella pratica non è mai stata esercitata<sup>107</sup>.

È prevista, d'altro lato, una forma di responsabilità diretta dei giudici. L'articolo 411 della LOPJ stabilisce che «*Los jueces y magistrados responderán civilmente por los daños y perjuicios que causaren cuando, en el desempeño de sus funciones, incurrieren en dolo o culpa*». In virtù dell'art. 1093 cod. civ. si tratta di una forma di responsabilità civile extra-contrattuale, per cui i magistrati rispondono direttamente con il loro patrimonio dei danni ingiusti ad essi imputabili<sup>108</sup>. La responsabilità civile diretta dei magistrati è dunque condizionata

<sup>105</sup> Cfr. J.M. MARTÍNEZ-CARDUS RUIZ, *Prisión preventiva y obligación estatal de indemnización*, in *La Ley*, 1, 1988, (pp. 972-974).

<sup>106</sup> Come vedremo nella prossima sezione, nei casi di cumulo la LOPJ (Art. 296) stabilisce che si debba agire solo nei confronti dell'amministrazione della giustizia, ovvero dello Stato, che in un secondo tempo avrà titolo per rivalersi nei confronti del magistrato, sotto forma di responsabilità disciplinare. Cfr. VIEITES PÉREZ, *Delitos de prevaricación, nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia efectos de la supresión de antejuicio*, cit. Questo sistema risulta garantista nei confronti dei soggetti danneggiati non solo perché questi ultimi in tale ipotesi possono agire nei confronti di un unico soggetto, ma anche perché lo Stato, in questo modo, ex art. 296 LOPJ supplisce all'eventuale insolvenza del magistrato.

<sup>107</sup> Art. 296 LOPJ: «*el Estado responderá también de los daños que se producen por dolo o culpa grave de los jueces o magistrados, sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente*». Per un commento circa il mancato esercizio di tale azione, cfr. NIETO, *El desgobierno judicial*, cit., p. 226.

<sup>108</sup> A questo proposito, facciamo notare che non vi è alcun obbligo, per i magistrati, di stipulare un contratto di assicurazione per la responsabilità civile connessa all'esercizio della loro funzione, il che appare evidentemente criticabile, poiché vi è la possibilità che il magistrato non sia in grado di riparare i danni, il che porrebbe in pericolo l'effettivo e puntuale risarcimento. In ogni caso, nella maggior parte degli Stati europei i giudici non stipulano alcun contratto di assicurazione, e in questo senso i casi presi in considerazione costituiscono un'eccezione. Cfr. Y. DURAND, *La responsabilité de la justice et des juges en Espagne*, in M. DEGUERGUE, *Justice et responsabilité de l'État*, Presses universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 67-99), p. 90; G. CANIVET e J. JOLY-HURARD, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2006, (pp. 1049-1093), p. 1075. Sul tema torneremo nel Capitolo IV.

ad una condotta dolosa o colposa, ai sensi degli artt. 1092 del Codice civile e 101 del Codice penale.

A proposito della fattispecie dolosa, disciplinata dagli artt. 411 LOPJ e 266.1 e 403.2 LEC, occorre riferirsi, seppur incidentalmente, alla «*prevaricación judicial*», disciplinata dagli artt. 446-449 del *Código Penal*, che si fonda sulla violazione da parte del giudice del suo dovere di garantire la giustizia in esclusiva applicazione del diritto<sup>109</sup>.

L'altra ipotesi, consistente nell'errore giudiziario (previsto nell'art. 121 *Const. esp.* e sviluppato nella LOPJ, 1985, artt. 292 – 297), di per sé non esprime alcun contenuto giuridico preciso<sup>110</sup>. Infatti, né l'articolo 121 *Const. esp.* né la disciplina legale indicano una definizione di errore giudiziario e neppure elencano una serie di fattispecie da cui derivino conseguenze risarcitorie<sup>111</sup>. In termini generali, l'errore giudiziario si verifica quando il giudice ha condannato ingiustamente o agito scorrettamente, ma certamente tale definizione non aiuta a meglio comprendere l'essenza del concetto. A tal proposito, è quindi necessario riferirsi agli abbondanti contributi della dottrina, nonché alle sentenze del *Tribunal Supremo (TS)*, che a tal proposito, tuttavia, ha dimostrato una certa incoerenza fra dichiarazioni di principio, da un lato, e criteri applicati nel giudizio circa la sussistenza di reali ipotesi di errore giudiziale, dall'altro<sup>112</sup>. Infatti, se in termini teorici ha propugnato un'interpretazione estensiva di tale formula, al momento della valutazione circa la risarcibilità di danni derivanti da attività giurisdizionale si è sempre dimostrato molto prudente, ammettendo il risarcimento derivante da errore giudiziario solo in casi eccezionali<sup>113</sup>: per cui, in applicazione della dottrina del c.d. «*yerro*

<sup>109</sup> Cfr. M.A. ENCINAR DEL POZO, *La responsabilidad penal de los jueces y magistrados*, in J.P. QUINTANA CARRETERO, *La responsabilidad personal del juez*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, (pp. 51-101), p. 69.

<sup>110</sup> L'articolo 292.3 LOPJ stabilisce che «*la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola derecho a indemnización*». Per un'ampia disamina della giurisprudenza relativa al concetto di «*error judicial*», v. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2010, p. 151 e ss.

<sup>111</sup> Il che costituisce fondamentale elemento di distinzione rispetto alla disciplina italiana.

<sup>112</sup> A tal proposito è esemplificativa la *STS, Sala Segunda, de 12 de septiembre de 1991* (RJ 1991, 6150).

<sup>113</sup> Secondo una formula dello stesso TS, che ben sintetizza questo orientamento, «*el yerro judicial debe ser palmario, patente, manifiesto, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron partes o se sienten perjudicados*» (*STS, Sala Segunda, de 5 de octubre de 1987* (RJ 1987, 6959)) e in *STS, Sala Primera, de 25 de junio de 2003* (RJ 2003, 4264)). Tali riferimenti sono stati trovati in E. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad por actuaciones judiciales*.

*palmario*», il TS sarebbe disposto a condannare al risarcimento del danno in un ventaglio di ipotesi decisamente ridotto.

Anche in questo caso giova un breve riepilogo dell'esperienza considerata. Vi è un doppio sistema di tutele, consistente in una responsabilità diretta dei giudici ed in una responsabilità dello Stato. Il primo caso riguarda condotte dei giudici dolose o colpose<sup>114</sup>. Tuttavia, come vedremo meglio in seguito, la giurisprudenza ha dato dell'elemento soggettivo un'interpretazione particolarmente restrittiva, per cui tale fattispecie si è dimostrata del tutto inefficace nella tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Dall'altra parte, esiste una responsabilità (oggettivizzata) dello Stato per malfunzionamento della giustizia, errore giudiziario e ingiusta detenzione. Il fondamento della responsabilità dello Stato non è costituito dall'esistenza di una condotta colposa, ma ha proprio la funzione di coprire l'ambito «*de la responsabilidad sin culpa o por caso fortuito con fundamento en el riesgo*»<sup>115</sup>. In questo caso, tuttavia, l'intricata disciplina processuale, così come il consolidato orientamento restrittivo del *Tribunal Supremo*, hanno contribuito ad ostacolare sensibilmente l'ottenimento di un risarcimento anche tramite questo percorso<sup>116</sup>.

In realtà, benché si presentino come figure distinte, si tende a considerare la prima non come fattispecie autonoma, ma come ipotesi di responsabilità diretta dello Stato e solo indiretta del giudice, tramite

*El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario*, in *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 10, 2004, (pp. 289-316), pp. 313-314. A tal proposito l'autore segnala che spesso si trovano espressioni ancora più estreme, a proposito di pronuncie «*esperpénticas, absurdas, que rompen la armonía del orden jurídico*» (STS, Sala Primera, de 16 de julio de 1988 (RJ 1988, 4934), e in STS, Sala Primera, de 7 de julio de 2003 (RJ 2003, 4451)).

<sup>114</sup> La *Ley de Enjuiciamiento Civil*, negli artt. 266 e 403, stabilisce che i magistrati rispondano civilmente «*por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable irrogaren en el desempeño de sus funciones*». D'altra parte, la LEC ha abrogato la disciplina processuale della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 1881 in materia di responsabilità civile connessa alla funzione giurisdizionale senza disciplinare un procedimento speciale per queste fattispecie. Cfr. I. TAPIA FERNÁNDEZ, *Artículo 403*, in F. CORDÓN MORENO, T. ARMENTA DEU, J.J. MUERZA ESPARZA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, (pp. 1340-1345), p. 1345.

<sup>115</sup> Cit. da J.M. SERRANO ALBERCA e E. ARNALDO ALCUBILLA, *Artículo 121*, in F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, (pp. 1255-1260), p. 1987.

<sup>116</sup> Riservandoci di tornare sul punto nel corso del prossimo capitolo, cfr., per un'aggiornata rassegna della giurisprudenza del *Tribunal Supremo*, F. OLIVA BLÁZQUEZ, *Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable*, in *Dialnet*, 4, 2010, (pp. 1-57), p. 21 e ss.

l'eventuale esercizio dell'azione di rivalsa. È infatti alquanto probabile che il soggetto danneggiato da un giudice che abbia agito con dolo o colpa grave si rivolga in ogni caso nei confronti dello Stato, poiché l'azione nei confronti di quest'ultimo non impone all'attore alcun onere probatorio in relazione all'elemento soggettivo. Di conseguenza, in generale si tende a considerare che vi sia un'unica categoria di responsabilità dello Stato per anomalo funzionamento dell'amministrazione della giustizia e che, al suo interno, vi siano ipotesi di rivalsa nei confronti del magistrato. In questo senso, dunque, a fronte di un formante legale che sembra allontanare l'ordinamento spagnolo rispetto alle altre esperienze considerate, giurisprudenza e dottrina contribuiscono a riavvicinarlo.

Per quanto riguarda il funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia, comprendente anche le ipotesi di irragionevole durata del processo e ingiusta detenzione, e che secondo alcuni si pone nei confronti dell'ipotesi dell'errore giudiziario in rapporto di specie a genere<sup>117</sup>, bisogna rifarsi all'interpretazione della giurisprudenza, cui daremo ampio spazio nel prossimo capitolo. Tuttavia, anticipiamo che anche l'ipotesi del funzionamento anomalo, considerata sicuramente meno restrittiva, quanto meno sulla carta, nei confronti dei soggetti danneggiati, nella sostanza è stata resa perlopiù inefficace dalla giurisprudenza. La conclusione consiste nell'inoperatività della responsabilità diretta dei giudici derivante, secondo la dottrina, da una condizione fondamentalmente burocratica dell'amministrazione della giustizia in Spagna<sup>118</sup>. Secondo questa tesi, la responsabilità civile dei singoli soggetti mal si concilia con una struttura gerarchizzata costituita da funzionari, essendo invece più facilmente configurabile la responsabilità dell'organizzazione. D'altra parte, da tale esperienza è possibile dedurre che non solo la funzione del giudice, ma anche la struttura in cui questi si trova ad operare, comportano una prevalenza, nella sostanza quando non nella forma, della responsabilità dello Stato piuttosto che di quella diretta del giudice. Non solo per questioni di opportunità, collegate al fatto che il primo è sempre solvente, ma soprattutto perché l'elemento soggettivo psicologicamente caratterizzato è in questo ambito particolarmente difficile da provare. Il che dimostra, come vedremo meglio nel prosieguo della trattazione, che l'elemento psicologico, su cui deve comunque fondarsi la responsabilità patrimoniale dei giudici costituisce un percorso partico-

<sup>117</sup> Cfr. J.C. CALVO CORBELLA, *La responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia*, in J. FUENTES BARDAJÍ, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, (pp. 724-748), p. 729.

<sup>118</sup> Cfr. NIETO, *El desgobierno judicial*, cit., p. 229.

larmente disagiata ai fini della tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Anche nel caso spagnolo si è posto il problema della convivenza con la giurisprudenza europea. Se ci concentriamo sulla disciplina di diritto sostanziale, la legge spagnola, a differenza di quella italiana attualmente in vigore, non rivela profili di incompatibilità. Altro aspetto, per ora segnalato dalla dottrina e solo in un caso affrontato in sede giudiziale, riguarda il conflitto fra l'orientamento del *Tribunal Supremo* in materia di errore giudiziario e i requisiti elaborati dalla Corte di giustizia<sup>119</sup>.

<sup>119</sup> «*La exigencia de que el error judicial sea ilógico, irracional, incontrovertido, objetivo, patente indubitado, palmario, insensato, extravagante, esperpéntico, disparatado o absurdo se aleja ostensiblemente del requisito comunitario de que la infracción esté suficientemente caracterizada, de modo que resultaría en la práctica imposible o excesivamente difícil la obtención por el perjudicado de la indemnización*». Cit. da GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit., p. 135. Per ora l'unica sentenza emessa da un tribunale spagnolo, di applicazione dell'illecito comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale è la *Sent. de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 10 de febrero de 2009*. Nel caso di specie, la parte richiedeva un risarcimento del danno derivante dalla sentenza dettata (in grado di appello) dalla quarta sezione dell'ordine contenzioso-amministrativo dell'AN. Secondo le allegazioni attoree, il giudice era incorso in un errore manifesto e grave nell'interpretazione e applicazione del diritto comunitario, ovvero nell'applicazione del principio di proporzionalità nei casi di revoca di aiuti di Stato e, d'altro canto, aveva violato l'obbligo di proporre questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 TCE. Il soggetto danneggiato non aveva promosso un ricorso per ottenere la previa dichiarazione di errore stabilita nell'art. 293 LOPJ, perché considerava che la propria pretesa non fosse circoscritta né alla fattispecie di funzionamento anomalo della giustizia, né all'errore giudiziale. Viceversa, sosteneva che si trattasse di una responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante direttamente dall'art. 10 TCE. Il danneggiato sosteneva che la disciplina prevista nella LOPJ fosse contraria al diritto comunitario, sotto un duplice profilo: da un lato perché prevede un termine di tre mesi per l'esercizio dell'azione destinata a dichiarare l'esistenza di un errore giudiziario; al contempo, la parte propose l'applicazione del termine annuale, previsto con carattere generale per l'azione di responsabilità patrimoniale delle Amministrazioni Pubbliche, se non quello, quinquennale, stabilito, come noto, a proposito della responsabilità delle istituzioni comunitarie. In secondo luogo, perché la responsabilità per errori giudiziari in diritto spagnolo è limitata ai casi più gravi di applicazione e interpretazione del diritto, e pertanto risulta incompatibile con il principio di effettività. Secondo tale prospettazione, in mancanza di una via processuale prestabilita, l'organo amministrativo competente a pronunciarsi dovrebbe essere il CdM, in quanto organo amministrativo di grado più elevato dell'amministrazione statale, in cui è impersonificato il centro di imputazione della responsabilità per atti del potere legislativo, così come affermato dal TS e come si desume dalla Ley 30/1992. Il giudice si è espresso direttamente circa la compatibilità della disciplina nazionale con il diritto comunitario, e, in particolare, con il principio di effettività. A proposito del termine trimestrale, decorrente «*a partir del día en que pudo ejercitarse la acción*», la AN ha

Il tema si presenta in termini assolutamente diversi se si azzarda un giudizio prognostico circa la compatibilità della disciplina processuale nazionale con il principio di effettività del diritto dell'Unione. Sotto questo profilo, tuttavia, ogni riflessione che non si accompagni ad una qualche pronuncia di un giudice nazionale, rischia di essere un esercizio privo di contenuto. L'unica sentenza disponibile a tale riguardo, infatti, non costituisce di per sé elemento sufficiente per esprimere un giudizio che non sia meramente provvisorio<sup>120</sup>.

Il tema sarà approfondito nel corso del prossimo capitolo.

### 3. *La responsabilità per fatto del giudice in Italia*

In relazione alla funzione ed allo status dei soggetti che svolgono la funzione giudicante, l'ordinamento italiano condivide con gli altri sistemi considerati una parte consistente del proprio patrimonio giuridico. La soggezione del giudice alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), l'autonomia e l'indipendenza del potere giudiziario da ogni altro potere dello Stato (art. 104, primo comma, Cost.), collocano l'esperienza italiana nel solco della tradizione europea continentale<sup>121</sup>.

escluso l'incompatibilità con il diritto comunitario: infatti, si tratta di un termine relativo ad un'azione destinata ad accertare l'esistenza di un errore relativo ad un caso già giudicato, per cui il paragone con i termini per l'esercizio dell'azione non sembra corretto. A proposito della presunta incompatibilità con il secondo presupposto enunciato dalla Corte di giustizia, il giudice nazionale esclude ogni contrasto con il concetto di *error judicial*. Infatti, tale concetto non è specificato da una disposizione legislativa, ma, viceversa, emerge da un orientamento del TS che, in qualsiasi momento e a seconda delle circostanze del caso, potrebbe allinearsi con la Corte di giustizia. È infatti chiaro che la parte non è dispensata dal ricorrere alla via giudiziale prevista dall'ordinamento spagnolo fondandosi sulla mera supposizione che il TS rigetterà l'azione. Inoltre, l'orientamento restrittivo del TS non risulta contrario alla giurisprudenza comunitaria, che, nella sentenza Traghetti del Mediterraneo, ha stabilito un aggravamento del secondo presupposto nel caso di illecito imputabile ad organo giurisdizionale.

<sup>120</sup> Ci riferiamo all'appena citata *Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 10 de febrero de 2009*, secondo cui il termine di tre mesi stabilito dall'art. 293 della LOPJ per ottenere la dichiarazione dell'errore giudiziario non è in contrasto con il principio di effettività. Tale sentenza è commentata in D. CÓRDOBA CASTROVERDE, *Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del derecho comunitario*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, mayo 2009, (pp. 12-23).

<sup>121</sup> Come noto, a differenza dell'esperienza spagnola, i pubblici ministeri e i giudici in Italia integrano lo stesso corpo di funzionari, quello dei magistrati, benché diverse siano le loro funzioni. Il Titolo IV della Costituzione è dedicato alla magistratura, che costituisce un ordine unitario. L'art. 107.3 stabilisce che i magistrati si distinguano unicamente per la diversità delle loro funzioni. Il reclutamento avviene

D'altra parte, questi stessi principi, cui si aggiunge l'art. 28 ai sensi del quale «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»<sup>122</sup>, costituiscono le coordinate fondamentali in cui si colloca il principio di responsabilità patrimoniale per i danni imputabili alla funzione giurisdizionale.

La responsabilità civile dei magistrati, al centro di aspre polemiche

attraverso un unico concorso pubblico (art. 1 d.lgs. n. 160), e a richiesta è possibile passare da una funzione all'altra senza addurre circostanze eccezionali che motivino il passaggio, anche se l'ultima riforma ha introdotto rigorose incompatibilità territoriali ed un complesso di previsioni volte ad assicurare l'idoneità del richiedente alla nuova funzione (art. 13, comma 3 e 4, d.lgs.160). Tradizionalmente, un'altra differenza rispetto al sistema francese attiene al fatto che i p.m. italiani (così come i giudici, ovviamente) non possono essere spostati da un ufficio all'altro se non a loro richiesta (inamovibilità). Tuttavia, questa differenza, a seguito della legge 20 giugno 2007, n. 111, dell'ordinamento giudiziario, tende ad assottigliarsi. A differenza del caso spagnolo, i p.m. hanno il monopolio dell'esercizio dell'azione penale e il potere di dirigere la polizia durante la fase delle indagini. Sia giudici sia pubblici ministeri sono sottoposti al Consiglio Superiore della Magistratura, organo di autogoverno indipendente dal potere esecutivo (il che allontana il sistema italiano dal caso francese). Quest'ultimo è titolare del potere disciplinare. L'azione può essere promossa dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione o dal Ministro della giustizia (art. 107.3 Cost.) a sua discrezione (art. 9(3)). Cfr. M. CICALA, *Rassegna sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2004, (pp. 203-225). Il decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 (modificato con legge 24 ottobre 2006, n. 269) ha ampiamente ristrutturato il sistema disciplinare, passando dalla discrezionalità all'obbligatorietà della relativa azione, stabilendo una tipizzazione analitica delle fattispecie disciplinari, istituendo un capillare reticolo di segnalazione dei fatti potenzialmente illeciti, definizione di una nuova gamma di sanzioni, ecc. Cfr. L. PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Questione giustizia*, 4, 2007, (pp. 651-676), p. 672 e ss. Per una complessiva analisi anche in prospettiva comparata dell'ordinamento giudiziario italiano, cfr. G. DI FEDERICO (cur.), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004. Alcune caratteristiche proprie del sistema italiano, per esempio in materia di relazione fra giudici e pubblici ministeri, sono indicate come modello da imitare da organi consultivi quali il Comitato dei Ministri al Consiglio d'Europa. Cfr. «Raccomandazione REC (2000)19 agli Stati Membri sul ruolo del pubblico ministero nell'ordinamento penale (adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, nella 724ª riunione dei Delegati dei Ministri)».

<sup>122</sup> A garanzia del soggetto leso, il secondo paragrafo stabilisce che «in tali casi, la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici». La Corte Costituzionale con la sentenza n. 18/1989 ha spiegato che l'art. 28 Cost. fissa la regola generale, valida per tutti i funzionari e i dipendenti pubblici (e, quindi, anche per i magistrati), della loro responsabilità per «gli atti compiuti in violazione di diritti», secondo «le leggi penali, civili ed amministrative», ma al contempo demanda al legislatore la previsione di una disciplina speciale che tenga contestualmente in conto i principi costituzionali dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice.

che politiche in particolare negli anni '70 e '80, è stata disciplinata dalla c.d. Legge Vassalli, l. 13 aprile 1988, n. 117 («Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati»), a seguito di referendum (celebrato l'8 e 9 novembre 1987) approvato con amplissimo consenso, anche sull'onda emotiva di clamorosi errori giudiziari<sup>123</sup>. L'intervento legislativo che ne è derivato era dunque orientato a garantire i beni e i diritti dei cittadini danneggiati a seguito di condotte illecite dei magistrati, senza pregiudicare l'indipendenza della magistratura<sup>124</sup>. Il tentativo di accogliere le sollecitazioni provenienti dall'esito referendario tutelando, al contempo, le prerogative di chi esercita la funzione giurisdizionale, ha condotto ad un testo di legge che è stato oggetto di critiche incrociate, in quanto del tutto sterile sotto il profilo pratico<sup>125</sup>. Anche per queste ragioni, la responsabilità civile dei magistrati è stata tema di bandiera di alcuni partiti politici anche in un momento successivo all'approvazione del referendum, e le istanze di riforma si sono susseguite secondo un ritmo costante<sup>126</sup>. Prima di affrontare tali aspetti,

<sup>123</sup> Su tutti, si pensi alla drammatica vicenda di Enzo Tortora, presentatore televisivo condannato nel 1985 per concorso esterno in associazione camorristica e traffico di sostanze stupefacenti, e successivamente assolto con formula piena in Appello (con sentenza confermata in Cassazione) dopo sette mesi di reclusione e cinque mesi di arresti domiciliari. Il referendum riguardava gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c., che disciplinavano la responsabilità civile del magistrato stabilendo che il giudice potesse essere civilmente responsabile solo qualora fosse «imputabile di dolo, frode o concussione nell'esercizio delle sue funzioni o quando, senza giustificato motivo, avesse rifiutato, omesso o ritardato di provvedere sulle domande o sulle istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero». Per una più ampia disamina di tale disciplina, cfr. V. AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, in *Persona e danno*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2010, (pp. 1-37), p. 7.

<sup>124</sup> Come vedremo meglio nel prossimo capitolo, l'art. 1 stabilisce che la disciplina è applicabile agli appartenenti a tutte le magistrature, senza distinzione tra magistratura ordinaria e magistrature speciali. Vi rientrano anche i giudici di pace, i giudici onorari di tribunale e i vice procuratori, nonché i c.d. «estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria», ovvero coloro che sono chiamati a svolgere determinate funzioni giurisdizionali in ragione di precise competenze tecniche ed esperienze professionali, quali gli appartenenti ad organi collegiali specializzati o ai cittadini che ricoprono l'incarico di giudici popolari delle corti d'assise e delle corti d'assise d'appello, ai componenti dei tribunali e delle sezioni per i minorenni delle corti d'appello, agli esperti delle sezioni specializzate agrarie presso i tribunali e le corti d'appello.

<sup>125</sup> Come vedremo meglio nel prossimo capitolo, le sentenze che hanno accordato il risarcimento sono rarissime. Per una rassegna, cfr. M. CICALA, *Rassegna di giurisprudenza sulla responsabilità civile dei magistrati*, in [www.giustiziacarita.it](http://www.giustiziacarita.it).

<sup>126</sup> In particolare, dal Partito Radicale, dal Partito Socialista Italiano e dal Partito Liberale Italiano (promotori del precitato referendum). Inoltre, durante la c.d. Seconda Repubblica sono state avanzate molte proposte di riforma, fra le quali ricor-



finora menzionati solo a dimostrazione dell'attualità del tema e dell'attenzione riservata non solo dagli specialisti ma anche dall'opinione pubblica e dal legislatore, è necessario tratteggiare gli aspetti fondamentali della disciplina in vigore.

La l. 117/88 prevede una responsabilità diretta dello Stato che ha diritto di rivalsa nei confronti del magistrato entro limiti stabiliti<sup>127</sup>. Il caso italiano, dunque, al pari del caso francese e a differenza di quello spagnolo, non conosce una forma di responsabilità diretta del magistrato, ma solo indiretta e limitata sotto il profilo quantitativo: «pari al terzo di una annualità dello stipendio, al netto delle trattenute fiscali, percepito dal magistrato al tempo in cui l'azione di risarcimento è proposta, anche se dal fatto è derivato danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità»<sup>128</sup>. Elemento, questo, che ad alcuni è sembrato in contrasto con l'art. 28 della Costituzione, e su cui i progetti di riforma attualmente al vaglio del Parlamento sono in aperto contrasto<sup>129</sup>.

diamo: Camera dei Deputati, 11 dicembre 1996, n. 2689; 16 gennaio 2002, n. 2148; 8 luglio 2002, n. 2979; 8 novembre 2002, n. 3371; 4 febbraio 2005, n. 5595; 4 maggio 2006, n. 477. Le proposte di riforma sono state particolarmente abbondanti anche in tempi recenti: a tali iniziative faremo riferimento nel corso del capitolo.

<sup>127</sup> Inoltre, il fatto che vi sia una copertura assicurativa per i danni connessi all'esercizio della funzione giurisdizionale, fa sì che il tenore sanzionatorio dell'eventuale condanna al risarcimento dei danni da responsabilità civile dei magistrati sia ulteriormente diminuita. Il tema sarà ripreso nel Capitolo IV, a proposito della funzione sanzionatoria – deterrente della responsabilità patrimoniale.

<sup>128</sup> Art. 8. In realtà il meccanismo della rivalsa dipende dall'elemento soggettivo dell'illecito. Infatti, nel caso di attività delittuosa del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, la responsabilità del magistrato è di natura illimitata e solidale secondo i criteri di diritto comune. Il legislatore, restringendo l'ambito della responsabilità diretta dei magistrati nei limiti consentiti dall'art. 28 della Costituzione, l'ha circoscritta ai danni derivanti da fatti costituenti reato, commessi nell'esercizio delle loro funzioni (art. 13, comma 1).

<sup>129</sup> La questione della compatibilità della disciplina vigente con l'art. 28 della Costituzione, che stabilisce la responsabilità diretta dei dipendenti pubblici, non è stata recentemente posta al vaglio della Corte Costituzionale. Tuttavia ricordiamo che la Consulta (Corte Cost., 14 marzo 1968, n. 2) si era pronunciata nel senso della compatibilità di detto articolo rispetto alla disciplina ex art. 55. c.p.c., poiché il primo intendeva affermare in linea di principio la responsabilità personale di tutti i dipendenti pubblici e l'estensione all'amministrazione dell'accertata responsabilità, rilevando tuttavia che il precetto costituzionale non arrivava ad impedire al legislatore ordinario di disciplinare la responsabilità dei pubblici dipendenti in termini differenziati, per categorie ovvero per specifiche situazioni. Cfr. AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, cit. Il d.d.l. costituzionale n. 4275 art. 14 prevede che i magistrati siano direttamente responsabili degli atti compiuti in violazione di diritti al pari degli altri funzionari e dipendenti dello Stato (comma 1) e che la responsabilità civile dei magistrati si estenda allo Stato. In questo modo si istituisce

Per espressa indicazione legale, la disciplina non pregiudica «il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione» (art. 14), rendendo così possibile il concorso elettivo a favore del danneggiato di ulteriori tutele apprestate dall'ordinamento in caso di danni connessi all'esercizio della giurisdizione. Dunque non vi è rapporto di reciproca esclusione fra la presente disciplina e quella relativa all'ingiusta detenzione (artt. 314 c.p.p.) ed all'errore giudiziario (artt. 643 ss. c.p.p.) in favore di chi, proscioltosi in sede di revisione, abbia espiato pena o subito internamento o abbia comunque avuto conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna<sup>130</sup>.

Le preoccupazioni circa il principio della *res judicata*, così come il desiderio di evitare reciproche interferenze fra causa principale e giudizio di responsabilità, furono alla base, in primo luogo, delle disposizioni di cui agli artt. 4 (2) e 5, ai sensi dei quali l'azione nei confronti dello Stato non può essere iniziata prima che siano stati esauriti tutti gli ordinari mezzi di ricorso<sup>131</sup>.

una relazione diretta di diritto sostanziale fra il magistrato e chi avanza la pretesa risarcitoria. Cfr. F.P. LUISO, *La responsabilità civile*, in *Foro Italiano*, 10, 2011, (pp. 285-290), che commenta il disegno di legge proponendo un parallelismo con l'arbitrato. Il recente disegno di legge «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di giudizio di ammissibilità del ricorso per il risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, nonché di obbligatorietà e misura dell'azione di rivalsa» (n. 3259) propone di estendere il limite (di cui all'art. 8.3) dall'attuale terzo alla metà dello stipendio. Il disegno di legge Pini prevede, come vedremo fra breve, la responsabilità diretta dei magistrati, che quindi risponderrebbero con l'intero loro patrimonio.

<sup>130</sup> Lo stesso vale in quanto alla possibilità per il danneggiato di agire per l'ottenimento della tutela indennitaria ex l. 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), che rende possibile la riparazione dei danni patrimoniali e non patrimoniali per effetto della violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con legge 4 agosto 1955, n. 848 anche qualora si verifichi la fattispecie prevista nell'art. 2, secondo comma, relativo al comportamento del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione.

<sup>131</sup> Come vedremo, nella stessa legge sono stabiliti dei filtri di ordine processuale (art. 4.1) in modo da evitare che ogni causa dia adito a conflitti senza fine. Alcuni autori fanno notare che, mentre ai sensi del Codice di procedura civile italiano non hanno autorità di giudicato le sentenze in relazione alle quali è possibile proporre ricorso per Cassazione, in Francia vige il principio opposto. Infatti, il ricorso per Cassazione in Francia è considerato un rimedio straordinario, mentre in Italia è un rimedio ordinario. Cfr. M. GRAZIADEI e U. MATTEI, *Judicial Responsibility in Italy: A New Statute*, in *American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, (pp. 103-126), p. 108; P.E. HERZOG e D. KARLEN, *Attacks on Judicial Decisions*, in M. NIJHOFF,

I due elementi che caratterizzano la disciplina italiana sono costituiti dall'elemento soggettivo e dalla clausola di salvaguardia. In relazione al primo, la l. 117/88 limita il suo campo di applicazione alle condotte caratterizzate da dolo o colpa grave del magistrato, il che impone serie limitazioni alle pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati. Per quanto riguarda la fattispecie dolosa facciamo riferimento ai numerosi contributi dottrinali e giurisprudenziali e all'eventuale sussistenza di una responsabilità penale<sup>132</sup>. Le ipotesi di colpa grave (intese come forme di negligenza inescusabile) e diniego di giustizia sono precisate dalla legge stessa. Art. 2.3: «Costituiscono colpa grave: «A. La grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; B. L'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; C. La negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; D. L'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione»<sup>133</sup>. Riservandoci di tornare su questi concetti nel prossimo capitolo, sottolineiamo che la colpa grave, consistente nelle ipotesi tassativamente stabilite dal legislatore, non appare definibile come grave mancanza in termini di diligenza imputabile al magistrato<sup>134</sup>, ma nel senso di adozione di un provvedimento abnorme (art. 2)<sup>135</sup>.

*International Encyclopedia of Comparative law*, vol. XVI Civil procedure. Ch.8 – Attacks on judicial decisions, Mohr Siebeck, Tübingen, 1983, (pp. 6-7).

<sup>132</sup> Peraltro, anche la nozione di dolo in questo caso viene interpretata restrittivamente, «nel senso della diretta consapevolezza nell'atto di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente, onde la necessità, affinché possa ritenersi la sussistenza della responsabilità dei giudici, che l'attore fornisca la prova di una simile consapevolezza, ovvero del fatto che l'emissione del provvedimento sia stata determinata da fini estranei alle esigenze dell'amministrazione della giustizia». Cass. Civ., 16 gennaio 2004, n. 540, in Arch. Civ., 2004, 1484; Cass., Sez. III, 16 novembre 2006, n. 24370. Sui gravosi oneri probatori in sede di giudizio di ammissibilità della domanda, cfr. AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, cit., p. 15 e ss.

<sup>133</sup> A proposito del diniego di giustizia, si veda l'art. 3, comma 2 e 3.

<sup>134</sup> Mediante il richiamo all'elemento della colpa, ogniqualvolta ad esso si associ l'aggettivo «grave», si suole fare riferimento a quelle violazioni caratterizzate da una negligenza talmente macroscopica da non giustificare nessuna tutela nei confronti del responsabile, poiché il diritto non tollera il riconoscimento di alcuna protezione nei confronti di chi non adotti, nello svolgimento delle proprie funzioni, un canone minimo di diligenza.

<sup>135</sup> Il contributo apportato dal legislatore con una siffatta – preliminare e tassativa – enumerazione, è integrato dalla giurisprudenza, la quale, scegliendo di arroccarsi su una posizione ulteriormente restrittiva, ha ritenuto che «la colpa grave si ca-

D'altra parte, come ricordato nei capitoli precedenti, la c.d. clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 comma 2 prevede che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». Tale disposizione fu approvata in Parlamento con voto quasi unanime, poiché si voleva evitare la possibilità di giudicare il modo in cui il magistrato aveva interpretato la norma o valutato il fatto «e sul perché non avesse operato una diversa interpretazione o valutazione, così incidendo nella sostanza stessa della giurisdizione»<sup>136</sup>. La specificità della funzione giurisprudenziale, dunque, impone che la responsabilità non riguardi l'interpretazione di diritto, né la valutazione del fatto o delle prove, proprio per evitare che il giudice svolga la propria funzione senza la necessaria serietà di giudizio, terzietà ed imparzialità<sup>137</sup>.

Come sottolineato, il testo di legge formalmente ammette e disciplina la responsabilità patrimoniale per fatto del giudice, ma nella sostanza appare sterile, tradendo la volontà popolare espressa con il re-

ratterizza in modo peculiare rispetto alla sua nozione generale – quale è quella richiamata dall'art. 2236, co. 2, c.c. con riferimento alla prestazione del libero professionista implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà – sia perché non può dare luogo a responsabilità l'attività del giudice di interpretazione delle norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove, sia perché la detta responsabilità incontra un ulteriore limite nella necessità che la colpa grave sia qualificata da «negligenza inescusabile», per tale intendendosi non solo quella che non possa trovare giustificazione, ma neppure spiegazione in relazione alle vicende giudiziarie idonee a rendere comprensibile l'errore del giudice». Cass. 7-11-2003, n. 16696, Arch. Civ., 2004, 1111.

<sup>136</sup> Cit. da L. SCOTTI, *La responsabilità civile dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 103.

<sup>137</sup> La dottrina è stata particolarmente attiva sul punto, facendo notare che tale specificità riguarda esclusivamente la funzione giurisdizionale dichiarativa di merito, per cui la clausola di salvaguardia non si applica in sede di tutela esecutiva, cautelare o di giurisdizione volontaria, e che le norme di diritto di cui all'art. 2.2 sono le norme di diritto sostanziale che costituiscono metro di giudizio per il giudice. Secondo tale impostazione (Cfr. F.P. LUISO, *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corriere Giuridico*, 5 2008, (pp. 730-735)), dunque, la clausola di salvaguardia non si estende anche alle questioni di rito ed alle norme processuali, poiché a tale rispetto la posizione del giudice non è dissimile rispetto ad altri soggetti destinatari della regola stessa. Tale impostazione si scontra con l'orientamento giurisprudenziale, e della Corte di cassazione in particolare, che applica indistintamente la clausola di salvaguardia ad ogni attività del magistrato. Cfr. Cass. 18 marzo 2008, n. 7272. Ad opinione dell'autore citato, la Corte di cassazione ha inteso istituire una forma di immunità non relativa ad una specifica attività del giudice, ma propria *tout court* del magistrato, il che è dimostrato dal fatto che la clausola di salvaguardia è stata applicata anche al p.m. Cfr. Cass. 26 maggio 2011, n. 11593. Cfr. LUISO, *La responsabilità civile*, cit., p. 288.

ferendum. Infatti, sin dagli anni della sua approvazione, tale disciplina è apparsa, secondo unanime opinione, del tutto inidonea ad assicurare una tutela effettiva ai soggetti danneggiati dall'attività giurisdizionale, in quanto delineata in modo talmente restrittivo da precludere, nella sostanza, qualunque forma di risarcimento patrimoniale<sup>138</sup>. Le ambiguità anche sotto il profilo strutturale del dato legislativo così come la rigida interpretazione datane dalla giurisprudenza, hanno fatto sì che il principio di responsabilità dei magistrati sia rimasto sostanzialmente lettera morta. Tale realtà, peraltro, è ammessa anche dalle voci meno favorevoli rispetto a tale strumento.

Il dibattito dottrinale si è così protratto nel corso degli ultimi decenni con alterna risonanza nel dibattito pubblico. Negli ultimi anni, soprattutto a seguito della sentenza Traghetti del Mediterraneo, tale questione non solo è tornata al centro dell'attenzione di una più ampia platea di specialisti del settore, ma ha anche animato alcune iniziative parlamentari<sup>139</sup>. Il raffronto sollecitato dalla Corte di giustizia europea ha, in altri termini, riportato all'attualità un tema che sembrava destinato a rimanere continuamente inavaso, ostaggio di opposte posizioni aprioristiche e sempre in attesa di un clima più costruttivo e non distratto da altre e più urgenti priorità. La dottrina si è interrogata circa le ricadute interne delle pronunce del giudice europeo, intervenendo a più riprese e proponendo interpretazioni diverse del rapporto fra giurisprudenza comunitaria e ordinamenti nazionali<sup>140</sup>. Le stesse associazioni dei magistrati hanno assunto posizioni di vario genere<sup>141</sup> e promosso di-

<sup>138</sup> Le ragioni attoniscono ad elementi di carattere sia sostanziale sia processuale. Da una parte, ricordiamo la peculiare previsione circa l'elemento soggettivo (secondo la quale può agire per ottenere il risarcimento dei danni «chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave»), nonché la c.d. clausola di salvaguardia, in forza della quale non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove (art.2). Sotto il profilo processuale, non solo il previo esaurimento delle vie di ricorso ordinarie, ma soprattutto il filtro previsto dall'art. 5 in ordine all'ammissibilità dell'azione risarcitoria, hanno reso tale strada particolarmente ardua e costosa.

<sup>139</sup> Oltre al disegno di legge Pini, cui faremo riferimento fra breve, sono attualmente all'esame del Parlamento i disegni di legge n. 3258, «Norme in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea»; n. 3242 «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati»; n. 5004 «Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati».

<sup>140</sup> A tale dibattito faremo riferimento nelle prossime pagine.

<sup>141</sup> Cfr. la posizione dell'Associazione Nazionale Magistrati espresso davanti alla Commissione giustizia del Senato, 20 marzo 2012. Cfr.

battiti e incontri di studio<sup>142</sup>. Anche la professione forense si è espressa in relazione alle recenti iniziative parlamentari, sottolineando i difetti del c.d. «emendamento Pini», ma al contempo affermando la necessità di una disciplina più garantista nei confronti dei cittadini ingiustamente danneggiati dall'esercizio della funzione giurisdizionale<sup>143</sup>. Nel momento in cui scriviamo, è all'esame del Parlamento un nuovo emendamento alla legge comunitaria 2011, volto a mantenere la struttura attuale, ma introducendo elementi di mediazione rispetto all'iniziativa poc'anzi ricordata<sup>144</sup>. Inoltre, vengono introdotte modifiche relative al termine per l'esercizio della rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato (ampliato da uno a due anni), ed al limite quantitativo di tale esercizio (da un terzo alla metà della retribuzione annuale<sup>145</sup>).

Riservandoci di tornare su questa iniziativa, segnaliamo che il dibattito si è concentrato, in particolare, sul disegno di legge precedente, teso, a detta dei proponenti, a modificare la disciplina italiana secondo gli impulsi provenienti dai giudici europei, in relazione all'incompatibilità fra discipline sancite con la sentenza Traghetti del

*zionalemagistrati.it/2012/03/20/resp\_civile\_comm\_giust\_senato20mar12.aspx*. D'altra parte v. il parere del Consiglio Superiore della Magistratura rispetto all'emendamento Pini (Parere, ai sensi dell'art. 10 legge n. 195/58, sulla modifica dell'art. 2 L. 117/1988 a seguito dell'emendamento n. 30.052 al DDL 4623-A, approvato il 2 febbraio 2012 dalla Camera dei Deputati, in tema di responsabilità civile dei magistrati. (*Delibera del 14 marzo 2012*). <http://www.csm.it/pages/pareri2012.html>).

<sup>142</sup> A tal proposito rinviamo, ad es., agli atti del convegno organizzato dall'Associazione Nazionale Magistrati, intitolato «La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà», tenutosi a Roma il 16 maggio 2012. Cfr.: [http://www.associazionenazionalemagistrati.it/notizie/2012/05/10/convegno\\_rc\\_16mag12.aspx](http://www.associazionenazionalemagistrati.it/notizie/2012/05/10/convegno_rc_16mag12.aspx).

<sup>143</sup> Cfr. Audizione del Consiglio Nazionale Forense presso il Ministero della Giustizia-La responsabilità civile dei magistrati-Commissione permanente 2<sup>a</sup> (Giustizia)-*Senato della Repubblica*, Roma, 20 marzo 2012. (<http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/publicazioni/studi-e-ricerche/articolo7355.html>).

<sup>144</sup> Le modifiche fondamentali apportate da questo emendamento, su cui torneremo nel corso del prossimo capitolo, riguardano l'elemento soggettivo, poiché fra i casi di colpa grave del magistrato rientra «la violazione manifesta della legge e del diritto comunitario». Inoltre, viene eliminata la clausola di salvaguardia relativa all'attività interpretativa. Si prevede che per determinare detta violazione «si tenga conto del grado di chiarezza e precisione delle norme violate, dell'inescusabile negligenza nell'errore e della gravità dell'inosservanza». Quando sia interessato il diritto Ue si tiene conto anche della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Come noto, l'eliminazione della clausola di salvaguardia è stata oggetto di durissime prese di posizione da parte del presidente dell'Associazione Nazionale Magistrati.

<sup>145</sup> L'importo del prelievo sulla 'busta paga' del magistrato non potrà comunque superare un terzo dello stipendio. Le norme attuali prevedono che il prelievo mensile non possa superare il quinto dello stipendio.

Mediterraneo<sup>146</sup>. Con questa sentenza la Corte di giustizia ha dichiarato che il diritto nazionale può precisare i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione imputabile a un organo giurisdizionale cui ricollegare il diritto al risarcimento ma che, al contempo, tali criteri non possono imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente<sup>147</sup>. In particolare, come noto, la Corte di giustizia ha dichiarato la disciplina italiana contraria al diritto comunitario in relazione all'esclusione prevista dall'art. 2 della legge 117/1988, secondo cui vengono esclusi dall'alveo della risarcibilità i danni derivanti da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale<sup>148</sup>. D'altra parte, lo stesso giudice europeo sottolinea il problematico rapporto fra l'elemento soggettivo previsto dalla disciplina italiana e il requisito della «violazione manifesta del diritto»<sup>149</sup>.

In questo frangente è emersa una questione di fondo, che produce importanti conseguenze in relazione all'evoluzione di cui stiamo dando conto. Ci riferiamo al fatto che secondo l'opinione di autorevole dottrina, fra fattispecie elaborata dalla Corte di giustizia e responsabilità per fatto del giudice vi sia un falso parallelismo<sup>150</sup>. Se-

<sup>146</sup> Sent. CGCE (Grande Sezione), 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*. Causa C-173/03. Racc. I-05177. In questa sede non intendiamo approfondire il tema, affrontato a più riprese dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, circa l'irragionevole durata dei processi, a proposito della quale è disponibile una amplissima bibliografia. Il nostro esame si concentrerà, viceversa, sulle ipotesi di danni derivanti da comportamento attivo dei giudici nazionali, e non da malfunzionamento dell'amministrazione della giustizia.

<sup>147</sup> Paragrafi 32 e 44.

<sup>148</sup> Sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, Massima n. 1: «Infatti, escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio secondo il quale gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni cagionati ai singoli da violazioni manifeste del diritto comunitario derivanti dalla decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, in quanto una siffatta esclusione non garantirebbe ai singoli una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro».

<sup>149</sup> Paragrafi 53-56, Sent. *Köbler*.

<sup>150</sup> Tale soluzione, peraltro, è tutt'altro che pacifica. A tal proposito ricordiamo la recente sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Corte Cass., S.U., 17 aprile 2009, n. 9147), che in relazione alla questione dei medici specializzandi ha negato che alla violazione del diritto europeo da parte dello Stato giudice sia applicabile la disciplina di diritto comune di cui all'art. 2043 c.c. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, il danno derivante dalla mancata attuazione, nei termini prescritti, di una direttiva, non costituisce fatto imputabile come illecito civile (ex art. 2043 c.c.), perché il comportamento del legislatore è antigiuridico nell'ambito dell'ordinamento comunitario, ma non alla stregua dell'ordinamento interno. Questo ragionamento si fonda sul carattere autonomo dei due ordinamenti, nonché sul principio secondo cui

condo questa linea argomentativa, il raffronto fra legge 117/88 e giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione imputabile alla funzione giurisdizionale appare del tutto improprio, perché fondato sull'erronea constatazione circa l'«equivalenza» delle due figure<sup>151</sup>. Uno dei rarissimi interventi giurisprudenziali sul tema<sup>152</sup>, ha applicato, unitamente ai presupposti elaborati dalla Corte di giustizia, l'art. 2043 cod. civ., e non la legge 117/1988<sup>153</sup>. Ciò significa che la responsabilità per vio-

l'incompatibilità del diritto nazionale con il diritto comunitario «non implica fenomeni né di caducazione, né di abrogazione della norma statale confliggente con quella comunitaria». Ci troviamo di fronte, quindi, ad un «illecito» solamente in senso lato, poiché si tratta di una condotta del tutto lecita secondo il diritto interno, e quindi non riconducibile all'art. 2043 c.c. Nel caso di specie, dunque, la Corte stabilisce che la riparazione del pregiudizio sofferto per effetto del c.d. «fatto illecito» del legislatore rientra nello schema dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria non antiggiuridica, da determinare in base alle condizioni imposte dalla Corte di giustizia. Cfr. BAIRATI, *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, cit.

<sup>151</sup> Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, cit., p. 419. Quest'ultimo orientamento è in linea con le perplessità manifestate da coloro i quali sottolineano che la responsabilità civile del magistrato non è modellata secondo lo schema della clausola generale, ma sulla base di ipotesi tipiche di illecito. Cfr. L. CORSARO e M. POLITI, *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 1989, (pp. 366-378), p. 368. Gli autori a tal proposito affermano che, in realtà, lo scopo della normativa non è di individuare ipotesi di responsabilità del magistrato, ma «di definire ed affermare la responsabilità dello Stato per alcuni illeciti del magistrato».

<sup>152</sup> Il caso cui faremo riferimento nella prossima nota non ha coinciso con il primo episodio in assoluto di applicazione dell'illecito comunitario per fatto del giudice. A tal proposito si può ricordare quanto meno un precedente, ovvero Tribunale di Roma, Decreto 29 settembre 2004, in *Dir. e giust.*, n. 41 del 2004, 80 e ss. Il caso riguardava il rigetto da parte del Consiglio di Stato della richiesta di impugnazione di un provvedimento col quale, in chiara violazione del diritto comunitario in tema di libera prestazione dei servizi, libera circolazione dei lavoratori e libertà di stabilimento, era stato negato il rinvio del servizio di leva per motivi di studio ad un giovane cittadino iscritto in Italia ad un corso di istruzione universitaria impartito da un'istituzione riconosciuta nell'ordinamento giuridico di un altro stato membro dell'Unione europea. Il Tribunale ha condannato lo Stato italiano al risarcimento del danno provocato dalla sentenza del Consiglio di Stato che non aveva adempiuto all'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 234 CE e dato una inesatta interpretazione al diritto comunitario. Il giudice ha quindi ritenuto legittima la pretesa del ricorrente anche se si fondava sull'attività interpretativa del giudice, considerando la previsione normativa di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 117/1988 come una limitazione all'applicazione del principio comunitario e quindi non meritevole di applicazione.

<sup>153</sup> Sentenza del Tribunale di Genova, 23 aprile 2008. La vicenda trae origine da un processo penale nei confronti di due medici (uno dei due alle dipendenze del-



lazione del diritto dell'Unione viene tendenzialmente interpretata secondo l'impostazione con cui è stata pensata in ambito europeo, ov-

l'amministrazione penitenziaria) per truffa consistente nella redazione di certificati medici falsi, che secondo l'accusa avrebbero avuto l'effetto di indurre in errore l'amministrazione circa la sussistenza di uno stato di malattia del medico dipendente e, quindi, di giustificare le sue assenze dal lavoro. Il procedimento si concluse con la completa assoluzione del medico dipendente che, successivamente, citò in giudizio sia la Presidenza del Consiglio dei Ministri sia il Ministero di Giustizia, rispettivamente, per ottenere il risarcimento del danno per condotta della Procura affetta da colpa grave ex art. 2 della legge 117/88, e per ottenere il risarcimento ex art. 2043 c.c. per la violazione dei precetti comunitari in materia di giusto processo. L'attore, a fondamento delle proprie pretese, esponeva gli stessi fatti, consistenti, per lo più, in numerosi errori e gravi mancanze nell'esame dei documenti a supporto dell'indagine; secondo l'attore, si trattava di vizi decisivi, che avevano condotto all'esercizio di una azione penale rivelatasi totalmente infondata. L'azione fondata sul diritto interno venne dichiarata inammissibile (in sede di controllo preliminare sull'ammissibilità), per avvenuto decorso del termine di cui all'art. 4, mentre proseguiva la trattazione della domanda ordinaria per violazione del diritto comunitario. Proprio questa scissione presenta i maggiori elementi di interesse; infatti il tribunale (pur rigettando l'azione promossa dal medico dipendente) ha deciso nel merito la domanda ex art. 2043, facendo esclusivo riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza comunitaria e non applicando la legge 117/88. In proposito, soprattutto, si noti che il Giudice richiama non solo il requisito della violazione «grave e manifesta» del diritto comunitario, ma evidenzia altresì due ulteriori criteri: «la sistematicità della violazione e gli effetti negativi sulla realizzazione degli obiettivi che le norme comunitarie si ponevano». Tali requisiti non risultano esplicitati nella sentenza Köbler, né nella sentenza Traghetti del Mediterraneo: entrambe, infatti, si erano limitate a richiedere che la norma comunitaria violata conferisse diritti ai singoli, che la violazione fosse grave e manifesta e che sussistesse un nesso causale con il danno. Secondo la Corte di giustizia «tale violazione manifesta si valuta, in particolare, alla luce di un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso, o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, TCE, ed è presunta, in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia» (Traghetti, 43 e Köbler, 53-56). Riservandoci di tornare più avanti sul punto, segnaliamo che la sentenza in realtà ha lasciato intatte numerose incertezze, poiché ha riguardato per lo più il fatto, e si è espressa in termini non del tutto chiari in relazione alle questioni di diritto. Ad esempio, il giudice ha sottolineato che l'imputato non aveva collaborato con la Procura procedente, omettendo di rendere dichiarazioni o chiarimenti nonostante i rituali inviti ricevuti. Al contempo, come segnalato nella nota precedente, il giudice è sembrato far riferimento alla sussistenza di ulteriori requisiti necessari all'accertamento dell'illecito comunitario. Tra l'altro, il giudice ha anche escluso una violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, ma si è trattato di una affermazione del tutto generica, non fondata su una valutazione dettagliata della rilevanza giuridica dei comportamenti dedotti in giudizio. A tal proposito «Le criticità derivanti dalla disparità di trattamento tra questa fattispecie e le ipotesi ordinarie di responsabilità previste dalla legge 117/88 sono evidenti: non è difficile immaginare in tempi brevi ulteriori ripercussioni sulla prassi applicativa e forse sulla stessa legi-

vero come riferita allo Stato-apparato, senza considerare la funzione o articolazione cui il danno è realmente imputabile.

Dunque, seguendo questo orientamento, l'inapplicabilità della legge 117/1988 deriverebbe non dall'incompatibilità con il diritto UE, ma dal rapporto di specialità tra le discipline, stante la diversa natura, nazionale o sovranazionale, della posizione giuridica violata<sup>154</sup>. Secondo questa tesi, l'illecito coniato a livello comunitario non si caratterizza in via ontologica quale illecito giudiziario, ma quale illecito dello Stato in senso proprio, «rispetto al quale è un accidente che si tratti di organo legislativo, esecutivo o giudiziario»<sup>155</sup>. Ne consegue che, nel caso di violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale, debba trovare applicazione una disciplina altra rispetto alla 117/1988, non per incompatibilità di quest'ultima, ma per mancanza dei requisiti sostanziali di applicabilità. A tal proposito vi è chi argomenta tale posizione ricalcando i ragionamenti della Corte di giustizia, ovvero a seguito di un raffronto fra i diversi modelli e la con-

slazione speciale». Cit. da DELLACHÀ, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, cit.

<sup>154</sup> Tale orientamento sembra essere stato seguito nel dettare la Sentenza Trib. Genova, 23 aprile 2008.

<sup>155</sup> Cit. da E. SCODITTI, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 1, 2005, (pp. 3-13), p. 8. Del resto, la stessa Corte di giustizia (Sent. Köbler, par. 42) ha sottolineato che la responsabilità dello Stato membro imputabile all'attività giudiziaria non consiste in una responsabilità personale dei giudici, ma in una misura che coinvolge lo Stato, a prescindere dall'esercizio successivo dei meccanismi disciplinari corrispondenti. Il soggetto dell'imputazione è lo Stato, e sarà quest'ultimo a risarcire il cittadino danneggiato. Cfr., fra gli altri, G. ANAGNOSTARAS, *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*, in *European Public Law*, 7, 2, 2001, (pp. 281-305), pp. 287-289. A tal proposito facciamo notare, in ogni caso, che tale soluzione non appare dissimile rispetto a quella che caratterizza la disciplina nazionale, che non solo pone l'accento sull'obbligo di riparazione dei danni a carico dello Stato, ma svincola la responsabilità statale da quella personale conducendo ad una «vera e propria rottura della bilateralità del rapporto tra danneggiante e danneggiato», in quanto non si può collegare «direttamente il magistrato danneggiante con chi ha subito il danno ingiusto, ma lo investe soltanto in sede di azione di rivalsa, esercitata dallo Stato che ha provveduto al risarcimento dei danni, nei limiti previsti dall'art. 2». Cit. da F.D. BUSNELLI, *La parabola della responsabilità civile*, in *Rivista critica di Diritto Privato*, 1988, (pp. 643-684), p. 670. «Pertanto, mentre sul versante «esterno» e quindi nel rapporto con il cittadino-danneggiato lo Stato risponderà solo in presenza dei presupposti richiesti dalle legge, su quello «interno» la responsabilità del magistrato riguarderà esclusivamente i suoi rapporti con lo Stato». Cit. da L. MANGIARACINA, *Responsabilità dello Stato membro per danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2008, (pp. 247 - 268), pp. 256-263.

seguinte considerazione circa l'incompatibilità della disciplina italiana con il modello europeo<sup>156</sup>. Accettando questa tesi, che implica la comparabilità delle fattispecie, si dovrebbe concludere che nel caso di violazione del diritto dell'Unione imputabile alla funzione giurisdizionale bisognerebbe applicare la l. 117/88, ovviamente in quanto non incompatibile con il principio di effettività del diritto dell'Unione. Questa seconda tesi rischia di essere meno favorevole ai cittadini poiché, per esempio, il giudice nel caso specifico si troverebbe ad applicare disposizioni che, pur non risultando incompatibili con il diritto europeo, risulterebbero senz'altro più restrittive rispetto alla disciplina di diritto comune<sup>157</sup>. Tuttavia, tale seconda interpretazione risulterebbe, a nostro avviso, più rispettosa degli ultimi orientamenti della Corte di giustizia. In questo senso, sia la Sentenza Traghetti del Mediterraneo sia la recentissima sentenza «Commissione contro Italia» del 24 novembre 2011 dimostrano che la Corte, pur non potendo intromettersi nella sfera di autonomia che interessa l'ambito in questione, sottolinea che il conflitto può verificarsi. Il che dimostra un orientamento che sconfessa il primo indirizzo dottrinale cui abbiamo fatto cenno. In secondo luogo, altre sentenze della Corte di giustizia, che optano per l'equivalenza fra modello europeo e discipline nazionali di responsabilità dello Stato, seppur non relative alla funzione giurisdizionale, fanno propendere per la stessa soluzione<sup>158</sup>.

<sup>156</sup> Autorevole dottrina sostiene che nelle controversie che presentano profili di illecita violazione del diritto comunitario la l. 13 aprile 1988, n. 117 debba essere disapplicata perché risulta incompatibile con il diritto comunitario «sotto più e qualificanti profili». Cfr. R. CARANTA, *Giudici responsabili?*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 12, 2006, (pp. 2386-2395), p. 2395; L. DANIELE., *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 447-461), p. 457.

<sup>157</sup> Come noto, il principio di equivalenza impone che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possano essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghi reclami di natura interna. Dunque, a seconda che si opti per il primo orientamento o per il secondo, sarebbe possibile applicare anche all'illecito comunitario quelle disposizioni della disciplina italiana relative alla responsabilità del giudice che non appaiono in contrasto con il diritto comunitario. Si pensi agli articoli dedicati ai termini di prescrizione biennale che, seppur più brevi rispetto ai termini ordinari, sono sicuramente compatibili con il diritto comunitario. D'altra parte, ricordiamo che la soluzione adottata nella recente sentenza della Corte di cassazione (Corte Cass., S.U., 17 aprile 2009, n. 9147), relativa ad un caso di responsabilità per violazione del diritto europeo imputabile al legislatore, non applicando l'art. 2043 c.c., ha sancito l'applicabilità del termine decennale, e in tal modo inaugura un orientamento decisamente più favorevole nei confronti della tutela delle posizioni giuridiche individuali.

<sup>158</sup> Tale questione si è posta in tempi non lontani davanti al *Tribunal Supremo*

Qualunque sia l'esito di tale dibattito, da cui pure dipendono conseguenze giuridiche di assoluto rilievo, ad oggi, per effetto della non

spagnolo, circa un caso di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione Europea da parte del legislatore. La questione atteneva ad una controversia di materia fiscale, derivante dalla incompatibilità della legislazione spagnola con la dir. 77/388/CEE del Consiglio, 17-5-1977, G.U.C.E. L 145, 136-1977, 1. La società *Transportes Urbanos*, che aveva effettuato talune autoliquidazioni per gli esercizi 1999 e 2000 conformemente alla l. 37/1992, anche a seguito della sentenza Corte just., sent. 6-10-2005, causa C-204/03, Commissione/Spagna, in Racc., I-8389, in cui il giudice comunitario aveva sostanzialmente dichiarato che le limitazioni della detraibilità dell'IVA previste dalla l. 37/1992 erano incompatibili con gli art. 17, nn. 2 e 5, e 19 della sesta direttiva, non si avvale del suo diritto di chiedere, in applicazione della l. 58/2003, la rettifica di tali autoliquidazioni poiché, alla data in cui la Corte si pronunciò, tale diritto era prescritto. La *Transportes Urbanos* ha quindi avviato un'azione di responsabilità dinanzi al Consiglio dei Ministri nei confronti dello Stato spagnolo, sostenendo di aver subito un danno corrispondente «ai versamenti dell'IVA indebitamente percepiti dall'amministrazione fiscale spagnola durante detti esercizi, nonché ai rimborsi che la società avrebbe potuto esigere per tali stessi esercizi». Con decisione 12 gennaio 2007, il CdM respinse la domanda della *Transportes Urbanos*, considerando che la mancata presentazione nei termini, da parte di quest'ultima, della domanda di rettifica di dette autoliquidazioni aveva fatto venir meno il nesso di causalità diretto tra la violazione del diritto dell'Unione contestata allo Stato spagnolo ed il danno asseritamente subito da detta società. La decisione di rigetto del Consiglio dei Ministri si fondava in particolare su due sentenze del *Tribunal Supremo*, (29-5-2004 e 24-5-2005), secondo cui le azioni di responsabilità nei confronti dello Stato per violazione del diritto dell'Unione sono soggette ad una norma di previo esaurimento dei rimedi, amministrativi e giurisdizionali, nei confronti dell'atto amministrativo che arreca pregiudizio adottato in applicazione di una legge nazionale contraria a tale diritto. Il 6 giugno 2007, la *Transportes Urbanos* ha proposto dinanzi al TS un ricorso avverso detta decisione di rigetto del CdM. Tale giudice, dunque, ha promosso un rinvio pregiudiziale circa la conformità, con i principi di effettività ed equivalenza, di un ordinamento nazionale, quale quello spagnolo, che subordina la responsabilità patrimoniale per violazione del diritto comunitario al previo esaurimento dei rimedi dell'atto amministrativo che arreca pregiudizio, mentre adotta la soluzione opposta nel caso in cui la legge applicata sia, in un secondo tempo, dichiarata incostituzionale. La questione, dunque, riguarda l'equivalenza delle due azioni, poiché, una volta accertata questa, alla violazione del diritto comunitario devono essere necessariamente applicate le più favorevoli misure previste in diritto interno. A tal proposito, la dottrina segnala la singolarità di una domanda pregiudiziale relativa alla compatibilità con il diritto comunitario non di una disposizione legislativa, ma di un duplice orientamento giurisprudenziale, che il TS potrebbe mutare anche senza il pronunciamento del giudice comunitario. Cfr. J.R. RODRÍGUEZ CARBAJO, *La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho Comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE. (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)*, in *Diario La Ley*, 6936, 30 Abr. 2008, (pp. 1-12), 11. La Corte di giustizia (CGCE, sent. 26-1-2010, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL/Administración del Estado*, in G.U.U.E. N. C 063 del 13/03/2010, 4) ha affermato che l'azione di responsabilità dello Stato legislatore

applicazione della disciplina italiana nel caso di violazione del diritto dell'Unione, convivono due diverse discipline a seconda del fondamento, comunitario o di diritto interno, delle posizioni giuridiche violate. Nel primo caso, i giudici italiani escludono l'applicazione della legge 117/1998 relativa alla responsabilità civile del magistrato<sup>159</sup> e quindi applicano il paradigma comunitario, in particolare il requisito costituito dal carattere manifesto della violazione stessa da parte dell'organo giudiziario, completato dalla fattispecie ex art. 2043 c.c. Invece, nei giudizi aventi ad oggetto condotte giudiziarie lesive di norme e diritti che si fondano unicamente sul diritto interno, continuerebbe a trovare applicazione la legge 117/88.

Questo sdoppiamento dei sistemi di tutela sembra connaturato alla protezione multilivello dei diritti, e da questa convivenza deriva l'accresciuta rilevanza del ruolo dei giudici nazionali, che in collaborazione con i giudici europei sono chiamati a intessere la trama del complesso spazio giuridico che ben conosciamo. D'altra parte, ai legislatori nazionali spetterebbe il compito di elaborare soluzioni che integrino i diversi livelli e compongano un sistema di tutele armonico ed efficiente. Non è dunque corretto affermare che l'importanza dei legislatori nazionali sia semplicemente diminuita. Al contrario, il ruolo di questi ultimi diventa decisiva poiché, come autorevolissima dottrina ha messo in evidenza anche in tempi recenti<sup>160</sup>, l'attuale drastica alternativa fra regimi applicabili, a seconda del fondamento delle posizioni giuridiche violate, solleva urgenti questioni sotto il profilo costituzionale.

fondata sulla violazione del diritto dell'Unione Europea e quella per violazione della Costituzione attengono allo stesso oggetto. Per cui, il giudice ha confermato l'orientamento espresso dall'Avvocato Generale, circa l'equivalenza delle due azioni (Cfr. Avv. Gen. M. Poyares Maduro, concl. 9-7-2009, causa C-118/08, *Transportes Urbanos y Servicios Generales, SAL.*, in Racc.2010 P. I-00635 0 ss.).

<sup>159</sup> Ciò detto, come vedremo, permangono molte incertezze a proposito delle possibilità di convivenza delle due discipline, e delle prospettive di influenza del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario riferito ad un organo giurisdizionale sulla disciplina nazionale di responsabilità civile del magistrato. Tra l'altro, come vedremo, nelle altre esperienze considerate anche in caso di illecito comunitario trova applicazione la disciplina relativa alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice.

<sup>160</sup> «D'altronde, distinguere drasticamente fra diritto comunitario e diritto interno – sul presupposto della diversità di principi e di soggetti responsabili – porrebbe dubbi sia di ragionevolezza, se non di eguaglianza (art. 3 Cost.); sia di rispetto del dovere di osservanza della legge (art. 54 Cost.); sia di rispetto dell'ordinamento comunitario da parte di quello nazionale (art. 117 Cost.)». Cit. da G.M. FLICK, *La responsabilità civile dei magistrati. Proposte di modifica fra disinformazione e realtà, in federalismi.it*, 11, 2012, (pp. 1-10), p. 8.



## CAPITOLO IV

### *La responsabilità per fatto del giudice in prospettiva comparata. Gli elementi strutturali nelle discipline nazionali e l'impatto del modello europeo*

SOMMARIO: 1. I confini della responsabilità patrimoniale per fatto del giudice. Responsabilità aquiliana e riparazione dei danni da processo. - 1.1. Presupposti di ammissibilità della domanda. - 1.2. Applicabilità *ratione personae*. - 1.3. Responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato. - 2. I presupposti di diritto sostanziale. - 2.1 L'elemento soggettivo. - 2.2. La condotta. - 2.3. Il danno. - 2.4. Il nesso di causalità. - 3. La disciplina processuale. - 3.1. Natura dell'azione di responsabilità. - 3.2 Il diritto processuale fra autonomia degli Stati membri e principi di effettività ed equivalenza. - 3.3. I termini per l'esercizio dell'azione. - 3.4. Elementi di concatenazione fra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato. L'azione di rivalsa.

Nel capitolo terzo abbiamo analizzato la responsabilità per fatto del giudice tramite un'esposizione parallela e successiva delle rispettive discipline. In questo modo, se ne è potuto valutare la collocazione all'interno delle rispettive strutture istituzionali, in considerazione del fatto che l'istituto in oggetto gioca un ruolo particolarmente rilevante in relazione agli equilibri fra poteri dello Stato ed al bilanciamento fra principi cardine dell'ordinamento. Tale passaggio ci permette di affrontare la prospettiva più propriamente tecnico-giuridica, comparando i singoli elementi dell'illecito giudiziario attraverso un'impostazione simultanea, in modo da sottolinearne gli elementi caratterizzanti tramite un raffronto fra i rispettivi ordinamenti<sup>1</sup>.

In primo luogo, è necessario svolgere un'analisi in merito all'applicabilità delle rispettive discipline, e in particolare al differente ambito di applicazione *ratione personae* derivante dalla configurazione ed organizzazione del potere giudiziario nei vari ordinamenti. Come segnalato in precedenza, l'applicabilità agli organi non solo giudicanti, ma anche requirenti ed ausiliari, dipende da elementi propri dell'or-

<sup>1</sup> In questo quadro, l'ipotesi della responsabilità per violazione del diritto dell'Unione sarà trattata secondo l'ottica più propriamente nazionale, ovvero in relazione alla sua rilettura secondo gli strumenti di diritto interno, ed esaminandone le eventuali ripercussioni rispetto alle categorie municipali.

ganizzazione giudiziaria adottata nei singoli sistemi, attinenti all'esercizio dell'azione penale ed alle soluzioni adottate nel contemperamento fra i principi. A seconda degli ordinamenti, l'ambito di applicabilità dipende, a seconda dei casi, o dall'attività effettivamente svolta o dallo status dei diversi soggetti, il che contribuisce a confondere i diversi elementi di diritto sostanziale che tradizionalmente caratterizzano le figure di illecito civile. D'altra parte, ci si soffermerà sui rapporti reciproci fra figure di illecito collegate all'attività giurisdizionale ed altre forme di riparazione dei danni da processo, che ne costituiscono limite esterno<sup>2</sup>.

In secondo luogo, ci soffermeremo sugli elementi di diritto sostanziale, in modo da comparare le diverse soluzioni nazionali anche rispetto alle condizioni elaborate dalla Corte di giustizia in relazione alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione Europea imputabile alla funzione giurisdizionale. In questo modo, si potranno valutare analogie e differenze relative al formante legale, così come il ruolo creativo della giurisprudenza, il cui contributo risulta fondamentale nell'effettiva applicazione degli strumenti di tutela e in relazione all'interpretazione delle categorie nazionali secondo gli impulsi derivanti dal livello europeo.

Infine, una sezione sarà dedicata agli elementi di diritto processuale, in cui il principio dell'autonomia degli Stati membri si dispiega in termini più netti. Questo passaggio intende dimostrare come questo sia un elemento fondamentale non solo in prospettiva comparatistica, ma anche in relazione all'effettività del diritto dell'Unione. La sezione non ha la pretesa di esaminare analiticamente le diverse discipline processuali nazionali, ma piuttosto di esaminarne criticamente l'idoneità, in quanto canali tramite i quali i presupposti elaborati dalla Corte di giustizia possono trovare effettiva applicazione. Il rapporto fra il principio dell'autonomia degli Stati membri (in cui la disciplina processuale rientra) e quello di effettività del diritto europeo, costituisce infatti una delle più rilevanti questioni attinenti alla coesistenza dei diversi livelli di produzione normativa, interessati da fenomeni di reciproca permeazione, dialogo e conflitto su cui si sono concentrati sia i giudici, nazionali ed europei, sia la dottrina, che sotto questo profilo ha offerto un contributo che è andato ben al di là della riflessione accademica.

<sup>2</sup> Come vedremo, sotto questo profilo vi sono sensibili differenze anche per quanto riguarda il rapporto fra la figura in esame e l'ampia categoria della responsabilità della pubblica amministrazione, sia per quanto riguarda i reciproci ambiti di applicazione, sia perché, nel caso francese in particolare, la responsabilità per fatto del giudice ne costituisce un sottoinsieme.



In questo modo, intendiamo offrire un quadro che compari le diverse esperienze, in modo da dimostrare i profili di criticità ed i fenomeni di mutamento che interessano sistemi che appartengono alla medesima famiglia giuridica. Sotto questo profilo, un raffronto fra le rispettive discipline appare particolarmente opportuno, soprattutto in considerazione del dibattito pubblico che accompagna le istanze di riforma attualmente in discussione in Parlamento<sup>3</sup>. Le frettolose indagini che negli ultimi tempi hanno accompagnato tale dibattito, per lo più a sostegno di posizioni manichee, devono essere radicalmente sostituite da una riflessione critica, cui la scienza comparatistica può dare un contributo fondamentale<sup>4</sup>. Questo capitolo si prefigge di svolgere ulteriormente la riflessione impostata nei precedenti capitoli, per analizzare e sviluppare i dati riportati fin qui secondo l'approccio tipico di tale scienza, attraverso la dissociazione dei formanti e l'analisi della comunicazione culturale, per così dire informale, fra giudici operanti a livelli diversi. Tale passaggio ci permetterà di svolgere, in relazione a questi molteplici profili, ulteriori riflessioni conclusive.

<sup>3</sup> Al momento in cui si scrive, è all'esame del Parlamento l'emendamento alla Legge Comunitaria 2011 presentato dal Ministro della Giustizia, che costituisce elemento di compromesso fra le posizioni in campo. Tale emendamento intende modificare sia l'art. 2 relativo all'elemento soggettivo (introducendo, oltre al dolo e alla colpa grave, la violazione manifesta del diritto, che deve determinarsi (nuovo art. 3-bis) valutando «se il giudice abbia tenuto conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato, con particolare riferimento al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto. In caso di violazione del diritto dell'Unione europea, si deve tener conto se il giudice abbia ignorato la posizione adottata eventualmente da un'istituzione dell'Unione europea, se non abbia osservato l'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché se abbia ignorato manifestamente la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea». Viene modificata anche la clausola di salvaguardia, che non si applica qualora si verifichi la violazione manifesta del diritto. L'esito del relativo dibattito parlamentare è in ogni caso assai incerto, anche perché il tema rientra in un più ampio quadro di compromesso fra le forze politiche, che coinvolge l'approvazione, fra gli altri, del ddl anticorruzione.

<sup>4</sup> Ciononostante, ricordiamo ancora una volta gli interessanti studi preparatori elaborati dal Servizio Biblioteca della Camera dei Deputati. V., in particolare, Camera dei Deputati-XVI Legislatura-Dossier di documentazione, Servizio Studi-Dipartimento giustizia, *Responsabilità civile dei magistrati. La normativa nazionale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*. Documentazione e ricerche, Numero: 306. 16/12/2011.

1. *I confini della responsabilità patrimoniale per fatto del giudice. Responsabilità aquiliana e riparazione dei danni da processo*

Una prima fondamentale questione attiene alla collocazione della responsabilità dello Stato per i danni connessi all'esercizio della funzione giurisdizionale all'interno del sistema di tutela rispetto alla generica categoria del «danno da processo». I sistemi considerati, infatti, prevedono strumenti indennitari che costituiscono un limite all'applicazione dello strumento risarcitorio e contribuiscono a collocarlo in una posizione sua propria, sfalsando, dunque, il parallelismo all'interno dei rispettivi sistemi. Di conseguenza, gli strumenti effettivamente risarcitori previsti nei rispettivi ordinamenti devono essere intesi nell'ambito di un più ampio sistema di tutele, che ne costituiscono un limite esterno.

Prima di affrontare i singoli casi, cui pure abbiamo già accennato nel capitolo precedente, è opportuno svolgere una riflessione circa le esigenze che questi strumenti intendono soddisfare. A tal proposito, ricordiamo che si tratta di strumenti di natura solidaristica, che tendenzialmente prescindono dai requisiti colpevolistici che caratterizzano i meccanismi propriamente risarcitori<sup>5</sup>. Di conseguenza, fra strumento indennitario e meccanismo risarcitorio vi sono importanti differenze relative al regime giuridico. Senza pretesa di esaustività, ricordiamo che la biforcazione riguarda in primo luogo elementi di diritto processuale, quali i termini di decadenza e prescrizione, il legittimato passivo, i sistemi di impugnazione e il giudice competente<sup>6</sup>.

D'altra parte, anche dal punto di vista sostanziale vi sono nume-

<sup>5</sup> Per una approfondita riflessione sulla distinzione, in termini generali fra risarcimento e indennizzo, cfr. D. CHINDEMI, *Ottica risarcitoria e ottica indennitaria*, in P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, vol. I, Utet, Torino, 2008, (pp. 137-164).

<sup>6</sup> A titolo puramente esemplificativo ricordiamo che, in Italia, il legittimato passivo nelle cause di riparazione pecuniaria è il Ministero dell'Economia, mentre in relazione alla responsabilità ex l. 117/88 è il Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 4). In Francia, il giudice competente per le cause relative all'ingiusta detenzione (Articles 149 à 150 et R. 26 à R. 40-22 del *Code de procédure pénale*) è la *Commission nationale de réparation des détentions*, composta da magistrati civili e penali, mentre per la responsabilità per fatto del giudice è competente la giurisdizione ordinaria o amministrativa, a seconda della natura della condotta da cui è derivata la responsabilità. A tal proposito, v. il dossier disponibile online sul sito [http://www.courdecassation.fr/hautes\\_juridictions\\_commissions\\_juridictionnelles\\_3/commission\\_nationale\\_reparation\\_detentions\\_620/reparation\\_detention\\_provisoire\\_11885.html](http://www.courdecassation.fr/hautes_juridictions_commissions_juridictionnelles_3/commission_nationale_reparation_detentions_620/reparation_detention_provisoire_11885.html). Per una disamina relativa all'organizzazione ed al funzionamento della Commissione, cfr. P. LINGIBE, *La detention provisoire: quelle réparation en cas d'abus? (Après la loi n. 2000-516 du 15 Juin 2000)*, in *Revue de l'Actualité juridique française*, 2000, (online).

rose divergenze, relative alla prova dell'elemento soggettivo (da cui il meccanismo indennitario prescinde), alla dimostrazione del danno (essendo accresciuti, nel meccanismo indennitario, i poteri istruttori del giudice) ed alla sua quantificazione, poiché lo strumento indennitario mira ad una riparazione consistente ma non necessariamente completa tanto che, in taluni casi, il legislatore fissa esplicitamente un limite massimo di indennizzo<sup>7</sup>.

Come noto, il riferimento riguarda la riparazione per ingiusta detenzione, quella per errore giudiziario e quella per irragionevole durata del processo<sup>8</sup>. La prima ha come presupposto l'aver ingiustifica-

<sup>7</sup> In Italia il giudizio in caso di errore giudiziario e ingiusta detenzione si svolge in un unico grado di merito, davanti alla Corte di appello, avverso il cui provvedimento è possibile ricorrere in Cassazione per i motivi di cui all'art. 606 c.p.p.; si tratta dunque sempre di giudici penali. Invece, il giudizio ex l. 117/88 si svolge davanti al Tribunale del luogo ove ha sede la Corte d'appello del distretto più vicino a quello in cui è compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva il magistrato al momento del fatto, salvo che il magistrato sia venuto ad esercitare le funzioni in uno degli uffici di tale distretto (art. 4). Si tratta di un tema rilevante in relazione alla diversa interpretazione, da parte dei giudici civili e penali, delle nozioni di dolo e colpa grave, che rilevano in quanto il diritto alla riparazione è escluso qualora l'errore sia stato causato dal condannato. Cfr., a tal proposito, M.V. LUMETTI, *Le azioni di riparazione per errore giudiziario ed ingiusta detenzione. La debenza degli interessi sulle somme riconosciute dal provvedimento conclusivo del giudice*, in *Giustizia amministrativa*, 1, 2004 (pp. 64-83). Fra le tante differenze, ricordiamo anche quella relativa al termine di prescrizione dell'azione. Nel caso della responsabilità del magistrato, il termine è di due anni dal momento in cui l'azione è esperibile; invece, nel caso della riparazione per ingiusta detenzione, a seguito della recente riforma (Art. 3-bis. Norme in materia di riparazione per l'ingiusta detenzione. Decreto Legge 22 dicembre 2011, n. 211 (convertito in Legge 17 febbraio 2012, n. 9)), si applica un termine di sei mesi.

<sup>8</sup> I meccanismi di indennizzo trovano il proprio fondamento sia a livello nazionale sia a livello internazionale. La riparazione in caso di arresto o detenzione illegale è prevista dall'art. 5, par. 5, della CEDU («ogni persona vittima di un arresto o di una detenzione, eseguiti in violazione alle disposizioni di questo articolo, ha diritto ad un indennizzo») e dall'art. 9, par. 5, del Patto internazionale per i diritti civili e politici. Il risarcimento dell'errore giudiziario è previsto nell'art. 3, prot. 7, della CEDU («Qualora una condanna penale definitiva sia successivamente annullata o qualora la grazia sia concessa perché un fatto sopravvenuto o nuove rivelazioni comprovano che vi è stato un errore giudiziario, la persona che ha scontato una pena in seguito a tale condanna sarà risarcita, conformemente alla legge o agli usi in vigore nello Stato interessato, a meno che non sia provato che la mancata rivelazione in tempo utile del fatto non conosciuto le sia interamente o parzialmente imputabile»). Il diritto di ogni persona a che sia giudicata «entro un termine ragionevole» è riconosciuto espressamente dall'appena citata Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), art. 6, che ha messo in moto un'evoluzione da parte degli ordinamenti nazionali. Tuttavia, anche in questo caso, l'adeguamento dei sistemi nazionali è stato perseguito secondo strumenti e finalità parzialmente diversi.

tamente subito un periodo di limitazione della libertà personale, in attesa del giudizio, seguito da una pronuncia di proscioglimento. La seconda svolge una funzione solidaristica nei confronti del soggetto condannato da una sentenza definitiva di condanna dimostratasi erronea a seguito di un ulteriore giudizio avente ad oggetto la revisione del giudicato<sup>9</sup>. In questo caso l'indennizzo è solitamente commisurato all'eventuale espiazione della pena, alla durata dell'internamento ed alle conseguenze personali e familiari derivanti dalla condanna ai soggetti prosciolti nei giudizi straordinari<sup>10</sup>.

Fra le figure riparatorie, negli ultimi anni ha assunto un ruolo di rilevanza sempre maggiore quella connessa all'irragionevole durata del processo, che merita di essere trattata in quanto fattispecie che in taluni casi rientra nell'ambito della responsabilità per fatto del giudice e talvolta ne costituisce limite esterno. Infatti, gli ordinamenti nazionali hanno previsto tale forma di tutela tramite strumenti parzialmente diversi. Come vedremo, vi sono importanti distinzioni in relazione alla natura della riparazione (se di natura risarcitoria o indennitaria), alle forme di riparazione, alla previsione di una limitazione quantitativa all'erogazione della riparazione. La prima fondamentale differenza, particolarmente significativa ai nostri fini, attiene al fatto che, mentre in Italia si tratta di una fattispecie separata rispetto alla responsabilità civile del magistrato, in Francia e in Spagna rientra nell'ampia categoria dell'anomalo funzionamento dell'amministrazione della giustizia

In questa sede non intendiamo approfondire direttamente tale complessa questione, che negli ultimi anni è stata oggetto di un intenso dibattito dottrinale dovuto anche alle incertezze delle giurisprudenze nazionali ed alle divergenze relative ai criteri di valutazione che incidono sulla quantificazione dell'ammontare dell'indennizzo<sup>11</sup>. Tuttavia, nel corso del capitolo faremo puntuali riferimenti anche a tale fatti-

<sup>9</sup> Per la trattazione della fattispecie nell'ordinamento italiano, v. M. SELLA, *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, p. 986.

<sup>10</sup> Ci riferiamo in particolare ai giudizi di revisione, che compaiono all'interno dei rispettivi ordinamenti processuali penali secondo caratteri sostanzialmente coincidenti.

<sup>11</sup> Cfr. A. CITATI e V. ZAMBRANO, *Convergenze e divergenze tra la giurisprudenza italiana ed europea in materia di ragionevole durata del processo e di diritto all'equo indennizzo*, in U. LEANZA, *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppi della legge Pinto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, (pp. 121-154), p. 133 e ss. Ricordiamo incidentalmente che il legislatore italiano (con ddl. 22 giugno 2012, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134) ha approvato una parziale riforma della c.d. legge Pinto che circoscrive i limiti d'indagine del giudice nella ricerca delle cause della lentezza ingiustificata, semplifica la causa (ridotta ad un ricorso per decreto ingiuntivo) e impone limiti tassativi al *quantum* dell'indennizzo.

specie, in quanto elemento integrante della responsabilità per fatto del giudice e come fattispecie di applicazione sempre maggiore in quanto relativa ad uno dei fenomeni di disservizio tipici dell'amministrazione della giustizia.

Per quanto riguarda il caso italiano, la legge 117/88 è quella che trova un'applicazione più ridotta, in quanto limitata dalle tre figure indennitarie, disciplinate da specifiche previsioni legislative. Nell'ordinamento italiano, il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è disciplinato dagli artt. 314 e 315 c.p.p.<sup>12</sup>. D'altro canto, l'art. 643 e ss. c.p.p. disciplina la riparazione dell'errore giudiziario in caso di proscioglimento in sede di revisione. Benché si tratti di strumenti volti a riparare i c.d. danni da processo, fra i rimedi ex artt. 643 c.p.p. e ss. e art. 314 c.p.p. e ss. da un lato, e ex l. 117/88 dall'altro, vi sono alcune differenze fondamentali. Infatti, la riparazione di cui alle prime due figure non ha natura di risarcimento del danno ma di semplice indennità o indennizzo in base a principi di solidarietà sociale nei confronti di chi sia stato ingiustamente condannato o privato della libertà personale<sup>13</sup>. Dunque, si tratta di forme di indennità che si ricollegano alla figura dell'«atto lecito dannoso», che quindi prescindono completamente dal comportamento illecito del magistrato<sup>14</sup>. Infatti, l'atto lesivo che ne sta alla base è stato emesso nell'esercizio di un'attività legittima da parte degli organi dello Stato, anche se, in tempi successivi, ne è stata dimostrata l'erroneità o l'ingiustizia, ma non l'illegittimità.

Questa fondamentale differenza concettuale implica una serie di

<sup>12</sup> Per una disamina della disciplina in generale, cfr. P.P. RIVELLO, *Riparazione per l'ingiusta detenzione, Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XII, UTET, Torino, 1999, (pp. 327-350), p. 328.

<sup>13</sup> La Corte Costituzionale l'ha definita come «una misura riparatoria e riequilibratrice e in parte compensatrice della eliminabile componente di alea per la persona propria della giurisdizione penale cautelare» (Corte Cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 446, in *Arch. Nuova proc. Pen.*, 1998, 22). In ogni caso, segnaliamo che può esservi una certa confusione fra i rispettivi concetti. Talvolta vi contribuisce anche il legislatore, attraverso l'utilizzo di una terminologia ambigua. V., ad es., l'art. 3-bis del decreto legge 22 dicembre 2011, n. 211, c.d. «svuota carceri», convertito con l. 17 febbraio 2012, n. 9, che nell'assegnare efficacia retroattiva, fra gli altri, all'art. 315 c. 2 e 3 c.p.p., utilizza il termine «risarcimento» al posto del termine «indennizzo». Tale intervento è commentato in M. MANISCALCO, *Ingiusta detenzione: riflessioni intorno alla manovra legislativa 9/2012*, in *Persona e danno*, 2012, (online).

<sup>14</sup> Lo stesso vale per l'irragionevole durata del processo, che per il resto ha caratteristiche sue proprie. In questo caso, la natura giuridica del diritto alla riparazione è oggetto di dibattito fra chi opta per la tesi indennitaria e chi sostiene la tesi risarcitoria. La questione è trattata in U. LUCARELLI, *La legge Pinto, La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, vol. II, Utet, Torino, 2008, (pp. 1697-1717).

importanti distinzioni in relazione al rispettivo regime giuridico. In particolare, nei casi di riparazione, il giudice competente è titolare di poteri officiosi rafforzati, per cui il soggetto danneggiato avrà un onere probatorio inferiore rispetto ad un'azione di responsabilità civile, sia in relazione ai fatti posti a fondamento della propria domanda, sia alla quantificazione dei danni subiti<sup>15</sup>. D'altra parte, trattandosi di un indennizzo per atto lecito dannoso, non vige il principio della reintegrazione integrale, che invece caratterizza il sistema di responsabilità civile extracontrattuale. In altri termini, il rimedio in questione non mira a riportare il danneggiato nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato nel caso in cui l'evento dannoso non si fosse mai verificato, il che ha evidenti ripercussioni in relazione sia ai criteri di quantificazione del danno, sia alla presenza (solo per quanto riguarda l'ingiusta detenzione) di un tetto massimo normativamente stabilito, di 516.456,90 euro<sup>16</sup>. Per quanto riguarda l'irragionevole durata del

<sup>15</sup> In estrema sintesi, la differenza dal punto di vista dogmatico produce conseguenze in merito alla presenza di forme alternative di riparazione (p.e. l'art. 102 bis delle Disposizioni Attuative del Codice di Procedura Penale prevede la reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione), alla configurazione di un limite quantitativo, alla possibilità di riparazione in forma specifica, alla trasmissione del diritto per causa di morte ed alla ripartizione agli eredi, oltre al diverso regime processuale rispetto alle altre ipotesi di danno da processo all'interno del medesimo ordinamento. Per quanto riguarda la riparazione per ingiusta detenzione, la sua qualificazione come forma indennitaria ne preclude l'applicazione estensiva alle ingiuste misure coercitive non cautelari ad alle misure interdittive. In questo caso può trovare applicazione la responsabilità civile del magistrato. Le profonde differenze che intercorrono tra i due procedimenti (il primo è a cognizione sommaria, il secondo a cognizione piena; il primo può avere inizio anche se il processo al quale si collega il danno è pendente, mentre il secondo non può essere iniziato prima che siano esperiti tutti i rimedi impugnatori e comunque non prima che sia decorso il termine di 30 giorni dall'istanza per ottenere il provvedimento denegato; il primo non è destinato all'accertamento della responsabilità del giudice nella conduzione del processo, mentre il secondo presuppone necessariamente tale responsabilità [Cass. 3.1.2003, n. 8, FI 2003, I, 2399]; il primo, a differenza del secondo, consente la liquidazione del danno non patrimoniale fatto salvo il caso in cui il comportamento del magistrato abbia inciso in senso privativo della libertà personale) inducono a confermare la piena autonomia delle due azioni secondo lo schema della 'non interferenza' già adottato dalla giurisprudenza di legittimità e dal giudice delle leggi con riferimento ai rapporti tra giudizio di responsabilità civile dei magistrati e giudizi per la riparazione del danno in caso d'ingiusta detenzione e di errore giudiziario.

<sup>16</sup> L'onere della prova (soprattutto in relazione alla quantificazione del danno) tende ad essere affievolito rispetto allo strumento risarcitorio, poiché il giudice può verificare d'ufficio tutte le condizioni cui è subordinato l'accoglimento della domanda, potendo fondare la propria decisione su atti e fatti diversi da quelli allegati in giudizio dalla parte ricorrente. Tradizionalmente, nella quantificazione dell'indennizzo per ingiusta detenzione, il giudice valuta come parametro essenziale il rapporto fra la durata della privazione della libertà personale e la somma massima sta-

processo, la legge n. 89/2001 configura l'equa riparazione come obbligazione *ex lege* riconducibile all'art. 1173 c.c., che non richiede né l'accertamento di un illecito, né la dimostrazione dell'elemento soggettivo<sup>17</sup>.

È infine opportuno fare un accenno al coordinamento fra i diversi strumenti di tutela, cui fa riferimento esplicito la stessa legge 117/88, che imposta lo strumento risarcitorio come un'*extrema ratio* anche rispetto alle altre forme di riparazione<sup>18</sup>. In linea teorica, nulla vieta

bilita dal legislatore. D'altra parte, se il danneggiato intende ottenere la riparazione di peculiari voci di danno, il principio dell'onere della prova vige in modo del tutto simile rispetto all'azione di responsabilità. A tale proposito, è disponibile un'ampia giurisprudenza. Cfr., ad es., Cass. Pen., SS.UU., sentenza 29.01.2009 n. 4187, in materia di ingiusta detenzione e misure cautelari; Cass. Pen. 23119/2008, in materia di *quantum* dell'indennità; Cass. Pen. 39815/2007 su ingiusta detenzione e danno esistenziale; Cass. Pen. 25574/2008 su ingiusta detenzione ed esclusione della riparazione. Anche se l'ipotesi dell'errore giudiziario se ne differenzia in quanto non è previsto un tetto massimo, i meccanismi di quantificazione del danno sono a grandi linee coincidenti. Rimandando all'abbondante dottrina disponibile al riguardo, segnaliamo, in ogni caso, che l'esiguo numero dei giudizi di revisione fa sì che, nelle statistiche relative agli esborsi sostenuti da parte dello Stato, l'entità delle riparazioni sia nettamente inferiore rispetto a quelle collegate ai casi di ingiusta detenzione. Cfr. il documento emesso dal Ministero dell'Economia e delle Finanze-Servizio Centrale per gli Affari Generali e la qualità dei Processi e dell'Organizzazione, relativo agli anni 2004 - 2007: [http://www.ristretti.it/commenti/2008/dicembre/pdf1/ingiusta\\_detenzione.pdf](http://www.ristretti.it/commenti/2008/dicembre/pdf1/ingiusta_detenzione.pdf).

<sup>17</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 19/11/2002, n. 16256, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Cass. Civ., Sez. I, 12/11/2002, n. 15862, *Mass. Giur. It.*, 2002; Corte App. Brescia, 29/6/2001, in *Foro It.*, 2002, I, 236. L'attore ha l'esclusivo onere di allegare e dimostrare il protrarsi della controversia oltre un termine qualificato come ragionevole, mentre l'Amministrazione ha l'onere di provare gli elementi che ne giustificano il prolungamento o escludono l'imputabilità del ritardo all'organizzazione giudiziaria. Ne derivano importanti conseguenze sotto il profilo degli standard relativi alla complessità del caso ed al comportamento dell'autorità giudiziaria, dell'identificazione e quantificazione del danno risarcibile e della disciplina processuale. Cfr. Corte App. Torino, 5/9/2001, in *Foro It.*, 2002, I, 233, secondo la quale la fattispecie rientra nell'illecito civile ex art. 2043 c.c. anche per quanto riguarda l'elemento soggettivo e il nesso di causalità. V. W. GIACARDI, *Il diritto all'equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Diritto & Diritti*, Aprile 2008, (pp. 1-24).

<sup>18</sup> L'art. 14 (Riparazione per errori giudiziari) prevede espressamente che «Le disposizioni della presente legge non pregiudicano il diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e di ingiusta detenzione». La Corte Costituzionale (Sent. Corte Cost. 18-25 luglio 1996, n. 310) ha definito la disposizione dell'art.14 della legge n. 117/88 come una norma di coordinamento diretta a ribadire la non interferenza tra la disciplina sulla responsabilità civile e quelle relative al diritto alla riparazione a favore delle vittime di errori giudiziari e d'ingiusta detenzione. Vi può essere, viceversa, una sovrapposizione, fra disciplina ex l. 117/88 e riparazione per irragionevole durata del processo, qualora le due azioni vengano esperite dal medesimo soggetto in relazione al medesimo processo. Secondo giurisprudenza costante

che le azioni vengano esercitate simultaneamente, fatto salvo il divieto di ingiustificato arricchimento. Tuttavia, la dottrina sottolinea come il soggetto danneggiato tenda a preferire i meccanismi indennitari, che impongono oneri probatori meno gravosi e regimi processuali più favorevoli<sup>19</sup>.

Il caso francese ricalca a grandi linee l'impostazione italiana. Accanto al regime di responsabilità per fatto del giudice, vige un doppio sistema di indennizzo, collegato all'ingiusta detenzione ed all'errore giudiziario.

In Francia la riparazione per l'ingiusta detenzione ha avuto un percorso accidentato. Nel corso del XX secolo il tema è stato oggetto di dibattito dottrinale e di timide iniziative giurisprudenziali, a fronte di una prolungata inerzia da parte del legislatore. L'originaria disciplina introdotta nel 1970 prevedeva un sistema di responsabilità senza colpa, subordinata alla prova di un danno manifestamente anormale e di particolare gravità, che nella pratica tendeva a tutelare solo i casi più estremi<sup>20</sup>. In sostanza, tale legge fu utile soprattutto come dimostrazione dell'inadeguatezza dei criteri della responsabilità amministrativa, e dell'opportunità di istituire un meccanismo di natura realmente indennitaria<sup>21</sup>. Il legislatore è dunque tornato sulla materia in tempi più recenti<sup>22</sup>, fino a stabilire il diritto ad una riparazione integrale ed obbligatoria con la legge n. 516 del 15 giugno 2000<sup>23</sup>. Tra-

della Cassazione anche questo secondo sistema di tutela ha natura risarcitoria, per cui ciò sarebbe astrattamente possibile; tuttavia, i differenti presupposti dei rispettivi rimedi tendono ad escluderne, nei fatti, l'interferenza.

<sup>19</sup> Peraltro, come vedremo nelle seguenti sezioni, tale strumento mantiene (potenzialmente) un proprio ambito di applicazione anche riguardo al processo penale. La questione non riguarda tanto le altre misure cautelari (si pensi agli arresti domiciliari di cui all'art. 284 c.p.p.), cui si applica la stessa forma di riparazione per l'ingiusta detenzione, ma i danni patrimoniali che derivano da misure cautelari reali o altre conseguenze negative derivanti dalla pendenza del processo. Cfr. Cass. Pen. Sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 6719, commentata in BONACCORSI, *I danni da ingiusta detenzione ed il confine della responsabilità da attività giudiziaria*, cit., p. 788.

<sup>20</sup> *Loi n. 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, article 1er (articles 149 et suiv. du Code de procédure pénale) (Journal officiel du 19 juillet 1970, p. 6753).*

<sup>21</sup> La questione è ampiamente trattata in F. MUNOZ, *L'indemnisation des détentions provisoires injustifiées: du secours à la garantie sociale*, in M. DEGUERGUE, *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 117-138); G. CANIVET, *La responsabilité des juges en France*, in *Commentaire*, 26, 103, 2003, (pp. 637-648), pp. 637-638.

<sup>22</sup> *Loi n. 96-1235 du 30 décembre 1996, relative à la détention provisoire et aux perquisitions de nuit en matière de terrorisme*, JO, 1e janvier 1997, p. 9.

<sup>23</sup> *Loi n. 2000-516 du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence et aux droits des victimes*. Per un commento a tale intervento, cfr. C. PETTITI, *Le réexa-*



mite la radicale modifica del codice di procedura penale, è stato introdotto un meccanismo di indennizzo sistematico delle ingiuste detenzioni, subordinato a meno rigide condizioni e orientato a finalità solidaristiche piuttosto che propriamente risarcitorie<sup>24</sup>. D'altra parte, l'art. 626 del Codice di Procedura Penale del 30 dicembre 2000 ha istituito un regime di indennizzo per i soggetti riconosciuti non colpevoli a seguito di una procedura di revisione di una condanna penale<sup>25</sup>. Anche in questo caso, si tratta di un regime speciale che permette di ottenere la riparazione integrale del danno morale e materiale subito da parte di un soggetto condannato e poi riconosciuto non colpevole. Analogamente al caso italiano, l'elemento soggettivo non rientra nell'oggetto del giudizio. Come segnalato nel Capitolo III, in Francia (a differenza del caso italiano) la riparazione per irragionevole durata del processo rientra nel concetto di funzionamento anomalo della giustizia<sup>26</sup>.

Assai diversa è la situazione spagnola, caratterizzata dal fatto che non esistono strumenti di tutela relativi al danno da processo non rientranti nell'applicazione della *Ley Orgánica del Poder Judicial* (in seguito, LOPJ). Infatti, l'ampia categoria del *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, nonché la natura oggettivizzata della responsabilità dei soggetti pubblici, hanno permesso di farvi rientrare anche le ipotesi di errore giudiziario, irragionevole durata del processo e ingiusta detenzione. Come abbiamo visto nel capitolo precedente, si tratta di diverse fattispecie riferibili ad un ceppo comune. Infatti, non vi è, di per sé, alcuna differenza fra i meccanismi di riparazione sotto il profilo della natura giuridica; viceversa, ve ne sono di alquanto vistose sotto il profilo della disciplina sostanziale e processuale. L'art. 293.1 della LOPJ regola l'*error judicial*, relativo, come noto, ai casi in cui un errore giudiziario venga sancito a seguito del già citato *recurso de revisión* o a seguito del procedimento speciale

*men d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour EDH: la loi française du 15 juin 2000*, in *Revue Trimestrielle du Droit de l'Homme*, 45, 2001, (pp. 3-13).

<sup>24</sup> Alcuni autori suggeriscono un avvicinamento di tale fattispecie rispetto alla responsabilità dello Stato per fatto del giudice. Cfr. R. ERRERA, *Sur l'indépendance et la responsabilité des magistrats*, in S. GABORIAU e H. PAULIAT, *La responsabilité des magistrats*, Pulim, Limoges, 2008, (pp. 86 e ss.).

<sup>25</sup> La differenza fondamentale fra il caso francese e quello italiano riguarda il fatto che mentre in Italia è un giudice ordinario (la Corte di Appello nei cui distretto si trova il giudice che ha pronunciato la sentenza di primo grado) che accorda l'indennizzo, in Francia è competente una commissione ad hoc di composizione mista, prevista dall'art. 623 c.p.p.

<sup>26</sup> Le conseguenze giuridiche di tale collocazione, già accennate in precedenza, saranno ulteriormente sviluppate nel corso del presente capitolo.

davanti al *Tribunal Supremo*<sup>27</sup>. Al contempo, nell'ampia categoria del «*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*», che si distingue rispetto al caso precedente perché non è necessaria una sentenza seguita all'istanza di revisione, rientra anche l'ipotesi dell'irragionevole durata del processo. Infine, l'art. 294 della LOPJ prevede il risarcimento per l'ingiusta detenzione nei confronti di coloro che siano successivamente assolti «*por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre*»<sup>28</sup>.

La comparazione delle diverse esperienze dimostra che, all'interno di ognuna di esse, i rapporti reciproci fra gli strumenti di tutela dai c.d. danni da processo si fonda su un equilibrio diverso. Infatti, in Italia l'unica figura realmente risarcitoria (eccezion fatta per la violazione del diritto dell'Unione, che nell'unico caso verificatosi ha trovato applicazione tramite l'art. 2043<sup>29</sup>) è quella di cui alla legge 117/88, che trova un ambito di applicazione più ridotto rispetto agli altri sistemi. Non vi rientrano né le ipotesi di errore giudiziario e ingiusta detenzione, né quella dell'irragionevole durata dei processi<sup>30</sup>. In Francia, quest'ultima fattispecie rientra nella categoria del malfunzionamento della giustizia, mentre errore giudiziario e ingiusta detenzione costituiscono autonome figure di indennizzo. Nel caso spagnolo, tutte le fattispecie rientrano nella responsabilità dello Stato per anomalo funzionamento della giustizia, con eventuale rivalsa nei confronti del magistrato responsabile.

Da questa diversa impostazione adottata in seno ai diversi ordinamenti nazionali non bisogna automaticamente dedurre un sensibile cambiamento in relazione al regime giuridico dei diversi strumenti di tutela. Ci riferiamo in particolare al fatto che l'impostazione oggettivizzata che caratterizza l'esperienza spagnola tende ad approssimare tali meccanismi riparatori a figure che negli altri sistemi hanno na-

<sup>27</sup> Vi faremo riferimento nella sezione dedicata alla disciplina processuale.

<sup>28</sup> Ai sensi dell'art. 637 LECr, «*Procederá el sobreseimiento libre: 1. Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa; 2. Cuando el hecho no sea constitutivo de delito; 3. Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores*».

<sup>29</sup> V. sent. Tribunale di Genova, 23 aprile 2008, commentata in DELLACHÀ, *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e violazione del diritto comunitario*, cit.

<sup>30</sup> Come noto, altro aspetto è che il giudice in sede di giudizio di riparazione applichi in quanto compatibili principi propri delle azioni risarcitorie. In ogni caso, si tratta di strumenti il cui obiettivo e i cui presupposti continuano ad essere sostanzialmente diversi.

tura indennitaria. Dunque, i rispettivi regimi di diritto sostanziale tendono ad approssimarsi, e le conseguenze giuridiche di tale diversa collocazione sistematica, pur non essendo del tutto trascurabili, tendono a confluire in ragione della già ricordata natura oggettiva della responsabilità pubblica che contraddistingue l'esperienza spagnola<sup>31</sup>.

### 1.1. Presupposti di ammissibilità della domanda

In tutti i sistemi considerati i legislatori hanno stabilito una serie di filtri volti a limitare l'esercizio delle azioni di responsabilità per fatto del giudice<sup>32</sup>. La prima ragione di tali misure attiene al rispetto dei principi di imparzialità e indipendenza ovvero alla necessità di porre i magistrati al riparo da indebite interferenze nel margine di discrezionalità tipica dell'attività del giudicare. Il fatto che il giudice sia chiamato a dirimere situazioni di conflitto, così come la necessaria presenza di (almeno) una parte soccombente, fanno sì che, in mancanza di efficaci contromisure, vi sia il rischio di un aumento del contenzioso con conseguente sovraccarico degli organi giurisdizionali e di conseguenze potenzialmente esiziali per le finanze pubbliche<sup>33</sup>.

Per queste ragioni, tutti gli ordinamenti considerati prevedono che l'azione di responsabilità possa essere esperita solo a seguito del previo esaurimento delle ordinarie vie di ricorso, che costituiscono lo strumento per eccellenza per sanare gli eventuali difetti della decisione, e che tramite queste si debba in primo luogo impedire che il danno si produca<sup>34</sup>. In questo senso, dunque, l'azione di responsabi-

<sup>31</sup> Anche nel caso spagnolo, la riparazione prescinde dall'elemento dell'illiceità, approssimandosi alle ipotesi di responsabilità oggettiva per funzionamento normale dei pubblici poteri. Come vedremo, le differenze più evidenti si verificano sotto il profilo processuale. V., a tal proposito, il diverso regime giuridico fra errore giudiziario in diritto italiano e *error judicial* in diritto spagnolo, in relazione all'autorità competente in materia di quantificazione del danno. Cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista de derecho administrativo. Justicia administrativa*, 55, 2012, (pp. 49-64), pp. 52-53.

<sup>32</sup> Sulla responsabilità collegata all'attività della magistratura requirente e di altri soggetti che partecipano alla funzione giudiziaria, rinviamo alla seguente sezione.

<sup>33</sup> A proposito degli altri rischi relativi ai caratteri di imparzialità rinviamo al Capitolo I.

<sup>34</sup> In questo caso pensiamo in primo luogo al caso della sentenza definitiva in sede di giudizio di cognizione ma, come vedremo, lo strumento risarcitorio può essere utilizzato anche nei casi in cui il danno sia stato cagionato da provvedimenti cautelari e sommari. Riservandoci di tornare su tale questione, ricordiamo che, in Italia, l'esercizio dell'azione è condizionato dal fatto che la legge non appresti alla parte alcun rimedio contro i provvedimenti del giudice, si pensi alle ipotesi delle mi-

lità è prevista quale strumento di natura sussidiaria, di utilizzo eventuale, per non dire del tutto eccezionale. Inoltre, vige il principio di obbligo di motivazione, che costituisce un ulteriore e fondamentale strumento a presidio delle pretese individuali<sup>35</sup>. A tal proposito segnaliamo che l'art. 2.2 della legge 117/88 (lett. (d)) considera la mancanza di motivazione come elemento sufficiente per determinare l'ingiustizia del danno e la colpa grave del magistrato, al di là dell'accertamento a proposito della sussistenza dei presupposti per l'adozione della misura restrittiva.

L'azione di responsabilità riveste dunque carattere sussidiario, che può essere applicato solo qualora le vie ordinarie siano state esaurite. Sotto questo profilo, fra le esperienze considerate vi è sostanziale coincidenza, essendo le rispettive giurisprudenze del tutto assestate sul punto<sup>36</sup>. Il problema attiene, piuttosto, alla classificazione dei ricorsi all'interno degli strumenti di natura ordinaria piuttosto che straordinaria, che è variabile da ordinamento a ordinamento. Inoltre, le rispettive dottrine nazionali si sono talvolta divise circa l'interpretazione da dare al dato legislativo<sup>37</sup>.

sure cautelari previste nell'ambito del processo civile. In questo caso, l'azione risarcitoria è esperibile solo successivamente all'esaurimento del grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto dannoso. Tuttavia la parte danneggiata può esperirla quando siano decorsi tre anni, ed il procedimento sia ancora pendente. Cfr. F. PINTUS, *Responsabilità del giudice*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988 (pp. 1471-1482), p. 1479. La questione non è particolarmente rilevante dal punto di vista comparatistico, essendoci una fondamentale analogia fra i rispettivi sistemi in relazione alla difficoltà nello stabilire se l'azione di risarcimento sia esercitabile solo a seguito del passaggio in giudicato della decisione relativa al giudizio nel suo complesso.

<sup>35</sup> Come noto, l'art. 11.6 della Costituzione italiana sancisce esplicitamente tale obbligo, e l'art. 132 c.p.c. lo definisce come elemento essenziale della sentenza. D'altra parte, l'art. 120.3 della Costituzione spagnola stabilisce che: «*las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*». L'art. 208 della LEC stabilisce, inoltre, che «*las providencias contendrán una sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente. 208.2 los autos y las sentencias serán siempre motivadas, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo*». In Francia l'obbligo di motivazione è formulato nell'articolo 455 del *Code de procédure civile* («*le jugement doit être motivé*»).

<sup>36</sup> La giurisprudenza spagnola ha anche in tempi recenti ribadito che la responsabilità per fatto del giudice soccorre solo qualora siano già state esperite tutte le altre vie. Cfr. M.L. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez*, in J.P. QUINTANA CARRETERO, *La responsabilidad personal del juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, (pp. 127-199), p. 176 e ss.

<sup>37</sup> La questione è stata trattata in GRAZIADEI e MATTEI, *Judicial Responsibility in Italy: A New Statute*, cit. In Spagna il *Recurso de Casación* è un ricorso straordinario, tuttavia non vi è dubbio che l'azione di responsabilità possa essere esperita

L'art. 403.2 della LEC 1/2000, analogamente all'art. 413 della LOPJ<sup>38</sup>, stabilisce che non saranno ammissibili le azioni di responsabilità nei confronti dei magistrati per i danni arrecati nell'esercizio delle loro funzioni «*mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio*»<sup>39</sup>.

In Francia si pone un problema duplice. Da un lato, vige anche qui il principio di previo esaurimento delle ordinarie vie di ricorso; dall'altro, come vedremo meglio più avanti, secondo costante giurisprudenza del *Conseil d'État*, in riferimento alla giurisdizione amministrativa la responsabilità non può derivare dal contenuto di una sentenza definitiva. Nel caso francese, dunque, il principio della *res judicata* viene interpretato in modo tale da impedire che la responsabilità per fatto del giudice costituisca un ulteriore ricorso anche dal punto di vista sostanziale. In altri termini, l'eventuale sentenza relativa all'azione di responsabilità non deve interferire con il giudicato «principale» sia dal punto di vista formale (il che non è in discussione, vista la differenza relativa sia al *petitum* sia alla *causa petendi*), sia dal punto di vista delle conseguenze di ordine patrimoniale<sup>40</sup>. Vi è infatti chi sostiene che, quanto meno sotto traccia, se si ammettesse il principio opposto, la responsabilità dello Stato collegata all'attività giudiziaria metterebbe in pericolo l'autorità materiale della cosa giudicata<sup>41</sup>.

solo successivamente a questa. Inoltre, la dottrina spagnola è divisa circa il fatto che l'esaurimento delle vie di ricorso riguardi tutti i ricorsi, compreso quello di revisione. In ogni caso, l'orientamento maggioritario si riferisce ai soli ricorsi giurisdizionali, escludendo dunque sia il ricorso di *amparo* ex art. 14-29 della Costituzione spagnola sia il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'Uomo. Cfr. J.L. BARRÓN DE BENITO, *Algunas precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil judicial*, in *Revista española de seguros*, 93, 1998, (pp. 51-102), p. 82.

<sup>38</sup> Art. 413 LOPJ: «1. La demanda de responsabilidad civil no podrá interponerse hasta que sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga producido el agravio, ni por quien no haya reclamado oportunamente en el mismo, pudiendo hacerlo. 2. En ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el proceso».

<sup>39</sup> Cfr. J.I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, *La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores*, in J.I. ÁLVAREZ SÁNCHEZ (cur.), *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, (pp. 19-66). Coerentemente, l'art. 266.1 della LEC richiede che alla domanda si allegli «*Se habrán de acompañar a la demanda: 1. Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones, con dolo, culpa o ignorancia inexcusable*».

<sup>40</sup> Cfr. RENARD-PAYEN e ROBINEAU, *La responsabilité de l'État pour faute du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice judiciaire et administrative*, cit.

<sup>41</sup> Inoltre, trattandosi di sentenza suscettibile di ricorso, riconoscere una respon-

Ciò significa non solo che i difetti di un provvedimento giurisdizionale devono essere corretti solamente tramite i rimedi processuali ordinari, ma anche che il principio di autorità della cosa giudicata viene inteso in termini rafforzati. L'azione di responsabilità non solo non soccorre prima che intervenga una sentenza definitiva sul punto, ma non può nemmeno sovrapporsi a quest'ultima nella sostanza. Sulle conseguenze in ordine al conflitto con il diritto dell'Unione ci soffermeremo ampiamente nel corso del capitolo<sup>42</sup>.

In Italia, non solo è necessario aver esaurito le ordinarie vie di ricorso, ma è anche previsto un ulteriore filtro, rappresentato dal controllo preliminare della non manifesta infondatezza della domanda (c.d. giudizio di ammissibilità ex art. 5 l. 117/88), da alcuni considerato come il principale ostacolo all'effettività dello strumento. Si tratta di un procedimento preliminare, di natura deliberativa rispetto alla sussistenza degli elementi dedotti, e che costituisce giudizio di merito in ordine alla configurabilità dei dati contestati<sup>43</sup>. L'atipicità del procedimento, e in particolare alcune modalità del suo svolgimento, sono state da più parti oggetto di censura: si pensi, in particolare, al fatto che il giudice competente a svolgere tale verifica è lo stesso che ha valutato nel merito, ed alla atipicità e sommarietà della procedura camerale. Da più parti è stata sostenuta l'opportunità di eliminare tale filtro, anche in considerazione del rigido orientamento giurisprudenziale sul punto<sup>44</sup>. D'altra parte, sotto questo profilo la Corte Costi-

sabilità per fatto del contenuto di una decisione definitiva rischia di intralciare le normali vie di appello. Cfr. POUYAUD, *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, cit., p. 1181.

<sup>42</sup> Come noto, sotto questo profilo vi è un elemento di incompatibilità rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il *Conseil d'Etat*, nella sentenza Robert Gestas, ha risolto il conflitto mantenendo il regime generale delineato dalla giurisprudenza Darmon e introducendo una nuova eccezione applicabile ai casi di violazione del diritto dell'Unione. Di conseguenza, il principio dell'irricevibilità di un'azione di responsabilità fondata sul contenuto di decisioni definitive, in caso di violazione del diritto dell'Unione, è stato abbandonato, mentre rimane intatto nel caso in cui la posizione giuridica violata sia fondata sul diritto interno.

<sup>43</sup> V. Sent. Cass., sez. I, 4 aprile 2005, n. 9288; Cass. Civ., 27 novembre 2006, n. 25123. Vi fa riferimento LAZARI, «*Là où est la responsabilité, là est le pouvoir*». *Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, cit., p. 6.

<sup>44</sup> I giudici, consci della necessità di non dare adito a controversie civili ripetitive del processo penale, hanno negato l'ammissibilità di numerose azioni relative a danni derivanti da provvedimenti di custodia cautelare disposta per reati che non consentivano tale misura e danni da archiviazione del processo penale, così come in relazione ad altri importanti aspetti. Tale condotta, peraltro, integra una delle figure tipiche di colpa grave, ovvero «l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». V. giu-

tuzionale ha sempre legittimato tale scelta, in quanto fondamentale presidio per i principi di imparzialità e indipendenza<sup>45</sup>.

## 1.2. Applicabilità *ratione personae*

Una questione più volte richiamata nel corso del testo attiene all'applicabilità *ratione personae*, ovvero all'applicazione della disciplina della responsabilità connessa alla funzione giudiziaria a tutti coloro che integrano l'ordine giudiziario, a solo alcuni soggetti che partecipano all'amministrazione della giustizia (quali ausiliari, consulenti tecnici, polizia giudiziaria, ecc.), a soggetti che *strictu sensu* non rientrano nel potere giudiziario (si pensi a giudici che non rientrano in strutture afferenti all'autorità giudiziaria e ai giudici costituzionali), ecc.

All'interno dei diversi ordinamenti l'ambito di applicabilità è un tema estremamente controverso. Assodato che i soggetti che per eccellenza rientrano nell'ambito di applicazione sono i magistrati giudicanti, questione particolarmente delicata attiene all'applicabilità anche ai requirenti, per ragioni che sono in parte già state ricordate nel capitolo precedente e che in questa sezione ci prefiggiamo di sviluppare ulteriormente. Le ragioni di tale difficoltà sono di diversa natura, fra cui ricordiamo sommariamente le questioni più propriamente istituzionali, quali la diversità di status, le diverse prerogative, una variabile dipendenza dal potere esecutivo e un diverso ruolo nel sistema penale, soprattutto in relazione al monopolio nell'esercizio dell'azione penale ed all'obbligatorietà di quest'ultimo<sup>46</sup>. Vi sono poi ragioni collegate alle attività effettivamente svolte nella fase istruttoria, la sottoposizione ad un'organizzazione gerarchica che ne limita la discrezionalità, e la presenza di disposizioni nazionali che tendono ad esclu-

risprudenza commentata in M. CICALA, *Rassegna sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2004, (pp. 457-466). Il tema è stato affrontato da M. MACRÌ, *Risarcimento danni per ingiusta detenzione tra difficoltà di applicazione e prospettive indennitarie*, in *Responsabilità civile e previdenza*, LXIII, 4-5, 1998, (pp. 1046-1053).

<sup>45</sup> V., ad es., la sent. Corte Cost. 22 dicembre 1990, n. 468. Il tema è trattato in G. FERRI, *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in *Diritto e Società*, 2012, (online); N. ZANON, *La responsabilità dei giudici*, Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2004. *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Cedam, Padova, 2008, (pp. 217-252), p. 231. Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale relativa agli elementi di frizione fra principi di indipendenza e di responsabilità dei magistrati, rimandiamo alla sezione espressamente dedicata nel Capitolo I.

<sup>46</sup> Tali questioni sono state approfondite nel Capitolo III.

dere l'attività del magistrato requirente dall'ambito di applicabilità della disciplina.

La disciplina italiana si applica a tutti gli appartenenti alla magistrature («ordinaria, amministrativa, contabile, militare e speciali, che esercitano l'attività giudiziaria», art. 1). Il limite dipende piuttosto dalla natura delle funzioni svolte, essendo escluse quelle intrinsecamente amministrative. Di per sé, la disciplina è applicabile anche ai magistrati che svolgono la funzione requirente<sup>47</sup>. D'altra parte, come vedremo, la legge attualmente in vigore, in particolare tramite la clausola di salvaguardia, limita sensibilmente lo spettro di ipotesi in cui si possa effettivamente esercitare tale azione con una qualche probabilità di successo. La scarsa giurisprudenza disponibile a tale riguardo tende infatti ad optare per un orientamento estensivo di tale clausola, facendovi rientrare anche l'interpretazione del diritto processuale<sup>48</sup>. È comunque teoricamente configurabile una qualche forma di responsabilità civile del p.m. in caso di provvedimento cautelare produttivo di un danno; tuttavia, casi di questo genere hanno finora tutt'al più dato adito ad azioni di natura disciplinare<sup>49</sup>. Altra questione, che in questa sede intendiamo affrontare solo incidentalmente, attiene alle conseguenze in tema di responsabilità del nuovo assetto delle procure di cui al decreto legislativo n. 106/2006, che ne accentua sensibilmente la struttura gerarchica. In sede di un'ipotetica rivalsea nei confronti del p.m., potrebbe infatti essere rilevante il fatto che attualmente il procuratore della Repubblica sia il titolare esclusivo dell'azione penale e possa assegnare interi procedimenti o singoli atti ai magistrati dell'ufficio, indicare criteri per l'impostazione delle indagini, assentire personalmente o tramite un suo delegato ai fermi ed alle richieste di misure cautelari e reali, ecc.<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> A tal proposito, i commentatori politici segnalano che la responsabilità civile del magistrato è stata negli ultimi anni oggetto di proposte di riforma proprio nel quadro di un conflitto istituzionale che coinvolgeva soprattutto la magistratura requirente piuttosto che quella giudicante. In altri termini, le proposte di riforma hanno inteso cavalcare un generale senso di insoddisfazione nei confronti della giustizia nel suo complesso, con toni particolarmente accesi nei confronti di una presunta parzialità di alcuni pubblici ministeri. Di conseguenza, le proposte sono state orientate, soprattutto, a sanzionare la cattiva condotta dei magistrati che svolgono la funzione requirente.

<sup>48</sup> Cfr. Cass. civ., 18 marzo 2008, n. 7272, in *Foro It.*, 2009, 2496.

<sup>49</sup> Più in generale è possibile ipotizzare danni connessi all'attività del p.m. nella fase delle indagini, quali ispezioni, confronti, perquisizioni, sequestri, ecc. V., ad es., i casi commentati in CICALA, *Rassegna sulla responsabilità civile dei magistrati*, cit.

<sup>50</sup> Le modalità di organizzazione dell'ufficio del pubblico ministero e il processo di gerarchizzazione sono approfonditi in PEPINO, *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, cit., p. 660 e ss.



Infine ricordiamo che nell'ambito di applicazione rientrano anche gli «estranei che partecipano all'esercizio della funzione giudiziaria» ovvero coloro che esercitano la funzione giurisdizionale in modo continuativo, distinti rispetto a quei soggetti chiamati a svolgere determinate funzioni giurisdizionali in ragione di specifiche competenze tecniche, o in qualità di cittadini<sup>51</sup>. Sono invece esclusi gli ausiliari del giudice, quale il cancelliere e l'ufficiale giudiziario, cui si applica talvolta la disciplina relativa al pubblico impiego e talvolta quella di diritto comune<sup>52</sup>. In ogni caso, segnaliamo che in relazione a tali soggetti è assai arduo svolgere una disamina in termini generali, anche perché, nel silenzio del legislatore, la giurisprudenza vi ha fatto riferimento caso per caso<sup>53</sup>.

In Spagna, la dottrina tende a sostenere che la responsabilità per il funzionamento dell'Amministrazione della giustizia sia applicabile solo in relazione all'attività giudiziaria dei magistrati giudicanti. Ne risulterebbero quindi escluse diverse attività e categorie di soggetti. In primo luogo, l'attività che non abbia carattere propriamente giurisdizionale, come quella dei c.d. tribunali economico-amministrativi e del *Tribunal de Defensa de la Competencia*, che non fanno parte del *Poder Judicial*, così come l'attività non giurisdizionale dei giudici e l'attività amministrativa ausiliaria della funzione giurisdizionale<sup>54</sup>. Altrettanto dubbia è l'applicabilità della disciplina alla polizia giudiziaria<sup>55</sup>, al caso di c.d. *error penitenciario*, che consiste nella prolun-

<sup>51</sup> In AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, cit., si fa riferimento «oltre ai giudici popolari delle corti d'assise e delle corti d'assise d'appello, ai componenti dei tribunali e delle sezioni per i minorenni delle corti d'appello, agli esperti delle sezioni specializzate agrarie presso i tribunali e le corti d'appello».

<sup>52</sup> Per un approfondimento della responsabilità del cancelliere e dell'ufficiale giudiziario in Italia, v. VIGORITI, *Responsabilità del giudice. Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari, del p.m.*, cit., p. 10 e ss.

<sup>53</sup> Ad es., la Sent. Cass., Sez. III, 8 maggio 2008, n. 11229 esclude dall'ambito di applicabilità il curatore fallimentare, che esercita una funzione pubblica nell'interesse della giustizia che non rientra nella funzione propriamente giudiziaria così come individuata nella legge 117/88.

<sup>54</sup> L'applicabilità al *Tribunal de Cuentas*, supremo organo di controllo dei conti e della gestione economica dello Stato, organo costituzionale non inquadrabile nel *Poder Judicial*, è oggetto di dibattito. Cfr. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit., p. 122 e ss. e GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit., p. 325.

<sup>55</sup> La questione, su cui nel corso degli anni si è pronunciato il *Consejo de Estado*, e su cui il *Tribunal Supremo* si è espresso più volte, è analizzata in MONTERO AROCA, *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, cit. In ACOSTA GALLO, *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento*

gata privazione della libertà personale a causa di un calcolo scorretto in relazione al momento di estinzione della pena, o ancora in caso di danni imputabili all'amministrazione penitenziaria occorsi a soggetti detenuti<sup>56</sup>. Non vi rientra la responsabilità per i danni derivanti dal malfunzionamento del *Tribunal Constitucional*, che in tempi non lontani è stata regolata da una disciplina specifica<sup>57</sup>.

Per quanto riguarda l'applicabilità alla magistratura requirente, in Spagna la questione è decisamente più dibattuta. Vi è una consistente parte della dottrina che sostiene che la disciplina relativa al risarcimento per funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia, fondato sull'art. 121 della Costituzione e regolato dall'art. 292 e ss. della LOPJ, sia applicabile anche nei casi di danni imputabili all'attività dei pubblici ministeri<sup>58</sup>. Infatti, l'art. 124 della Costituzione, relativo alla figura del *Fiscal*, rientra nel Título IV, dedicato al *Poder Judicial*<sup>59</sup>. D'altra parte, vi è un altro settore dottrinale che nega che

*anormal de Justicia*, cit., pp. 142-144, si approfondisce anche l'applicabilità della disciplina all'amministrazione penitenziaria e al *Consejo General del Poder Judicial*. Benché alcune pronunce ormai risalenti abbiano ricondotto la responsabilità di tali soggetti all'art. 121 della Costituzione, secondo un più recente indirizzo del *Consejo de Estado* bisognerebbe riferirsi al concetto di «*funcionamiento normal*» di cui all'art. 106.2 *Const. Esp.* Cfr. *Sent. de 6 de noviembre de 1991. Ar. 8869; Dictámenes del Consejo de Estado 1073/1991, de 19 de septiembre, e 665/1996, de 30 de mayo.* Cfr. E. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998, p. 140.

<sup>56</sup> I temi sono rispettivamente approfonditi in diversi contributi, fra cui ricordiamo J. NISTAL BURÓN, *El concepto de «error penitenciario» en la ejecución penal su encaje jurídico en el marco legal de la responsabilidad patrimonial del Estado*, in *Diario La Ley*, 7725, 2011, (pp. 67-86); J. NISTAL BURÓN, *La responsabilidad del estado frente a las personas privadas de libertad. Las muertes violentas en prisión* in *Diario La Ley*, 7383, 2010, (pp. 1472-1479).

<sup>57</sup> Ci riferiamo al nuovo art. 139.5 della *Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, introdotto con art. 9 della *Ley 13/2009, de 3 de noviembre*. Cfr. A. CORRAL SASTRE, *Sobre la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 144, 2009, (pp. 737-748); G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, 2010, (pp. 265-290).

<sup>58</sup> Tale settore dottrinale è peraltro concorde nel ritenere inapplicabile il regime relativo all'*error judicial*. Cfr. GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit.; J.L. GIL IBÁÑEZ, *La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario. Su articulación en el Derecho Español. Algunos supuestos de aplicación por los Tribunales españoles*, in *La Ley*, XXXII, 1999, (online).

<sup>59</sup> D'altra parte, l'art. 60 del *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, prevede che «*La exigencia de responsabilidad civil y penal a los miembros del Ministerio Fiscal y la repetición contra los mismos por parte de la Administración del Estado, en su caso, se regirá, en cuando les sea de aplicación, por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial para Jueces y Magistrados*».

il *Ministerio Fiscal* possa essere considerato come parte integrante del *Poder Judicial*. Vi sono infatti importanti divergenze sotto il profilo statutario, perché mentre i giudici esercitano il potere giurisdizionale in condizioni di indipendenza, i p.m. rispondono a principi di unità e dipendenza gerarchica nei confronti del *Fiscal General del Estado*, che come precedentemente ricordato è di nomina governativa<sup>60</sup>. Vi è quindi un'ampia dottrina che sostiene che i danni riferibili ai p.m. debbano essere imputati all'amministrazione dello Stato e rientrare nell'art. 106.2 della Costituzione<sup>61</sup>. Tale tesi è condivisa anche da chi giunge a tale conclusione non in ragione delle diversità strutturali della funzione requirente, ma in nome dell'attività che la caratterizza. A tal proposito, dipende da quanto estensivamente si interpreti il concetto di funzionamento anomalo della giustizia. Vi è chi sostiene che i p.m., pur partecipando al processo, non esercitino una vera e propria potestà giurisdizionale, e che i danni derivanti dalla loro attività possano rientrare nell'alveo dell'amministrazione della giustizia solo se intesa in senso ampio<sup>62</sup>.

In questa sede è sufficiente dedicare all'esperienza francese un breve spazio. La disciplina francese è di applicazione ampia, comprendendo, ormai, sia i giudici ordinari sia i giudici amministrativi, ed estendendosi ai pubblici ministeri, agli ausiliari, ecc. Di per sé, non vi sono limiti tassativi rispetto all'applicabilità *ratione personae*; è dunque necessario riferirsi alla natura dell'attività effettivamente svolta, piuttosto che all'appartenenza ad una particolare categoria di soggetti, come invece sembra essere nel caso italiano<sup>63</sup>. Per questa ragione, rinviando

<sup>60</sup> La traduzione dei termini *Fiscal* e p.m. risponde ad esigenze di praticità, anche se evidentemente viene fatta a costo di una certa approssimazione. Il tema è trattato in: I. DELGADO PUGÉS, *La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología*, in *Anales de Filología Francesa*, 18, 2010, (pp. 119-135). Per il rapporto fra principio di responsabilità e collocazione istituzionale, cfr. SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, cit.

<sup>61</sup> Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pp. 387-388.

<sup>62</sup> Cfr. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit., pp. 126-127; TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, cit., p. 79; A. JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, *La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la justicia*, Impredisur, Granada, 1991, p. 193; QUINTANA CARRETERO, *Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez*, cit.

<sup>63</sup> La separazione fra magistratura giudicante e requirente che caratterizza il sistema francese non produce particolari conseguenze in termini di responsabilità. D'altra parte, il dato è da considerare alla luce del diverso rapporto fra responsabilità

alla sezione dedicata alla condotta, che costituisce il fattore discriminante sia per l'individuazione dell'ambito di applicabilità *ratione materiae*, sia per quanto riguarda il giudice competente.

### 1.3. *Responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato*

Altra questione preliminare, che proietta conseguenze fondamentali in termini di diritto sia sostanziale sia processuale, attiene al legittimato passivo dell'azione di risarcimento. Ci riferiamo al fatto che la falsa corrispondenza fra le fattispecie di responsabilità patrimoniale connessa all'attività giudiziaria deriva in primo luogo dal fatto che in realtà, mentre in tutte le esperienze è prevista una responsabilità in capo allo Stato, questa si rapporta in modo diverso rispetto alla responsabilità personale del magistrato.

Come più volte ricordato, due delle esperienze considerate (quella italiana e quella francese) rientrano nel gruppo, nettamente maggioritario non solo in Europa, che prevede esclusivamente un'azione diretta contro lo Stato, salvo rivalsa nei confronti del magistrato che ha effettivamente cagionato il danno. Il caso spagnolo, invece, si segnala in quanto prevede, accanto ad una responsabilità dello Stato, anche una responsabilità diretta del magistrato.

Questa sommaria considerazione deve però essere integrata da una più profonda analisi attinente alle condizioni cui i diversi ordinamenti sottopongono l'applicazione dei rispettivi regimi ed ai meccanismi processuali secondo cui i diversi soggetti sono chiamati a rispondere.

Nel corso della trattazione ci soffermeremo sulla responsabilità dello Stato, facendo puntuali riferimenti alle ipotesi in cui si può giungere ad una condanna del magistrato. Per quanto riguarda la questione relativa all'imputabilità ovvero alla determinazione del legittimato passivo dell'azione, cercheremo di rispettare un'impostazione unitaria, benché in linea di principio la disciplina spagnola (a differenza delle altre due) preveda, accanto alla responsabilità dello Stato, anche una responsabilità diretta del magistrato. La trattazione unitaria è possibile, in primo luogo, perché un'analisi del caso spagnolo conduce a considerare la fattispecie della responsabilità diretta del magistrato come un'ipotesi poco più che di scuola. La stessa dottrina nazionale vi fa riferimento come una sottocategoria di responsabilità dello Stato, che si differenzia in funzione dell'eventuale successivo esercizio dell'azione di rivalsa<sup>64</sup>.

dello Stato e responsabilità del magistrato, che segna un chiaro elemento di distinzione fra le esperienze considerate.

<sup>64</sup> Come noto, questioni di strategia processuale conducono, infatti, i cittadini

La comparazione fra i diversi regimi di responsabilità dello Stato permetterà di approfondire una differente impostazione di fondo. Infatti, nel caso spagnolo e in quello francese le condizioni cui è sottoposta la responsabilità dello Stato sono diverse e meno rigide rispetto a quelle necessarie per l'esercizio dell'azione di rivalsa. Dunque, quest'ultima appare come un passaggio meramente eventuale<sup>65</sup>. Al contrario, nel caso italiano, le condizioni di diritto sostanziale cui è sottoposta la responsabilità dello Stato sono le medesime rispetto alla responsabilità del magistrato, e l'esercizio dell'azione di rivalsa risulta obbligatorio, in applicazione dell'art. 28 della Costituzione<sup>66</sup>. La scarsa effettività di tali strumenti non permette un'attendibile analisi fondata su casi concreti. Tuttavia proietta importanti conseguenze in relazione all'elemento soggettivo, così come in relazione alla disciplina processuale.

## 2. I presupposti di diritto sostanziale

L'esame degli elementi di diritto sostanziale richiede un breve passaggio introduttivo, relativo alle fondamentali coordinate secondo cui si sviluppa il regime di responsabilità per fatto del giudice nei diversi sistemi considerati ed all'impostazione adottata nella presente trattazione.

Per quanto riguarda gli elementi fondamentali intorno a cui sono impostate le diverse discipline nazionali, segnaliamo in primo luogo il fatto che i sistemi di responsabilità per fatto del giudice risentono in diversa misura dei regimi di responsabilità amministrativa. La connessione più o meno stretta con quest'ultima produce una serie di rilevanti conseguenze giuridiche, il cui esame comparato risulta par-

danneggiati, a rivolgersi in ogni caso contro lo Stato, che a sua volta potrà rivalersi nei confronti del magistrato quando si verifichino i presupposti stabiliti nell'articolo 296.1 LOPJ. In ogni caso, in linea teorica è possibile dirigersi esclusivamente nei confronti del magistrato, secondo la disciplina processuale stabilita nella LOPJ e dalla LEC in quanto applicabile.

<sup>65</sup> Come vedremo meglio nelle prossime sezioni, in Francia le conseguenze dannose connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale gravano sempre sullo Stato, salva la possibilità (ai sensi degli artt. L 141-1, 141-2 e 141-3, *Code de l'organisation judiciaire*) di rivalersi nei confronti dei giudici che abbiano concretamente cagionato il danno. Ad oggi, le azioni sono state tutte rigettate, per cui tale ipotesi non si è mai verificata.

<sup>66</sup> Non a caso, il titolo della legge 117/88 («Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati») si riferisce esplicitamente alla responsabilità civile dei magistrati e non dello Stato per fatto del giudice.

ticularmente fecondo. Come vedremo, in Francia e in Spagna la responsabilità collegata all'attività giudicante dichiarativa è sottoinsieme di un concetto dai confini assai più larghi, quale quello di anomalo funzionamento della giustizia intesa come servizio ed organizzazione. Si tratta, in altri termini, di sistemi rientranti, seppur con le peculiarità di cui daremo conto, nell'alveo della disciplina della responsabilità dei pubblici poteri. Il caso italiano è viceversa caratterizzato da un'impostazione che risente in modo assai più netto delle diverse prerogative dei componenti l'ordine giudiziario, e quindi gli elementi di alterità rispetto alla responsabilità pubblica in generale appaiono con maggiore evidenza. D'altra parte, come vedremo, dal punto di vista del regime giuridico il regime spagnolo si contrappone agli altri due: si pensi, ad esempio, all'onere della prova, che in Francia e in Italia riguarda, fra gli altri, l'elemento soggettivo, mentre nel caso spagnolo attiene, soprattutto, alla condotta, al danno e al nesso di causalità<sup>67</sup>.

La seconda coordinata attiene al rapporto fra responsabilità dello Stato collegato all'attività giudiziaria e responsabilità personale del magistrato, che riveste un'importanza fondamentale all'interno dei vari sistemi soprattutto in relazione all'elemento soggettivo. Al di là dell'effettività della responsabilità personale del magistrato, cui dedicheremo alcune riflessioni, l'impostazione delle diverse discipline di responsabilità dello Stato risente della concatenazione fra le due fattispecie e dà luogo ad una serie di sfumature ed elementi di complessità di cui in questa sezione tenteremo di dare conto. Per meglio dire, i loro tratti caratteristici derivano, anche, dal diverso rapporto fra l'una e l'altra. Nel caso italiano, vi è una sorta di automatismo necessario e, nelle intenzioni, meccanico, fra le due fattispecie, poiché le condizioni cui è sottoposto il risarcimento a carico dello Stato fanno espresso riferimento all'attività giudiziaria; coerentemente, l'esercizio dell'azione di rivalsa ha natura obbligatoria. Viceversa, sia il caso francese sia quello spagnolo prevedono una responsabilità dello Stato giuridicamente indipendente rispetto alla responsabilità del magistrato, sottoposta a più stringenti requisiti attinenti all'elemento sog-

<sup>67</sup> Come vedremo, le differenze fra sistema spagnolo e francese dipendono dal fatto che questi, quanto meno dal punto di vista del formante legale, sono interessati da una fondamentale divergenza: il regime spagnolo, a differenza di quello francese, ha natura oggettivizzata, e in quest'ultimo vige, a differenza del primo, il principio secondo cui la responsabilità non può derivare da una sentenza passata in giudicato. Dunque la comparazione dimostra uno spostamento di equilibrio fra le due voci, a seconda del sistema considerato.

gettivo. In tali casi, l'azione di rivalsa si pone come ipotesi del tutto eventuale.

Questa diversità di impostazione non influisce solo sull'elemento soggettivo, ma incide fortemente anche sul presupposto della condotta. Per meglio dire, nella disciplina della responsabilità per fatto del giudice, la distinzione fra questi due elementi tende ad essere evanescente. Trattandosi di sistemi in cui, a seconda dei casi, l'elemento soggettivo slitta da requisiti psicologici a una colpa d'apparato, valutabile tramite parametri standard (è il caso di Francia e Italia), oppure in cui vige un sistema oggettivizzato (è il caso della Spagna), la distinzione fra elemento soggettivo e condotta appare come un re-taglio delle antiche lezioni sulla responsabilità civile in generale che nel caso di specie perde parte della sua rilevanza<sup>68</sup>.

Queste considerazioni ci permettono, fra l'altro, di giustificare una serie di scelte che sono state fatte nella strutturazione della presente sezione, così come di dimostrare che lo squilibrio nello spazio dedicato ai diversi sistemi all'interno delle sezioni risponde all'impostazione generale delle rispettive discipline. La sezione dedicata all'elemento soggettivo darà maggiore spazio ai casi francese e italiano mentre in quelle dedicate, rispettivamente, alla condotta e al nesso di causalità, verrà dato maggiore spazio soprattutto alla disciplina spagnola, e meno alle altre due.

Ogni sezione conterrà una critica relativa ai rapporti con la giurisprudenza europea in termini di compatibilità e di prospettive di mutamento dei sistemi nazionali come contraccolpo delle prese di posizione della Corte di giustizia. Riflessioni di ordine più generale saranno sviluppate in sede di conclusioni.

<sup>68</sup> Ad esempio, tratteremo della c.d. clausola di salvaguardia prevista nella legge italiana nella sezione dedicata alla condotta, anche se questa ha in realtà una forte connessione con il presupposto della colpa grave. Tale confusione è stata spiegata ricordando che la distinzione fra colpa grave e clausola di salvaguardia sta progressivamente sfumando «a causa della maggior portata del concetto di colpa grave rispetto alla previsione dell'art. 2236 c.c. in riferimento alla prestazione professionale che implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà». Cit da LAZARI, «*Là où est la responsabilité, là est le pouvoir*». *Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, cit., p. 5. L'autore segnala il contributo della giurisprudenza nella divaricazione fra la colpa grave di cui all'articolo 2.2 l. 117/88 e la fattispecie contemplata nell'art. 2236 c.c., poiché nel primo caso si richiede «un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c.» (Cass., sez. I, 20 settembre 2001, n. 11859). V. anche Cass., I sez. civ., 7 novembre 2003, n. 16696. La scelta dipende dal fatto che questa rientra invece a pieno titolo nella sezione dedicata all'elemento oggettivo se la si considera come elemento escludente di una serie di condotte poste in essere da parte dei partecipanti all'attività giudiziaria (interpretazione del diritto e valutazione dei fatti e delle prove).

### 2.1. *L'elemento soggettivo*

La trattazione dell'elemento soggettivo risulta particolarmente complessa perché deve dare conto di differenti impostazioni caratterizzanti i regimi di responsabilità, così come del diverso rilievo assunto dai vari formanti. Un secondo fattore di criticità dipende dal fatto che la nostra analisi ha ad oggetto diverse fattispecie di responsabilità: la responsabilità dello Stato e la responsabilità personale del magistrato, la cui concorrenza risponde a principi diversi a seconda del sistema considerato.

Questa biforcazione richiede una prima annotazione metodologica. In questo lavoro abbiamo fatto una scelta precisa, concentrandoci sugli elementi della responsabilità dello Stato piuttosto che di quella personale dei magistrati. La ragione di tale scelta è data dal fatto che nei sistemi considerati e in generale in tutti i sistemi che la riconoscono, la responsabilità personale del magistrato costituisce un'ipotesi del tutto eventuale e comunque successiva rispetto alla responsabilità dello Stato<sup>69</sup>. Tuttavia, il diverso rapporto intercorrente fra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato non permette di ignorare del tutto tale seconda ipotesi, anche se nei fatti si presenta come una sottocategoria della prima.

Un ulteriore elemento di complessità è costituito dal presupposto della violazione manifesta del diritto elaborato dalla Corte di giustizia nell'imposizione del principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Rinviando al Capitolo II per quanto attiene alla disciplina comunitaria, affrontiamo l'elemento soggettivo così come si pone a livello nazionale, per poi concentrarci sulla reciproca contaminazione fra i rispettivi paradigmi<sup>70</sup>.

Come abbiamo visto nel Capitolo III, la maggior parte dei sistemi europei condizionano la responsabilità per fatto del giudice ad un onere della prova piuttosto gravoso circa l'elemento soggettivo, in modo da limitare il più possibile l'esercizio dell'azione nei confronti dei giudici, per preservare le prerogative di indipendenza e imparzialità che caratterizzano la funzione giurisdizionale<sup>71</sup>. Sotto questo profilo, l'elemento soggettivo può apparire come il parametro dell'effettività del rimedio, nel senso che costituisce il sostanziale filtro che preserva il sistema da un sovraccarico di azioni. D'altra parte abbiamo visto che, rispetto all'impostazione originaria adottata in Ita-

<sup>69</sup> D'altra parte, assumono particolare rilievo le considerazioni, che svilupperemo ulteriormente, a proposito della concatenazione fra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato.

<sup>70</sup> Concetto approfondito, in relazione alla responsabilità dei pubblici poteri, in LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, cit.



lia e in Francia, vi è stata un'evoluzione nel senso di un allontanamento rispetto a presupposti di natura psicologica ed un progressivo avvicinamento ai presupposti tipici della responsabilità dei pubblici poteri. È in atto, dunque, un riposizionamento, che tende a ridurre le distanze rispetto al caso spagnolo, caratterizzato da un regime di responsabilità pubblica tendenzialmente oggettivizzato<sup>72</sup>. La prospettiva comparatistica ci permette, a tal proposito, di integrare tali considerazioni con un ulteriore livello di approfondimento.

Come sappiamo, la stessa Costituzione spagnola (art. 106.2) prevede una responsabilità dei pubblici poteri oggettivizzata, il che significa che il cittadino danneggiato non avrà l'onere di dimostrare l'elemento soggettivo o, per meglio dire, non dovrà provare l'anti-giuridicità soggettiva della loro condotta. Pertanto, perché sorga un diritto al risarcimento, il soggetto dovrà provare di aver subito un pregiudizio antiggiuridico oggettivo che non aveva il dovere di sopportare<sup>73</sup>. Non è quindi necessario provare alcuna colpa o negligenza

<sup>71</sup> Se ci si limita all'esame della responsabilità personale del magistrato, gli studi comparatistici hanno già approfondito la questione del tipo di colpa richiesto nei vari ordinamenti europei, evidenziando che la maggior parte dei sistemi richiedono la prova del solo dolo o anche della colpa grave. Cfr. BEUTLER, *State Liability for Breaches of Community Law by National Courts*, cit.; CANIVET e JOLY-HURARD, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, cit., p. 1063 e ss.; K.M. SCHERR, *Comparative Aspects of the Application of the Principle of State liability for Judicial Breaches*, in *ERA Forum*, 12, 4, 2012, (pp. 565-588). Fa eccezione il caso del Lussemburgo, in cui i soggetti danneggiati devono dimostrare la colpa semplice, ovvero un qualunque errore di apprezzamento o di condotta, ex art. 1382 e 1383 del Codice Civile Lussemburghese. Cfr. J.L. SCHILTZ e G. RAVARANI, *Rapport Luxembourgeois*, in ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *La responsabilité, Aspects Nouveaux*, L.G.D.J., Paris, 2003, (pp. 573-596). Sotto questo profilo, i tre sistemi considerati appartengono al secondo gruppo. La differenza fondamentale è costituita dal fatto che, come noto, la legge italiana definisce espressamente i casi di colpa grave, mentre nelle altre due esperienze tale concetto è di elaborazione giurisprudenziale.

<sup>72</sup> Vi è dunque una confluenza dei vari sistemi, anche grazie all'impulso dato dalla giurisprudenza europea, verso un modello di responsabilità oggettivizzata. In quest'ottica, il modello adottato in Spagna sembra essere quello che meglio si concilia con lo standard comunitario. Peraltro, come vedremo, in quest'ultimo caso l'onere della prova, nel suo complesso, non è necessariamente più lieve, ma solamente spostato sul presupposto della condotta. Inoltre è ormai opinione comune che i giudici spagnoli applichino *de facto* un regime di responsabilità per colpa, per cui la dottrina fa riferimento al «mito» della responsabilità oggettiva delle amministrazioni pubbliche, in quanto nella maggior parte dei casi il giudice conduce quanto meno implicitamente una valutazione anche dell'elemento soggettivo. V., fra gli altri, G. DOMENECH PASCUAL, *Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?*, in *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, (pp. 179-231).

<sup>73</sup> Tale principio è valido qualunque sia l'ambito di azione dell'amministrazione;

da parte del magistrato, il che avvicina tale sistema di tutele al modello indennitario, piuttosto che a quello propriamente risarcitorio<sup>74</sup>. Dunque, l'eventuale sussistenza di una colpa potrà costituire, tutt'al più, un elemento per l'imputazione della responsabilità, ma non ne sarà presupposto, né inciderà sulla quantificazione del risarcimento<sup>75</sup>. Riservandoci di tornare su tale regola, che è stata talvolta sovvertita dai giudici nazionali, dobbiamo comunque ricordare che sarà invece assolutamente rilevante la colpa del soggetto danneggiato nella produzione del danno, fino ad escludere, potenzialmente, il risarcimento<sup>76</sup>.

L'art. 296 LOPJ stabilisce che «*el Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave*», il che significa che lo Stato risponderà in ogni caso e potrà rivalersi solo in questi casi nei confronti del magistrato la cui condotta abbia cagionato il danno<sup>77</sup>. In questo modo, il sistema spagnolo di responsabilità dello Stato prevede uno strumento di concatenazione rispetto alla responsabilità personale del magistrato del tutto analogo rispetto alle altre esperienze considerate<sup>78</sup>.

Assai diversa si presenta la situazione francese. Come abbiamo visto nel precedente capitolo, la responsabilità dello Stato per fatto del giudice è subordinata (ex art. L.781-1) alla prova di una «*faute lourde*», o di un «*déni de justice*». Nel silenzio della legge, tali concetti sono stati elaborati dai giudici nazionali che, anche grazie al dialogo con i giudici europei, ne hanno ampliato sensibilmente i confini. Il *déni de*

può trattarsi dell'adempimento di un'obbligazione di mezzi o di risultati, il danno può essere stato prevedibile o meno, l'attività amministrativa può essere stata svolta a beneficio del soggetto danneggiato o in beneficio dell'amministrazione o, ancora, per l'interesse pubblico.

<sup>74</sup> Ricordiamo ancora una volta che il criterio della colpa è invece rilevante in relazione alla responsabilità diretta del magistrato o all'ipotesi di azione di rivalsa dello Stato nei confronti del magistrato. La questione dell'elemento soggettivo e dei criteri di imputazione del danno al magistrato è trattata in L. SANZ ACOSTA, *Responsabilidad civil judicial*, in J.P. QUINTANA CARRETERO, *La responsabilidad personal del juez*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, (pp. 103-153), p. 122 e ss.

<sup>75</sup> La prova dell'elemento soggettivo non è tuttavia ininfluyente soprattutto per quanto concerne la prevedibilità del danno. Come vedremo, quest'ultimo elemento è servito ai giudici nazionali per riproporre sotto forma di nesso causale alcune questioni che nei sistemi soggettivisti rientrano nella dimostrazione dell'elemento soggettivo.

<sup>76</sup> La questione sarà approfondita nella sezione dedicata al nesso causale.

<sup>77</sup> Cfr. STS, Sala 1<sup>a</sup> de 27 de noviembre de 1987 (Ar. 8700); 19 de enero de 1988, 4 de febrero de 1988 (Ar. 589); 4 de abril de 1988, 13 de abril de 1988 (Ar. 3143), 3 (Ar. 5287) e 22 de julio de 1989 (Ar. 5774); 5 de diciembre de 1989 (Ar. 8796); STS, Sala 1<sup>a</sup> de 20 de julio de 2001 (Ar. 8408).

<sup>78</sup> La scarsa effettività di tale strumento, messa in luce da parte della dottrina, sarà oggetto di analisi nella sezione dedicata al diritto di rivalsa.

*justice* ha subito un'interpretazione estensiva fino a ricomprendere, in tempi relativamente recenti, la fattispecie dell'irragionevole durata del processo<sup>79</sup>. Il processo di oggettivizzazione riguarda anche il concetto di *faute lourde*, che nella sua interpretazione originaria aveva un contenuto di carattere psicologico o in ogni caso denotante una negligenza particolarmente grave, per poi essere parametrata ad alcuni standard comportamentali<sup>80</sup>. Il contributo della dottrina sul punto è stato fondamentale, sia in relazione alla ricostruzione della fattispecie sia nell'ottica di un'evoluzione della disciplina<sup>81</sup>. Nell'ultimo decennio,

<sup>79</sup> Come abbiamo visto nel Capitolo III, il *déni de justice* è definito dall'art. 506 del vecchio *Code de procédure civile*, dall'art. 4 del *Code civil* e dall'art. 434-7-1 del Codice Penale, come il rifiuto da parte del giudice di svolgere il proprio compito. In un primo tempo, è stato interpretato come una condotta caratterizzata da elementi psicologici, quali l'intenzionalità o la cattiva volontà. Negli ultimi anni vi è stata un'evoluzione giurisprudenziale nel senso dell'oggettivizzazione, fino a ricomprendervi, oltre all'irragionevole durata del processo (*Cass. civ. 1ère, 22 mars 2005, «Droit et procédures», La revue des huissiers de justice, sept.-oct. 2005, p. 288 et s.*), la tardiva fissazione di un'udienza e la durata eccessiva del periodo di delibera (*TGI 17 sept. 2001, JCP, G, 2002. I. 132, n.9*). Peraltro, i giudici tendono sempre più a fare diretto riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo, facendo rientrare nel diniego di giustizia ogni eccessivo e ingiustificato ritardo nell'attività del giudicare. Il tema è approfondito in J. JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 2006, (pp. 439-475), p. 447.

<sup>80</sup> Come abbiamo visto, a partire dal celebre arret Gregory (Cour de Cassation, Ass. Plen., 23 février 2001, *Gaz. Pal.* 27-28 juillet 2001, jur., p. 28-39, concl. R. de Gouttes; *Gaz. Pal.* 27-28 juillet 2001, jur., p. 39-49, rapp. É. Collomp; D. 2001, jur., p. 1752, note C. Debbasch; JCP 2001, II, 10583, note J.-J. Menuret), si sostituiscono indici meramente psicologici con un criterio oggettivo consistente nell'incapacità dell'organizzazione giudiziaria di svolgere la funzione a cui è preposta. La colpa grave è infatti definita come «*Toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisants l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi*». Cfr. M. DEGUERGUE, *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, in *Revue française d'administration publique*, 1, 2008, (pp. 151-167); COSENTINO, *La responsabilità civile del magistrato tra inefficienze interne, moniti della Corte di Giustizia e modelli alternativi*, cit., p. 238 e ss. In particolare, sono stati fatti rientrare nella *faute lourde* comportamenti quali la divulgazione alla stampa del rapporto di un procuratore generale che riportava alcuni elementi relativi alle condotte di un soggetto indagato (*TGI Paris, 3 avr. 1996, GP, 1996. JP 584 et doct. 1406*) e la scomparsa di un dossier contenente elementi istruttori (*TGI Paris 5 janv. 2000, D., 2000. IR 45, cité par S. GUINCHARD, op. cit., n. 17*). Vi fa riferimento JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, cit., p. 447.

<sup>81</sup> In relazione all'ordine amministrativo, sarebbe dunque possibile individuare tre ipotesi fondamentali: il vizio di procedura; l'errore nell'apprezzamento dei fatti e il ragionamento giuridico erroneo. La colpa grave può essere più facilmente ammessa nella prima ipotesi, poiché il dovere di rispettare la procedura è imperativo, per cui ogni mancanza può condurre ad un danno risarcibile. Nelle altre due, la situazione appare decisamente più complicata. Cfr. COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'ac-*

importanti settori hanno auspicato che il concetto di *faute lourde* fosse sostituito da quello di *faute simple*, suggerendo che la prima fosse mantenuta solo in relazione alle attività di natura meramente giurisdizionale<sup>82</sup>.

Attualmente la dimostrazione della colpa lieve, soprattutto grazie all'influenza esercitata dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, è sufficiente in relazione ad alcuni specifici casi di funzionamento difettoso del servizio pubblico della giustizia, fra cui spicca l'ipotesi di irragionevole durata del processo<sup>83</sup>. Si continua a richiedere la colpa grave in relazione alle altre anomalie generatrici di danno. Tuttavia, la dottrina sottolinea che l'ambito in cui opera la colpa lieve potrebbe tendenzialmente aumentare, fino a coinvolgere tutte quelle ipotesi in cui il danno non deriva da un apprezzamento da parte del giudice<sup>84</sup>. Al contempo, il tentativo di assimilare la colpa grave alla colpa lieve si scontra con alcuni punti fermi di ordine sistemico e di politica del diritto. Si pensi in particolare al fatto che il principio della *faute lourde* è stabilito dalla legge del 1972 attualmente in vigore, per cui richiede una forzatura *contra legem* da parte dei giudici, che tra l'altro sono tradizionalmente restii ad applicare estensivamente il principio di responsabilità<sup>85</sup>. D'altra parte, non stupisce che in un sistema come

*tivité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influence européenne?*, cit., p. 429. L'autore apporta l'esempio del giudice che si pronuncia sulla base di una memoria o di un elemento non comunicato all'altra parte, qualora questa, nel caso in cui fosse stata informata, avrebbe potuto fornire degli elementi contrari.

<sup>82</sup> Come sostenuto da autorevole dottrina, il problema è quello di tenere ben distinti i casi di responsabilità derivante dall'esercizio della funzione giurisdizionale e di responsabilità derivante dal difettoso funzionamento della giustizia, e chiarire il limite fra l'errore da cui può derivare responsabilità rispetto a quello che può essere corretto solo grazie agli strumenti processuali ordinari. Cfr. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, cit., p. 568; KERBAOL, *La responsabilité des magistrats*, cit., p. 25 e ss.

<sup>83</sup> Tale giurisprudenza è oggetto di analisi nel terzo capitolo. I diversi tragitti intrapresi dalla *Cour de Cassation* e dal *Conseil d'Etat* sono analizzati in HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, cit., p. 562 e ss.

<sup>84</sup> Il che risulterebbe in qualche modo logico, poiché in caso contrario il soggetto danneggiato sarebbe tentato di agire per irragionevole durata del procedimento ogni qualvolta una qualche altra anomalia abbia prodotto tale conseguenza. Cfr. COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif*, cit., pp. 425-426. D'altra parte, come abbiamo visto in precedenza, la prospettiva di una responsabilità senza colpa collegata a specifiche ipotesi si è fatta strada anche prima degli ultimi interventi della Corte di giustizia Quest'ultima interviene, dunque, in un ambito che già di per sé è risultato caratterizzato da numerose ambiguità ed incertezze, date dal fatto che in molti casi il limite fra colpa grave e colpa lieve appare estremamente sottile.

<sup>85</sup> D'altra parte, il rischio è, come sempre, quello di dare adito ad innumerevoli

quello francese, che non prevede una disposizione analoga alla clausola di salvaguardia che caratterizza il sistema italiano e in cui il principio per cui la responsabilità non può derivare dal contenuto di una sentenza passata in giudicato è messo sempre più in discussione, le resistenze dogmatiche appaiono particolarmente pervicaci<sup>86</sup>.

Prima di riprendere il filo di questo discorso, concludiamo il quadro degli ordinamenti nazionali analizzando la situazione italiana. La colpa grave nel caso italiano è stata ed è tuttora oggetto di critiche ed istanze di riforma. Infatti la l. 117/88 limita il suo campo di applicazione alle condotte caratterizzate da dolo o colpa grave del magistrato, il che impone serie limitazioni alle pretese risarcitorie dei soggetti danneggiati. Per quanto riguarda il dolo, la dottrina maggioritaria è concorde nell'affermare che tendenzialmente le fattispecie di dolo sono ricomprese in ipotesi di reato, il che svuota in buona parte la previsione di cui all'art. 2<sup>87</sup>. Questione decisamente più problematica è quella relativa alla colpa grave. L'ordinamento italiano è caratterizzato dal fatto che la stessa legge 117/88 definisce tassativamente la colpa grave (intesa come forma di negligenza inescusabile) e il diniego di giustizia<sup>88</sup>. Rinviando a quanto affermato nel Capitolo

cause portate avanti da cittadini insoddisfatti dal servizio giustizia, con i rischi che ben conosciamo sia in relazione all'integrità delle finanze pubbliche, sia rispetto all'aumento del contenzioso.

<sup>86</sup> È infatti evidente quanto sia rischioso per l'indipendenza del giudice un sistema che permetta che oggetto di azione consista nell'attività di apprezzamento o di interpretazione dei fatti, e che nemmeno richieda la dimostrazione di una colpa grave.

<sup>87</sup> Tuttavia, vi è chi segnala che questo svuotamento non avviene nel caso in cui il dolo comprenda il dolo eventuale, che è escluso in alcune fattispecie penalistiche suscettibili di essere integrate da una condotta del magistrato, quale l'ipotesi di abuso d'ufficio ex art. 323 c.p., che è limitato alle ipotesi di dolo intenzionale. Cfr. A. GHIRONI, *Tradizione: il magistrato come funzionario di Stato*, in *Diritto e Scienza*, 4, 2012, (pp. 1-44), pp. 8-9. Peraltro, anche la nozione di dolo in questo caso viene interpretata restrittivamente, «nel senso della diretta consapevolezza nell'atto di compiere un atto giudiziario formalmente e sostanzialmente illegittimo con il deliberato proposito di nuocere ingiustamente ad altri e, segnatamente, di ledere i diritti della parte soccombente, onde la necessità, affinché possa ritenersi la sussistenza della responsabilità dei giudici, che l'attore fornisca la prova di una simile consapevolezza, ovvero del fatto che l'emissione del provvedimento sia stata determinata da fini estranei alle esigenze dell'amministrazione della giustizia». Cass. Civ., 16 gennaio 2004, n. 540, in *Arch. Civ.*, 2004, 1484. In riferimento al dolo, cfr., Cass. Civ., Sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21618, in *Danno e resp.*, 2008, p. 1121 e ss.

<sup>88</sup> Art. 2.3: «Costituiscono colpa grave: «A. La grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; B. L'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; C. La negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; D. L'emissione

III, concentriamo l'attenzione sui dibattiti sorti intorno alle ipotesi tassativamente stabilite che integrano l'elemento della colpa grave. Secondo la dottrina maggioritaria tale elencazione, avendo carattere tassativo e non meramente esemplificativo, integra un criterio di imputazione più rigoroso rispetto alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c.; in altri termini, la colpa non appare definibile come grave mancanza in termini di diligenza imputabile al magistrato<sup>89</sup>, ma come adozione di un provvedimento abnorme (art. 2)<sup>90</sup>.

Prima di concentrarci sull'impatto della giurisprudenza europea, riteniamo opportuno fare una sintesi del percorso compiuto fin qui.

di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dai casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione». A proposito del diniego di giustizia, v. l'art. 3, comma 2 e 3. Il contributo apportato dal legislatore con una siffatta – preliminare e tassativa – enumerazione, è integrato dalla giurisprudenza, la quale, scegliendo di arroccarsi su una posizione ulteriormente restrittiva, ha ritenuto che «la colpa grave si caratterizza in modo peculiare rispetto alla sua nozione generale – quale è quella richiamata dall'art. 2236, co. 2, c.c. con riferimento alla prestazione del libero professionista implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà – sia perché non può dare luogo a responsabilità l'attività del giudice di interpretazione delle norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove, sia perché la detta responsabilità incontra un ulteriore limite nella necessità che la colpa grave sia qualificata da «negligenza inescusabile», per tale intendendosi non solo quella che non possa trovare giustificazione, ma neppure spiegazione in relazione alle vicende giudiziarie idonee a rendere comprensibile l'errore del giudice». Cass. 7-11-2003, n. 16696, Arch. Civ., 2004, 1111.

<sup>89</sup> Mediante il richiamo all'elemento della colpa, ogniqualvolta ad esso si associ l'aggettivo «grave», si suole fare riferimento a quelle violazioni caratterizzate da una negligenza talmente macroscopica da non giustificare nessuna tutela nei confronti del responsabile, poiché il diritto non tollera il riconoscimento di alcuna protezione nei confronti di chi non adotti, nello svolgimento delle proprie funzioni, un canone minimo di diligenza.

<sup>90</sup> In tempi non lontani la Corte di cassazione ha affermato che «nel fissare i limiti della responsabilità del Magistrato, il legislatore del 1988 si è ispirato al principio della tassatività delle condotte a tal fine rilevanti, tipizzando, al di fuori delle ipotesi del dolo, gli specifici comportamenti integranti la colpa grave, tutti riconducibili al comune fattore della negligenza inescusabile», intesa come «una totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi ed in una trascuratezza così marcata ed ingiustificabile da apparire espressione di vera e propria mancanza di professionalità», cit., da Cass., Sez. Trib., del 26 maggio 2011, n. 11593. Nello stesso senso, Cass. civ., 18 marzo 2008, n. 7272, in *Foro It.*, 2009, 2496. Sul punto è agevole notare la stretta correlazione con la clausola di salvaguardia, che è volta ad escludere le attività di interpretazione che per loro natura hanno carattere fortemente valutativo, ovvero caratterizzate dalla sussistenza di un ampio spettro di possibili interpretazioni. Rinviando alla sezione dedicata alla condotta, segnaliamo che tale disposizione è attualmente al centro di un aspro confronto politico-parlamentare, a seguito della durissima presa di posizione della Corte di giustizia rispetto alla sua incompatibilità con il presupposto della violazione manifesta del diritto. Per questa ragione, preferiamo tornare su tali questioni nel corso della prossima sezione.

Fra il concetto di colpa grave secondo la disciplina italiana e la corrispondente «*faute lourde*», vi sono importanti differenze. La seconda è infatti un concetto imprecisato, rientrante nella «*faute de service*» che costituisce elemento soggettivo della responsabilità pubblica<sup>91</sup>. Viceversa, la colpa grave è definita tassativamente secondo quattro situazioni tipiche che fanno chiaro riferimento ad una condotta riferita a soggetti specifici (i magistrati), e non ad una mancanza relativa all'organizzazione giudiziaria. Vi è dunque una sostanziale differenza in relazione al criterio di imputazione, individuato nel caso italiano in relazione alla persona del magistrato e nel caso francese al «servizio giustizia» nel suo complesso, salvo il diritto di rivalsa al verificarsi di ulteriori presupposti<sup>92</sup>. Peraltro, si tratta di differenze mobili, che risentono delle diverse evoluzioni della giurisprudenza francese, a fronte della totale immobilità della giurisprudenza italiana<sup>93</sup>. In questo senso, il caso spagnolo è ancora diverso, a seguito della biforcazione fra responsabilità dello Stato e responsabilità personale del giudice. Queste diverse impostazioni hanno dirette ripercussioni per

<sup>91</sup> Per un'analisi del concetto, già approfondito in precedenza, di *faute de service*, cfr., fra gli altri, JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, cit., p. 446 e ss. Peraltro, il fatto che sia un concetto di elaborazione giurisprudenziale fa sì che stia lentamente cedendo il passo ad una nuova concezione di elemento soggettivo, in particolare per quanto riguarda l'attività giudiziaria di carattere non propriamente di giudizio dichiarativo.

<sup>92</sup> I profili di criticità connessi al criterio soggettivo di imputazione e alla c.d. colpa d'apparato sono approfonditi in GHIRONI, *Tradizione: il magistrato come funzionario di Stato*, cit., p. 8.

<sup>93</sup> In altri termini, l'originaria distinzione fra i concetti nel corso del tempo si è ulteriormente acuita poiché, mentre la colpa grave ha sempre subito un'interpretazione restrittiva da parte della giurisprudenza italiana, la giurisprudenza francese, soprattutto grazie al dialogo con la Corte europea dei diritti dell'Uomo, ha progressivamente ampliato tale nozione, in particolare a seguito dell'introduzione, all'interno dell'ampia categoria dell'anomalo funzionamento della giustizia, del danno da irragionevole durata del processo. Tale divergenza, già sottolineata da contributi risalenti al periodo della riforma del regime italiano (v., ad es., GRAZIADEI e MATTEI, *Judicial Responsibility in Italy: A New Statute*, cit., p. 118), è infatti divenuta assai più evidente a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza francese cui abbiamo dedicato ampio spazio nel corso del Capitolo III, e che è sintetizzata nel seguente passaggio: «*Mais il est indiscutable que la motivation de cette nouvelle jurisprudence est générale: ce sont désormais des dysfonctionnements objectifs et fonctionnels de la justice qui peuvent entraîner la responsabilité de l'Etat ce qui me semble correspondre à ce que mes collègues de droit public appellent une faute de service. Cette évolution était d'ailleurs en germe dans des régimes particuliers de responsabilité favorables à certaines «victimes de la justice» si l'on peut oser la formule*», cit. da Y. DESDEVICES, *La responsabilité de la justice en France*, in *Revue Générale du droit*, 32, 2002, (pp. 631-640), p. 636.

quanto riguarda la legittimazione passiva dello Stato e il meccanismo della rivalsa<sup>94</sup>.

Il quadro delle discipline nazionali deve essere rivisto secondo la prospettiva della giurisprudenza europea, in particolare dal punto di vista della compatibilità fra l'elemento soggettivo e la violazione manifesta del diritto elaborato dalla Corte di giustizia, che costituisce un elemento di squilibrio dalla portata dirompente. La reazione degli ordinamenti nazionali è stata assai diversa, poiché evidentemente vi sono ordinamenti che meglio si conciliano con la giurisprudenza europea, ed altri che invece sono interessati da forti elementi di conflitto su cui, come sappiamo, il giudice europeo ha in taluni casi assunto posizioni particolarmente nette.

La disciplina spagnola è quella che, per quanto riguarda l'elemento soggettivo, presenta minori problemi di compatibilità con la giurisprudenza europea, poiché l'impostazione oggettivizzata accomuna sia il regime della responsabilità pubblica in Spagna, sia la violazione manifesta del diritto<sup>95</sup>. Se si guarda al solo dettato legislativo, dunque, si può supporre che l'ordinamento spagnolo, per le sue intrinseche caratteristiche, non sia interessato da tutte le criticità, proprie di quasi tutti gli ordinamenti europei, connesse al conflitto fra il principio di antiggiuridicità soggettiva, tipica del regime interno di responsabilità dei pubblici poteri, e il regime fortemente oggettivizzato delineato dalla Corte di giustizia.

L'esistenza di un certo parallelismo fra i regimi di responsabilità spagnolo e comunitario è indubbia<sup>96</sup>; tuttavia, se si passa a conside-

<sup>94</sup> In Italia lo Stato è tenuto ad esercitare il diritto di rivalsa nei confronti del magistrato giudice responsabile. Viceversa, in Francia e in Spagna la rivalsa è condizionata alla sussistenza delle relative condizioni attinenti all'elemento soggettivo. Il caso spagnolo, peraltro, si distingue dai primi due poiché il soggetto danneggiato può rivolgersi indipendentemente sia nei confronti dello Stato sia nei confronti del giudice, non avendo, nel primo caso, l'onere di provare l'elemento soggettivo, ed essendo prevista in ogni caso un'azione di rivalsa qualora lo Stato sia chiamato a rispondere di una condotta dolosa o gravemente colposa di un magistrato.

<sup>95</sup> Inoltre, come sappiamo, la Corte di giustizia è costante nell'affermare che il giudice nazionale non può, nell'ambito della normativa nazionale che esso applica, subordinare il risarcimento del danno all'esistenza di una condotta dolosa o colposa dell'organo statale al quale è imputabile l'inadempimento, che si aggiunga alla violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione.

<sup>96</sup> Di conseguenza, la dottrina spagnola segnala l'esistenza di un certo parallelismo fra i regimi di responsabilità spagnolo e comunitario, «*lo cual supondrá que los jueces nacionales al aplicar la jurisprudencia elaborada por el Tribunal de Justicia estarán mucho más familiarizados con este tipo de demandas de indemnización*», cit. da J.D. JANNER TORRENS, *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 349.



rare il formante giurisprudenziale, ci si accorge che anche nel regime spagnolo di responsabilità dei pubblici poteri sono presenti diversi elementi propri dei sistemi soggettivisti<sup>97</sup>. Infatti, nel corso degli anni, i giudici spagnoli hanno quantomeno parzialmente corretto l'impostazione oggettivistica del modello di responsabilità della P.A.<sup>98</sup>. Al di là delle considerazioni relative alla compatibilità fra disciplina nazionale e ordinamento europeo, è necessario svolgere alcune riflessioni circa gli strumenti idonei perché la giurisprudenza europea trovi ap-

<sup>97</sup> Queste considerazioni rispetto alla responsabilità pubblica in generale, di cui la fattispecie in esame è, come noto, una sottocategoria, intendono contestualizzare la questione e suggerire eventuali elementi di conflitto. Di seguito, faremo diretto riferimento alla responsabilità per fatto del giudice.

<sup>98</sup> In particolare, il TS, pur avendo sempre confermato la totale irrilevanza di criteri collegati alla colpa, ha, allo stesso tempo, fatto ricorso ad alcune teorie che propongono uno *standard* di attuazione esigibile, in modo da valutare la sussistenza dell'anormalità del comportamento e, pertanto, la responsabilità patrimoniale. Tale tema è approfondito in L. MEDINA ALCOZ, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 214 e ss. In particolare, è stata ampiamente utilizzata la teoria del margine di tolleranza («*margen de tolerancia*»), secondo la quale, quando l'amministrazione adotta una decisione complessa, che si presta ad interpretazioni diverse sulla legalità (o meno) del suo comportamento, il fatto che la decisione amministrativa sia, in un secondo tempo, annullata da un giudice, non implica necessariamente la responsabilità patrimoniale amministrativa e non rileva nemmeno che tale decisione abbia arrecato un danno ad un cittadino. L'applicazione della teoria del margine di tolleranza può implicare la necessità di un'illegalità qualificata; tale margine di tolleranza, criticabile in un sistema di responsabilità oggettiva, dovrebbe essere applicato, in nome del principio di equivalenza, negli stessi termini, sia che l'azione sia fondata sul diritto nazionale, sia che sia fondata sul diritto dell'Unione. Cfr. J.A. CARRILLO DONAIRE, M. LÓPEZ MENUDO e E. GUICHOT REINA, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 369. I giudici hanno talvolta applicato tale criterio, in modo tale da non condannare l'amministrazione in caso di esercizio ragionevole, seppur scorretto, delle sue competenze, salvo, in altri casi, rigettarla esplicitamente, in nome dell'oggettività del sistema, strutturalmente refrattario a distinzioni di questo genere. L'esistenza di un margine più o meno ampio di discrezionalità è un elemento che caratterizza i sistemi di responsabilità per colpa, presenti nella maggior parte degli ordinamenti nazionali e, in una certa misura, anche a livello comunitario. Viceversa, tale criterio appare difficilmente compatibile con un sistema in cui il diritto del soggetto danneggiato deve per definizione dipendere dal fatto di aver sofferto una lesione che non ha il dovere di sopportare, e non dal grado di diligenza dell'amministrazione o dall'oggettiva difficoltà di assumere la decisione adeguata. Per queste ragioni, il TS ha per lo più respinto la teoria del margine di tolleranza, per evidente contrarietà con l'art. 106 della Costituzione Spagnola, affermando, tuttavia, che in un sistema di responsabilità oggettiva non è possibile prendere in considerazione elementi che affievoliscano la colpa dell'amministrazione. Invece, è possibile indagare la ragionevolezza dell'esercizio delle facoltà discrezionali in relazione non alla condotta dell'amministrazione, ma in relazione al concetto di lesione antigiusdica. Cfr. *Ibidem*, p. 52.

plicazione. A tal proposito, è ormai ben noto che l'imputazione del danno ha un carattere oggettivo, del tutto privo di ogni riferimento all'elemento psicologico del dolo, della colpa, della negligenza, ecc.<sup>99</sup>. Di conseguenza, elemento centrale è costituito dalla condotta, cui dedicheremo ampio spazio nel prosieguo della trattazione. In definitiva, nel silenzio della Corte di giustizia, giurisprudenza nazionale e dottrina contribuiscono a ritenere che non vi siano elementi di palese conflitto fra disciplina spagnola e giurisprudenza europea, quanto meno in relazione all'elemento soggettivo<sup>100</sup>.

L'impatto della giurisprudenza europea ha prodotto conseguenze maggiormente apprezzabili nel caso francese. In riferimento all'elemento soggettivo connesso all'illecito imputabile ad attività giurisdizionale, la questione fondamentale attiene al rapporto fra violazione manifesta del diritto e *faute lourde*, ovvero alla coincidenza o meno del requisito della «*faute lourde*» richiesta dall'ordinamento francese rispetto al presupposto elaborato dalla Corte di giustizia. Si tratta di un tema piuttosto complesso perché i giudici francesi hanno sempre

<sup>99</sup> Questo, tuttavia, potrà essere rilevante ai fini della configurazione di altre forme di responsabilità, civile, penale o disciplinare. Infatti, a tale fattispecie sono applicabili i requisiti generali della responsabilità civile extracontrattuale, oltre alla *Ley Orgánica del Poder Judicial* e alla *Ley de Enjuiciamiento Civil*, che fanno espresso riferimento al dolo e alla colpa. I requisiti generali del regime comune di responsabilità extracontrattuale, applicati ai giudici, sono: l'esistenza di una condotta, attiva o omissiva, da parte del giudice, antiggiuridica e colpevole; la produzione di un danno; la sussistenza di un nesso di causalità fra la condotta del giudice e il danno causato. In virtù del primo, ai sensi dell'art. 411 LOPJ e 266.1 e 403.2 LEC del 2000, sarà obbligato a risarcire il danno il giudice che nell'esercizio delle sue funzioni abbia posto in essere una condotta con dolo, ovvero con l'intenzione di produrre il danno. In virtù della seconda ipotesi, sarà altresì obbligato a risarcire il danno il giudice che, nell'esercizio delle sue funzioni, abbia agito con colpa o negligenza, ovvero senza la dovuta diligenza. La dottrina si è interrogata circa il significato di tale requisito o, in altri termini, quale livello di diligenza debba essere richiesto al giudice nell'esercizio delle sue funzioni. Il fatto che la LEC negli artt. 266.1 e 403.2 equipari la colpa all'ignoranza inescusabile induce a ritenere che la legge stia facendo riferimento alla colpa grave. Tuttavia, l'ambiguità legislativa ha offerto ampio margine creativo alla giurisprudenza, e al TS in special modo. Tale giudice ha avuto modo di pronunciarsi esplicitamente, escludendo la colpa lieve come criterio di imputazione della responsabilità civile del giudice. Cfr. L. DELGADO DEL RINCÓN, *Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial*, in *Revista del Poder Judicial*, 81, 2006, (pp. 11-49), p. 18. Per una diversa opinione a tale riguardo, v. P. MORENILLA ALLARD, *Comentario al artículo 266*, in V. GIMENO SENDRA, *Proceso Civil Práctico*, tomo III, arts. 206 a 280, Madrid, 2001 (actualizado al 2005), (pp. 6-29).

<sup>100</sup> Cfr. D. CÓRDOBA CASTROVERDE, *¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 37, 2011, (pp. 7-36).

evitato di fornire una definizione onnicomprensiva di «*faute lourde*», prediligendo un apprezzamento della sua sussistenza caso per caso. In termini generali, l'ambiguità di tale nozione, e la connessa ampia discrezionalità del giudice nella sua applicazione, non consentono di notare una evidente incompatibilità della disciplina nazionale con il paradigma comunitario. Nella discussione del celebre caso Gestas, il commissario del governo ha sostenuto l'equivalenza fra la colpa grave e la violazione manifesta del diritto<sup>101</sup>. Tuttavia, la dottrina ha più volte sostenuto che, benché tali presupposti abbiano una funzione analoga, ovvero quella di restringere le ipotesi di responsabilità a determinati tipi di illeciti di particolare gravità, ciò non significa che il contenuto sia il medesimo<sup>102</sup>.

Al di là della mera questione di compatibilità, la dottrina si è interrogata sulle evoluzioni delle categorie nazionali in modo da costruire un sistema di tutele per quanto possibile armonico e privo di asimmetrie<sup>103</sup>. A tal proposito, non vi è dubbio che nel corso dell'ultimo decennio i presupposti della *faute lourde* e della violazione

<sup>101</sup> Il Commissario a tal proposito ha sostenuto che «*même si les termes et concepts employés ne sont pas les mêmes, la condition de «violation suffisamment caractérisée» du droit communautaire prévue par l'arrêt Köbler (points 53 à 56 de l'arrêt) nous paraît compatible avec l'exigence d'une faute lourde en ce qu'elle exige que l'erreur commise soit manifeste, de telle sorte que la juridiction qui se serait livrée à une violation suffisamment caractérisée du droit communautaire commettrait inévitablement une faute lourde*», cit. de C. DE SALINS, *La responsabilité de l'État in Revue française de droit administratif*, 4, 2008, (pp. 755-761). *Conclusions sur Conseil d'État*, 18 juin 2008, M. Gestas, req. N. 295831, p. 758. GAUTIER, *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmon en cas de violation du droit communautaire*, cit., p. 44.

<sup>102</sup> Si tratta di un campo in cui non si può che ragionare per congettura. A tal proposito, la dottrina francese ha cercato di distinguere tra diverse ipotesi, ovvero la colpa derivante da un vizio di procedura, la colpa derivante da un errore nell'apprezzamento dei fatti e, infine, quello della colpa derivante da un errore nel ragionamento giuridico. Probabilmente, si potrebbe inserire la violazione del diritto dell'Unione in questa terza ipotesi.

<sup>103</sup> Come noto, i giudici nazionali svolgono a tal proposito una funzione fondamentale, rispetto sia alle conseguenze dirette, derivanti dall'applicazione dell'illecito comunitario all'attività giurisdizionale sia agli effetti indiretti sulla responsabilità civile per fatto del giudice in diritto interno. Peraltro, i profili di criticità non riguardano solo l'elemento soggettivo, ma anche il principio secondo cui la responsabilità non può derivare dal contenuto di una sentenza definitiva. La convivenza delle rispettive soluzioni, collegata al diverso fondamento delle posizioni giuridiche danneggiate, anche se ammissibile dal punto di vista istituzionale, non può che implicare una «*perte de cohérence et de lisibilité de la jurisprudence*», quindi anche sotto questo profilo è possibile notare una convergenza delle dottrine nazionali, cit. da COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influence européenne?*, cit., p. 428.

manifesta del diritto si siano approssimati a seguito della ben nota evoluzione grazie alla quale, attualmente, la colpa grave non si sostanzia più nella sua gravità intrinseca ma nella gravità delle sue conseguenze. In questo modo, tale presupposto si avvicina alla violazione manifesta del diritto che, come noto, è orientata alla tutela dei soggetti danneggiati a prescindere dall'elemento psicologico del soggetto agente. In attesa di ulteriori sviluppi della giurisprudenza nazionale, è possibile concludere nel senso di una coesistenza dei due modelli soprattutto grazie all'opera dei giudici, il che distingue nettamente tale esperienza rispetto al caso italiano, che ad oggi costituisce l'esempio più evidente di conflitto fra livello nazionale e livello europeo.

Una disamina delle conseguenze della giurisprudenza europea rispetto al caso italiano consiste, perlopiù, nella critica rispetto alle reazioni istituzionali e dottrinali a seguito della pronuncia con cui la Corte di giustizia ha affermato che legge n.117/1998 in materia di responsabilità civile dei magistrati viola in modo palese la giurisprudenza europea, in quanto «congegnata in modo da rendere praticamente impossibile o quasi la sua applicazione»<sup>104</sup>. Il presupposto della colpa grave è stato individuato come uno degli elementi di incompatibilità fra diritto nazionale e diritto europeo, da cui è derivata la condanna dello Stato italiano. Una presa di posizione così dura ha costituito l'occasione per una riflessione sulla disciplina nel suo complesso da parte sia della dottrina giuridica, sia del legislatore italiano. In particolare, la dottrina si è interrogata sul potenziale conflitto con il principio di effettività del diritto europeo, concludendo, a differenza della Corte di giustizia, che di per sé la colpa grave non impone requisiti più rigorosi rispetto alla condizione della violazione manifesta del diritto<sup>105</sup>. Ci sentiamo di aderire alla posizione dottri-

<sup>104</sup> Sentenza della Corte (Terza Sezione) del 24 novembre 2011. Commissione europea contro Repubblica italiana. Causa C-379/10. Nella sentenza Traghetti del Mediterraneo (causa C-173/03), la Corte ha sostenuto che l'interpretazione data alla colpa grave dalla Corte di Cassazione costituisce una «violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma», che si pone «in termini contrastanti con ogni criterio logico» che conduce al rigetto sistematico delle azioni esercitate contro lo Stato italiano.

<sup>105</sup> Ad es., in F. BONACCORSI, *I primi vent'anni della legge n. 117/88 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e Responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1136-1140), p. 1139 si afferma che la colpa grave di cui alla disciplina nazionale non sia di per sé diversa rispetto ai requisiti stabiliti dalla Corte di giustizia, del carattere intenzionale della norma violata e della scusabilità dell'errore. Il contrasto sarebbe se mai dovuto alla rigorosa tipizzazione della legge ed alla rigida interpretazione data dai giudici di legittimità. Infatti, la negligenza inescusabile consiste «nella violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, nell'adozione

nale maggioritaria, anche perché, non essendo ravvisabile un esplicito conflitto rispetto alla disposizione di legge, la assimilazione fra diritto nazionale e diritto europeo è delegata ai giudici nazionali, tramite l'utilizzo di strumenti ermeneutici quale, per esempio, l'interpretazione conforme. Dunque il problema riguarda, piuttosto, l'orientamento dei giudici nazionali e non il dato legislativo di per sé. Il reale elemento di conflitto riguarda non tanto l'elemento soggettivo, che condivide con la violazione manifesta del diritto forti elementi di analogia, quanto piuttosto la c.d. clausola di salvaguardia, cui dedicheremo ampio spazio nella prossima sezione.

## 2.2. La condotta

Uno dei requisiti fondamentali della responsabilità extracontrattuale è quello relativo alla condotta umana, che può essere attiva o omissiva, da cui è derivata la produzione del danno. In altri termini, secondo fondamentale elemento della responsabilità connessa all'attività giurisdizionale è costituito dal comportamento, atto o provvedimento posto in essere che rientra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* dello strumento di tutela nazionale relativo ai danni da processo. L'analisi delle condotte che rientrano nell'elemento oggettivo della fattispecie dimostrano che anche sotto questo profilo fra le diverse esperienze vi sono importanti divergenze, anche in ragione della presenza dei diversi meccanismi indennitari. In prima approssimazione, e salvo quanto diremo in relazione alle singole esperienze, vi rientrano, in primo luogo, i provvedimenti giurisdizionali, ovvero quegli atti tipici che assumono la forma del decreto, dell'ordinanza o della sentenza<sup>106</sup>. In più, vi rientrano altre condotte (attive e omissive) a vario titolo connesse con l'attività giudiziaria. D'altra parte,

di scelte aberranti nella ricostruzione del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo e nello sconfinamento nel diritto libero» (cit. da Cass. Civ., 20 settembre 2001, n. 11589, in *Foro It.*, 2001, I, 3558). Tale tesi, peraltro, è stata sostenuta dallo Stato italiano nell'ambito della stessa causa. Cfr. M.G. PIZZORNI, *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2010, (pp. 145-178); COSENTINO, *La responsabilità civile del magistrato tra inefficienze interne, moniti della Corte di Giustizia e modelli alternativi*, cit.

<sup>106</sup> Vi sono, infine, tutte quelle condotte, attive ed omissive, riferibili all'attività giudiziaria ma non propriamente alla funzione giudicante in sede dichiarativa, quali quelle riferibili alla magistratura requirente ed agli ausiliari, nonché quella connessa a procedimenti non dichiarativi. Cfr. PINTUS, *Responsabilità del giudice*, cit. Per quanto riguarda gli altri comportamenti, ci si riferisce alle omissioni, desunte in via residuale, quali «comportamenti il cui rilievo sul piano giuridico deriva dall'esistenza di un comando che resta inosservato».

l'analisi verrà svolta attraverso l'esame dei limiti negativi ovvero delle condotte che, a seguito di disposizione legislativa o orientamento giurisprudenziale, escludono *tout court* l'applicabilità della disciplina<sup>107</sup>.

Per quanto riguarda il caso spagnolo, è necessario riferirsi alle ipotesi di responsabilità dello Stato per *error judicial* e per *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*<sup>108</sup>. Come abbiamo ricordato nel precedente capitolo, il concetto di *error judicial*, di cui agli artt. 121 Const esp. e art. 292.1 LOPJ ha un contenuto indeterminato, e gli stessi giudici hanno più volte sottolineato la difficoltà di elaborare criteri generali al fine di definirne confini e significato<sup>109</sup>. Negli ultimi decenni si è sviluppato un filone giurisdizionale teso a limitarne i confini, in considerazione del fatto che non certo qualsiasi errore può dare diritto al risarcimento<sup>110</sup>. Così, nel corso degli anni, giudici appartenenti a diversi ordini giurisdizionali hanno interpretato il concetto in termini estremamente rigorosi, tanto che sono sempre stati esclusi quegli errori di fatto o di diritto di non particolare gravità<sup>111</sup>. Per quanto riguarda l'essenza dell'errore, secondo giu-

<sup>107</sup> A tal proposito, vedremo come la distinzione fra questo e l'elemento soggettivo appaia talvolta artificiosa. Mi riferisco in particolare alla clausola di salvaguardia (ex art. 2.2 della legge italiana 117/88) che incide su entrambi gli aspetti. D'altra parte, farò riferimento all'esperienza francese, caratterizzata da una forte limitazione, nel senso di escludere la responsabilità per i danni derivanti da sentenza passata in giudicato.

<sup>108</sup> Per quanto riguarda la responsabilità personale del magistrato, l'art. 411 della LOPJ si riferisce genericamente ai danni imputabili ai giudici «*en el ejercicio de sus funciones*», senza distinguere fra le funzioni propriamente giurisdizionali e quelle di natura amministrativa, cui fanno riferimento l'art. 117.4 della Costituzione e l'art. 2.2 dello LOPJ. Tale elemento è approfondito in SANZ ACOSTA, *Responsabilidad civil judicial*, cit., p. 118 e ss. In relazione a queste seconde funzioni, la dottrina è divisa fra chi sostiene che rientrino nell'ambito di applicazione della disciplina sulla responsabilità dei pubblici funzionari, e chi opta per l'applicazione analogica, a seconda dei casi, delle regole di diritto comune della responsabilità extracontrattuale ex art. 1902 del Codice civile (che fa riferimento al danno causato «*por acción o por omisión*»), le norme sulla responsabilità civile dei pubblici funzionari, e della responsabilità civile per fatto del giudice ex LOPJ. La prima opzione è sostenuta da MONTERO AROCA, *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, cit. La seconda vede fra i suoi principali sostenitori DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Poder Judicial y Responsabilidad*, cit., p. 59 e ss.

<sup>109</sup> Sent. Sala 2a, de 2 de junio de 1992 (Ar. 5924).

<sup>110</sup> Una volta esauriti i rimedi processuali ordinari, è infatti necessario evitare che l'azione per ottenere il risarcimento diventi una forma impropria e surrettizia di ulteriore ricorso. Il TS ha avuto modo di affermare che «*este procedimiento no es una nueva instancia a la que acude el recurrente para insistir una vez más en el criterio y posición que le fue desestimado*» (Sent. Sala Especial, 8 maggio 1990, 2 dicembre 1991, 1 marzo 1996).

<sup>111</sup> Il *Tribunal Supremo* ha più volte affermato che l'*error judicial* si configura

risprudenza costante questo può risiedere sia nel contenuto sia nella forma della decisione<sup>112</sup>. Il problema, piuttosto, riguarda il fatto che la giurisprudenza ha usato diversi aggettivi per descrivere l'errore giudiziario, ma non c'è stato un vero e proprio sforzo per costruire un regime giuridico concreto ovvero elaborare una serie di requisiti volti alla previsione e ad alla eventuale decisione entro ragionevoli margini dell'esistenza dell'errore giudiziario. Il che ha condotto parte della dottrina a segnalare, in tempi recenti, che tale atteggiamento, improntato ad un'impostazione apertamente corporativa, altro non fa che rendere particolarmente accidentata la via per l'ottenimento di effettivi risarcimenti, e risulta quindi in aperto contrasto con i principi e i valori espressi nella Costituzione spagnola<sup>113</sup>. La conseguenza di questo orientamento è che, dall'entrata in vigore della LOPJ, del migliaio di sentenze relative all'*error judicial* solo nel due per cento dei casi il giudice ha dichiarato la sua effettiva sussistenza<sup>114</sup>. La dottrina è concorde nel ritenere che tale strumento non abbia sufficientemente

come «*un desajuste objetivo, patente e indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal, habiendo de tratarse de un error craso, evidente e injustificado o, lo que es lo mismo, un error patente, indubitato e incontestabile, que haya provocado conclusiones fácticas ilógicas o irracionales, generadoras de una jurisdicción esperpéntica, o absurda, que rompa la armonía del orden jurídico*». STS, Sala 1° de 22 de mayo de 1996 (Ar. 3887). Più recentemente, tale indirizzo è stato confermato dalla STS de 9 de enero de 2008 (Ar. 1930). Nell'ambito dell'ordine contenzioso – amministrativo l'orientamento è in medesimo: ad es., il *Consejo de Estado* (Sent. 13 maggio 1993) ha richiesto «*una equivocación especialmente acentuada*». Cfr. STS, de 13 de octubre de 2001 (Ar. 431 de 2002). Per una completa rassegna della giurisprudenza in oggetto, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit., p. 151 e ss. D'altra parte, il *Tribunal Constitucional* è stato molto attivo sotto questo profilo, stabilendo che l'errore giudiziario per essere rilevante deve riunire tre condizioni: deve essere imputabile ad un organo giurisdizionale; deve essere immediatamente verificabile in modo manifesto e incontrovertibile a partire dalla risoluzione giudiziale; deve aver determinato in modo fondamentale la decisione adottata. Cfr.: SSTC 26/2003, de 10 de febrero; 213/2003, de 1 de diciembre; 159/2004 de 4 de octubre; 176/2004, de 18 de octubre; 105/2006, de 3 de abril; 112/2008, de 29 de septiembre. In ogni caso, ricordiamo che il *Tribunal Constitucional* non è competente per dichiarare l'*error judicial*. Nel giudizio relativo al *recurso de amparo* rispetto a decisioni giurisdizionali, si sofferma esclusivamente sulla violazioni di diritti e libertà, dovendosi astenere a proposito di altre condotte imputabili agli organi giurisdizionali (art. 54 della *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*).

<sup>112</sup> Cfr. STS, de 3 de noviembre de 1987 (Ar. 8435), 6 de junio de 1989 (Ar. 5031); 9 de julio de 1990 (Ar. 6269) e 14 de junio de 1991 (Ar. 4710); Sala 2ª de 28 de octubre de 1992 (Ar. 8544).

<sup>113</sup> L. TOLIVAR ALAS, *La adjetivación reductora del error judicial: ¿un fraude de Constitución?*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 142, 2009, (pp. 203-223), p. 205 e ss.

<sup>114</sup> Il dato è proposto e commentato *ibidem*, p. 209.

perseguito la funzione di tutela nei confronti degli errori giudiziari, così come sottolinea il paradosso che lo caratterizza, che consiste nel fatto di prodursi «*cuando las instituciones creadas por la sociedad para impartir justicia actúan produciendo injusticia*»<sup>115</sup>. Soprattutto tale soluzione induce a riflettere sul fatto che ci troviamo in un caso di responsabilità dello Stato che, secondo la regola generale dovrebbe essere di natura oggettiva, ovvero comprendere sia le condotte colpose sia quelle non colpose. Nel caso dell'*error judicial*, invece, l'orientamento del *Tribunal Supremo*, che fa rientrare in tale concetto solo i comportamenti che violano in modo palese principi cardine dell'ordinamento o implicanti un'applicazione normativa del tutto arbitraria<sup>116</sup>, sembra trasportare nell'ambito della responsabilità dello Stato quel requisito di colpa grave che, come noto, dovrebbe caratterizzare solo la responsabilità personale del magistrato<sup>117</sup>. Questo aspetto è, a nostro parere, rivelatore di una realtà incontrovertibile. Ovvero che, in questo caso, è pressoché impossibile evitare di introdurre elementi soggettivistici in un caso in cui oggetto del giudizio è un'attività di apprezzamento che deve comunque andare al di là degli inevitabili margini di errore, che dovrebbero trovare la propria naturale correzione negli strumenti processuali ordinari e nella necessità di motivazione. D'altra parte, tale concetto risente anche del fatto che si trova in un punto di contatto fra responsabilità dello Stato e responsabilità personale del magistrato che, come noto, ha come presupposto il dolo e la colpa grave; il che dimostra, a nostro avviso, come la questione sia, al di là delle singole soluzioni nazionali, di assai difficile soluzione<sup>118</sup>.

L'altra ipotesi da cui deriva la responsabilità dello Stato, ovvero il

<sup>115</sup> Cit. da ACOSTA GALLO, *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de Justicia*, cit., p. 153.

<sup>116</sup> V., ad es., STS, Sala de lo Penal, de 9 de abril de 2002 (RJ 2002/4947).

<sup>117</sup> Tale fenomeno è segnalato in HERNÁNDEZ OLIVENCIA, *El error judicial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., pp. 21-22.

<sup>118</sup> Secondo le parole usate nella STS, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2006 (recurso de casación 389/2000), la relazione fra responsabilità dello Stato e responsabilità patrimoniale del giudice «*obliga a considerar que los supuestos de responsabilidad civil de jueces y magistrados no podrán calificarse con un criterio de imputación más riguroso que aquel que la jurisprudencia viene estableciendo en relación con el error judicial, el cual, según reiteradas declaraciones de esta Sala, así como de la Sala compuesta con arreglo al artículo 61 LOPJ, sólo puede apreciarse en casos de resoluciones que excedan los límites de los inevitables márgenes de error en que se producen las resoluciones judiciales, teniendo en cuenta el carácter necesariamente sujeto a apreciación que la aplicación del ordenamiento jurídico comporta y el reconocimiento de la posibilidad de error que implica el establecimiento de un sistema de recursos procesales*».



«*funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*» (art. 121 della Costituzione e art. 292.1 della LOPJ), è stata approfondita nel capitolo precedente. A tal proposito aggiungiamo che se, da un lato, la responsabilità dello Stato – giudice è considerata, nel caso spagnolo, come una sotto-categoria della responsabilità dell'amministrazione, d'altra parte, in considerazione delle peculiarità della funzione giurisdizionale, sotto il profilo dell'elemento oggettivo vi è una netta distinzione rispetto alla responsabilità della pubblica amministrazione, che può derivare anche da comportamento normale<sup>119</sup>. Il *Tribunal Supremo* ha più volte affermato che il concetto di anormalità non è, ovviamente, per forza collegato ad alcun elemento illecito o di colpevolezza nell'espletamento delle funzioni giurisdizionali, e costituisce un concetto giuridico indeterminato, «*que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concretas concurrentes en el supuesto enjuiciado*»<sup>120</sup>.

Nella sostanza, il funzionamento anomalo riguarda tutte le attività proprie della struttura giudiziaria, quali la perdita o sottrazione di oggetti «*depositados en dependencias judiciales*», la distruzione o il deterioramento di beni sequestrati, ecc<sup>121</sup>. Tuttavia, rientrano in questa categoria specifiche ipotesi di danno da processo che nelle altre esperienze considerate trovato una regolazione separata. Ci riferiamo in primo luogo all'irragionevole durata dei processi, che può costituire una violazione del diritto ad un processo di durata ragionevole, espressamente riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione spagnola.

Ciò che costituisce il reale elemento di divergenza rispetto agli altri casi considerati attiene al fatto che in questo caso l'elemento oggettivo non è necessariamente costituito da un atto illecito. In altri termini, anomalia ed illegalità formale possono verificarsi l'una indipendentemente dall'altra<sup>122</sup>. Tale dato è particolarmente evidente nel

<sup>119</sup> Ai sensi dell'art. 139 LRJPA, la responsabilità dell'amministrazione sorge ogni qualvolta il danno derivi da un funzionamento normale o anomalo dell'amministrazione, fatti salvi i casi di forza maggiore.

<sup>120</sup> *STS de 11 de noviembre de 1993* (Ar. 8249); *STS de 7 de diciembre de 2004* (Ar. 8024). Con questa formula si intende coprire l'intero spettro degli atti propriamente giurisdizionali, quali sentenze e decreti, che rientrano, una volta avverati i requisiti stabiliti nell'art. 293.1, nell'alveo dell'*error judicial*.

<sup>121</sup> Questo elenco, puramente esemplificativo, è tratto da una più articolata riflessione presente in F. HIGUERA AGEJAS, *La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial*, in E. URBANO CASTRILLO, *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 235-312), p. 257 e ss.

<sup>122</sup> Cfr. SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal*, cit., pp. 2546-2553. Anche se alcuni autori hanno fondato sulla liceità o meno della condotta il discrimine fra funzionamento normale o anomalo della giu-

caso di irragionevole durata del processo, in cui più che in altri casi è agevole notare come la legge applichi il criterio della «*culpabilidad objetiva del servicio*» tramite una valutazione circa standard di servizio e di rendimento normalmente esigibili dai servizi pubblici<sup>123</sup>. D'altra parte, vi rientra l'ingiusta detenzione, che negli altri sistemi considerati, oltre ad occupare una collocazione separata rispetto alla responsabilità per fatto del giudice, risponde a principi e meccanismi parzialmente diversi. Tale fattispecie, regolata nell'art. 294 della LOPJ, si pone in una posizione mediana fra *error judicial* e funzionamento anomalo. Se infatti dal punto di vista concettuale è considerato come una sottocategoria di errore, dal punto di vista processuale se ne allontana poiché il diritto all'indennizzo può essere fatto valere direttamente davanti al Ministero della giustizia, senza necessità della previa dichiarazione di errore disciplinata dall'art. 293.1, poiché l'esito del processo penale ha di per sé messo in luce la sua sussistenza<sup>124</sup>.

La disciplina italiana definisce la condotta come qualsiasi comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, o come qualunque comportamento che integri il diniego di giustizia di cui all'art. 3 l. 117/88. Si tratta, dunque, di un evento dannoso da accertarsi secondo il criterio generale, e deve consistere nella violazione di una posizione giu-

stizia, tale distinzione è in evidente contraddizione con il carattere oggettivizzato del sistema spagnolo di responsabilità pubblica. Cfr., per es., MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit., p. 158. D'altra parte, l'anomalia non coincide nemmeno, come suggeriscono alcuni autori (da MONTERO AROCA, *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, cit., p. 130), con una violazione di una norma processuale.

<sup>123</sup> Cfr. HIGUERA AGEJAS, *La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial*, cit., p. 195 e ss. Rinviando all'amplessima dottrina disponibile sul tema, segnaliamo che evidentemente, la giurisprudenza ha posto una serie di limiti alla risarcibilità per irragionevole durata del processo. Anche se il sistema spagnolo si colloca nella media degli ordinamenti europei in quanto a lentezza dei processi, una indiscriminata generalizzazione di questa forma di tutela sarebbe comunque esiziale per l'erario. Peraltro, nel contesto spagnolo, il risarcimento per irragionevole durata è quello di gran lunga più applicato nel quadro della responsabilità dello Stato per danno da processo in generale. Per una disamina dei dati (aggiornati al 2006) relativi all'esercizio delle rispettive azioni, cfr. E. DE URBANO CASTRILLO, *La responsabilidad de Jueces y Magistrados*, in *Diario La Ley*, 7118, 2008, (pp. 1-19), pp. 6-7. Per un'analitica selezione di sentenze, di cui sono sinteticamente descritti i fatti e in cui è indicata la quantificazione del danno, cfr. M. LÓPEZ GOÑI, *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Daños personales y quantum indemnizatorio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 20-107.

<sup>124</sup> Di conseguenza, in questo caso sarà sufficiente che si verifichino due requisiti: che il soggetto abbia trascorso un periodo di detenzione e che successivamente sia stata emanata una sentenza di assoluzione o di archiviazione.

ridica soggettiva meritevole di tutela, che non deve trovare giustificazione all'interno dell'ordinamento. Nella sezione dedicata al danno approfondiremo tale aspetto. In questa sede dobbiamo invece affrontare il limite imposto dalla c.d. clausola di salvaguardia, ovvero dalla disposizione contenuta nell'art. 2.2 della l. 117/88 secondo la quale «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». Rinviando al Capitolo III, ricordiamo che la dottrina ha dedicato molta attenzione in particolare al rapporto fra la clausola di salvaguardia e l'elemento soggettivo, e all'estensione di tale clausola anche alle norme processuali. Rispetto alla prima, rinviamo a quanto ricordato in precedenza, sottolineando che la struttura della disciplina italiana soffre delle ambiguità proprie di una confusione fra elemento soggettivo e condotta. A proposito della seconda, ricordiamo che l'impianto della disciplina suggerisce che le norme di cui all'art. 2.2 siano solo quelle di diritto sostanziale, e non anche quelle di diritto processuale, come invece sostiene parte della dottrina, sulla scorta della costante giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>125</sup>. D'altra parte, la dottrina più avveduta avverte che la clausola di salvaguardia riguarda esclusivamente la funzione giurisdizionale dichiarativa, mentre è esclusa in sede di tutela esecutiva, cautelare o di giurisdizione volontaria<sup>126</sup>. Ciononostante, la giurisprudenza della Cassazione è costante nel ritenere applicabile la clausola di salvaguardia anche all'attività del p.m., il che corrobora la tesi secondo cui i magistrati stessi tendono a mantenere, in questo modo, una forma di immunità dei componenti la categoria, a prescindere dalle attività effettivamente svolte, ma piuttosto in relazione ad una prerogativa soggettiva. Come vedremo fra breve, tale elemento è stato

<sup>125</sup> Che la Corte di Cassazione abbia sempre mantenuto un orientamento estremamente garantista nei confronti della posizione dei magistrati è dimostrato da numerose sentenze, citate nel corso del capitolo precedente. V., nello stesso senso, le recenti decisioni Cass. 18 marzo 2008, n. 7272, *Foro it.*, 2009, I, 2496 e Cass. 26 maggio 2011, n. 11953, cit. La questione è trattata, fra gli altri, in LUISSO, *La responsabilità civile*, cit., p. 286 e ss.

<sup>126</sup> Tuttavia, anche in questo caso la giurisprudenza della Suprema Corte sembra essere opposta. Nell'appena citata sentenza n. 7272 il giudice ha applicato la clausola di salvaguardia alla condotta di un g.i.p. che, in un caso relativo alla costruzione, asseritamente abusiva, di una discesa a mare, aveva sottoposto a sequestro un'azienda agricola, affermando che si dovesse ritenere insindacabile l'interpretazione data dallo stesso giudice all'espressione «cose pertinenti al reato», di cui all'art. 321 c.p.p. La sentenza è commentata in BONACCORSI, *I primi vent'anni della legge n. 117/88 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, cit.; L. FRATA, *Cronaca di una legge inutile: la Cassazione e la responsabilità civile dei magistrati*, in *Danno e Responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1140-1143).

oggetto di una netta presa di posizione anche da parte della Corte di giustizia.

Nel caso francese, l'importanza della delimitazione del campo di applicazione *ratione materiae* è senz'altro diversa rispetto al caso spagnolo. Come noto, in Francia è tradizionalmente richiesta la dimostrazione dell'elemento soggettivo, il che tende ad alleviare la dimostrazione dell'elemento oggettivo, così come avviene, viceversa, in Spagna<sup>127</sup>. In questo caso, le questioni attengono in particolare alla distinzione, già ricordata, fra funzionamento e organizzazione, ed ai rapporti con l'oggetto della sentenza passata in giudicato. Il primo problema produce conseguenze giuridiche rilevanti, poiché a seconda della natura dell'atto, cambia il riparto di competenze giurisdizionali fra giudici amministrativi e giudici civili<sup>128</sup>. Per quanto riguarda i limiti esterni, è dunque sufficiente segnalare che i giudici ne hanno dato un'interpretazione ampia, facendovi rientrare, oltre agli atti giurisdizionali (assunti da un giudice monocratico o collegiale) di cui diremo fra breve, anche gli atti preparatori ed esecutivi<sup>129</sup>. In relazione ai limiti esterni, nel caso francese, analogamente a quello italiano e a differenza di quello spagnolo, si colloca il caso della riparazione dell'errore giudiziario e dell'ingiusta detenzione. Viceversa, il caso dell'irragionevole durata del processo rientra nella categoria dell'anomalo funzionamento della giustizia, ponendo a tal proposito il caso francese in una posizione intermedia fra le altre esperienze considerate<sup>130</sup>.

In Francia, pur non sussistendo una clausola di salvaguardia espressamente prevista dal legislatore, analogo risultato è raggiunto a seguito del costante orientamento del *Conseil d'Etat* che, da quando ha applicato il principio di responsabilità anche ai giudici ammini-

<sup>127</sup> Altro ragionamento attiene al fatto che, in realtà, poco cambia, dal momento che, come abbiamo visto, nel caso spagnolo l'elemento soggettivo viene reintrodotta surrettiziamente nella valutazione circa lo standard, la prevedibilità, la quantificazione del danno, e la partecipazione del soggetto danneggiato.

<sup>128</sup> La complessa questione del riparto di competenza fra giudici ordinari e giudici amministrativi è trattata in WALINE, *Droit administratif*, cit., pp. 547-572.

<sup>129</sup> A fini esemplificativi, si possono ricordare le misure cautelari, le attività dei consulenti tecnici; gli atti della polizia giudiziaria diretti da un magistrato, ecc.

<sup>130</sup> A proposito di quest'ultima ipotesi, è necessario ricordare il cambio di orientamento dei giudici nazionali, sulla scia della Corte europea dei diritti dell'Uomo. Con la già ricordata sentenza Magiera, si è infatti stabilito un duplice regime, a seconda che il malfunzionamento consista, o meno, in un irragionevole ritardo. In quest'ultimo caso, infatti, le condizioni imposte nella giurisprudenza Darmont sono sostituite dai tipici elementi presi in considerazione dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, quale la complessità del caso, le condizioni in cui la procedura si è svolta, il comportamento delle parti, l'interesse a che la controversia sia decisa rapidamente, ecc.

strativi, ha affermato che la responsabilità non può derivare dal contenuto di una sentenza passata in giudicato. Sotto questo profilo i giudici ordinari hanno mantenuto un atteggiamento meno rigoroso, riconoscendo talvolta il principio opposto<sup>131</sup>. Nell'ultimo decennio, dunque, la situazione francese si è rivelata particolarmente instabile, a seguito di episodiche sentenze che hanno sovvertito tale orientamento qualora il danno arrecato sia stato di particolare gravità<sup>132</sup>.

Prima di dedicarci all'impatto della giurisprudenza europea, svolgiamo alcune considerazioni rispetto a quanto analizzato fin qui. In primo luogo sottolineiamo la fondamentale differenza fra l'*error judicial* e l'errore giudiziario disciplinato in Italia e in Francia. Mentre in queste ultime due esperienze con errore giudiziario si fa riferimento alla riparazione derivante da processo di revisione, in Spagna l'*error judicial* ha un significato sostanzialmente diverso. Benché in origine i rispettivi concetti fossero sostanzialmente coincidenti<sup>133</sup>, nel corso degli ultimi decenni vi è stata un'evoluzione, che riguarda in particolare la relativa disciplina processuale. In Italia e in Francia si fa riferimento all'errore giudiziario nel caso di riparazione accordata dal giudice penale a seguito del procedimento straordinario di revisione. Nel caso spagnolo, invece, l'*error judicial* si accerta non solo tramite il giudizio di revisione<sup>134</sup>, ma anche a seguito del procedi-

<sup>131</sup> I giudici di merito si spingono ancora più in là, affermando esplicitamente che la responsabilità può derivare anche da atti giurisdizionali definitivi. In relazione al celebre *affaire Saint-Aubin* (CA Paris, 21 juin 1989, Gaz. Pal., 1989, II, 944 i) giudici affermano: «*les énonciations de l'article L. 781-1 COJ n'excluent d'aucune manière du champ d'application de ce texte les actes juridictionnels proprement dits*». La questione è trattata in SABOURAULT, *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité*, cit., p. 180 e ss.; COURTIAL, *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif*, p. 428 e ss.

<sup>132</sup> CA Paris, 25 oct. 2000, D., 2001, 580, note LIENHARD et RTD Civ, 2001, 125, obs. HAUSER. Alcuni autori fanno notare che tale orientamento era già stato adottato in precedenza: *Cour de cassation, 1e chambre civile, 20 janvier 1989* (Bull. Civ., n. 131 e Paris, 21 juin 1989, GP, 1989, 2, 994, concl. LUPI). Cfr. CANIVET e JOLY-HURARD, *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, cit., p. 1070.

<sup>133</sup> V. SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, cit., p. 2544.

<sup>134</sup> Il *recurso de revisión* è disciplinato dagli artt. 509-516 della LEC e dagli artt. 954-961 della LECr. L'altro strumento consiste nel procedimento per la dichiarazione dell'errore giudiziario, di competenza del *Tribunal Supremo*. L'eventuale sentenza che dichiara l'errore giudiziario permette all'attore di rivolgersi al Ministero della Giustizia per ottenere il risarcimento o, se del caso, fare ricorso alla giurisdizione contenzioso-amministrativa rispetto alla decisione adottata dall'amministrazione (art. 293.2 LOPJ). Per un approfondimento della disciplina processuale della dichiarazione dell'errore giudiziario, v. L. TOLIVAR ALAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez*, in T. QUINTANA LÓPEZ, *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, (pp. 507-547), pp. 529-533.

mento previsto dall'art. 293 davanti al *Tribunal Supremo*<sup>135</sup>. Dunque, da un lato si tratta di una fattispecie esterna rispetto allo strumento risarcitorio, mentre dall'altro vi rientra, con tutto ciò che questo comporta in relazione alle diverse conseguenze giuridiche<sup>136</sup>.

In secondo luogo, il caso spagnolo si distingue rispetto agli altri due poiché non prevede né una clausola di salvaguardia, come nel caso italiano, né una limitazione relativa al contenuto delle sentenze, come nel caso francese. Infatti, in linea teorica, l'*error judicial* può riguardare i fatti, così come il diritto, il sillogismo, la valutazione delle prove, ecc.<sup>137</sup>. Peraltro, l'evoluzione della giurisprudenza francese pone tale esperienza in una posizione difficilmente inquadrabile. Si potrebbe

<sup>135</sup> È in quest'ambito che il *Tribunal Supremo* ha ribadito l'orientamento restrittivo che abbiamo ricordato in precedenza, e che rende per lo più inefficace questo strumento di tutela. Se infatti consideriamo il fatto che questo procedimento non si pone come ulteriore via di ricorso, ma anzi intende mettere al sicuro principi quali la certezza del diritto e l'autorità del giudicato, si capisce bene come, nell'ambito del processo per la dichiarazione dell'*error judicial*, oggetto del giudizio non sia, ancora una volta, il contenuto della risoluzione errata. Al contrario, in questo caso il giudice si limita a valutare se detta risoluzione rimanga nei limiti della logica e della ragionevolezza nell'apprezzamento dei fatti e dell'interpretazione e applicazione del diritto. Cfr. J.P. QUINTANA CARRETERO, *Poder Judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez*, in J.P. QUINTANA CARRETERO, *La responsabilidad personal del juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, (pp. 419-542), p. 479 e ss. V. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de abril de 2002 (RJ 2002/4377).

<sup>136</sup> Il tema è stato ampiamente trattato in apertura del presente Capitolo.

<sup>137</sup> D'altra parte, rispetto al caso italiano, l'*error judicial* non si limita all'ambito penale, né ai casi di condanna di soggetti successivamente dichiarati non colpevoli. A differenza di quanto sostenuto da parte della dottrina, il TS ha più volte affermato che l'errore può consistere non solo in un errore materiale, ma può riguardare la valutazione dei fatti così come la qualificazione giuridica. La tesi secondo cui sarebbe errore solo quello di fatto è sostenuta da GODES MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit., p. 97 e ss. e SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, cit. p. 2544 e ss. La tesi opposta è sostenuta da MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit. p. 139 e ss. Il TS ha ribadito il proprio orientamento in: SSTS, S. 2° de 11 de julio de 1991 (Ar. 5770); S. 1° de 18 de abril de 1992 (Ar.3309); S. 1ª de 3 de marzo de 1993 (Ar. 1665); S. 4 de 18 de marzo de 1996 (Ar. 2077); S. 4 de 23 de diciembre de 1995; 7 de abril de 1995 (Ar. 2919); 14 de octubre de 2003 (Ar. 8492). Tuttavia, la giurisprudenza sostiene che l'errore può consistere in un'interpretazione, a condizione che non vi siano margini di opinabilità, ma che risulti assolutamente stravagante o priva di ogni fondamento giuridico, ovvero una soluzione arbitraria in applicazione di una norma inesistente. STS, Sala 2° de 27 de marzo de 2001 (Ar. 3329). Per quanto riguarda i fatti, da cui è derivato il processo di sussunzione e la decisione, potrà essere dichiarato, nell'ambito dell'articolo 293.1 LOPJ, quando questi non abbiano alcun rapporto con l'attività probatoria sviluppata all'interno del processo (Cfr. Sala 2ª de 19 de junio de 1998 (Ar. 2540)).

dire che la «pressione conformativa» imposta dalla giurisprudenza europea abbia messo in moto una dinamica di uniformazione nel senso del superamento delle clausole di esclusione dell'ambito di applicabilità che in Francia interessa il formante giurisprudenziale e in Italia il formante legislativo. Ognuno, evidentemente, con i propri tempi e meccanismi, che andiamo di seguito ad approfondire, analizzando l'elemento di squilibrio costituito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

A partire dalle ben note sentenze Köbler e Traghetti del Mediterraneo, e ancor più a seguito della sentenza Commissione c. Italia del 24 novembre 2011, a livello nazionale si è ravvivato il dibattito in merito al superamento, da parte delle rispettive discipline, degli standard imposti a livello europeo. Se in Spagna tale riflessione non ha superato la dimensione accademica, in Francia e, soprattutto, in Italia sulla questione sono intervenuti attori istituzionali. In Francia sul rapporto fra giurisprudenza europea e diritto interno le prese di posizione dei giudici sembrano preludere a prospettive di mutamento assai rilevanti. In Italia si è animato un acceso dibattito parlamentare per ora senza definitivo approdo, cui accenneremo alla fine della sezione.

La disciplina di diritto sostanziale è senza dubbio quella che meglio si concilia con la giurisprudenza europea, quanto meno sotto il profilo dei presupposti di diritto sostanziale<sup>138</sup>. I contributi dottrinali che negli ultimi anni si sono concentrati su tale aspetto sono tendenzialmente concordi nel ritenere che tali elementi di diritto interno superino, per così dire, lo standard costituito dai requisiti imposti in sede comunitaria. Tuttavia, anche sotto questo profilo, emergono alcuni elementi di criticità, in relazione al fatto che, potenzialmente, vi sono alcuni aspetti in grado di ostacolare sensibilmente l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione<sup>139</sup>. Il dibattito ha seguito la falsa riga

<sup>138</sup> Come vedremo nella prossima sezione, l'effettività del diritto dell'Unione è messo in pericolo, piuttosto, dalla complicatissima disciplina processuale (ex art. 293.1.b LOPJ) che regola il sistema di ricorsi necessario per ottenere tale risarcimento. Come vedremo nella sezione dedicata agli elementi di diritto processuale, ci troviamo di fronte ad un tipico caso in cui l'autonomia processuale di uno Stato, del tutto libero, in principio, nell'approvazione della propria disciplina processuale interna, rischia di entrare in conflitto con il principio di effettività del diritto europeo. Cfr. E. MENÉNDEZ REXACH, *La «Cooperación por coacción»: la responsabilidad de los Estados Miembros imputables a sus jueces*, in J.H. MARTÍNEZ DE VELASCO e F.J. ZAMORA ZARAGOZA, *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 439-450), pp. 449-450.

<sup>139</sup> «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo se encuentra aún en una fase inicial, con unos pronunciamientos más acertados que otros, y, sobre todo, con una no-

dei principi di effettività ed equivalenza del diritto europeo, nel senso che ci si è domandati quale sia, in diritto interno, il rimedio equivalente, tramite cui applicare il principio di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, e se tale rimedio sia rispettoso del principio di effettività.

In relazione alla prima questione, alcuni autori hanno sostenuto che, quanto meno in linea teorica, l'illecito comunitario potrebbe essere di natura tale da avvicinarsi al concetto di funzionamento anomalo della giustizia<sup>140</sup>. Tuttavia, è altamente probabile che trovi esclusiva applicazione la normativa relativa all'errore giudiziario<sup>141</sup>; inoltre, l'unica sentenza disponibile a tale riguardo rafforza la tesi secondo cui, in caso di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale, il soggetto danneggiato può esercitare un'azione davanti agli organi della giurisdizione contenzioso-amministrativa, pre-

*table resistencia a hacer efectivo el principio de equivalencia, acudiendo por el contrario invariablemente al criterio de la «violación suficientemente caracterizada», lo que unido, entre otros, a un recurso excesivo a la teoría (marginal) del acto claro como medio de evitar el planteamiento de cuestiones sprejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, lleva una remarcable y censurable tendencia a la restricción en el reconocimiento de indemnizaciones», cit. da CARRILLO DONAIRE, LÓPEZ MENUDO E GUICHOT REINA, *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, cit., p. 369.*

<sup>140</sup> In realtà tale opinione deriva dalla confusione concettuale relativa ai reciproci confini fra *error judicial* e *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*. Infatti, secondo un'opinione ampiamente condivisa, l'*error judicial* altro non sarebbe che una modalità del funzionamento anomalo dell'Amministrazione della Giustizia, ragione per la quale, la distinzione da parte dell'art. 121 della Costituzione avrebbe potuto essere evitata. Secondo un'altra impostazione, l'errore è accidentale, ma non necessariamente rientra nell'ambito del funzionamento anomalo dell'amministrazione della giustizia. Vi è infine chi distingue le due fattispecie, affermando che l'errore riguarda atti giurisdizionali formalizzati, quali ordinanze o sentenze, mentre il funzionamento anomalo consiste in oggettive anomalie prodotte durante l'espletamento della funzione giurisdizionale. Cfr. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, cit., p. 138-139; GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit., p. 322; SOLCHAGA LOITEGUI, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, cit., p. 2550; TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, cit., p. 91 e ss.; C. MOVILLA ÁLVAREZ, *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 335. La seconda è invece proposta da ALMAGRO NOSETE, *El sistema español de responsabilidad judicial*, cit., p. 459; J. DIAZ DELGADO, *La responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 283-332.

<sup>141</sup> Cfr. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario*, cit., p. 313.



vio reclamo all'istanza amministrativa corrispondente, secondo il sistema generale stabilito dalla disciplina poc'anzi ricordata e dalla *Ley 30/1992, de 26 noviembre*, alla quale essa rinvia (art. 139-144)<sup>142</sup>.

Una volta risolta la questione nel senso dell'applicazione dell'*error judicial*, è necessario chiedersi se questo garantisca il rispetto del principio dell'effettività del diritto dell'Unione. Il tema è stato oggetto di riflessioni dottrinali e, in tempi recenti, di prese di posizione giurisprudenziali, soprattutto in ragione del ben noto restrittivo orientamento del *Tribunal Supremo* circa la sussistenza dell'*error judicial*. La risposta unanime della dottrina, suffragata anche dall'unica sentenza disponibile sul punto<sup>143</sup>, si è espressa nel senso della compatibilità delle due nozioni, la cui vaghezza implica che, nella pratica, la questione sia delegata ai giudici nazionali. Questi ultimi, attraverso lo strumento dell'interpretazione conforme, o al limite tramite la sostituzione e disapplicazione, sono infatti chiamati a svolgere quel necessario ruolo di raccordo ed armonizzazione cui abbiamo fatto riferimento in precedenza<sup>144</sup>. Merita ulteriori riflessioni la questione relativa all'opportunità che i giudici nazionali, in assenza di specifico intervento legislativo, elaborino una formula meno rigida circa l'interpretazione dell'*error judicial*, anche in riferimento alla tutela di po-

<sup>142</sup> Cfr. *Sentencia de Audiencia Nacional-Sala de lo Contencioso, 10 de Febrero de 2009*, commentata in E. COBREROS MENDAZONA, *El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009)*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009, (pp. 209-230).

<sup>143</sup> V. *Sent. Audiencia Nacional, Sección Tercera, Sala de lo contencioso-administrativo, de 10 de febrero de 2009 (Rec. 553/2007)*. In quest'occasione i giudici hanno affermato che, essendo il concetto di «*error judicial*» non espressamente definito dalla legge, ma di elaborazione giurisprudenziale, non sussiste una incompatibilità sostanziale con il presupposto della violazione manifesta del diritto. La sentenza è commentata in CÓRDOBA CASTROVERDE, *Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del derecho comunitario*, cit. V., in particolare, pp. 21 – 22.

<sup>144</sup> Ricordiamo che l'applicazione del diritto dell'Unione conduce a sostituire il diritto nazionale incompatibile; di conseguenza, nel caso in cui il concetto di *error judicial* risulti più restrittivo rispetto alla violazione sufficientemente caratterizzata, nel senso attribuito a tale espressione dalla Corte di giustizia nella sentenza Köbler, il giudice dovrà sostituire la valutazione del primo con la seconda. Con ciò intendiamo dire che in teoria il giudice nazionale può applicare direttamente il presupposto della violazione manifesta del diritto sostituendo, nel caso concreto, il presupposto dell'*error judicial*. Tuttavia, la vaghezza dei concetti espressi fa sì che tale sostituzione, sicuramente corretta da un punto di vista logico e istituzionale, non sortisca, nella pratica, risultati apprezzabili, perché fondata su una presunta distinzione di contenuto in molti casi difficile da cogliere. Cfr. *STS, de 17 de abril de 2002, (Sala 3.ª, Sección 2.ª, recurso núm. 1255/2000, ponente: Rouanet Moscardó)*.

sizioni giuridiche fondate esclusivamente in diritto interno<sup>145</sup>. Alla mera sostituzione del concetto di *error judicial* con quello di violazione manifesta del diritto, qualora chiamato a dirimere controversie relative alla violazione di posizioni giuridiche fondate sul diritto dell'Unione, il *Tribunal Supremo* potrebbe preferire una nuova elaborazione concettuale. L'impulso della giurisprudenza europea potrebbe, in altri termini, fornire l'occasione per un'evoluzione giurisprudenziale anche degli orientamenti di diritto interno, in modo da fornire un sistema di tutele per quanto possibile simmetrico, immune dalle conseguenze tipiche dei doppi binari di tutela<sup>146</sup>.

L'impatto della giurisprudenza europea è stato decisamente più netto in relazione alle esperienze francese e italiana, rispettivamente riguardo alla giurisprudenza del *Conseil d'État* secondo cui la responsabilità non può derivare da sentenza passata in giudicato ed alla clausola di salvaguardia ex art. 2.2 l. 117/88, secondo cui la responsabilità non può derivare da attività interpretativa e valutazione del fatto e delle prove.

Per quanto riguarda il caso francese, la dottrina è stata particolarmente attiva poiché ha avvertito quanto quest'orientamento potesse entrare in conflitto con il principio di intangibilità della *res judicata*<sup>147</sup>. Rinviando a quanto segnalato nel Capitolo III, in sede critica riprendiamo quei commenti dottrinali che sottolineano come, in questo caso, si confrontino due accezioni di cosa giudicata parzial-

<sup>145</sup> Questo è tanto più probabile se si considera che il TS, al momento di pronunciarsi su un'ipotesi di questo tipo, sarebbe probabilmente indotto a proporre domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia, il che rafforzerebbe ulteriormente il dialogo fra giudici e potrebbe contribuire ad accelerare il mutamento delle categorie giuridiche interne in vista di una maggiore omogeneità rispetto al paradigma comunitario.

<sup>146</sup> Cfr. COBREROS MENDAZONA, *El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009)*, cit., p. 229.

<sup>147</sup> Peraltro, come noto, la questione negli ultimi anni si è presentata non solo indirettamente, a seguito della giurisprudenza sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione imputabile alla funzione giurisdizionale, ma anche direttamente, con i celeberrimi casi Unibet (Sent. CGCE, 13 marzo 2007, Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern. Causa C-432/05. Racc. I-02271), Lucchini (Sentenza CGCE (grande sezione) del 18 luglio 2007, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA. Causa C-119/05, Racc. 2007 p. I-06199), Olimpiclub (Sen. CGUE, 3 settembre 2009, Amministrazione dell'economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl. Causa C-2/08) e Asturcom (Sent. CGUE. 6 ottobre 2009. Asturcom Telecomunicaciones SL contro Cristina Rodríguez Nogueira. Causa C-40/08. Racc. I-09579).

mente distinte. La Corte di giustizia ne sostiene una strettamente giuridica, per cui la sentenza principale sarebbe salva in quanto la controversia relativa alla responsabilità sarebbe diversa sia quanto all'oggetto, sia quanto alle parti<sup>148</sup>. Tuttavia, la tesi opposta, che considera le ripercussioni concrete del giudicato, sottolinea due elementi in particolare. Nel caso in cui vi sia condanna al risarcimento, la sentenza principale risulterà, quanto meno nella sostanza, riformata. In secondo luogo, il fatto che la seconda controversia riguardi il cattivo esercizio della funzione giurisdizionale e che questo comporti che un giudice si pronunci circa l'operato di un altro, fa sì che, nella sostanza, l'autorità del giudicato di cui alla prima sentenza sia quanto meno indirettamente relativizzata<sup>149</sup>.

In Italia il conflitto si è presentato in termini particolarmente evidenti, non solo a seguito delle recenti prese di posizione della Corte di giustizia<sup>150</sup>, ma anche delle recentissime pronunce della Corte di cassazione, sia in relazione alla giustificazione della clausola di salvaguardia nel contesto dell'ordinamento interno, sia rispetto alla sua compatibilità con la giurisprudenza europea. Per quanto riguarda il primo punto, la clausola sarebbe giustificata «dal carattere fortemente valutativo dell'attività giurisdizionale, la quale è connotata da scelte sovente basate su diversità d'interpretazioni». A proposito del secondo, le sentenze Köbler, Traghetti del Mediterraneo e Commissione contro Italia (C-379/10 del 24 novembre 2011) non pongono «alcun problema di armonizzazione ermeneutica tra la disciplina dell'azione

<sup>148</sup> Peraltro, come noto, tale tesi è sostenuta dalla Corte di giustizia nella sentenza Köbler.

<sup>149</sup> Il tema è già stato trattato nella sezione dedicata ai presupposti di ammissibilità della domanda. Rimandiamo alla dottrina ivi citata.

<sup>150</sup> La Corte di giustizia ha affermato che l'esplicito tenore letterale del comma 2 induce a ritenere che la clausola di salvaguardia abbia una portata generalizzata, e che quindi essa costituisca non un semplice limite ma una vera e propria esclusione di responsabilità. Par. 37, Sent. Commissione C. Italia, 24 novembre 2011: «a prescindere dal significato da attribuire al fatto che la motivazione della sentenza della suprema Corte di cassazione del 18 marzo 2008 non fa riferimento all'art. 2, secondo comma, della legge n. 117/88 nonché al passo della sentenza della Corte medesima del 5 luglio 2007, secondo cui le «ipotesi specifiche» previste all'art. 2 di tale legge hanno quale «comune fattore» una negligenza inescusabile, si deve rilevare che, a fronte dell'esplicito tenore dell'art. 2, secondo comma, di tale legge, lo Stato membro convenuto non ha fornito alcun elemento in grado di dimostrare validamente che, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di uno dei propri organi giurisdizionali di ultimo grado, tale disposizione venga interpretata dalla giurisprudenza quale semplice limite posto alla sua responsabilità qualora la violazione risulti dall'interpretazione delle norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dall'organo giurisdizionale medesimo, e non quale esclusione di responsabilità».

di responsabilità civile dei magistrati, come configurata dall'ordinamento e ricostruita dal diritto vivente, e gli obblighi comunitari dello Stato italiano»<sup>151</sup>. In questo modo, il conflitto fra ordinamento italiano e giurisprudenza europea, di cui la dottrina era già del tutto cosciente prima di tali pronunce<sup>152</sup>, si propone in tutta la sua evidenza. Infatti, valutazione dei fatti e delle prove e interpretazione della legge costituiscono l'elemento essenziale dell'attività svolta dal magistrato, per cui escludere tali condotte dall'ambito di applicazione della legge 117/88 equivale a introdurre una forma di immunità difficilmente giustificabile anche alla luce dei principi di autonomia e indipendenza. A tal proposito la questione si pone soprattutto in relazione al conflitto fra la clausola di salvaguardia applicabile anche alla disciplina processuale rispetto all'obbligo di rinvio pregiudiziale<sup>153</sup>; la questione si è nuovamente posta in tempi molto recenti, e si è ancora in attesa di un intervento chiarificatore da parte del giudice europeo<sup>154</sup>. Questa situazione di conflitto ha animato diverse iniziative di riforma

<sup>151</sup> Si tratta delle sentenze Cass. Civ., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2107 e Cass. Civ., Sez. III, 22 febbraio 2012, n. 2560, commentate in F. BONACCORSI, *Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato*, in *Danno e Responsabilità*, 10, 2012, (pp. 981-990), p. 986-990.

<sup>152</sup> Cfr. IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, cit., p. 426.

<sup>153</sup> Questo è ancora più evidente poiché secondo l'orientamento dei giudici nazionali la clausola di salvaguardia è applicabile anche alle norme processuali, e quindi anche in relazione all'obbligo di rinvio pregiudiziale, su cui si è incentrata la sentenza Traghetti del Mediterraneo: «...l'articolo 2 comma 2 della legge n. 117/1988 si pone su di un piano d'incompatibilità logica con l'art. 234 comma 3 del Trattato in quanto sottrae alla Corte di giustizia il suo indiscutibile primato interpretativo, privandola della funzione nomofilattica che le compete. Secondo il disposto della legge 117, infatti, il giudice nazionale può giustificare il suo eventuale mancato rinvio sulla base dell'ordinaria attività d'interpretazione delle norme di diritto che generalmente prelude all'applicazione delle stesse, ed andare sempre esente da responsabilità», cit. da COSENTINO, *La responsabilità civile del magistrato tra inefficienze interne, motivi della Corte di Giustizia e modelli alternativi*, cit., p. 232. D'altra parte, autorevole dottrina sostiene l'applicabilità della clausola di salvaguardia alla decisione di merito in sede di giurisdizione dichiarativa, e non alle norme processuali e ai fatti processualmente rilevanti. Secondo questa ricostruzione non vi sarebbe incompatibilità fra detta clausola e l'obbligo di rinvio pregiudiziale. Cfr. LUISO, *La responsabilità civile*, cit., p. 287-290. Per una più ampia disamina del contributo dei giudici italiani all'integrazione europea tramite l'esercizio del rinvio pregiudiziale e dei connessi profili di criticità, cfr. M. CONDINANZI, *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritti interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2010, (pp. 295-334).

<sup>154</sup> Con il Decreto 31 gennaio 2012 in causa Telecom Italia s.p.a. contro Consiglio dei Ministri la Corte d'appello di Roma ha ammesso un'azione di responsabilità per danni promossa dalla Società Telecom Italia in riferimento ad una decisione assunta dalla VI sezione del Consiglio di Stato. La stessa VI Sezione ha promosso rinvio pregiudiziale, cui per ora non è stata data risposta.

della disciplina italiana. Sono, infatti, numerosi i disegni di legge attualmente al vaglio del Parlamento che tendono a modificare tale disposizione, seppur perseguendo prospettive diverse<sup>155</sup>. In attesa di vedere se e in che modo la disciplina italiana verrà riformata, è possibile svolgere alcune riflessioni di ordine generale. Nel caso in cui la clausola di salvaguardia non venga riformata, saranno i giudici italiani a doverla disapplicare qualora la violazione riguardi una posizione giuridica fondata sul diritto dell'Unione. Questa soluzione, seppur accettabile sotto il profilo istituzionale, produrrebbe come conseguenza quel doppio binario di tutele che risulta assai discutibile sotto il profilo costituzionale e di coerenza del sistema<sup>156</sup>. Nel caso in cui tale clausola venga modificata, ciò inciderebbe sull'attuale equi-

<sup>155</sup> Il disegno di legge n. 1064 («Modifica della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati») così come il disegno di legge n. 2773 (Modifica dell'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117 in materia di responsabilità per atti e provvedimenti adottati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie») prevedono che la decisione circa la sussistenza di tale clausola possa essere assunta solo all'interno del giudizio di merito e non in sede di giudizio sommario di ammissibilità della domanda; il disegno di legge (presentato al Senato) n. 54 («Disposizioni in materia di responsabilità civile del giudice»), il disegno di legge (presentato alla Camera) n. 2796 («Abrogazione della legge 13 aprile 1998, n. 117 in materia di risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e di responsabilità civile dei magistrati») e il disegno di legge n. 4148 («Modifiche alla legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati») la abrogano completamente; il disegno di legge (presentato alla Camera) n. 4127 («Modifica all'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, in materia di responsabilità civile dei magistrati») tenta di armonizzare la disciplina nazionale con la giurisprudenza europea.

<sup>156</sup> La questione in realtà non si pone in questi termini per quella parte della dottrina che sostiene che non vi sia discriminazione, in quanto si tratterebbe di una fattispecie speciale di responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo (in cui si applica l'art. 2043 c.c. integrato dai presupposti elaborati dalla Corte di giustizia) a fronte di una fattispecie comune di responsabilità ex l. 117/88. Cfr. E. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro Italiano*, 1, 2012, (pp. 22-26), che suggerisce che la materia da riformare sia, piuttosto, quella della responsabilità dello Stato per violazione manifesta del diritto dell'Unione europea. L'autore sostiene, sul punto, che il legislatore, che nella legge 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), all'art. 4 comma 43, ha parzialmente disciplinato l'ipotesi di mancato recepimento di direttiva, potrebbe regolare la materia in modo più organico a partire dall'identità dei presupposti della responsabilità elaborati a partire dalla sentenza Francovich. V. anche V. PICCONE, *La responsabilità del giudice nell'ordinamento integrato*, in *personaedanno.it*, 2011, (pp. 1-16). Tuttavia, dal punto di vista del cittadino danneggiato, il fondamento della posizione giuridica violata appare del tutto indifferente. La questione è trattata in A. COMINO, *La responsabilità dello Stato-giudice alla prova del diritto europeo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2012, (pp. 776-787).

librio istituzionale in modo potenzialmente assai pericoloso. Una totale abrogazione della clausola di salvaguardia, oltre che essere di assai dubbia costituzionalità (anche in considerazione delle costanti prese di posizione della Consulta sul punto<sup>157</sup>) aprirebbe la strada ad un numero enorme di azioni, con tutti i rischi di cui si è ampiamente detto. La parziale riforma della clausola di salvaguardia permetterebbe ai giudici nazionali di svolgere un'azione di intessitura fra disciplina nazionale e presupposti elaborati dalla Corte di giustizia volta al riequilibrio fra i valori di responsabilità e indipendenza. Sarebbe però necessario che i giudici abbandonassero quell'atteggiamento di netta chiusura che ha finora contraddistinto la giurisprudenza italiana in materia; peraltro, tale evoluzione non sembra impossibile, anche in ragione del fatto che lo stesso giudice europeo ha esplicitamente affermato che lo strumento in questione è destinato a trovare applicazione del tutto eccezionale<sup>158</sup>. Infatti, è ovvio che il legislatore, da solo, non può risolvere le criticità collegate a tale questione e che i giudici nazionali, soprattutto grazie alla tecnica dell'interpretazione conforme, sono chiamati a svolgere un ruolo fondamentale<sup>159</sup>. Il compito del legislatore dovrebbe essere quello di riformare il sistema in nome di una più omogenea ed effettiva tutela dei cittadini, e non di uno scontro con la magistratura nel suo complesso. La conclusione di tale processo per ora rimane in sospeso.

<sup>157</sup> Non è un caso che da più parti sia stata sostenuta la necessità di una riforma costituzionale.

<sup>158</sup> Come abbiamo visto in precedenza, la Corte, pur richiamando la giurisprudenza Francovich, ha sviluppato un filone autonomo, perché il tema della responsabilità del giudice pone questioni concettuali e istituzionali di non facile soluzione, e perché, da questo punto di vista, i regimi nazionali appaiono particolarmente difforni. Quindi, la Corte ha riferito l'applicazione dell'illecito comunitario solo a violazioni da parte del giudice di particolare gravità. La Corte di giustizia, tenendo in conto le specificità della funzione giurisdizionale, così come le esigenze di certezza del diritto, ha affermato, a proposito della decisione di una giurisdizione nazionale di ultima istanza che «La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente» (Köbler, par. 53). In altri termini, ai giudici nazionali non si chiede un cambio di rotta brusco e radicale verso una responsabilizzazione indiscriminata a detrimento del principio di indipendenza. Sotto questo profilo la posizione della Corte di giustizia appare estremamente prudente, il che agevola un processo di avvicinamento delle posizioni dei giudici nazionali.

<sup>159</sup> La questione è trattata in IADICICCO, *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, cit., p. 426; VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti*, cit.; A. RUGGERI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2012, (pp. 95-105).

### 2.3. Il danno

Presupposto essenziale di qualunque sistema di responsabilità è costituito dalla produzione di un danno. Peraltro, può trattarsi di questione problematica in relazione all'effettiva tutela delle posizioni giuridiche soggettive, così come riguardo alla compatibilità con il diritto dell'Unione. A prescindere dalle riflessioni di ordine comparatistico, temi quali l'individuazione e la quantificazione del danno risarcibile, così come le forme di riparazione, si pongono all'interno dei rispettivi ordinamenti come elementi estremamente problematici.

Prima di concentrarci sulle esperienze nazionali, è opportuno svolgere alcune riflessioni in termini generali. La principale questione riguarda il danno risarcibile, secondo la tradizionale distinzione fra danno patrimoniale e danno non patrimoniale<sup>160</sup>. Come noto, il primo può consistere nella perdita, nella distruzione o nel danneggiamento di un bene suscettibile di valutazione patrimoniale, nella perdita di un guadagno o nella sopravvenuta necessità di compiere determinate spese. Il danno non patrimoniale consiste, invece, nella perdita o lesione di un bene personale, che non possa essere oggetto di scambio e di valutazione economica, come la salute, la libertà, l'onore, ecc. In quest'ambito, sono di estrema importanza i criteri di valutazione, in particolare per quanto riguarda il danno non patrimoniale<sup>161</sup>.

Soprattutto in relazione all'attività giudiziaria in sede penale, la categoria dei danni non patrimoniali è costantemente chiamata in causa e altrettanto di frequente oggetto di confusioni concettuali. Ricordiamo, inoltre, che tale questione è stata al centro dell'evoluzione dei sistemi di indennizzo per errore giudiziario e ingiusta detenzione, che sono tradizionalmente sorti come meccanismi aritmetici di riparazione

<sup>160</sup> Come abbiamo visto, in relazione all'attività giurisdizionale entrambe le categorie sono interessate da specifici elementi di criticità. Rispetto al danno patrimoniale ricordiamo la distinzione fra danno emergente e lucro cessante, che è stato oggetto di specifici interventi da parte della Corte di giustizia, in relazione al quale ha stabilito la necessaria quantificazione poiché, soprattutto in relazione alle controversie di carattere economico o commerciale, una sua eventuale esclusione renderebbe impossibile un reale risarcimento del danno. V. la sezione specificamente dedicata all'interno del capitolo 2, in cui si fa riferimento al par. 87 della Sent. CGCE 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur*, par. 87. Peraltro, come vedremo, il lucro cessante è spesso al centro della controversia, in quanto prodotto a seguito di misure cautelari di natura reale, quali i sequestri di attività economiche.

<sup>161</sup> Nell'ambito del danno non patrimoniale, si pongono diverse questioni relative alla frequente confusione in relazione alle specifiche voci di danno. La distinzione fra danno psichico, danno biologico e danno esistenziale, al centro di riflessioni dottrinali ormai decennali, nella pratica risulta assai poco definita. Il tema non verrà certamente esaurito in questo saggio. A tal proposito, ci prefiggiamo di farvi accenno, citando la dottrina di riferimento.

dei rispettivi danni da processo e che, negli ultimi anni, si sono per così dire affinati, entrando nel merito della valutazione dei danni, patrimoniali e non patrimoniali, effettivamente derivati ai soggetti danneggiati<sup>162</sup>. In questa sede ci prefiggiamo di sviluppare ulteriormente tale riflessione. La comparazione fra le diverse esperienze non rivela particolari distinzioni fra un sistema e l'altro. Al contrario, permette di coglierne importanti analogie in relazione ai dibattiti relativi alle questioni problematiche sommariamente enunciate finora.

Nel caso spagnolo, in assenza di una specifica disciplina relativa all'attività giudiziaria, trova applicazione il regime di responsabilità delle pubbliche autorità. L'espressione «*daños y perjuicios causados*» di cui all'art. 411 della LOPJ/1985 non pone limiti per quanto riguarda il danno risarcibile. Semplicemente, l'art. 292.2 della LOPJ relativo alla responsabilità dello Stato stabilisce che il danno debba essere «*efectivo, evaluable económicamente e individualizado*». A proposito dell'estensione dell'obbligo di risarcimento, è applicabile l'articolo 139.1 LPC che si riferisce a «*toda lesión*», ovvero proclama un principio di riparazione integrale che la giurisprudenza nazionale ha spesso sottolineato e che comprende i danni relativi sia ai beni sia a qualsiasi posizione giuridica di vantaggio, ivi compresi, ovviamente, gli interessi legittimi. Secondo l'art. 292 della LOPJ, lo Stato risponde dei danni a «*cualesquiera bienes y derechos*», con terminologia analoga rispetto all'art. 106.2 della Costituzione e agli art. 121 della *Ley de expropiación forzosa* e 40 della *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*. Per cui, rientrano nei danni risarcibili sia il danno emergente sia il lucro cessante<sup>163</sup>; inoltre, la dottrina dibatte circa la risarcibilità dei danni morali, così come dei danni per perdita di *chance*<sup>164</sup>. La risarcibilità del danno morale deriva dal fatto che l'art. 292.2 della LOPJ non pone limiti in tal senso, poiché il fatto che i danni debbano essere valutabili in termini economici non significa che debba trattarsi di danni meramente patrimoniali<sup>165</sup>. Di conseguenza, i giudici

<sup>162</sup> Come abbiamo visto nella relativa sezione, questo aspetto ha contribuito ad avvicinare la logica dei sistemi indennitari ai sistemi più propriamente risarcitori.

<sup>163</sup> Cfr. SSTs, 22 novembre 1985 e 5 dicembre 1997.

<sup>164</sup> La teoria della perdita di *chance* è stata utilizzata per graduare la responsabilità dell'amministrazione, riconoscendola solo nella misura della probabilità che la condotta conducesse alla perdita del beneficio sperato. Cfr. L. MEDINA ALCOZ, *La Teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

<sup>165</sup> Cfr. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p. 178-179; J. MONTERO AROCA, *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990, p. 204. La questione è particolarmente rilevante in relazione alle violazioni del diritto all'onore, all'intimità o all'immagine, che può facilmente verificarsi in tale ambito. Il tema è approfondito in R. DE ANGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad*



tendono ad accordare un risarcimento in proporzione alla probabilità che il danneggiato avrebbe sofferto il danno anche in caso di condotta lecita dell'amministrazione<sup>166</sup>. Il danno deve essersi realmente prodotto, pertanto non è sufficiente che si possa produrre in futuro. Il risarcimento del danno può essere realizzato anche in forma specifica o a rate, nel caso in cui il giudice lo ritenga lo strumento più adeguato, e sempre che l'interessato sia d'accordo (art. 141.4 LPC)<sup>167</sup>.

In Francia, la responsabilità dello Stato connessa all'attività giudiziaria richiede la dimostrazione di un danno, secondo la disciplina di diritto comune relativa alla responsabilità civile extracontrattuale<sup>168</sup>. All'attore spetta la dimostrazione della sussistenza di un danno, definito dalla dottrina come «*toute atteinte à l'intégrité d'une chose, d'une personne, d'une activité, ou d'une situation*»<sup>169</sup>. Inoltre, l'attore

*civil*, Civitas, Madrid, 2008, p. 499. Sotto questo profilo, è celebre la sentenza STS de 23 de enero de 2004 (RJ 2004,1), con cui il *Tribunal Supremo* che ha condannato i giudici del *Tribunal Constitucional* a pagare la somma di 500 euro a persona a titolo di risarcimento dei danni morali. Secondo tale sentenza, il danno morale era dovuto al fatto che «*a una persona a quien se ha privado jurídicamente de un derecho tan esencial como es el amparo constitucional no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral, por lo menos desde el punto de vista de hacer que se tambaleen sus creencias como ciudadanos de un Estado social y democrático que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior, y España es un Estado que reúne dicha características según el art. 1.1 CE*». Sentenza commentata in L. TURANO, *Spain: Quis Custodiet Ipsos Custodes?: The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4, 1, 2006, (pp. 151-162).

<sup>166</sup> Cfr. SSTS, 25 febbraio 2004, 22 giugno 2005, 23 giugno 2005. Il legislatore ha applicato tale teoria approvando l'art. 63 della Legge 48/1998, del 30 dicembre, relativa alla mancata possibilità di guarigione o miglioramento dello stato di salute.

<sup>167</sup> Il risarcimento in forma specifica può essere integrato da un risarcimento per equivalente nel caso in cui questa sia necessaria per compensare il danno nella sua totalità (STS, 2 febbraio 1980).

<sup>168</sup> Il *préjudice* è un presupposto per l'esistenza della responsabilità patrimoniale poiché, come noto, si tratta di un regime la cui principale funzione è compensatoria, piuttosto che sanzionatoria. Il danno è quindi la misura della riparazione, poiché la funzione sanzionatoria è esplicita dalla responsabilità penale e disciplinare, che sono indipendenti rispetto all'entità del danno. La scarsità di pronunce relative alla responsabilità collegata all'attività giudiziaria fa sì che la presente riflessione sia condotta in relazione agli orientamenti adottati nell'ambito della responsabilità dei pubblici poteri e della pubblica amministrazione in particolare.

<sup>169</sup> Cit. da F.P. BENOIT, *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*, in *Juris-classeur périodique*, I, 1351, 1957, par. 11. Secondo un'altra definizione, «*Le préjudice réparable peut être indifféremment matériel, commercial, de nature économique ou encore moral. Le plus souvent, il s'analyse en une perte de chance, que les tribunaux apprécient souverainement pour l'évaluation de son montant*», cit. da JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, cit., p. 454.

dovrà dimostrare che il danno, considerato come fatto oggettivamente apprezzabile, ha prodotto conseguenze precise nella sfera privata del danneggiato, il che implica la necessità di svolgere un apprezzamento circa le reali conseguenze nella sfera soggettiva dell'individuo<sup>170</sup>. Il giudice, nell'individuazione e quantificazione dei danni, ha dunque piena discrezionalità anche nel giudizio relativo al momento di inizio di produzione del danno<sup>171</sup>. Il principio fondamentale è quello della riparazione integrale, cui si aggiungono l'esclusione dell'arricchimento senza causa e il principio di ordine pubblico, secondo cui l'amministrazione non può essere condannata a risarcire una somma non dovuta. Per cui, si applicheranno tutti i criteri relativi alla valutazione dell'entità del danno e alle deduzioni<sup>172</sup>; inoltre, saranno dedotte tutte le somme eventualmente già ricevute provenienti da società mutualistiche<sup>173</sup>, da ammortizzatori sociali<sup>174</sup> e da assicurazioni<sup>175</sup>.

Il giudice amministrativo accetta di accordare il risarcimento sia dei danni materiali (corporali o relativi ai beni), sia dei danni morali<sup>176</sup>. L'importante è che il danno sia certo, il che significa che il suo verificarsi non deve risultare come una pura eventualità<sup>177</sup>. Vi sono,

<sup>170</sup> Infatti, «*Un même dommage peut ainsi entraîner des préjudices différents d'une personne à l'autre*», cit. da KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, cit., p. 305.

<sup>171</sup> In Francia, il giudice ordinario valuta il danno ponendosi al momento del giudizio. Il giudice amministrativo, invece, spinto dalla necessità di assicurare un equilibrio fra interessi dell'amministrazione e diritti dei cittadini, distingue se si tratta di danni alle persone o alle cose. Nella seconda ipotesi, il giudice valuta a partire dal giorno del giudizio, criterio, tuttavia, che subisce non pochi temperamenti. Nella prima, il giudice valuta il danno a partire dal momento di produzione del danno. Cfr. *Ibidem*, p. 344.

<sup>172</sup> CE, 20 marzo 1991, *CHR de Bourg-en-Bresse c. époux Bouvard*, Rec. 97.

<sup>173</sup> CE, Sect. 2 ottobre 1970, *Époux Pol*, Rec. 543; CE, 3 dicembre 1975, *Placide*, Rec. T. 1264.

<sup>174</sup> CE, Sect. 25 settembre 1970, *Commune de Batz-sur-Mer et Dame veuve Teson*, Rec. 540; D. 1971, p. 55, *conclusions MORISOT*.

<sup>175</sup> «*Les indemnités versées par les compagnies d'assurances seraient donc, dans certaines cas, considérées comme la contrepartie des primes payées par la victime, alors que dans d'autre cas, le contrat d'assurance, auquel le responsable est pourtant étranger, profitera à l'administration*», cit. da KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, cit., p. 357.

<sup>176</sup> I primi possono essere danni alla persona o danni alle cose, ed hanno in comune la possibilità di tradursi secondo una regola generale in una perdita pecuniaria oggettivamente misurabile. I secondi riguardano la sfera psichico-emotiva, ed una quantificazione in termini pecuniari risulta di più difficile realizzazione. Tali danni non rientrano nella fattispecie oggetto di questo lavoro, quindi rinviamo all'abbondante dottrina disponibile, fra cui segnaliamo R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, Paris, 2000, pp. 1213-1214.

<sup>177</sup> Ovviamente, dunque, può trattarsi di danno futuro. Viene comunque consi-

infine, danni che non sono suscettibili di essere risarciti; non si tratta, ovviamente, di quelli che esorbitano dalla competenza del giudice amministrativo ma, piuttosto, di quelli che tale giudice tende a non tutelare<sup>178</sup>. A proposito delle modalità del risarcimento, la regola generale è quella della riparazione per equivalente, ovvero tramite un pagamento, da effettuarsi, a discrezione del giudice, in una sola soluzione o a rate<sup>179</sup>.

Per quanto riguarda il caso italiano, l'art. 2.1 della legge 117/88 stabilisce che l'azione è riconosciuta «per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale». Si tratta di una disposizione aspramente criticata dalla dottrina, in relazione all'armonica applicazione degli strumenti indennitari ex art. 314 e ss. c.p.p. (ingiusta detenzione) e artt. 643 e ss. (errore giudiziario) che riguardano, come noto, l'ingiustificata limitazione della libertà personale<sup>180</sup>. Inoltre, la giurisprudenza si è sof-

derata costitutiva di un danno certo la perdita di *chance*, purché si tratti di una *chance* non troppo remota. A tal proposito, si fa ricorso alla giurisprudenza, che ha dichiarato risarcibile la perdita della seria possibilità di superare un esame o un concorso pubblico o di beneficiare di una promozione, di ottenere un impiego pubblico o privato, o di stipulare un contratto, o di ottenere il pagamento di una certa somma. A proposito della responsabilità del giudice, la quantificazione del danno appare particolarmente complessa nel caso, potenzialmente molto frequente di mancato rinvio pregiudiziale. Infatti, in un caso di questo genere, bisogna considerare che tale questione pregiudiziale non necessariamente sarebbe stata accolta, o che avrebbe potuto essere accolta solo in parte. Quindi, entrerebbe in gioco la valutazione del danno per perdita di *chance*, con tutte le incertezze che questo comporta. In termini generali, nel caso, per esempio di interpretazione errata del diritto dell'Unione, non ci dovrebbero essere particolari problemi. Cfr. BERGERÉS, *La responsabilité d'un État membre pour la violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême*, cit., p. 1496.

<sup>178</sup> A tal proposito, si fa tradizionalmente riferimento alle servitù relative a questioni urbanistiche o a danni conseguenti ad operazioni militari (casi solitamente regolati da legislazioni speciali).

<sup>179</sup> CE, 20 settembre 1944, *Dame Veuve Batisse*, Rec. 253. Il giudice amministrativo ha non di rado previsto anche il risarcimento in forma specifica. Per cui, secondo una giurisprudenza costante pervenuta fino ai giorni nostri, l'amministrazione può scegliere se risarcire il soggetto danneggiato attraverso la liquidazione di una somma in denaro o evitare il pagamento tramite prestazioni al fine di riportare il bene danneggiato al suo stato iniziale CE 10 marzo 1905, *Berry et Chevallad c/Commun de Poilly-sur-Tholon*, S. 1907, 3, p. 65, nota HAURIOU; CE, Sect. 7 febbraio 1930, *Boutoux et association syndicale du canal de Saint-Tropez*, Rec. 153; CE, 10 febbraio 1937, *Commune de Bagnères-de-Bigorre*, Rec. 183; CE, 9 febbraio 1940, *Sieur Monier*, Rec. 54; CE, 5 marzo 1952, *Commune de Louey*, Rec. 149; CE, 19 ottobre 1966, *Commune de Clermont*, Rec. 551; CE, 21 gennaio 1976, *Commune de Margon*, Rec. T. 1166; CAA di Bordeaux, 10 febbraio 1994, *Syndicat intercommunal à vocation multiple du Conflent*, Rec. 614.

<sup>180</sup> Ricordiamo, a tal proposito, che la legge 24 marzo 2001, n. 89, in tema di ri-

fermata sulla sua dubbia legittimità costituzionale, nella parte in cui esclude la risarcibilità dei danni non patrimoniali quando non vi sia privazione della libertà personale<sup>181</sup>.

Ovviamente è onere del privato dimostrare in giudizio il *quantum* del danno, provando l'effettiva perdita patrimoniale subita o, eventualmente, il mancato guadagno. Il risarcimento deve essere commisurato al danno subito, e a tal proposito trova applicazione l'art. 1223 c.c., ai sensi del quale il risarcimento «deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta». Dovranno pertanto essere risarciti sia il danno emergente, costituito dalle spese inutilmente sopportate, sia il lucro cessante, cui si applica l'art. 2056, 2 comma c.c., che prevede la valutazione del giudice «con equo apprezzamento delle circostanze del caso»<sup>182</sup>.

La scarsità di pronunce non permette di soffermarsi sul danno risarcibile ex l. 117/88. Decisamente più stimolante è la riflessione relativa ai danni da errore giudiziario, ingiusta detenzione e irragionevole durata del processo; a tal proposito, il contributo è stato decisamente più ingente, a ulteriore dimostrazione della maggiore vitalità di detti strumenti di tutela<sup>183</sup>.

parazione per violazione del termine ragionevole di durata del processo riconosce il diritto al completo ristoro dei danni non patrimoniali.

<sup>181</sup> Sent. Cass., Sezioni Unite, 11 novembre 2008, n. 26972: «sia perché in tal caso il risarcimento costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a limiti specifici, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi, sia perché il rinvio ai casi in cui la legge consente il risarcimento del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti la persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di risarcimento del danno non patrimoniale».

<sup>182</sup> Come precedentemente accennato, la Corte di giustizia si è pronunciata in termini netti a proposito del lucro cessante in relazione alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile alla funzione legislativa. Tale valutazione equitativa del giudice non riguarda ovviamente la prova dell'esistenza del pregiudizio patrimoniale, il cui onere permane a carico della parte interessata, «ma solo l'entità del pregiudizio stesso, in considerazione dell'impossibilità – o, quanto meno, della grande difficoltà – di dimostrare la misura del danno», cit. da R. CARRANTA, *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 183. Non vi sono invece pronunce relative all'attività giudiziaria, oltre alle ben note sentenze Köbler e Traghetti, che non riguardano tale elemento.

<sup>183</sup> Le questioni più sensibili, quali la natura, l'estensione, la prova e la valutazione del danno, così come gli argomenti della tesi indennitaria e risarcitoria, sono trattate in G. GIUSTI, in AA.Vv., *Gli errori giudiziari, La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, Utet,

La riflessioni comparatistiche si riducono ad alcune battute, in considerazione del fatto che, sul punto, le soluzioni adottate nei rispettivi ordinamenti sono sostanzialmente analoghe. Le differenze attengono, soprattutto, alle conseguenze giuridiche della diversa collocazione dei diversi danni da processo. Infatti, mentre in Italia, a seconda che si applichi la l. 117/88 o la disciplina sulla riparazione da ingiusta detenzione, vi sono sostanziali differenze nella quantificazione e nella riparazione dei danni, in Spagna tale differenza scompare. Infatti, i danni da ingiusta detenzione in Spagna sono riparati secondo le regole di diritto comune, rispondenti ad uno schema tipicamente risarcitorio, mentre in Italia l'impostazione continua ad essere di natura indennitaria<sup>184</sup>. Una questione a cui facciamo solo un accenno riguarda l'interessante questione della quantificazione del danno da irragionevole durata del processo, sia perché questa è parte

Torino, 2008, (pp. 1659-1683). In dottrina è stato efficacemente posto l'accento sull'idoneità degli atti che incidono sulla libertà personale a determinare un danno non patrimoniale alla reputazione del destinatario del provvedimento; l'art.2.1 della l. n.117/88 prevede espressamente che per i danni derivanti da privazione della libertà personale l'azione contro lo Stato possa mirare ad ottenere anche il risarcimento dei danni non patrimoniali, ma è evidente come si tratti del solo rimedio per equivalente, essendo ben difficile la reintegrazione in forma specifica della reputazione offesa da un ingiusto provvedimento di carcerazione.

La giurisprudenza ha chiarito che l'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge esprime una condizione non concreta ma astratta; ciò significa che, per configurarsi responsabilità del magistrato, il provvedimento non deve basarsi sui presupposti fissati in via astratta dal legislatore per l'emissione dello stesso, rientrando altrimenti nell'attività interpretativa la valutazione degli atti processuali che, in merito all'esistenza di quei presupposti, il magistrato abbia dato (Cass. 11.3.1997, n. 2186, CED Cass. RV.502964).

<sup>184</sup> Di conseguenza, in Spagna vige anche in questo caso il principio di riparazione integrale di tutte le voci di danno, così come si applicano tutte le regole di diritto comune relative agli interessi, alle successioni, ecc. In Italia, invece, è stabilito un tetto massimo di indennizzo che, peraltro, secondo l'impostazione tradizionale è valutato aritmeticamente, in proporzione rispetto ai giorni di detenzione. Inoltre, indennizzo e risarcimento sono regolati diversamente per quanto riguarda la trasmissione in via successoria: il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione non si trasmette in via successoria (artt. 643-647 c.p.p.), mentre si può trasmettere il diritto al risarcimento ex l. 117/88. Per una disamina del caso spagnolo, cfr., fra gli altri, P. SARDINA CÁMARA, *La responsabilidad patrimonial por prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 30, 2012, (pp. 1-31). In realtà, le differenze per quanto riguarda la quantificazione del danno tendono a scomparire perché gli orientamenti giurisprudenziali tendono a convergere, poiché il criterio aritmetico in Italia è utilizzato in termini sempre meno rigidi, mentre in Spagna non è affatto sconosciuto, anche se in generale il criterio della proporzionalità è sostituito con quello della progressività. Cfr. J.L. MANZANARES SEMANIEGO, *Dos apuntes sobre la indemnización en la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, in *Diario La Ley*, 7797, 2012, (pp. 1-12), pp. 4-5.

integrante della responsabilità per fatto del giudice in diritto spagnolo, sia perché è caratterizzata da un criterio tabellare che solleva rilevanti quesiti anche in relazione al tema in questione. Tra l'altro, anche nei sistemi, quale quello italiano, che lo prevedono come uno strumento di natura indennitaria, la quantificazione dei danni risponde, secondo parte della dottrina, a criteri prettamente risarcitori. Il tema non rientra nell'oggetto del presente studio, ma vi facciamo riferimento perché costituisce, in ogni caso, una delle nuove frontiere di indagine da parte degli studiosi dei danni derivanti da attività giudiziaria.

Dedichiamo poche battute al raffronto con la giurisprudenza europea, sia perché la scarsità di pronunce della Corte di giustizia non permette un'indagine approfondita su questo punto, sia perché l'impostazione adottata a livello nazionale ed europeo sembra essere comune<sup>185</sup>.

Sotto questo profilo, la giurisprudenza europea impone dei limiti tendenzialmente elastici, stabilendo che il risarcimento debba essere adeguato al danno subito, così da garantire una tutela effettiva dei diritti dei cittadini europei<sup>186</sup>. Anche in questo caso, dunque, il limite imposto dal diritto europeo opera tramite un giudizio caso per caso da parte della Corte di giustizia, in relazione alla compatibilità delle soluzioni nazionali rispetto al principio di effettività. Finora il giudice europeo non ha avuto modo di esprimersi su una questione di questo genere. Non vi è dubbio che il danno, così come il nesso di causalità, non costituisce il principale elemento di conflitto fra ordinamenti nazionali e giurisprudenza europea. Altro discorso riguarda il fatto che la quantificazione dei danni operata dai giudici nazionali in non pochi casi ha condotto a risarcimenti dall'entità assai modesta. Non è possibile svolgere una riflessione in termini generali, ma al contempo è agevole notare come i giudici nazionali siano sempre piuttosto prudenti nel valutare l'entità del danno connesso alla violazione del diritto europeo, probabilmente per questioni «politiche», ovvero per non ampliare indefinitamente i confini del dovere risarcitorio, con conseguenze potenzialmente molto gravi per le casse dello Stato.

<sup>185</sup> A tal proposito, v. la sezione del Capitolo II dedicato alla quantificazione del danno risarcibile.

<sup>186</sup> Sentenza *Brasserie du Pêcheur*, par. 82. In secondo luogo, la libertà del giudice è limitata da un criterio specifico: al momento di fissare il *quantum* dell'indennizzo potrà considerare il comportamento del soggetto danneggiato. Si tratta del principio espresso al par. 84, ai sensi del quale «per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione».

#### 2.4. Il nesso di causalità

Fra gli elementi di diritto sostanziale, il nesso di causalità assume, nell'ambito dei diversi sistemi, uno spazio ed una rilevanza variabili. In questo caso è particolarmente evidente la variabile connessione della responsabilità connessa all'attività giudiziaria rispetto ai regimi di responsabilità amministrativa. D'altra parte, a seconda dell'impostazione soggettivizzata o oggettivizzata del sistema, la prova del nesso di causalità tende ad assumere una portata estremamente variabile. Di conseguenza, benché la dottrina sia solita riservare maggiore attenzione agli altri presupposti della responsabilità per fatto del giudice e per violazione del diritto europeo, la questione del nesso di causalità merita un approfondimento, soprattutto in relazione ai sistemi oggettivizzati.

In secondo luogo, ricordiamo che il nesso di causalità costituisce autonomo presupposto elaborato dalla Corte di giustizia. Dunque, le annotazioni di natura comparatistica riguardano perlopiù la diversa importanza che tale elemento riveste nell'ambito dei rispettivi sistemi. Per quanto riguarda gli elementi di resistenza rispetto alla giurisprudenza europea, si tratta, per ora, di un aspetto che non ha presentato particolari problemi<sup>187</sup>.

In un regime di responsabilità oggettiva quale quello spagnolo, il nesso di causalità costituisce elemento cruciale, in quanto vi rientrano elementi che nei sistemi soggettivisti sono assorbiti dall'elemento soggettivo. Di conseguenza, è uno degli elementi su cui si concentra l'onere della prova e che permette di riprendere implicitamente l'esame di altri elementi che in principio dovrebbero essere trattati indipendentemente, quali il funzionamento normale o anomalo dell'amministrazione, i problemi di imputazione e la sussistenza o meno di un caso fortuito. Al di là delle forzature che hanno interessato l'applicazione di tale nesso, non c'è dubbio che l'analisi della relazione causale spesso chiarisca oggettivamente anche altre questioni che concorrono in tema di responsabilità.

Per quanto riguarda il caso spagnolo, secondo una giurisprudenza consolidata, la possibilità di individuare la responsabilità amministrativa si fonda, al di là della natura attiva o omissiva della condotta, sull'esistenza di una causalità indiretta o «*adecuada*»<sup>188</sup>. Il nesso di causalità può essere interrotto nelle ipotesi di caso fortuito e forza maggiore che, a differenza di altri ordinamenti, non trovano una netta distinzione nella giurisprudenza né civile, né amministrativa<sup>189</sup>. La giu-

<sup>187</sup> Cfr. SMITH e WOODS, *Causation in Francovich: The Neglected Problem*, cit.

<sup>188</sup> A tal proposito, v. STS del 28 ottobre 1998, Ar. 8420.

<sup>189</sup> Il *código civil*, art. 1105, si limita a stabilire: «*Fuera de los casos expresamente*

risdizione civile li utilizza indistintamente, poiché le conseguenze giuridiche sono le medesime, in conseguenza del fatto che la prevedibilità del danno e, in tal caso, la sua evitabilità, costituiscono un elemento fondamentale dai contenuti giuridici unitariamente definiti. Nel sistema amministrativo, invece, la distinzione diventa decisiva, poiché solo la forza maggiore è causa di esclusione della responsabilità<sup>190</sup>. In definitiva, la sussistenza di una causa di forza maggiore nella produzione del danno esclude la responsabilità amministrativa; ciononostante, tanto il suo apprezzamento, quanto le sue conseguenze, sono caratterizzati da una certa vaghezza<sup>191</sup>. Malgrado la sussistenza di tali elementi di ambiguità circa il concetto di forza maggiore e la mancanza di una precisa linea di confine con quello di caso fortuito, la giurisprudenza già da diversi anni ha adottato un orientamento secondo il quale, in un caso di forza maggiore concorrente con un funzionamento anomalo dei servizi pubblici, è possibile condannare il soggetto pubblico al risarcimento del danno, ma operando una diminuzione del *quantum* del risarcimento in proporzione al grado di intensità della prima<sup>192</sup>.

In tema di rottura del nesso causale, bisogna ancora fare riferi-

*mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables».*

<sup>190</sup> In realtà la giurisprudenza contenzioso-amministrativa (così come quella «*de lo social*»), a differenza di quella civile (che talvolta distingue i due concetti nel senso che rientrano nel caso fortuito i danni imprevedibili ma evitabili, e nella forza maggiore i danni evitabili), distingue i danni provenienti da fattori esterni alla sfera di azione dell'amministrazione (forza maggiore) rispetto ai danni provenienti dall'interno, che costituiscono ipotesi di caso fortuito.

<sup>191</sup> A dimostrazione dell'impossibilità di pervenire ad un concetto definito di forza maggiore, apportiamo i seguenti esempi. Il *Consejo de Estado* definisce la forza maggiore come «*causa extraña al objeto dañado, excepcional e imprevisible o que de haberse podido prever fuera inevitable*». D'altra parte, nella STS del 3 novembre 1998, è definita come «*acontecimiento que por su propia naturaleza excede del concepto de diligencia, debido a que todo esmero hubiera sido irrelevante para evitarlo, a diferencia de lo que acontece con el caso fortuito*». Inoltre, la STS dell'11 maggio 1999 afferma che «*tanto fuerza mayor como caso fortuito exigen inevitable e imprevisible, la diferencia está en la externidad de la fuerza mayor*».

<sup>192</sup> Questo orientamento è stato oggetto di aspre critiche perché, nel caso in cui venisse provata l'inevitabilità del danno anche a fronte di un funzionamento normale, risulterebbe illogico che l'amministrazione, in caso di funzionamento anomalo, sia tenuta a risarcire il danno. Ovviamente, tale ragionamento andrebbe corretto nel momento in cui si dimostri che il funzionamento anomalo abbia contribuito ad aggravare l'entità dei danni conseguenti all'evento causato dalla forza maggiore. Stessa soluzione può essere attuata nel caso in cui il danno derivi anche dal comportamento di un terzo soggetto privato. A tale ipotesi abbiamo fatto riferimento nella sezione dedicata al legittimato passivo.



mento al caso in cui il danno sia totalmente o parzialmente attribuibile alla condotta dello stesso soggetto danneggiato. Una tale ipotesi è disciplinata dall'art. 295 della LOPJ, ai sensi del quale «*en ningún caso habrá lugar a indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado*». In questo modo, i giudici possono limitare il risarcimento del danno, a seguito di una valutazione circa la compensazione dell'illiceità della condotta dell'amministrazione con l'imputabilità del danno al comportamento del soggetto che ha esercitato l'azione di risarcimento<sup>193</sup>.

La LOPJ non si esprime in alcun modo circa l'interruzione del nesso causale per forza maggiore o colpa del soggetto danneggiato. Tuttavia, il caso fortuito e la forza maggiore possono essere estremamente importanti nell'ipotesi di ritardo derivante dal sovraccarico di lavoro. La dottrina è infatti tendenzialmente concorde nel ritenere che tale situazione possa giungere ad escludere la responsabilità<sup>194</sup>. In questo caso, tuttavia, è necessario distinguere fra la responsabilità dello Stato e la responsabilità personale del giudice. Il sovraccarico di lavoro può essere, infatti, una causa di esonero dalla responsabilità personale, nel senso che esclude la negligenza<sup>195</sup>, non potendo richiedere che il giudice lavori più di quanto dovuto. Talvolta, il sovraccarico di lavoro ha riguardato anche ipotesi di vero e proprio errore da parte del giudice e non di irragionevole durata del processo<sup>196</sup>. Tuttavia, una

<sup>193</sup> Ovviamente, nel caso in cui il danno sia imputabile interamente alla condotta del soggetto danneggiato, il giudice potrà giungere anche a negare qualsiasi forma di risarcimento. SSTS del 12 maggio 1982 e del 28 gennaio 1993. A proposito della c.d. «*compensación de culpas*», v. SIERRA GIL DE LA CUESTA, *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, cit., pp. 446-470. Sotto questo profilo, anche in tempi non lontani sono state emesse diverse sentenze. In particolare, si ricorda la STS del 20 dicembre 2006 (RJ 2007, 38) che condannò un giudice di primo grado per aver consentito l'estinzione di un avallo bancario senza sentire il creditore. In questo caso il TS valutò che la condotta di quest'ultimo non costituiva un'interruzione del nesso causale, poiché il soggetto danneggiato non era tenuto a ricorrere la costituzione temporale dell'avallo, né richiederne una proroga, in quanto il termine per farlo non era ancora scaduto. La questione si è riproposta in STS, de 22.3.2010 (Rec: 7/2009).

<sup>194</sup> Cfr. J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1987, p. 67.

<sup>195</sup> Non è escluso, comunque, che il sovraccarico di lavoro sia comunque imputabile alla negligenza del giudice, il che non escluderebbe *tout court* anche la responsabilità personale. Cfr. E. PEDRAZ PENALVA, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, in *Poder Judicial*, 43-44, 1996, (pp. 225-250), p. 247.

<sup>196</sup> V. la STS de 10 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3046), in cui il giudice considerò che il fatto che un giudice avesse indebitamente cancellato un'ipoteca era dovuto alla pressione derivante dal dover seguire due processi alla volta, a seguito del pensionamento di un collega.

situazione di questo genere senz'altro non impedisce che il cittadino ottenga il risarcimento per malfunzionamento dell'amministrazione della giustizia<sup>197</sup>.

In Francia, a proposito del criterio utilizzato dai giudici amministrativi per la valutazione sulla sussistenza del nesso di causalità, è in corso un acceso dibattito dottrinale. Risulta del tutto chiaro che i pubblici poteri possono essere dichiarati responsabili solo dei danni che sono loro direttamente imputabili, il che significa che fra condotta e danno deve sussistere un nesso di causalità immediato<sup>198</sup>. In mancanza di una chiara presa di posizione da parte del CDE, gli autori si sono divisi fra coloro che, rispettivamente, considerano che il giudice applichi la teoria della causalità adeguata e chi sostiene che trovi applicazione il principio dell'equivalenza delle condizioni<sup>199</sup>. Per cui, in termini del tutto generali, è possibile affermare che attualmente la giurisdizione amministrativa considera sussistente un nesso di causalità diretto fra attività e danno quando il secondo appaia, oggettivamente, come «*la conséquence normale du fait incriminé*»<sup>200</sup>.

Talvolta il danno non è interamente imputabile alla condotta dell'amministrazione, ma anche ad una causa esterna che può essere, secondo i casi, totalmente o parzialmente esoneratoria. Il diritto amministrativo francese ammette la forza maggiore come causa di esonero o attenuazione della responsabilità pubblica, nella misura in cui sia costituita da un evento esterno alle parti, imprevedibile (ovvero che non poteva essere ragionevolmente previsto) e irresistibile (nel senso che non era possibile impedire la produzione del danno)<sup>201</sup>. Di principio, la responsabilità pubblica è esclusa nei casi di forza mag-

<sup>197</sup> La STS (*Sala de lo Contencioso-Administrativo*), de 25 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 7881) accolse l'azione di risarcimento contro lo Stato per irragionevole durata del processo e perché il procedimento di *embargo* non era stato eseguito con la dovuta diligenza, il che aveva permesso al soggetto debitore di alienare tutti i suoi beni.

<sup>198</sup> Cfr. R. ODENT, *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2007, p. 1502.

<sup>199</sup> Fra i primi si ricordano P. VIALLE, *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, in *Revue de droit public et de sciences politiques*, 1974, (pp. 1243-1268). Aderisce invece alla seconda tesi KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, cit., p. 305.

<sup>200</sup> CE, 18 febbraio 1927, *Régie départementale des voies ferrés*, p. 226, S. 1928.III.66, concl. René Mayer; 9 aprile 1943, *Ville d'Alger*; Sect., 14 ottobre 1966, *Marais*, p. 548, D. 1966.636, concl. Galmot. Tuttavia, l'apprezzamento non è certo meccanico, e può essere svolto con ampi margini di libertà; d'altra parte, spesso il nesso di causalità risulta evidente ed intuitivo, per cui il problema non si pone.

<sup>201</sup> CE, 27 luglio 1988, *Compagnie marseillaise de Madagascar*, RDP, 1989, 546; CE, *Territoire de la Nouvelle-Calédonie*, RDP 1989, 546.

giore, ma può essere solamente attenuata nel caso in cui il soggetto pubblico abbia aggravato le conseguenze della forza maggiore.

La forza maggiore non deve essere confusa con il caso fortuito, che costituisce un fatto imprevedibile, ma comunque collegato al funzionamento del servizio, di modo che manca il carattere di exteriorità che contribuisce a definire la prima<sup>202</sup>. Le conseguenze giuridiche sono, peraltro, diverse, perché il caso fortuito attenua la responsabilità amministrativa, ma non la esclude totalmente<sup>203</sup>. Inoltre, il caso fortuito è influente nell'ipotesi di responsabilità senza colpa<sup>204</sup>.

Ovviamente, anche in Francia il giudice può valutare se la vittima abbia concorso alla produzione del danno e, in tal caso, diminuire la somma dovuta a titolo di risarcimento<sup>205</sup>. Il fatto del terzo, in diritto amministrativo francese, costituisce una causa di esonero o attenuazione della responsabilità, a seconda che tale fatto sia la causa unica del danno o che abbia contribuito alla sua realizzazione. Nell'ipotesi in cui il fatto del terzo abbia contribuito alla produzione del danno, l'amministrazione è tenuta a risarcire solo la parte del danno ad essa imputabile, e in questo caso il sistema della responsabilità *in solidum* non è pertanto ammissibile<sup>206</sup>. Non presuppone necessariamente una condotta colpevole, anche se raramente il giudice ha ritenuto a tale titolo dei comportamenti non colpevoli<sup>207</sup>.

In Italia il nesso di causalità è disciplinato secondo i principi generali declinati tramite l'art. 2 della legge 117/88. Di conseguenza, l'azione è proponibile solo se è possibile ricollegare il danno con un nesso di causa ed effetto<sup>208</sup>. È necessario che i danni dipendano direttamente dalla condotta del magistrato, il che significa che essi non

<sup>202</sup> A proposito delle differenze fra caso fortuito e forza maggiore, v. M. HAURIU, *Note sous CE, 10 maggio 1912, Ambrosini, S. 1912.III.161*.

<sup>203</sup> La ragione è riconducibile al fatto che il caso fortuito non è estraneo al convenuto, per cui non influenza la causalità del danno.

<sup>204</sup> V. per es. CE, 28 novembre 1986, *Comm. Urbaine de Lille*, DA 1987, n. 50.

<sup>205</sup> A tal proposito, secondo una fortunata sistematizzazione, «*la faute de la victime est donc susceptible d'entraîner trois conséquences: ou bien elle est considérée comme totalement exonératoire lorsqu'elle apparaît comme la cause génératrice et unique du dommage; ou bien, quand elle se combine avec une autre cause, elle aboutit à un partage de responsabilité, l'État ne devant au particulier qu'une indemnisation partielle; ou bien, enfin, elle reste sans effet sur le montant du droit à réparation dans les hypothèses où elle n'a joué aucun rôle causal dans la production du dommage*». Cit da J. MOREAU, *L'influence de la situation de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J., Paris, 1957, p. 229.

<sup>206</sup> V. G. DEVEL e P. DELVOLVÉ, *Droit administratif, t. 1*, PUF, Thémis, 1997, p. 612.

<sup>207</sup> A tal proposito, v. C.A. COLLIARD, *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Dalloz, Paris, 1938, p. 146 e ss.

<sup>208</sup> Cass. Civ., Sez. I, 7 febbraio 1996, n. 991.

devono essere preesistenti e che in mancanza di tale condotta non si sarebbero prodotti secondo le medesime modalità. È comunque possibile addebitare al magistrato gli aggravamenti sopravvenuti per effetto della condanna, anche se questa non costituisce causa esclusiva<sup>209</sup>.

Non vi sono particolarità rispetto ai principi generali neanche per quanto riguarda il concorso del fatto colposo del danneggiato. In questo caso il risarcimento sarà diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate, e comunque non è dovuto per i danni che il soggetto danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza (art. 1227 e 2056 c.c.).

Come anticipato all'inizio della sezione, rispetto al nesso di causalità, la prospettiva comparatistica sortisce conseguenze soprattutto per quanto riguarda lo sfalsamento fra ordinamenti, a seconda dell'impostazione adottata in seno ai sistemi di responsabilità pubblica. Anche sotto il profilo della compatibilità con il diritto dell'Unione, il fatto che il nesso di causalità costituisca autonomo presupposto elaborato dalla Corte di giustizia ai fini del risarcimento delle posizioni giuridiche violate non implica particolari problemi.

In conclusione, tale elemento deve essere valutato all'interno dei rispettivi ordinamenti ai fini della quantificazione dei danni risarcibili, ma non ha particolare trascendenza né sotto il profilo comparatistico né in relazione alla compatibilità fra livelli di produzione normativa.

Come vedremo fra breve, questo secondo problema risulta centrale, viceversa, nell'esame relativo alla disciplina processuale.

### 3. *La disciplina processuale*

La comparazione fra le diverse discipline di responsabilità per fatto del giudice non può prescindere dall'esame delle vie processuali necessarie per l'esercizio dell'azione di risarcimento.

Tale analisi risulta importante per due ordini di ragioni. In primo luogo perché mai come in questo caso l'effettività del rimedio di diritto interno è condizionata dalla disciplina processuale, nel senso che la presenza di filtri di natura procedurale limitano, ancor più che le condizioni di diritto sostanziale, la proliferazione delle azioni<sup>210</sup>. Si

<sup>209</sup> Cfr. AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, cit., p. 19.

<sup>210</sup> Sotto questo profilo, abbiamo più volte ricordato il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, in ordine al rispetto di principi quali la tutela giudiziale effettiva. Sul punto, oltre alla dottrina citata in precedenza, cfr. J.P. MARGUE-

pensi al già citato giudizio di ammissibilità della domanda previsto dalla disciplina italiana (art. 5 l. 117/88) o alla complessa procedura volta all'accertamento dell'*error judicial*. In secondo luogo, perché il raffronto con la giurisprudenza della Corte di giustizia, e in particolare con i principi di effettività ed equivalenza, analizzati nel Capitolo II, trova nella disciplina processuale, più che in quella sostanziale, i principali elementi di resistenza. Nel corso degli ultimi anni la Corte, pur non essendo competente nell'intervenire direttamente sulla disciplina processuale nazionale, si è più volte pronunciata a proposito della compatibilità di quest'ultimo rispetto ai principi di diritto europeo<sup>211</sup>.

Queste considerazioni introducono alla duplice prospettiva della disamina elaborata nella presente sezione. Da un lato, si svolgerà una riflessione di ordine comparatistico, in modo da evidenziare analogie e differenze fra i sistemi considerati. Dall'altro, l'analisi riguarderà in particolare il raffronto fra discipline nazionali e giurisprudenza europea sia sotto il profilo dell'individuazione delle vie processuali tramite le quali l'illecito comunitario trova applicazione, sia in relazione all'adeguatezza dei regimi nazionali nell'assicurare l'effettività del diritto dell'Unione.

D'altra parte, la struttura della presente sezione non deve indurre a considerare che vi sia una forma di parallelismo fra disciplina sostanziale e processuale in merito al raffronto con il diritto dell'Unione. Infatti, la giurisprudenza europea relativa agli elementi di diritto sostanziale si muove, come abbiamo visto, su un piano di reciproca compenetrazione fra livello europeo e nazionale che può condurre, e nei fatti spesso conduce, ad una disapplicazione della disciplina nazionale e ad una sua sostituzione con i presupposti elaborati dalla giurisprudenza europea. Nel caso del diritto processuale, invece,

NAUD, *La responsabilité des magistrats sous le regard de l'Europe: les apports de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour*, in S. GABORIAU e N. PAULIAT, *La responsabilité des magistrats*, Pulim, 2008, (pp. 109-123).

<sup>211</sup> Ci riferiamo alla giurisprudenza citata all'interno del Capitolo II. Secondo tale orientamento, la Corte si esprime di volta in volta a proposito della compatibilità della disciplina nazionale con il diritto dell'Unione, delegandone al contempo il giudizio alle corti nazionali. Secondo un consolidato orientamento del giudice europeo, le discipline processuali nazionali nel loro complesso non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività). Per il resto, vige il principio di autonomia processuale, in forza del quale le modalità e i meccanismi di tutela delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli dal diritto comunitario sono predisposti dagli ordinamenti interni.

trattandosi di un ambito del tutto delegato agli ordinamenti nazionali, l'opera della Corte di giustizia si risolve nella puntuale decisione circa singoli elementi del diritto nazionale rispetto allo standard costituito dai principi di equivalenza ed effettività; di conseguenza, non vi è un fenomeno di vera e propria sostituzione e permeazione fra livelli, ma piuttosto di disapplicazione della disciplina nazionale incompatibile. Per questa ragione, la giurisprudenza comunitaria appare particolarmente episodica, e il *distinguishing*, molto frequente, non permette una trattazione organica della materia<sup>212</sup>.

Prima di iniziare tale analisi premettiamo che, per quanto riguarda la disamina propriamente comparatistica, il nostro intento non è quello di offrire un'esposizione analitica delle singole discipline processuali nazionali. Tale raffronto sarebbe infatti un esercizio pletorico e per forza di cose approssimativo, in ragione della complessità delle rispettive discipline, e non farebbe che contribuire alla prolissità dell'analisi. La fase descrittiva sarà dunque ridotta a vantaggio di un approccio critico, che risulta peraltro necessario in quanto componente fondamentale del quadro fornito fin qui.

Vi è ancora un punto preliminare da affrontare, attinente al principio di equivalenza fra la disciplina nazionale di responsabilità per fatto del giudice e il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale. La presente trattazione presuppone che fra queste due fattispecie vi sia analogia, dal che deriva che alla seconda si applichi la disciplina propria della prima<sup>213</sup>. Tuttavia, in Italia autorevole dottrina, anche sulla scorta di alcune pronunce giurisdizionali, sostiene l'opinione opposta<sup>214</sup>. Ne consegue che la disciplina processuale dell'azione ex l. 117/88 risulterebbe inapplicabile alla responsabilità per violazione del diritto dell'Unione in forza delle diversità di fattispecie e, quindi, della mancanza dei presupposti di applicabilità della normativa in discorso<sup>215</sup>.

<sup>212</sup> D'altra parte, il fatto che sia episodica non vuole certo dire che sia poco abbondante. Al contrario, è assai frequente che la Corte di giustizia si soffermi su elementi nazionali di diritto processuale.

<sup>213</sup> Ovviamente, fatta salva la compatibilità con il principio di effettività.

<sup>214</sup> Nella già citata sentenza del 23 aprile 2008, il Tribunale di Genova, Sez. I, (pur avendo rigettato l'azione) ha deciso nel merito la domanda ex art. 2043, facendo esclusivo riferimento ai parametri individuati dalla giurisprudenza europea e non applicando la legge 117/88 relativa alla responsabilità civile del magistrato. Per quanto riguarda i contributi dottrinali, v., oltre a quelli citati in precedenza, F. LAJOLO DI COSSANO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 3-4, 2006, (pp. 759-790), p. 785 e ss.

<sup>215</sup> Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, cit., p. 419. Le ragioni atten-

Secondo questo orientamento, trattandosi di fattispecie concorrenti, in quanto fondate su livelli del diritto diversi, il raffronto ha una rilevanza limitata, poiché solamente la coerenza del sistema potrebbe suggerire che trovi applicazione una disciplina analoga, ma nulla più.

Viceversa, la presente trattazione svolge un raffronto fra regime processuale e giurisprudenza europea in linea con l'orientamento prevalente, secondo cui fra le diverse fattispecie vi è un rapporto di equivalenza. Di conseguenza, svolgeremo riflessioni critiche di raffronto fra regime processuale e giurisprudenza europea secondo tale impostazione. Tuttavia, nel prosieguo della trattazione non potremo che tenere conto della posizione opposta, quanto meno perché applicata nell'unica sentenza italiana di applicazione del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione riferibile all'attività giurisdizionale e comunque, nei fatti, del tutto rispettosa del principio di effettività del diritto dell'Unione.

### 3.1. *Natura dell'azione di responsabilità*

Una prima fondamentale questione riguarda la natura dell'azione esercitata dal soggetto danneggiato da un comportamento imputabile alla funzione giurisdizionale. Infatti, a seconda della sua collocazione, o meno, all'interno della categoria della responsabilità dei pubblici poteri, risulta variabile l'applicabilità dei rispettivi regimi. A tal proposito, la distinzione fondamentale riguarda il fatto che, mentre in Italia l'azione ha natura puramente giurisdizionale, in Francia e in Spagna l'azione sarà esercitata davanti al giudice solo a seguito del rigetto di un reclamo di natura amministrativa. Tale diversità di impostazione risulta rilevante anche perché l'esame di ogni elemento processuale nella prospettiva dell'effettività del diritto europeo deve tenere conto del contesto in cui questo si colloca. La necessità del previo ricorso amministrativo costituisce dunque elemento da tenere in considerazione nel giudizio relativo ai termini per l'esercizio dell'azione, al potenziale conflitto della disciplina processuale nel suo complesso, al rapporto rispetto all'annullamento dell'atto amministrativo, ecc.<sup>216</sup>. Inoltre, tale passaggio intermedio colloca la respon-

gono al fatto che l'impostazione adottata in Francia e in Spagna è più prossima al paradigma comunitario rispetto a quella che caratterizza il caso italiano. Infatti, come noto, nei primi due casi la disciplina riguarda una responsabilità dello Stato, con esercizio di rivalsa meramente eventuale nei confronti del magistrato responsabile. In Italia, invece, i presupposti della responsabilità dello Stato e del magistrato sono gli stessi, e la rivalsa ha natura automatica e necessaria.

<sup>216</sup> La questione è stata oggetto della sentenza *Danske Slagterier*, commentata in

sabilità per fatto del giudice all'interno della responsabilità dei pubblici poteri, il che produce conseguenze evidenti in merito ad un'applicazione per analogia della seconda rispetto alla prima che tendenzialmente nel caso italiano non si verifica.

Come noto, in Spagna l'azione giurisdizionale per l'ottenimento del risarcimento del danno imputabile all'amministrazione deve essere necessariamente preceduto da un reclamo di natura amministrativa, secondo le regole specifiche applicabili allo stesso. Qualora il danno sia imputabile all'amministrazione della giustizia, è necessario rivolgersi al Ministero della giustizia secondo le norme specificamente dettate per le relative ipotesi<sup>217</sup>. L'azione giurisdizionale viene esercitata solo qualora tale reclamo sia stato rigettato o abbia comunque avuto un esito non soddisfacente per il danneggiato. Come vedremo nella prossima sezione, il reclamo amministrativo è il passaggio in cui avviene la biforcazione della disciplina processuale spagnola, a seconda che si tratti di responsabilità dello Stato per *error judicial* o per *funcionamiento anormal de la administración de justicia*<sup>218</sup>.

Per quanto riguarda l'ordinamento francese, segnaliamo due caratteri distintivi del sistema di diritto processuale. Ci riferiamo, in primo luogo, al fatto che la disciplina amministrativistica nazionale prevede che un soggetto danneggiato in conseguenza di un atto ille-

L. BAIKATI, *A proposito del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario: la sentenza della Corte di giustizia CE Danske Slagterier c. Repubblica federale di Germania*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2, 2009, (pp. 1030-1044).

<sup>217</sup> Art. 142 Legge 30/1992, del 26 novembre, *Régimen jurídico General de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*; art. 4, 5, 6 del *Real Decreto 429/1993*, de 26 marzo, di approvazione del *Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial*.

<sup>218</sup> Nel caso dell'errore, è necessaria una previa dichiarazione giurisdizionale dell'errore (di competenza del *Tribunal Supremo*), così come previsto dall'art. 293.1 della LOPJ. Nel secondo caso, invece, il soggetto che si presume danneggiato dovrà intraprendere direttamente la via amministrativa secondo quanto disposto nell'art. 292 della LOPJ, rivolgendosi al Ministero della giustizia. V. *SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 17 de febrero de 1999 (RJ 1999/2234, recurso de casación 1628/1991) e de 18 de abril de 2000 (Rec. 1311/1996)*. Per quanto riguarda la violazione del diritto dell'Unione, come noto, dopo una fase di relativa incertezza, è ormai opinione comune che debba trovare applicazione la disciplina relativa all'*error judicial*. Sarà dunque necessario ottenere una pronuncia da parte del *Tribunal Supremo* in merito alla sussistenza dell'errore, per poi esercitare l'azione amministrativa, secondo quanto stabilito nell'art. 293.2 della LOPJ. Cfr. D. ORDÓÑEZ SOLÍS, *La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2048, 2007, (pp. 3995-4030), p. 4025.



cito dell'amministrazione possa esercitare un'azione di responsabilità senza aver preventivamente richiesto l'annullamento dell'atto. D'altra parte, però, il soggetto che si presume danneggiato è obbligato a proporre ricorso all'amministrazione prima di adire l'autorità giurisdizionale<sup>219</sup>. In altri termini, solo nel caso di rigetto di quest'ultimo, il cittadino può rivolgersi al giudice competente che, ai sensi degli artt. L.311-1 e R-312-14-3 del codice di giustizia amministrativa, è il giudice del luogo di residenza del soggetto medesimo.

La disciplina italiana si differenzia rispetto alle precedenti poiché, come noto, non è necessario il previo esperimento della via amministrativa. Come vedremo meglio nella prossima sezione, vigono le norme ordinarie del processo civile, salve le disposizioni di cui alla stessa legge 117/88 relative al giudizio preliminare di ammissibilità. Ciò comporta che la comparazione rispetto agli altri sistemi risente di un mancato parallelismo, che influisce necessariamente anche sul giudizio circa il rispetto del principio di effettività.

Queste considerazioni introducono una prima differenza sostanziale fra i diversi sistemi, che produce conseguenze di rilievo in merito agli altri elementi di diritto processuale. Pur non essendovi, di per sé, un'incompatibilità a priori rispetto al principio di effettività, queste impostazioni di fondo devono comunque orientare il giudizio, qualora si svolga una riflessione in questa chiave, anche perché segna un evidente sfalsamento. Ad esempio, la duplicazione dei termini per l'esercizio dell'azione fa sì che il raffronto rispetto ai sistemi, quale quello italiano, che non richiedono il previo ricorso amministrativo, non possa essere svolto solo su base aritmetica, ma che debba tenere conto dell'impostazione generale<sup>220</sup>. Allo stesso tempo, ci si può domandare se l'esistenza del ricorso amministrativo semplifichi, di per sé, il tragitto che il danneggiato deve compiere per ottenere il risarcimento, o se non faccia che complicare ulteriormente il già tortuoso percorso rimediale. Questi spunti, finora solo accennati in termini generali, saranno sviluppati nel corso delle prossime sezioni.

<sup>219</sup> Si tratta di una regola di formazione giurisprudenziale, a partire dalla sentenza CE, 13 dicembre 1889, *Cadot c/ Ville de Marseille*, Rec. 1148. A tal proposito, v. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 477.

<sup>220</sup> In realtà il criterio meramente aritmetico non è mai soddisfacente. Al contrario la dottrina, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia, insiste particolarmente sulla necessità di considerare le singole disposizioni nel contesto del sistema complessivo e nella prospettiva della funzione che sono chiamate a svolgere.

### 3.2. *Il diritto processuale fra autonomia degli Stati membri e principi di effettività ed equivalenza*

La disamina degli elementi di diritto processuale intende dare conto dei tratti essenziali delle rispettive discipline, in modo da sottolinearne criticamente le problematicità, soprattutto in relazione alla compatibilità con il diritto dell'Unione. Anche sotto questo profilo il panorama è eterogeneo, in quanto vi sono sistemi, quale quello italiano, in cui trovano applicazione le regole di diritto comune, mentre la maggior parte dei sistemi applica la disciplina di diritto processuale amministrativo. Anche fra Francia e Spagna, che appartengono a questo secondo gruppo, vi è una fondamentale divergenza, consistente nell'unitarietà della disciplina processuale che caratterizza l'esperienza francese, a fronte della bipartizione tipica del sistema spagnolo.

Nel corso del capitolo faremo riferimento ai temi della legittimazione attiva e passiva della competenza che, di per sé, rientrano completamente nell'ambito di autonomia degli Stati membri. Sottolineiamo, in particolare, che il diritto dell'Unione si disinteressa della disciplina per l'individuazione del soggetto passivo. Infatti, le istituzioni europee pretendono che un soggetto danneggiato da una violazione del diritto dell'Unione ottenga un risarcimento commisurato al danno subito; tuttavia, nel momento in cui tale obiettivo venga raggiunto, è del tutto indifferente quale organo sia stato in ultima analisi condannato al risarcimento<sup>221</sup>. Il tema è pertanto interamente devoluto agli ordinamenti nazionali e in particolare all'opera dei giudici. Passiamo di seguito a soffermarci sulle singole esperienze.

<sup>221</sup> La questione è stata ampiamente trattata all'interno del Capitolo II. Ci torneremo nella sezione dedicata all'azione di rivalsa.

<sup>222</sup> Il processo è disciplinato dalle regole di diritto comune, e ne sarà parte sia il Pubblico Ministero sia l'Amministrazione dello Stato. Il giudice emetterà sentenza definitiva entro un termine di 15 giorni. Teoricamente è possibile agire anche senza sentenza di revisione, ma in questo caso il procedimento costituisce, secondo esplicita definizione della dottrina, «*un auténtico calvario judicial*», cit. da GONZÁLEZ PÉREZ, *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, cit., p. 159. La *revisión* è un mezzo straordinario di revisione delle sentenze definitive, può essere esperito solo nei casi tassativamente stabiliti dalla legge (Art. 510 LEC) ed è diretto a dimostrare che la causa è stata giudicata in modo ingiusto. Per maggiori dettagli, v., fra gli altri, T. ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 300-302.

<sup>223</sup> Quindi, il ricorso dovrà essere proposto entro il termine di un anno a partire dal giorno successivo alla notifica della sentenza che accerti la sussistenza dell'errore.

<sup>224</sup> Nel caso in cui il ricorso amministrativo davanti al Ministero della Giustizia

Come noto, in Spagna, la distinzione concettuale fra *error judicial* e *funcionamiento anormal de la Administración de Justicia* produce conseguenze soprattutto sotto il profilo rimediabile. Gli artt. 292-297 della *Ley Orgánica del Poder Judicial* delineano, dunque, un duplice sistema. Da un lato vi è l'«*error judicial*», disciplinato dagli artt. 292-293.1 della LOPJ, ai sensi del quale l'azione di responsabilità deve essere promossa a seguito di una sentenza che accerti tale errore, normalmente a seguito di un «*recurso de revisión*»<sup>222</sup>. A seguito di riconoscimento giudiziale dell'errore, il danneggiato potrà promuovere ricorso amministrativo per una richiesta di risarcimento al Ministero della Giustizia, nei termini stabiliti nell'art. 293.2 e 142.2 LRJPAC<sup>223</sup>. A seguito di una risoluzione, espressa o implicita (silenzio), del Ministero della Giustizia, sarà possibile ricorrere nuovamente davanti al giudice contenzioso-amministrativo<sup>224</sup>.

D'altra parte, la procedura relativa al *funcionamiento anormal de la administración de justicia* è più semplice, in quanto non richiede il previo passaggio che caratterizza l'*error judicial*. Per meglio dire, quest'ultimo sembra essere una sottocategoria del *funcionamiento anormal*, distinguendosi, all'interno di quest'ultimo, sia per i presupposti di natura sostanziale sia per la disciplina processuale<sup>225</sup>.

Nel caso spagnolo, l'art. 292.1 LOPJ stabilisce che il legittimato attivo è colui che ha sofferto il danno, che deve essere qualificato come «*efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas*» (artt. 292.2 LOPJ e ART. 139.3 LRJPA)<sup>226</sup>. A tal proposito, la questione fondamentale riguarda la possibilità che siano legittimati attivi anche soggetti che non sono stati parte nel processo principale. La dottrina è divisa fra chi accoglie un'interpretazione più restrittiva e chi invece tende a preferire un orientamento che attribuisce la legittimazione attiva anche ai soggetti

venga rigettato, sarà possibile impugnare tale risoluzione davanti alla Sala del Contenzioso-amministrativo della *Audiencia Nacional*. A loro volta, le sentenze della *Tribunal Supremo*, in quanto fondate su almeno uno dei motivi stabiliti nell'art. 88 della *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, e sempre che non si verificano le cause impeditive stabilite nell'art. 86 della stessa legge.

<sup>225</sup> Questa richiede che vi sia una sentenza che annulli una risoluzione per gravi difetti di natura processuale. Il procedimento è disciplinato nella LRJPAC. Per quanto riguarda lo specifico caso del *funcionamiento anormal* consistente nell'ingiusta detenzione, cfr. CALVO CORBELLA, *La responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia*, cit., pp. 739-743.

<sup>226</sup> D'altra parte, per quanto riguarda l'azione diretta, l'art. 412 della LOPJ stabilisce che «*la responsabilidad civil podrá exigirse a instancia de la parte perjudicada o de sus causahabientes en el juicio que corresponda*».

danneggiati che non hanno la qualità di parti, quali i periti, i testimoni o i terzi in generale<sup>227</sup>.

Ben pochi problemi presenta la questione del legittimato passivo, essendo responsabile d'ufficio il Ministero della Giustizia, con facoltà di rivalsa nei casi stabiliti dalla legge<sup>228</sup>. La questione del legittimato passivo riguarda anche le ipotesi, a cui facciamo solo un rapido cenno, dei giudici collegiali. Si tratta di una questione che non presenta particolari problemi né sotto il profilo dell'effetto utile del diritto dell'Unione né in prospettiva comparatistica, stante la scarsissima effettività, già di per sé, della responsabilità personale dei magistrati. D'altra parte, il secondo problema attiene ai casi in cui il danno derivi da un atto successivamente oggetto di ricorso, e non riformato dal giudice successivo. Per quanto riguarda il primo aspetto, il caso spagnolo risolve la questione in modo lineare. Ai sensi dell'art. 260 della LOPJ i magistrati che non sono d'accordo con una decisione adottata a maggioranza sono tenuti a formulare un voto individuale, in modo che l'attore sia sempre al corrente dei soggetti a cui il danno sia eventualmente imputabile<sup>229</sup>. Per quanto riguarda la seconda questione, la dottrina, sulla scorta di alcuni interventi giurisprudenziali, sostiene che siano legittimati passivi tutti i titolari degli organi giurisdizionali intervenuti<sup>230</sup>.

Ai sensi dell'art. 293.1.b) LOPJ, è competente a giudicare la Sala

<sup>227</sup> Cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ e J. VEGAS TORRES, *Curso de derecho procesal civil*, Ramós Areces, Madrid, 2012, p. 131. La giurisprudenza ha talvolta optato per l'orientamento più estensivo. Cfr. Sent., Sala 1° de 1 de febrero de 1988. Ar. 582. Cfr. V. HERNÁNDEZ MARTÍN, *El error judicial: procedimiento para su declaración e indemnización*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 186 e ss.

<sup>228</sup> Alcuni autori hanno aspramente criticato tale soluzione, sostenendo che il ricorso andrebbe diretto al *Consejo General del Poder Judicial*, perché il ricorso al Ministero presuppone che questo possa influire sulla condotta di un ordine che trova nell'indipendenza uno dei suoi tratti caratterizzanti; cfr. GODED MIRANDA, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit., p. 311; TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, cit., p. 95. Tale soluzione sarebbe del tutto ragionevole, soprattutto in considerazione del fatto che la personificazione dello Stato nell'amministrazione è da diverso tempo entrata in crisi, ma si scontra con il fatto che il *Consejo General del Poder Judicial* è un organo a tutt'oggi privo di finanze proprie.

<sup>229</sup> V. Stsj de Andalucía (Sala de lo Civil y Penal), (JUR 2008, 61878). La questione è trattata in: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Poder Judicial y Responsabilidad*, cit., pp. 63-65; L. PUIG FERRIOL, *Apuntes sobre responsabilidad civil de jueces y magistrados después de la vigencia de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero* in *Revista Xurídica Galega*, 30, 2001, (pp. 13-30), p. 24.

<sup>230</sup> Cfr. ATIENZA NAVARRO, *La responsabilidad civil del juez*, cit., p. 197, che fa riferimento alla precitata STSJ de Andalucía (JUR 2008, 61878).

del *Tribunal Supremo* corrispondente all'ordine giurisdizionale dell'organo cui l'errore è imputato. Dunque, tale giudice è competente a prescindere dalla natura della violazione e dall'atto che ha cagionato il danno; inoltre, è competente a giudicare dell'illecito di tutti i giudici spagnoli di qualsiasi grado. Qualora l'errore sia imputabile ad una Sala del *Tribunal Supremo*, è competente la *Sala Especial* dello stesso TS istituita dall'art. 61 della LOPJ.

Il tema delle vie processuali che il cittadino danneggiato da una violazione del diritto dell'Unione imputabile allo Stato deve percorrere per ottenere tutela è stato oggetto di intenso dibattito da parte della dottrina spagnola<sup>231</sup>. In tempi relativamente recenti, anche a seguito della presa di posizione dell'*Audiencia Nacional*<sup>232</sup>, è ormai pacifico che si applichi la disciplina processuale relativa all'*error judicial*. Tuttavia, la dottrina è sempre stata concorde nel ritenere tale procedura eccessivamente lunga e farraginosa<sup>233</sup>. Questa, infatti, si sviluppa, a seconda dei casi, in due o tre fasi: la prima, strettamente giurisdizionale, di fronte al *Tribunal Supremo*, volta ad ottenere una sentenza che dichiari l'esistenza di un errore giudiziario; la seconda, davanti al Ministero della giustizia per ottenere l'indennizzo fondato sulla previa dichiarazione di sussistenza dell'errore; infine la terza, davanti alla giurisdizione contenzioso-amministrativa, qualora il ricorso amministrativo non abbia sortito esiti soddisfacenti per il soggetto danneggiato. L'episodica giurisprudenza disponibile non ha fugato del tutto il dubbio circa il superamento da parte della disciplina processuale nazionale del c.d. test dell'effettività del diritto dell'Unione non tanto per quanto riguarda il rapporto fra *error judicial* e violazione manifesta del diritto<sup>234</sup>, ma soprattutto in relazione alla disciplina processuale. Sotto questo profilo, parte della dottrina ha suggerito che il

<sup>231</sup> Il tema è stato trattato sia da un punto di vista pubblico ordinamentale, sia in termini più marcatamente processualistici. Del tema si sono occupati non solo studiosi ed esperti, ma anche operatori del settore e avvocati. Per un contributo in chiave pratica, v. M.J. SILVA SÁNCHEZ, *¿Cómo podemos reclamar los derechos que nos reconoce una directiva comunitaria, o la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la falta de transposición?*, in *Economist & Jurist*, 30, 1998, (pp. 43-45).

<sup>232</sup> Mi riferisco alla già citata AN, *Sección Tercera, Sala de lo contencioso-administrativo, de 10 de febrero de 2001 (rec. 553/2007)*.

<sup>233</sup> Cfr. GUZMÁN FLUXÁ, *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit.; MONTERO AROCA, *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, cit.; TORNOS MAS, *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, cit.; L. DELGADO DEL RINCÓN, *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Consejos de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 443.

<sup>234</sup> Il tema è stato trattato nella precedente sezione.

*Tribunal Supremo*, in sede di dichiarazione della sussistenza dell'*error judicial*, possa anche stabilire il risarcimento corrispondente, evitando in questo modo al danneggiato di esperire la successiva azione amministrativa<sup>235</sup>. Tuttavia, ciò costituirebbe un sovvertimento *contra legem* del rimedio ordinario che, seppur in linea con l'orientamento della Corte di giustizia in tema di effettività del diritto dell'Unione, risulterebbe in palese contrasto rispetto ai rapporti legge-giurisprudenza. Soprattutto, implicherebbe una bipartizione che turberebbe la coerenza del sistema nel suo complesso.

Per quanto riguarda il caso francese, la disciplina processuale, nel silenzio dell'art. L.781-1 del *Code d'organisation judiciaire*, sembra essere quella ordinaria, salvo disposizioni eccezionali. Per quanto riguarda il giudice competente, è necessario considerare la natura del danno causato dalla violazione: secondo una celebre formula, «*la compétence suit le fond*», il che significa che, se alla controversia è applicabile il diritto privato, sarà competente il giudice ordinario, mentre se si tratta di una questione di diritto pubblico, sarà competente il giudice amministrativo<sup>236</sup>. Tendenzialmente, per quanto riguarda la responsabilità di diritto interno, sia per la responsabilità dello Stato ex art. L.781-1 del *Code d'organisation judiciaire* sia per la responsabilità civile dei magistrati ex art. 11-1 de l'*Ordonnance du 22 décembre 1958*, è competente la giurisdizione cui il danno è imputabile. D'altra parte, vige la distinzione fra esercizio della funzione giurisdizionale e organizzazione stessa del servizio pubblico della giustizia che amplia la competenza in capo al giudice amministrativo<sup>237</sup>.

<sup>235</sup> Cfr. COBREROS MENDAZONA, *El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009)*, cit., p. 228.

<sup>236</sup> Tale formula, in realtà non risolve tutte le questioni, perché spesso è difficile tracciare un linea di separazione certa fra i due campi di applicazione. Al fine di dirimere le incertezze, vengono abitualmente applicati i metodi analitico e sintetico. A tal proposito, v. G. DUPUIS, M.-J. GUÉDON, P. CHRÉTIEN, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2007, p. 596. A proposito della competenza per territorio, i criteri utilizzati sono i seguenti: se il danno dipende da un'attività materiale, sarà competente il giudice del luogo in cui si è manifestato il fatto generatore; se il danno deriva da una decisione amministrativa, sarà competente il giudice del luogo della sede dell'amministrazione; negli altri casi è competente il giudice del luogo della residenza dell'attore (art. L. 311-1 e Re. 312-14-3 del Codice di giustizia amministrativa). Per un approfondimento su tale punto, v. KARAM-BOUSTANY, *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, cit., p. 61 e ss.

<sup>237</sup> La sentenza di riferimento è quella *Trib. Des Conflits, décision du 27 novembre 1952 «Préfet de la Guyane»*. *Cass. civ. 1ère*, 16 mai 2000, *Bull. civ.*, n. 143, D., 2000. IR. 178. Il tema è approfondito in JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, cit., p. 453.

Peraltro, la competenza della giurisdizione amministrativa si fonda sul principio secondo cui la giustizia è resa in nome dello Stato<sup>238</sup>. Tuttavia, anche sotto questo profilo rimangono diverse questioni aperte. Non è infatti chiaro quale sia il giudice competente a giudicare sulla violazione del diritto dell'Unione imputabile ad organo giurisdizionale. La dottrina a tal proposito sostiene che (per quanto riguarda la giurisdizione amministrativa) competente debba ragionevolmente essere il *Conseil D'État*, poiché è difficile immaginare che una violazione del diritto dell'Unione imputabile a quest'ultimo sia sottoposta al giudizio di una giurisdizione inferiore<sup>239</sup>.

Ben pochi problemi si presentano in tema di legittimazione. Come abbiamo visto, questa è definita in termini ampi dal lato sia attivo sia passivo. A questo proposito, ricordiamo le riflessioni dottrinali relative alla responsabilità personale dei componenti organi collegiali, e in particolare all'applicazione del principio di responsabilità in caso di redazione di opinioni separate<sup>240</sup>.

In Italia la questione del giudice competente è espressamente disciplinata dall'art. 4 della legge 117/88. Competente è il giudice ordinario. La competenza per materia e territorio spetta al tribunale del luogo ove ha sede la Corte d'Appello del distretto più vicino (determinata ai sensi dell'art. 5 l. 22 dicembre 1980, n. 879) a quello in cui è compreso l'ufficio giudiziario al quale apparteneva il magistrato al momento del fatto<sup>241</sup>. A tal proposito appare peraltro indifferente

<sup>238</sup> CE, Sect., 27 febbraio 2004, Mme Popin, A.J.D.A., 2004, 657.

<sup>239</sup> Cfr. J. MOREAU, *La responsabilité del Estado por el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas en derecho francés*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, 2009, (pp. 4-11), p. 10. L'autore segnala che in alternativa si sarebbe potuto pensare ad una Commissione speciale di indennizzo.

<sup>240</sup> Cfr. KERBAOL, *La responsabilité des magistrats*, cit., p. 17. Attualmente, si tratta di riflessioni sporadiche, e spesso relative alla responsabilità disciplinare dei magistrati.

<sup>241</sup> Qualora il magistrato al momento della proposizione della domanda di risarcimento eserciti le proprie funzioni in uno degli uffici del distretto ove è compreso l'ufficio giudiziario che sarebbe competente, la competenza viene attribuita, applicando i medesimi criteri, al tribunale sede di corte di appello del distretto più vicino a quello cui apparteneva il magistrato al momento del fatto. Cfr. PINTUS, *Responsabilità del giudice*, cit., p. 1479; AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, cit., pp. 23 - 24. A proposito della determinazione della competenza territoriale, si applica l'art. 4 della legge n. 117/1988, così come riformato dalla legge 2 dicembre 1998, n. 420, recante «Disposizioni per i procedimenti riguardanti i magistrati». Competente è il tribunale della Corte d'Appello, da determinarsi a norma dell'art. 11 c.p.p. e dell'art. 1 delle norme di attuazione, coordinamento e trans. c.p.p., approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. L'art. 4, legge 13 aprile 1988, n. 117 non trova però applicazione, quanto al criterio territoriale, nel caso di responsabilità dei componenti della Corte di cassazione, con la

l'autorità giurisdizionale – ordinaria, amministrativa o contabile – cui è ascrivibile la violazione, così come la posizione giuridica violata. Del resto, come sappiamo, l'oggetto del giudizio risarcitorio non si pone in linea di continuità con quello da cui è dipesa la violazione; piuttosto, intenderà elidere le conseguenze dannose che quella decisione ha prodotto<sup>242</sup>.

Ben pochi problemi riguardano il tema della legittimazione attiva e passiva. L'art. 2, assai vago a proposito dei soggetti ingiustamente danneggiati, non esclude che possano avvalersi della tutela risarcitoria non solo le parti del processo trattato dal magistrato, ma anche soggetti coinvolti ad altro titolo: testimoni o altri soggetti che partecipano alla fase istruttoria, familiari delle parti in causa, terzi danneggiati dai provvedimenti, ecc. Il legittimato passivo è lo Stato, che deve essere chiamato in giudizio in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri (art. 4 l. n. 117/88).

Come detto in precedenza, trovano applicazione le norme ordinarie del processo di cognizione, tramite citazione a comparire a udienza fissa, ai sensi dell'art. 163 c.p.c. Una volta verificata la regolare costituzione delle parti, il collegio, in camera di consiglio, deve accertare la conformità della domanda ai presupposti indicati all'art. 2 in relazione all'ammissibilità della domanda. Nel caso in cui il giudice dichiara la domanda ammissibile, il processo prosegue davanti al giudice istruttore<sup>243</sup>. Per quanto riguarda sia la trattazione e l'istruttoria, sia la fase conclusiva e la decisione, trova applicazione la di-

conseguenziale operatività delle regole comuni. Analogo discorso sembra doversi fare con riguardo al Consiglio di Stato. Infatti, entrambi gli organi, operando a livello nazionale, non sono ricollegabili ad alcun distretto di Corte d'appello (Cass. 4 febbraio 2003, n. 1653 ha stabilito la competenza territoriale – ex art. 3 legge n. 89/2001 – la Corte d'appello di Roma). Vi è però chi sostiene che anche in questo caso la competenza territoriale debba essere individuata in base ai criteri generali in tema di responsabilità extracontrattuale, e che quindi debba ritenersi competente lo stesso tribunale del luogo in cui si è verificato il danno, che potrà anche coincidere con quello della sede o della residenza dell'attore, in modo da evitare di sovraccaricare il Tribunale di Roma, dove hanno sede le giurisdizioni superiori. Cfr. LAJOLO DI COSSANO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, cit., pp. 785-786.

<sup>242</sup> Cfr. R. CONTI, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Responsabilità*, 1, 2004, (pp. 26-41), p. 40.

<sup>243</sup> Il decreto che dichiara l'inammissibilità della domanda può essere impugnato davanti alla Corte di appello ai sensi dell'art. 739 c.p.c. Il presidente del Tribunale cui è presentato il fascicolo a seguito dell'iscrizione a ruolo della controversia (art. 168-bis c.p.c.), oltre a designare il giudice istruttore davanti al quale le parti devono comparire, è anche tenuto a disporre che il magistrato cui è attribuita la condotta illecita riceva comunicazione del procedimento per consentirgli di intervenire in giudizio.



sciplina generale. In caso di condanna, l'art. 8 l.117/88 stabilisce che debba essere obbligatoriamente promossa l'azione di rivalsa, su cui ci concentreremo nell'ultima sezione.

### 3.3. I termini per l'esercizio dell'azione

La questione dei termini per l'esercizio dell'azione è uno degli elementi di diritto processuale su cui la Corte di giustizia e la dottrina si sono maggiormente concentrate, in chiave di violazione del principio di effettività del diritto dell'Unione. In particolare, in quest'ambito sono stati segnalati i rischi derivanti dalla previsione di un termine troppo breve in ordine al principio di non discriminazione. Infatti l'asimmetria fra discipline nazionali relative alla durata dei termini di decadenza e prescrizione diventa particolarmente evidente nel caso in cui il soggetto danneggiato intenda tutelare una propria posizione giuridica fondata sul diritto europeo<sup>244</sup>. Infatti, a seconda della nazionalità del soggetto pubblico autore dell'illecito, dovranno essere rispettati termini molto diversi, in relazione alla disciplina nazionale applicabile al caso concreto.

In Spagna, il termine per l'esercizio dell'azione è duplice, giacché il sistema prevede un doppio ricorso, prima amministrativo e poi giurisdizionale, davanti al giudice del contenzioso-amministrativo. Il regime relativo all'*error judicial* prevede un doppio termine per l'esercizio dell'azione. Da un lato vi è il termine di tre mesi per l'esercizio dell'azione volta ad ottenere la previa dichiarazione dell'*error judicial* (art. 293.1.a) della LOPJ). Dall'altro, la successiva azione davanti all'amministrazione per richiedere il risarcimento si prescrive entro un anno (art. 293.2 della LOPJ). Il *Tribunal Supremo* ha affermato che il termine per ottenere la dichiarazione dell'*error judicial* è di decadenza e non di prescrizione<sup>245</sup> e dunque non si interrompe a seguito di ricorso inammissibile o davanti ad un giudice incompetente (riferendosi esplicitamente al ricorso di *amparo* davanti al *Tribunal Constitucional*)<sup>246</sup>. Il primo termine può apparire senz'altro restrittivo. Tuttavia, riguardando la dichiarazione dell'errore giudiziario

<sup>244</sup> La questione del principio dell'autonomia procedurale applicata ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti è affrontata in R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 62-169.

<sup>245</sup> Cfr. STS, Sala Primera, Sección 1, de 10.3.2010 (rec. 6/2007).

<sup>246</sup> Cfr. SSTC de 21.7.1992, rec. 1520/91; de 3.5.1994, rec. 2252/92; de 12.12.1997, rec. 4104/95; ATS, Sala Cuarta, Sección 1, de 12.4.2010 (rec. 2/2010). La questione è approfondita in CÓRDOBA CASTROVERDE, *¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?*, cit., pp. 18-19.

di una sentenza passata in giudicato, di per sé non appare come eccessivamente breve<sup>247</sup>. D'altra parte, nella prospettiva dell'effettività, la dottrina, anche dopo la presa di posizione da parte della *Audiencia Nacional* nel senso della compatibilità con il diritto dell'Unione, ha insistito nell'avanzare qualche perplessità in proposito<sup>248</sup>.

Il secondo termine, annuale, che a differenza del primo è di prescrizione e non di decadenza, sembra superare il test di ragionevolezza di cui alla sentenza *Danske Slagterier*<sup>249</sup>, giacché a questo punto l'*error judicial* sarà già stato accertato, dovendosi provare, ancora, il nesso causale e la quantificazione dei danni<sup>250</sup>.

Come sappiamo, in Francia il soggetto che si presuma danneggiato da una condotta dell'amministrazione deve in primo luogo proporre ricorso davanti al soggetto pubblico che ha emesso l'atto contestato<sup>251</sup>. Solo a seguito di una pronuncia sfavorevole di quest'ultimo

<sup>247</sup> La questione si è riproposta riguardo alla responsabilità della pubblica amministrazione. A tal proposito, la dottrina in passato ha dibattuto sulla brevità di tale termine, sensibilmente inferiore ai corrispondenti termini previsti dagli altri ordinamenti nazionali, nonché rispetto alla disciplina stabilita a livello comunitario. In Spagna, in cui il termine è così breve, si è pertanto dibattuto sull'opportunità di una riforma e di un allungamento del termine, cui si oppongono gli argomenti del pericolo per i principi fondamentali della certezza del diritto e dell'interesse pubblico. Tuttavia, parte consistente della dottrina sostiene che un ampliamento a tre anni non intaccherebbe detti principi e attenuerebbe le differenze che esistono rispetto agli altri ordinamenti europei, cit. J.L. MUGA MUÑOZ, *El plazo para reclamar la responsabilidad de las administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa*, in *Revista de Administración Pública*, 152, mayo – agosto 2000, (pp. 167-179), p. 178-179.

<sup>248</sup> Cfr. la Sent. AN, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección tercera, de 10 de febrero de 2009 (rec. 553/2007), commentata in COBREROS MENDAZONA, *El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009)*, cit., p. 227.

<sup>249</sup> Ci riferiamo alla già citata sentenza Sent. CGCE (grande sezione), 24 marzo 2009, *Danske Slagterier c. Bundesrepublik Deutschland*. Causa C-445/06. Racc. 2009.

<sup>250</sup> L'art. 40.3 della *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* si riferisce alla decadenza, ma il TS ha sempre fatto riferimento alla prescrizione del termine. Nel caso di illecito comunitario imputabile ad organo giurisdizionale, il termine di un anno comincia a decorrere dalla decisione che riconosca l'errore giudiziario.

<sup>251</sup> Cfr. *Décret n° 65-29 du 11 janvier 1965 modifié relatif aux délais de recours contentieux en matière administrative. Art.1<sup>er</sup> (modifié par les décrets n° 83-1025 du 28 novembre 1983, n° 90-400 du 15 mai 1990 et n° 2001-492 du 6 juin 2001)*: «Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Sauf disposition législative ou réglementaire contraire, le silence gardé pendant plus de deux mois sur une réclamation par l'autorité compétente vaut décision de rejet. Les intéressés disposent,

(che può consistere in un rigetto o nella concessione di un risarcimento di entità insufficiente), il soggetto potrà esercitare l'azione di responsabilità davanti al giudice amministrativo. Per cui, i termini di prescrizione rilevanti ai fini dell'applicazione dell'illecito comunitario sono, in realtà, due: quello quadriennale per la proposizione del ricorso gerarchico e quello di due mesi per l'esercizio dell'azione giurisdizionale<sup>252</sup>. Quest'ultimo decorre dalla data in cui l'interessato ha ricevuto notifica del rigetto (totale o parziale) del ricorso<sup>253</sup>. Nel caso di silenzio da parte dell'autorità amministrativa competente, troverà applicazione il solo termine quadriennale. Ben pochi problemi si pongono riguardo alla compatibilità con il diritto dell'Unione, se non altro perché si tratta del termine più lungo nel quadro dei sistemi considerati.

In Italia la legge 117/88 prevede un termine (a pena di decadenza) di due anni, o tre dalla data del fatto che ha cagionato il danno, se in tale periodo non si è concluso il grado del procedimento nell'ambito del quale il fatto si è verificato. Ricordiamo, a tal proposito, che nell'unico caso di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione imputabile alla funzione giurisdizionale sottoposto ad un giudice italiano, ha trovato applicazione l'art 2043 c.c.; se questo orientamento fosse confermato, si applicherebbe la prescrizione quinquennale<sup>254</sup>.

*pour se pourvoir contre cette décision implicite, d'un délai de deux mois à compter du jour de l'expiration de la période mentionnée à l'alinéa précédent. Néanmoins, lorsqu'une décision explicite de rejet intervient dans ce délai de deux mois, elle fait à nouveau courir le délai du pourvoi.*

<sup>252</sup> A proposito del termine quadriennale, «ce délai est devenu la règle générale pour la prescription des dettes de l'État, des départements, des communes et des établissements publics dotés d'un comptable public. D'une façon plus générale, il vise toute personne morale de droit publique», cit. da A.M. SOHM-BOURGEOIS, *Prescription extinctive-Encyclopedie Dalloz - Civil*, cit., § 131.

<sup>253</sup> Sentenza CE, 17 marzo 1961, Rouquette, p. 192. La brevità di tale ricorso è temperata dalla possibilità, per il soggetto danneggiato, di depositare un ricorso sommario, contenente una semplice descrizione delle pretese, da sviluppare in un secondo momento tramite una memoria ampliativa complementare.

<sup>254</sup> Peraltro, ricordiamo che le corti italiane chiamate a pronunciarsi in tema di illecito comunitario, in assenza di una specifica previsione legislativa, hanno perlopiù ritenuto applicabile la prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c., mentre la questione è rimasta aperta nello specifico caso di violazione dell'obbligo di puntuale recepimento delle direttive comunitarie. In tale ipotesi, infatti, la stessa Corte di cassazione si è espressa in termini divergenti, ritenendo applicabile talvolta l'art. 2947 c.c., e talvolta il termine (decennale) di prescrizione ordinaria (ex art. 2946 c.c.). Con sentenza 17 aprile 2009, n. 9147. Mass., 2009, 475, la Corte di cassazione, a sezioni unite, ha stabilito che la riparazione del pregiudizio sofferto per effetto del c.d. «fatto illecito» del legislatore non rientra nello schema della responsabilità extracon-

Altra questione riguarda il tema del *dies a quo*. In Italia la Corte di cassazione ha da alcuni decenni introdotto un orientamento che soppianta lo schema codicistico<sup>255</sup>, poiché individua il *dies a quo* nel momento in cui il danneggiato ha reale e concreta percezione (o avrebbe potuto averla in ragione dell'ordinaria diligenza) di un danno risarcibile, ovvero quando «la condotta illecita abbia inciso nella sfera giuridica del danneggiato, con effetti esteriorizzati e conoscibili»<sup>256</sup>, e non quello, eventualmente diverso, in cui è stato posto in essere l'atto illecito. Pertanto, «la prescrizione inizia a decorrere dal giorno in cui l'evento dannoso si è rivelato in tutte le sue componenti. Una volta che il danno si sia manifestato spetta però alla vittima attivarsi al fine di accertare l'illiceità del danno stesso e di individuare l'autore dell'illecito, nel senso che il tempo decorre contro di lei affinché essa non rimanga in una situazione di inerzia»<sup>257</sup>. La questione merita ulteriore approfondimento in relazione all'ipotesi di mancato esercizio dell'azione, da parte dell'avente diritto, prima che sia esaurito il grado del procedimento nel cui ambito si è verificato il fatto produttivo del danno. La decorrenza è spostata al momento in cui la parte ha conoscenza del fatto dannoso, quando l'ignoranza sia dipesa dal segreto istruttorio<sup>258</sup>.

trattuale, ma in quello dell'obbligazione *ex lege* dello Stato, di natura indennitaria non antiggiuridica, da determinare in base alle condizioni imposte dalla Corte di giustizia. Di conseguenza, il giudice italiano ha stabilito che, non applicandosi alla fattispecie l'art. 2043 c.c., non trova nemmeno applicazione la disposizione relativa al termine di prescrizione applicato alla responsabilità extracontrattuale. Al contrario, la Corte sancisce l'applicabilità del termine decennale, e in tal modo inaugura un orientamento decisamente più favorevole nei confronti della tutela delle posizioni giuridiche individuali. Si tratta, tuttavia, di un orientamento relativo esclusivamente alla responsabilità per mancato recepimento di direttive europee. D'altro canto, in linea teorica, non vi sono ragioni che impediscono che tale orientamento sia applicato anche in relazione alla funzione giurisdizionale, anche se a tale soluzione osterebbero diversi elementi attinenti alla coerenza del sistema.

<sup>255</sup> Art. 2947 c.c. Prescrizione del diritto al risarcimento del danno: «Il diritto al risarcimento del danno derivante da fatto illecito (2043 e seguenti) si prescrive in cinque anni dal giorno in cui il fatto si è verificato».

<sup>256</sup> Sentenza Cass. 19 agosto 1983, n. 5412, in *Foro it.*, 1984, I, 500. Secondo Cass. 4 gennaio 1993, n. 13, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 1686, «ove il comportamento illecito ed il verificarsi del danno non coincidano cronologicamente, la prescrizione decorre dal momento in cui il danno si è verificato».

<sup>257</sup> Cit. da MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 374.

<sup>258</sup> Per una dettagliata disamina sul punto, cfr. PINTUS, *Responsabilità del giudice*, cit., p. 1479 e ss.

### 3.4. Elementi di concatenazione fra responsabilità dello Stato e responsabilità del magistrato. L'azione di rivalsa

Tutte le esperienze considerate prevedono un meccanismo di ripercussione nei confronti dei magistrati responsabili rispetto alle conseguenze di ordine patrimoniale occorse allo Stato, in quanto legittimato passivo dell'azione di responsabilità. A questo fine è prevista l'azione di rivalsa, che lo Stato esercita in un momento successivo rispetto alla sentenza che ha decretato il risarcimento del soggetto danneggiato. Come sappiamo, in tutte e tre le esperienze, si tratta dell'unica strada attraverso la quale è possibile applicare ai magistrati i principi della responsabilità aquiliana<sup>259</sup>.

Tale disamina ha soprattutto la funzione di sottolineare i diversi elementi di raccordo fra responsabilità dello Stato e responsabilità personale del magistrato in quanto soggetto cui il danno è concretamente imputabile. I criteri che regolano tale concatenazione costituiscono, peraltro, un primo fondamentale elemento di distinzione fra i sistemi considerati. Tale passaggio preluderà ad alcune considerazioni relative all'idoneità di tali strumenti ad assicurare che il principio di responsabilità trovi applicazione anche ai magistrati.

Per quanto riguarda il caso spagnolo, richiamiamo ancora una volta l'art. 121 della Costituzione spagnola e l'art. 296 della LOPJ. Quest'esperienza, caratterizzata dalla previsione dell'azione diretta nei confronti del magistrato, condivide con gli altri sistemi una forma di rivalsa, qualora il soggetto danneggiato abbia ottenuto il risarcimento da parte dello Stato e si verificano i requisiti stabiliti, ovvero che sia dimostrato il dolo o la colpa grave del magistrato. La via di regresso è equivalente a quella stabilita per i pubblici funzionari nell'art. 145.2 della *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

Il caso francese, sotto questo profilo, è caratterizzato dal fatto che la responsabilità per fatto del giudice risponde alle regole tipiche della responsabilità amministrativa, slegata rispetto alla responsabilità personale del giudice. Lo snodo logico attiene alla distinzione, su cui ci si è soffermati nel Capitolo III, fra *faute de service* e *faute personnelle*<sup>260</sup>. Solo quest'ultima dà luogo alla responsabilità patrimoniale del

<sup>259</sup> Come noto, la responsabilità diretta del magistrato prevista nell'ordinamento spagnolo costituisce un'ipotesi poco più che di scuola.

<sup>260</sup> Peraltro, la distinzione non è affatto agevole, perché nel silenzio della legge, le opinioni dottrinali sono parziali ed incerte. In generale, vi è chi sostiene che l'elemento discriminante sia, alternativamente, il carattere inescusabile, il carattere intenzionale, o ancora il cumulo fra elemento intenzionale e la particolare gravità: «*Au-delà de la célèbre formule de Laferrière voyant dans la faute personnelle «celle qui*

magistrato: deve trattarsi, inoltre, di una colpa di particolare gravità, quando non integrante una fattispecie dolosa (*Ordonnance du 22 décembre 1958* sullo statuto della magistratura, art. 11-1). Tuttavia, il danneggiato che voglia ottenere un risarcimento da parte dello Stato, sarà tenuto a provare, ovviamente, solo la prima (L'art. L. 781-1, al. 1, e 3).

Nel caso italiano la rivalsa ha natura obbligatoria, nel senso che il Presidente del Consiglio dei Ministri, una volta condannato al risarcimento del danno nei confronti del soggetto danneggiato, entro un anno dal risarcimento (art. 7.1) deve promuovere l'azione nei confronti del magistrato<sup>261</sup>. In ogni caso, la misura della rivalsa non può superare una somma pari al terzo di un'annualità dello stipendio, percepito al tempo in cui l'azione di risarcimento è stata proposta contro lo Stato, anche se dal fatto è derivato un danno a più persone e queste hanno agito con distinte azioni di responsabilità<sup>262</sup>. A differenza degli altri due sistemi, la responsabilità dello Stato e quella del magistrato sono sottoposte alle medesime condizioni, dal che deriva la necessaria rivalsa nel caso di soccombenza dello Stato nei confronti del danneggiato. Tuttavia, quest'ultimo dovrà sempre e comunque rivolgersi allo Stato, il che appare, peraltro, più garantista nei confronti dell'attore, in quanto solvente sempre e in proporzioni più ampie.

In questo caso, il raffronto con la giurisprudenza europea si risolve in poche battute. Infatti, per quanto riguarda la previsione di responsabili d'ufficio, di esercizi di rivalsa o di ricorso ad assicura-

*révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, son imprudence», cette faute peut, au vu de la jurisprudence administrative, correspondre à deux situations lorsqu'elle n'est pas extérieure au service: celle où l'agent a intentionnellement fauté, et celle où la faute est d'une particulière gravité», cit. da D. LUDET, Formation et responsabilité des magistrats: quelles réformes?, in P. TRONQUOY, La justice, réformes et enjeux, vol. 334, La documentation française, Paris, 2006, (pp. 77-84), p. 81. Il fatto che, in merito, non vi sia giurisprudenza, rende tale dibattito particolarmente arduo e, nei fatti, poco utile.*

<sup>261</sup> Peraltro, i giudici di pace e i giudici popolari rispondono comunque solo in caso di dolo, mentre gli estranei che integrano organi giudiziari collegiali rispondono in caso di dolo e nei casi di colpa grave costituiti dall'affermazione o dalla negazione di un fatto la cui esistenza è stabilmente esclusa o risulta incontrastabilmente dagli atti del processo (art. 7.3 l. 117/88). Ricordiamo inoltre che, qualora il giudice sia intervenuto volontariamente nel giudizio promosso contro lo Stato a seguito della comunicazione del Presidente (cui abbiamo fatto riferimento) ex art. 6 l. 117/88, la decisione ivi pronunciata fa stato di cosa giudicata nel giudizio di rivalsa. Segnaliamo che alcuni dei disegni di legge attualmente in discussione in Parlamento propongono di innalzare la soglia da un terzo alla metà.

<sup>262</sup> Regole diverse sono previste riguardo agli estranei che partecipano all'esercizio delle funzioni giudiziarie. Cfr. AMATO, *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, cit., pp. 32-33.

zioni di natura pubblica o privata, non vi è alcuna interazione né esplicita né implicita con il diritto dell'Unione, poiché la Corte di giustizia, nell'elaborazione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, ha sempre sottolineato la funzione compensatoria dell'istituto, piuttosto che sanzionatoria e deterrente. Di conseguenza, il giudice europeo si è sempre dimostrato indifferente a proposito del soggetto tenuto a corrispondere il risarcimento, per cui il tema della rivalsa rientra interamente nell'ambito di autonomia degli Stati membri, e non trova il proprio limite nemmeno nel principio di effettività. Infatti, qualora il danneggiato abbia ottenuto una tutela soddisfacente, nella prospettiva del giudice europeo l'identità del soggetto che abbia sostenuto l'esborso non assume alcun rilievo. Sotto questo profilo, è dunque del tutto accettabile che non vi sia alcuna forma di rivalsa, o che siano utilizzati strumenti assicurativi volti ad attutire le conseguenze in termini patrimoniali in capo ai magistrati responsabili. Riservandoci di tornare fra poco su tale pratica segnaliamo che, in Italia, alcuni autori in tempi recentissimi si sono interrogati circa l'applicazione di tale strumento anche in caso di violazione del diritto dell'Unione. Il riferimento va a quella dottrina che sostiene che il sistema della responsabilità dello Stato per i danni causati dalla violazione del diritto comunitario nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali si collocherebbe su un piano del tutto diverso e non sovrapponibile rispetto a quello proprio della legge n. 117 del 1988. In questo caso, tale dottrina sostiene che, in caso di condanna per violazione del diritto dell'Unione, dovrebbe comunque applicarsi, in tema di rivalsa, una disciplina analoga a quella di cui alla legge 117/88, in applicazione dei valori costituzionali del bilanciamento fra indipendenza e responsabilità, così come in nome della ragionevolezza che deve in ogni caso orientare il raffronto con l'analoga disciplina in materia di responsabilità civile del magistrato<sup>263</sup>.

Tale disamina non può che concludersi con una riflessione relativa all'adeguatezza dell'azione di rivalsa rispetto all'esigenza, espressa da più parti, di responsabilizzare i magistrati in modo analogo ad altri professionisti<sup>264</sup>, fatte salve le prerogative di chi esercita la fun-

<sup>263</sup> Cfr. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, cit., p. 26.

<sup>264</sup> Tale esigenza non è stata espressa solo in Italia, in cui come noto nel dibattito politico si sono segnalate posizioni che denunciano le ingiustificate prerogative della «casta» dei magistrati, nonché la sostanziale immunità anche in materia di responsabilità patrimoniale. In Spagna non sono mancate le voci che denunciano gravi lacune del sistema, così come la sostanziale inefficacia del meccanismo risarcitorio. Per quanto riguarda il caso francese ricordiamo, ancora, che il dibattito pubblico è

zione giurisdizionale che sono state approfondite nel corso del Capitolo I. Al di là dei presupposti dell'esercizio della rivalsa all'interno dei vari sistemi, ed alla sua natura obbligatoria o eventuale, bisogna domandarsi se tale strumento, anche in applicazione delle rispettive disposizioni costituzionali in materia di bilanciamento fra indipendenza e responsabilità, costituisca uno strumento di pressione nei confronti dei magistrati perché questi ultimi svolgano la loro funzione in modo più corretto e diligente. In altri termini, è opportuno domandarsi se in questo caso l'applicazione dell'illecito aquiliano svolga adeguatamente la funzione di prevenire la futura produzione di danni<sup>265</sup>.

I dati relativi all'esercizio dell'azione di rivalsa forniscono un quadro univoco: in tutte le esperienze considerate tale meccanismo ha avuto applicazione rarissima per non dire inesistente<sup>266</sup>. Al di là delle importanti differenze, sia di dettaglio sia di impostazione generale, fra i regimi nazionali considerati, è opinione comune che sotto questo profilo vi sia una vera e propria paralisi. Le ragioni sono molte-

stato particolarmente appassionato, anche a seguito di errori giudiziari dai risvolti drammatici. Pensiamo, in particolare, al c.d. *affaire d'Outreau*, relativo ad un caso di pedofilia. Per un maggiore approfondimento, cfr., fra gli altri, R. MUCHEMBLED, *Outreau: un procès en sorcellerie de notre temps*, in *Le Débat*, 1, 143, 2007, (pp. 63-78). A tal proposito segnaliamo, infine, che nell'estate del 2005 a seguito di un omicidio in cui era implicato un soggetto che era in libertà vigilata, l'allora Ministro dell'interno Nicolas Sarkozy, a seguito della dichiarazione secondo cui il magistrato che aveva accordato tale misura «dovesse pagare per il proprio errore», indusse il presidente della Repubblica francese ad incaricare il Ministero della Giustizia di condurre un'indagine, che non ha dato alcun esito in relazione alla responsabilità civile dei magistrati.

<sup>265</sup> Sulla duplice funzione, compensativa e deterrente, della responsabilità civile, v., fra gli altri, il recente contributo V. ROPPO, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2012, (pp. 167-182), che a sua volta richiama la dottrina di riferimento in materia.

<sup>266</sup> Solo nel caso spagnolo, che è quello in cui il risarcimento è più frequente, vi sono stati isolati casi in cui la rivalsa è stata esercitata. Con sent. *Juez de Primera Instancia número 4 de Barcelona, de 10 de abril de 1996*, un magistrato è stato condannato al versamento di una somma a seguito di condanna dello Stato per irragionevole durata del processo imputabile alla condotta di quest'ultimo. Peraltro, in questa stessa sentenza sono state menzionate le numerose lacune della relativa disciplina: «No se han establecido cuáles son los criterios en virtud de los cuales la Administración puede repetir, ni si cabe estimar la existencia de una posible concurrencia de culpas, o la posibilidad incluso de repetir en una cuantía reducida al haber podido influir en el retardo la falta de medios materiales o personales. En el ejercicio de tal derecho de repetición por parte del Ministerio de Justicia, las facultades de que goza aparecen como absolutamente discrecionales, pudiendo decir libremente en qué casos decide repetir contra un Juez y no contra otro la cuantía en que lo hace, lo cual no deja de generar una cierta indefensión en el demandado, que será preciso tener en cuenta a la hora de determinar su posible actuar culposo». In riferimento alla disciplina spagnola, v. SANZ ACOSTA, *Responsabilidad civil judicial*, cit., pp. 148-151.



plici, ad iniziare dal fatto che, tendenzialmente, i soggetti danneggiati tendono ad esercitare l'azione che ha maggiore probabilità di successo, che risponde ad una funzione meramente compensativa-indennitaria. Al di là del caso italiano, che come abbiamo visto ha un'impostazione meno oggettivizzata rispetto alle altre, sia nel caso francese sia nel caso spagnolo le azioni per il risarcimento collegato al malfunzionamento dell'amministrazione della giustizia sono la stragrande maggioranza del totale delle azioni<sup>267</sup>. In una diversa prospettiva, che svilupperemo in sede di conclusioni, è comunque opinione comune che la responsabilità civile non sia strutturalmente idonea a svolgere la funzione sanzionatoria, e che a tal proposito la responsabilità disciplinare risulti maggiormente adeguata<sup>268</sup>. Tale dato non può che essere confermato in considerazione della tendenza, ormai diffusa in buona parte degli Stati europei, a concludere contratti di assicurazione<sup>269</sup>. Per questa ragione, negli ultimi anni la dottrina ha chiamato in causa la funzione preventiva e deterrente soprattutto in relazione alle riforme della responsabilità disciplinare approvate in Italia sia in Francia<sup>270</sup>, piuttosto che ai meccanismi di responsabilità patrimoniale.

Questi dati di fatto sono alla base della tesi, sempre più diffusa, secondo cui la rivalsa non dovrebbe collegare responsabilità dello

<sup>267</sup> Cfr. DESDEVEISES, *La responsabilité de la justice en France*, cit.

<sup>268</sup> NIETO, *El desgobierno judicial*, cit., p. 237: «...si de lo que se trata es de indemnizar a los justiciables perjudicados, para eso está la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, que es mucho más eficaz y el responsable es siempre solvente. Y si de lo que se trata es de castigar a los malos jueces, para eso está la responsabilidad disciplinaria». Cfr. M.-A. FRISON-ROCHE, *La responsabilité des magistrats: l'évolution d'une idée*, in *JCP*, I, 174, 1999, (pp. 1869-1876); ALBERT, *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats*, cit., p. 223.

<sup>269</sup> Nel caso spagnolo, i giudici tendono a concludere personalmente contratti di assicurazione, mentre nel caso italiano l'Associazione Italiana Magistrati sottoscrive un contratto tipo a cui ogni magistrato può aderire. In Francia, al contrario, questa pratica non è diffusa. Ciononostante, parte della dottrina ha riflettuto circa le conseguenze di un indiscriminato ricorso allo strumento assicurativo rispetto all'esigenza di responsabilizzazione dei magistrati, e alcuni hanno sostenuto che, semplicemente, non vi dovrebbe essere alcuna forma di rivalsa da parte dello Stato nei confronti del magistrato responsabile. Cfr. JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, cit., p. 454; S. GUINCHARD, *La responsabilité des magistrats*, in *Gazette du Palais*, 98, 8 avril 2006, (pp. 2-7).

<sup>270</sup> La riforma della Costituzione francese del 23 luglio 2008, applicabile a partire dall'inizio del 2011 ha introdotto l'intervento diretto dei soggetti danneggiati davanti al *Conseil Supérieur de la Magistrature* nei confronti di magistrati giudicanti e inquirenti. Cfr. <http://blog.jurimodel.com/index.php?post/2011/03/01/LA-RESPONSABILITE-DES-MAGISTRATS>.

Stato e responsabilità patrimoniale del magistrato anche perché, persino in presenza di un sistema più effettivo, il ricorso allo strumento assicurativo attutirebbe in ogni caso le conseguenze di ordine sanzionatorio-deterrente. Piuttosto, l'esigenza di responsabilizzazione potrebbe trovare risposta in un collegamento fra responsabilità patrimoniale dello Stato e responsabilità disciplinare<sup>271</sup>. La proposta, avanzata da più parti, potrebbe risolvere, quanto meno parzialmente, il clima di irresponsabilità che, nonostante le evoluzioni indotte dalla giurisprudenza europea, tende ad essere ancora prevalente.

<sup>271</sup> Cfr. JOLY-HURARD, *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, cit., pp. 454-455. Peraltro, la disciplina italiana (art. 9) già prevede per il titolare dell'azione disciplinare l'obbligo di procedere nei confronti del magistrato per i fatti che hanno dato causa all'azione risarcitoria. Tuttavia, tale obbligatorietà viene meno qualora l'azione risarcitoria non superi il filtro del giudizio di ammissibilità, per cui quest'ultimo tende a vanificare anche questa comunicazione fra azione civile e azione disciplinare. In tempi non lontani si è fatta strada un'altra proposta al fine di accrescere l'effettività dell'azione di rivalsa: che essa venga esercitata secondo l'ordinario sistema della responsabilità amministrativa devoluta alla giurisdizione della Corte dei conti. Secondo tale orientamento si potrebbe prevedere l'obbligo, per il giudice civile che emetta la sentenza di condanna al risarcimento del danno, di comunicare la sentenza stessa alla Procura generale della Corte dei conti, in modo da concentrare presso un unico ufficio le funzioni requirenti di primo e secondo grado. Cfr. *La responsabilità civile dei magistrati. Le proposte di modifica tra disinformazione e realtà* (Intervento del Presidente della Corte dei conti, Luigi Giampaolino), disponibile online.

## Conclusioni

La responsabilità patrimoniale per fatto del giudice è un meccanismo interessato da ambiguità e chiaroscuri dovuti a molteplici fattori. La variabile presenza di altre forme di responsabilità, le resistenze istituzionali, le ripercussioni e gli ostacoli derivanti da principi cardine dell'ordinamento quali l'indipendenza della magistratura e l'autorità della *res judicata*, così come il problematico rapporto fra sistemi giuridici nazionali e diritto dell'Unione, costituiscono i fattori che ne influenzano le declinazioni. In sede di conclusioni ci prefiggiamo di sviluppare ulteriormente alcune fra le conseguenze più sensibili di tale complessa realtà.

Una prima questione che rimane irrisolta riguarda l'equivalenza o meno fra principio di responsabilità dello Stato per fatto del giudice, elaborato dalla Corte di giustizia, e discipline nazionali di responsabilità del magistrato. Come abbiamo visto, la questione proietta fondamentali conseguenze di diritto sia sostanziale sia processuale e costituisce l'elemento centrale anche in prospettiva comparatistica. In altri termini, la pervasività del diritto dell'Unione rispetto ai diritti nazionali muta parzialmente i propri lineamenti a seconda dell'impostazione adottata. L'orientamento secondo cui fra i rispettivi rimedi non vi è equivalenza, sostenuto da parte della dottrina italiana e applicato nell'unica sentenza di un giudice nazionale disponibile a tale proposito, implica una convivenza fra mezzi di tutela che ne giustifica una sostanziale impermeabilità. Tuttavia, a detta degli stessi autori che sostengono tale tesi, la conseguente disparità di trattamento, derivante unicamente dal loro diverso fondamento, costituisce una soluzione poco soddisfacente in considerazione della sostanziale analogia delle posizioni giuridiche tutelate. Tale dato di fatto dovrebbe, dunque, animare iniziative legislative, in modo da correggere le asimmetrie più evidenti. L'orientamento opposto, secondo cui fra i rimedi vi è equivalenza, sostenuto da parte consistente della dottrina e suffragato dalla giurisprudenza europea, implica una ben più accentuata dinamica di permeazione fra livelli sovranazionale e nazionale. Supe-

rato il «test» dell'equivalenza, l'applicazione della disciplina di diritto interno dipenderebbe dalla compatibilità con il principio di effettività del diritto dell'Unione; in questo modo, si metterebbe in moto una dinamica di concorrenza fra diritto nazionale e diritto dell'Unione, con necessarie ripercussioni in ordine al mutamento delle discipline nazionali, anche e soprattutto da parte dei giudici.

Questa situazione costituisce terreno fertile per lo studio comparatistico, sia in ordine agli esiti del dialogo fra giudici appartenenti a livelli diversi, sia dal punto di vista della dissociazione dei formanti. Si pensi alla natura e struttura della responsabilità, che in taluni casi è stata considerata non di natura aquiliana, ma derivante da un'obbligazione *ex lege* dello Stato per attività non antigiuridica. Peraltro, come abbiamo visto, la disomogeneità nell'applicazione del principio di responsabilità patrimoniale per violazione del diritto dell'Unione si registra sia fra i diversi ordinamenti, sia all'interno di questi, essendo variabili l'imputabilità della violazione così come il regime applicabile. Come più volte ricordato, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione imputabile alla funzione giurisdizionale è l'ultima evoluzione di una giurisprudenza relativa alla violazione del diritto dell'Unione imputabile allo Stato in tutte le sue funzioni e articolazioni. Questo principio, unitario a livello europeo, a livello nazionale trova applicazione secondo modalità asimmetriche e mutevoli, soprattutto qualora il panorama si allarghi fino a ricomprendere la responsabilità dello Stato – legislatore, che costituisce altro ambito in tumultuosa evoluzione.

Un secondo profilo di interesse attiene alle conseguenze sul diritto nazionale dell'intervento della giurisprudenza europea, sia in relazione ai principi generali dell'ordinamento, sia a proposito degli elementi strutturali della responsabilità per fatto del giudice. In particolare, ricordiamo le pronunce della Corte di giustizia volte alla relativizzazione di principi cardine di diritto nazionale, fra cui spicca quello della *res judicata*. Come noto, tale giurisprudenza, di natura episodica ma dal contenuto potenzialmente dirompente, tende al superamento del giudicato interno (o del mantenimento dei suoi effetti) qualora questo sia in qualche modo in contrasto con il diritto dell'Unione. Il tema non è stato direttamente trattato all'interno di questo saggio, né intendiamo approfondirlo in questa sede. Tuttavia, il principio secondo cui l'eventuale conflitto fra giudicato nazionale e diritto dell'Unione possa essere risolto a favore di quest'ultimo anche a costo di sovvertire il principio cardine dell'autorità della sentenza emessa dai giudici nazionali, proietta conseguenze anche in materia di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione imputabile alla funzione giurisdizionale. Infatti, implica una desacralizzazione del-

l'autorità del giudicato che, come noto, ha costituito anche sotto il profilo culturale uno dei principali ostacoli all'applicazione del principio di responsabilità. Di conseguenza, anche sistemi quale quello francese, in cui tale principio si è posto in termini più netti e ostativi, sono attualmente interessati da un'evoluzione, tanto più se si considera che il conflitto fra cosa giudicata e responsabilità per fatto del giudice tende ad essere evanescente, in ragione della diversità, fra azione principale e azione di responsabilità, di *petitum*, di *causa petendi* e di parti in causa.

La permeazione fra livelli di produzione normativa ha prodotto conseguenze rilevanti anche in relazione ad alcuni elementi strutturali delle discipline nazionali, fra cui spiccano l'elemento soggettivo e la condotta. Negli ultimi decenni si è assistito all'abbandono dei requisiti psicologici della colpa, sostituiti da un elemento soggettivo consistente nell'adozione di provvedimenti abnormi considerati secondo criteri oggettivi. Tale fenomeno risponde in primo luogo a fattori endogeni, nel senso che tale sostituzione è fisiologicamente condizionata dalla natura stessa dell'attività giudiziaria, anche al di là di eventuali impulsi provenienti dall'esterno. Tuttavia, anche in questo caso l'influenza dei giudici europei risulta evidente. Ci riferiamo, in primo luogo, alla pressione indotta dal presupposto della «violazione manifesta del diritto», che nonostante il contenuto ambiguo soppianta la 'colpa grave' intesa nella sua accezione antropologica. Come abbiamo visto nel Capitolo II, i requisiti di cui alla dottrina Francovich, negli ultimi anni declinata in relazione alla funzione giurisdizionale, altro non sono che una gemmazione di un illecito riferito allo Stato – apparato, che naturalmente tende all'oggettivizzazione, in quanto riferita all'organizzazione dei pubblici poteri nel loro complesso, e che tende ad orientare la legittimazione passiva in capo allo Stato, e non al singolo magistrato.

Tale fenomeno coinvolge, evidentemente, anche l'elemento della condotta e chiama in causa un problema fondamentale che costituisce elemento discriminante in prospettiva comparatistica. Ci riferiamo all'ingiustizia del danno, ovvero alla sua antigiuridicità, in relazione alla quale fra i sistemi considerati si nota un'evidente divergenza. Infatti, la disciplina spagnola di responsabilità per fatto del giudice si fonda sull'elemento dell'antigiuridicità soggettiva, nel senso che copre tutti i danni che i cittadini non sono tenuti a sopportare. Si tratta, dunque, di un ambito decisamente più esteso rispetto alla disciplina italiana che, come noto, fonda la responsabilità del magistrato sull'antigiuridicità intesa come difformità degli atti di esercizio della funzione giurisdizionale rispetto ad una fonte avente rango superiore. Negli ultimi anni, la Corte di giustizia si è pronunciata direttamente

in relazione a tale elemento, stabilendo che è incompatibile con il diritto dell'Unione la disposizione nazionale che escluda la responsabilità per i danni arrecati a seguito di una violazione risultante da interpretazione di norme di diritto o valutazione dei fatti e delle prove, che costituisce il nucleo fondamentale dell'attività del giudicare. In questo modo, si è messo in moto un fenomeno di mutamento delle discipline nazionali, che debbono necessariamente orientarsi nel senso di prevedere che la responsabilità derivi anche da un atto adottato da un giudice competente e di per sé rispettoso dell'ordinamento. Nell'attesa che il giudice europeo torni sulla questione (giacché la pronuncia è derivata dalla violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, e dunque di una norma di diritto processuale), è comunque evidente che tale orientamento sia destinato ad influenzare i sistemi, quale quello italiano, che più si discostano da tale modello, non solo sotto il profilo del formante giurisprudenziale, ma anche riguardo al formante legale. Infatti, qualora la violazione riguardi una posizione giuridica soggettiva fondata sul diritto dell'Unione, un primo e provvisorio strumento per evitare la violazione del diritto dell'Unione è senz'altro costituito dal dovere di disapplicare, da parte del giudice nazionale, le disposizioni nazionali incompatibili. Tuttavia, non c'è dubbio che sia necessario un intervento del legislatore nazionale, volto a riformare la disciplina municipale nel suo complesso, anche a seguito dell'impulso indotto dal giudice europeo.

Più in generale, l'analisi di queste questioni induce a concludere che in un quadro, come quello europeo, risultante da ordinamenti giuridici giustapposti, i legislatori recuperano un rinnovato ruolo nell'intessitura delle fonti. Infatti, la *cross-fertilisation*, intesa come sviluppo autonomo degli ordinamenti nazionali in conseguenza del dialogo fra giudici e della comunicazione culturale, pur essendo un fenomeno di grande interesse per il comparatista, di per sé non risolve le questioni attinenti alle lacune delle discipline nazionali, ai rapporti fra queste ultime e la giurisprudenza europea, alle incongruenze tipiche della cittadinanza al contempo nazionale ed europea. Infatti, dalla presente riflessione emerge il dato secondo cui non è possibile delegare interamente ai giudici la tessitura dell'ordito comunitario. Al contrario, un intervento legislativo risulta necessario, e in sua assenza potrebbe sopperire, comunque come *extrema ratio*, solamente un intervento da parte dei giudici costituzionali nazionali.

Anche nell'ottica del diritto nazionale, soprattutto in ordinamenti quale quello italiano, l'intervento del legislatore nazionale appare insostituibile nella previsione di uno strumento che permetta una tutela puntuale ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive, quanto meno in occasione delle violazioni più macroscopiche. La ricogni-

zione della giurisprudenza nazionale induce a ritenere, infatti, che un atteggiamento di eccessiva fiducia nei confronti delle corti rischi di sottovalutarne gli orientamenti restrittivi che hanno contribuito a rendere perlopiù lettera morta i testi di legge che abbiamo esaminato nel presente volume. D'altra parte, la comparazione con le esperienze francese e spagnola arricchisce il quadro di indagine, giacché l'evoluzione di questi sistemi nel corso degli ultimi decenni ci persuade nell'idea che il dialogo fra giudici possa assolvere efficacemente al ruolo di formante complementare alla legge nazionale nello sviluppo di un sistema di tutele più armonico ed efficace. D'altra parte, la tassonomia delle riparazioni dei danni da processo adottata in Francia e in Spagna, secondo cui la responsabilità per fatto del giudice e quella per la lentezza dei processi sono due generi della stessa specie, è alla base di una diversa prospettiva interpretativa, nel senso dell'oggettivizzazione della fattispecie nel suo complesso.

Fra gli insegnamenti che l'osservatore italiano può trarre da questa disamina sottolineiamo, dunque, un mutato rapporto fra legge e giurisprudenza, che non può essere schematicamente riassunto nell'accresciuta importanza della prima ai danni della seconda. Al contrario, al legislatore nazionale spetta un ulteriore compito, ovvero di costruire, per quanto possibile, un sistema di tutele efficace, mettendo in moto una dinamica di collaborazione e reciproco ascolto, e non di conflitto, rispetto a coloro che sono chiamati a darvi applicazione. Come sappiamo, il clima politico-istituzionale che ha accompagnato le istanze di riforma della disciplina italiana sulla responsabilità dei magistrati è tradizionalmente stato ostile nei confronti della magistratura nel suo complesso. D'altro canto, la posizione espressa da quest'ultima è sempre stata di netta chiusura rispetto a qualunque tipo di riforma, confermando almeno in parte le tesi che ne denunciano i riflessi corporativi. Per uscire da questa situazione inaccettabile sotto ogni profilo, i legislatori nazionali devono in primo luogo abbandonare le pulsioni demagogiche che vorrebbero i magistrati responsabili sotto il profilo patrimoniale al pari di altri soggetti. Infatti, come più volte ricordato, il paragone con altri professionisti è del tutto improprio, e le caratteristiche tipiche dell'attività del giudicare ci inducono a ritenere che la loro responsabilizzazione debba essere perseguita tramite il meccanismo disciplinare. L'analisi svolta fin qui dimostra chiaramente che risarcitorio, come strumento preventivo e forma di pressione nei confronti dei soggetti che partecipano all'attività giudiziaria, non sembra possa costituire strumento adeguato. Questo secondo aspetto non è stato oggetto della presente analisi, giacché il dialogo con i giudici europei si è svolto esclusivamente sul versante compensativo e non su quello sanzionatorio. Tuttavia, a no-

stro parere una delle ragioni della sostanziale inefficienza degli strumenti risarcitori nazionali è costituita dall'ambiguità, risolvibile solo dai legislatori nazionali, relativa alla funzione sanzionatoria o compensativa, della responsabilità per fatto del giudice. Abbiamo visto che da questo punto di vista fra i sistemi considerati vi sono divergenze di fondo. Infatti, mentre nei casi francese e spagnolo appare assai più chiara l'impostazione secondo cui lo Stato si pone come una sorta di responsabile d'ufficio per i danni da atto lecito ed illecito imputabile alla funzione giurisdizionale, salva eventuale rivalsa nei confronti del soggetto che abbia cagionato il danno, la disciplina italiana riguarda la responsabilità patrimoniale del magistrato, tramite un esercizio formalmente automatico dell'azione di rivalsa (seppur entro limiti quantitativi stabiliti). Nei primi due casi appare, dunque, predominante la funzione compensativa, giacché lo strumento risarcitorio attua la traslazione del danno dal soggetto che lo ha subito ad altri soggetti individuati in base ad un criterio di imputazione. Nel caso italiano, invece, assume maggiore importanza la funzione preventivo-punitiva, poiché lo strumento è volto (anche) a costituire una pressione psicologica sul giudice che, nel timore di incorrere nella sanzione risarcitoria, si asterebbe dal commettere nuovi e più gravi illeciti.

Ricordando ancora una volta che le esperienze di Francia e Spagna costituiscono casi su cui riflettere piuttosto che modelli da imitare, concludiamo affermando che quantomeno l'impostazione di fondo che le caratterizza sembra essere preferibile. L'attuale legge italiana 117/88 soffre di una fondamentale ambiguità quanto alla sua funzione, poiché è impostata come strumento volto alla responsabilizzazione dei magistrati, ma al contempo si presenta come l'unica strada percorribile (fatte salve le specifiche ipotesi di indennizzo) da chi intenda ottenere tutela delle proprie posizioni giuridiche. Al di là delle questioni di dettaglio, questo aspetto condanna alla radice l'efficacia del rimedio in questione, perché la duplicità di funzioni fa sì che queste si elidano vicendevolmente. A tal proposito, non c'è dubbio che la compensazione dei danni sia meglio perseguita tramite i meccanismi indennitari, mentre la sanzione delle cattive condotte dei magistrati trovi nella responsabilità disciplinare il suo naturale campo di applicazione. Peraltro, sarebbe opportuna una più attenta analisi empirica, in prospettiva comparatistica, relativa all'efficienza dei rispettivi sistemi disciplinari nella prevenzione del cattivo esercizio della funzione giurisdizionale.

Di conseguenza, una riforma della disciplina della responsabilità patrimoniale per fatto del giudice dovrebbe andare nel senso dell'oggettivizzazione della disciplina, con corrispondente abbandono della



pretesa di responsabilizzare dei giudici sotto il profilo patrimoniale; tra l'altro, come noto, già attualmente è del tutto assestata la prassi di stipulare contratti di assicurazione, per cui non vi è dubbio che sotto questo profilo lo strumento risarcitorio appaia particolarmente spuntato. Al limite, si potrebbe prevedere, sul modello degli altri sistemi considerati, una responsabilità del magistrato successiva ed eventuale rispetto alla responsabilità dello Stato, in quanto sottoposta ad un più restrittivo regime in materia di elemento soggettivo.

Sotto questo profilo, gli spunti per ulteriori analisi sul tema risultano particolarmente abbondanti. Non vi è dubbio che queste siano destinate a moltiplicarsi, giacché il processo che abbiamo analizzato si trova in una fase primigenia. Nei prossimi anni, strumenti di diritto nazionale e principi di diritto dell'Unione sono destinati a convivere e ad influenzarsi reciprocamente, e in questo senso un totale appiattimento dei due livelli appare remoto, oltretutto niente affatto auspicabile. D'altra parte, oltre allo sviluppo intrecciato dei sistemi nazionali e del diritto europeo, assisteremo ad una parallela evoluzione dei sistemi nazionali di tutela dei danni da processo. I giudici operanti a diversi livelli, così come i legislatori, contribuiranno in modo complementare a questa complessa interazione, che costituisce elemento portante dell'edificio europeo.



## Bibliografia

- AA.VV., *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Springer-Wien-New York, Springer-Verlag/Wien, 2005.
- ABRAHAM H.J., *The Judicial Process*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1998.
- ACOSTA GALLO P., *La responsabilidad del Estado-Juez. Error judicial y funcionamiento anormal de Justicia*, Tirant lo Blanch-Editorial Montecorvo, Valencia, 2005.
- ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1, 2008, (pp. 1-28).
- AJANI G., *Sistemi giuridici comparati. Lezioni e materiali*, Giappichelli, Torino, 2006.
- ALBERT N., *De la responsabilité de l'Etat à la responsabilité personnelle des magistrats. Les actions récursoires et disciplinaires à l'encontre des magistrats*, in DEGUERGUE M., *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 209-244).
- ALBERTON G., *Le législateur français transgressant le Droit international pourra-t-il demeurer encore longtemps irresponsable?*, in *A.J.D.A.*, 2006, (pp. 2155-2162).
- ALMAGRO NOSETE J., *El sistema español de responsabilidad judicial*, in AGÚNDEZ FERNÁNDEZ A., *El Poder judicial*, vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (pp. 449-491).
- ALPA G., *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, La nuova giurisprudenza civile commentata, parte 2, 1, 2005, (pp. 1-5).
- ALPA G., *La responsabilità civile dello Stato per violazione di obblighi comunitari*, in ALPA G., *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Giappichelli, Torino, 2004, (pp. 562-593).
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ J.I., *La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores*, in ÁLVAREZ SÁNCHEZ J.I. (dir.), *La responsabilidad civil profesional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, (pp. 19-66).
- AMATO V., *La responsabilità dello Stato giudice. Profili civilistici interni*, in *Persona e danno*, [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it), 2010, (pp. 1-37).
- ANAGNOSTARAS G., *The Allocation of Responsibility in State Liability Actions*

- for Breach of Community Law: a Modern Gordian Knot?, in *European Law Review*, 26, 2, 2001, (pp. 139-158).
- ANAGNOSTARAS G., *The Principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*, in *European Public Law*, 7, 2, 2001, (pp. 281-305).
- ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'Autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français: Conseil Constitutionnel, Cour de Justice des Communautés Européennes et Cour Européenne des Droits de l'Homme*, L.G.D.J., Paris, 1998.
- ARIÑO ORTIZ G., VELASCO CABALLERO F., *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: el caso de la futura Ley del sector eléctrico*, in CALONGE VELÁZQUEZ A. e MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ J.L., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos. III Coloquio Hispano-Luso de Derecho Administrativo. Valladolid 16-18 de octubre de 1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, (pp. 87-134).
- ARMENTA DEU T., *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- ARNULL A., *The European Union and its Court of Justice. Second Edition*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2006.
- ATIENZA NAVARRO M.L., *La responsabilidad civil del juez*, in QUINTANA CARRETERO J.P., *La responsabilidad personal del juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, (pp. 127-199).
- AUBY J.M., *La responsabilité de l'Etat en matière de justice judiciaire*, in *A.J.D.A.*, 1, 1973 (pp. 4).
- AZZENA L., *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, Giappichelli, 1998.
- BAADE H.W., *Stare Decisis in Civil-Law Countries: The Last Bastion*, in BIRKS P. e PRETTO A. (ed.), *Themes in Comparative Law. In Honour of Bernard Rudden*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2002, (pp. 3-20).
- BAIRATI L., *La responsabilità dello Stato – legislatore la componente culturale e gli impulsi della Corte di giustizia europea nella relativizzazione delle categorie nazionali*, in *CDCT working paper. European Legal Culture*, 6, 2012, (pp. 1-37).
- BAIRATI L., *La responsabilità patrimoniale dello Stato legislatore in Spagna. Elementi di riflessione per l'osservatore italiano, sulla scorta della recenti pronunce della Corte di giustizia U.E.*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, IV, 2010, (pp. 1363-1379).
- BAIRATI L., *La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche e implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2010, (pp. 693-701).
- BAIRATI L., *A proposito del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria per violazione del diritto comunitario: la sentenza della Corte di giustizia CE Danske Slagterier c. Repubblica federale di Germania*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2, 2009, (pp. 1030-1044).
- BAIRATI L., *Una nuova applicazione del principio di responsabilità risarcito-*

- ria dello Stato per violazione del diritto comunitario. Il 'caso Europa 7', in *Giurisprudenza italiana*, 11, 2009, (pp. 2540-2545).
- BANDRAC M., *De l'acte juridictionnel et de ceux des actes du juge qui ne le sont pas*, in *mélanges Draï, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, Paris, 2000.
- BARAK A., *La discrezionalità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995.
- BARAV A., *La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in AA.Vv., *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991, (pp. 1-20).
- BARAV A., *Omnipotent Courts*, in CURTIN D. e HEUKELS T., *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Dordrecht, Nijoff, 1994, (pp. 265-302).
- BARAV A., *State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts*, in HEUKELS T. e MCDONNELL A., *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1997, (pp. 363-408).
- BARAV A., *El papel comunitario del juez nacional y el Estatuto del Justicia-ble comunitario*, in MARTINEZ DE VELASCO J.H., *La Articulación entre el derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 259-335).
- BARELA V., *Il diritto ad un giusto processo: responsabilità e profili riparatori*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2003, (pp. 138-157).
- BARRÓN DE BENITO J.L., *Algunas precisiones conceptuales sobre la responsabilidad civil judicial*, in *Revista española de seguros*, 93, 1998, (pp. 51-102).
- BAUDEL J.M., *L'accès à la justice: la situation en France*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 2006, (pp. 477-491).
- BELL J., *Mechanisms for Cross-fertilisation of Administrative Law in Europe*, in BEATSON J. e TRIDIMAS T., *New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 147-165).
- BELL J.S., *Comparative Administrative Law*, in REIMANN M. e ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008, (pp. 1259-1286).
- BENACCHIO A., *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Cedam, Padova, 2008.
- BENOIT F.P., *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*, in *Juris-classeur périodique*, I, 1351, 1957.
- BERGÉRES M., *La responsabilité d'un État membre pour la violation du droit communautaire imputable à une juridiction suprême*, in *Droit Fiscal*, 36, 2006, (pp. 1492-1497).
- BEUTLER B., *State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?*, in *Common Market Law Review*, 46, 2009, (pp. 773-804).
- BEVILACQUA M., *La colpa grave nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2, 2007, (pp. 251-275).

- BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna tributaria*, 5, 2007, (pp. 1591-1603).
- BIONDI F., *La responsabilità del magistrato: saggio di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BO G., *La pronuncia della Corte di Giustizia nella causa Unibet tra principio di autonomia processuale e principio di non discriminazione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 2008, (pp. 1065-1078).
- BONACCORSI F., *Clausola di salvaguardia e responsabilità dello Stato per l'illecito del magistrato*, in *Danno e Responsabilità*, 10, 2012, (pp. 981-990).
- BONACCORSI F., *I danni da ingiusta detenzione ed il confine della responsabilità da attività giudiziaria*, in *Danno e Responsabilità*, 8-9, 2010, (pp. 785-789).
- BONACCORSI F., *I primi vent'anni della legge n. 117/88 tra interpretazioni giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Danno e Responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1136-1140).
- BONACCORSI F., *Tipicità dell'illecito giudiziario?*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, 7-8, 2008, (pp. 834-840).
- BONIFACIO G., GIACOBBE F., *La magistratura-Tomo II (artt. 104-107)*, in BRANCA G., *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1986.
- BONTEMPS C., *La responsabilité de l'État du fait de la justice en Allemagne*, in DEGUERGUE M., *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 35-52).
- BOULOUIS J., *La France et la Cour de Justice des Communautés européennes*, in PLANTEY A., *L'internationalisation dans les institutions et le droit, Convergences et déficits, Études offertes à A. Plantey*, Pedone, Paris, 1995, (pp. 127-132).
- BRACE P., BOYEA B., *Judicial Selection Methods and Capital Punishment in the American States*, in STREB M.J., *Running for Judge. The Rising Political, Financial and Legal Stakes of Judicial Elections*, New York University Press, New York, 2007, (pp. 183-203).
- BRONZINI G., *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di giustizia*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 4, 2009, (pp. 863-882).
- CAIANIELLO V., *Profili costituzionali della responsabilità dei magistrati*, in *Foro Italiano*, V, 1984, (pp. 353-368).
- CALABRESI G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England, 1982.
- CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975.
- CALVO CORBELLA J.C., *La responsabilidad por el funcionamiento de la administración de justicia*, in J. FUENTES BARDAJÍ, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, (pp. 724 -748).
- CALZOLAIO E., *L'illecito dello stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparatistica*, Giuffrè, Milano, 2004.
- CANIVET G., *La responsabilité des juges en France*, in *Commentaire*, 26, 103, 2003, (pp. 637-648).

- CANIVET G., JOLY-HURARD J., *La responsabilité des juges, ici et ailleurs*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2006, (pp. 1049-1093).
- CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3, 2008, (pp. 447-467).
- CAPONI R., *L'applicazione del diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza civile: appunti preliminari per uno studio*, in FALLETTI E. e PICCONI V., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, 2010, (pp. 227-256).
- CAPPELLETTI M., *Giudici irresponsabili?*, Giuffrè, Milano, 1988.
- CAPPELLETTI M., *Giudici Legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984.
- CARANTA R., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CARANTA R., *Government Liability after Francovich*, in *Cambridge Law Journal*, 52, 2, 1993, (pp. 272-297).
- CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Parigi, 2001.
- CARRILLO DONAIRE J.A., LÓPEZ MENUDO M., GUICHOT REINA E., *La responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005.
- CARSE J.P., *Jeux finis, jeux infinis. Le pari méthyphysique du joueur*, Seuil, Paris, 1988.
- CARTABIA M., GENNUSA M., *Le fonti europee e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009.
- CARTEI G.F., *La Corte di Giustizia e la responsabilità dello stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, (pp. 733-747).
- CASO L., CARINCI F. e TENORE V., *Magistrati e avvocati dello Stato*, Giuffrè, Milano, 2007.
- CATTARIN A., *L'elezione popolare dei magistrati statali nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America tra indipendenza della funzione e responsabilità politica*, in *Il Diritto della Regione*, 5-6, 2004, (pp. 663-691).
- CECCHETTI M., *Giusto processo (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. V (aggiornamento), Giuffrè, Milano, 2001, (pp. 595-627).
- CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, L.G.D.J., Paris, 2001.
- CHAPUS R., *Droit administratif général, Tome 1*, Montchrestien, Paris, 2000.
- CHELI E., *Funzione giurisdizionale e responsabilità politica*, in AA.Vv., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1978, (pp. 143-150).
- CHINDEMI D., *Ottica risarcitoria e ottica indennitaria*, in P. CENDON, *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, vol. I, Utet, Torino, 2008, (pp. 137-164).
- CHOURAQUI A., *Normes sociales et règles juridiques: quelques observations sur des régulations désarticulées*, in *Droit et société*, 13, 1989, (pp. 415-430).
- CICALA M., *Rassegna sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2004, (pp. 457-466).

- CICALA M., *Rassegna sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, in *Rivista di diritto privato*, 1, 2004, (pp. 203-225).
- CICALA M., *Rassegna di giurisprudenza sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *www.giustiziacarita.it*.
- CIPOLLINA S., *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in *Rivista di Diritto finanziario e scienza delle finanze*, II, 1997, (pp. 12-28).
- CITATI A., ZAMBRANO V., *Convergenze e divergenze tra la giurisprudenza italiana ed europea in materia di ragionevole durata del processo e di diritto all'equo indennizzo*, in LEANZA U., *La ragionevole durata del processo in Europa. Genesi, effetti e sviluppi della legge Pinto*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, (pp. 121-154).
- CLAES M., *The National Courts Mandates in the European Constitution*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- COBO DEL ROSAL M., *Art. 124. El Ministerio Fiscal*, in ALZAGA VILLAAMIL O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Cortes Generales. Editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1998, (pp. 541-564).
- COBREROS MENDAZONA E., *El marco del ordenamiento español para el ejercicio de la acción de responsabilidad por incumplimiento judicial del Derecho comunitario. (A propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2009)*, in *Revista Vasca de Administración Pública*, 84, 2009, (pp. 209-230).
- COBREROS MENDAZONA E., *Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización*, in *Revista de Administración Pública*, 177, 2008, (pp. 31-69).
- COBREROS MENDAZONA E., *La responsabilidad por actuaciones judiciales. El último gran paso en la responsabilidad de los Estados por el incumplimiento del derecho comunitario*, in *Civitas. Revista española de derecho europeo*, 10, 2004, (pp. 289-316).
- COBREROS MENDAZONA E., *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, Madrid, 1998.
- COBREROS MENDAZONA E., *Incumplimiento del derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1995.
- COLLIARD C.A., *Le préjudice dans la responsabilité administrative*, Dalloz, Paris, 1938.
- COMINO A., *La responsabilità dello Stato-giudice alla prova del diritto europeo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2012, (pp. 776-787).
- CONDINANZI M., *I giudici italiani «avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritti interno» e il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2010, (pp. 295-334).
- CONSO G. (cur.), *Pubblico Ministero e accusa penale*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1, 2008, (pp. 225-238).
- CONSTANTINESCO L.J., *Il Metodo comparativo*, Giappichelli, Torino, 2000.
- CONTI R., *La natura «non illecita» dell'illecito comunitario*, in *Danno e Responsabilità*, 1, 2010, (pp. 19-39).



- CONTI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 3, 2007, (pp. 377-412).
- CONTI R., *Responsabilità per atto del giudice, legislazione italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Corriere Giuridico*, fasc. 11, 2006, (pp. 1515-1528).
- CONTI R., *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Responsabilità*, 1, 2004, (pp. 26-41).
- CÓRDOBA CASTROVERDE D., *Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por incumplimiento del derecho comunitario*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, mayo 2009, (pp. 12-23).
- CÓRDOBA CASTROVERDE D., *¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?*, in *Revista Española de Derecho Europeo*, 37, 2011, (pp. 7-36).
- CORRAL SASTRE A., *Sobre la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 144, 2009, (pp. 737-748).
- CORSARO L., POLITI M., *La cosiddetta responsabilità del giudice*, in *Giurisprudenza italiana*, 8-9, 1989, (pp. 366-378).
- COSENTINO C., *La responsabilità civile del magistrato tra inefficienze interne, moniti della Corte di Giustizia e modelli alternativi*, in *Danno e Responsabilità*, 3, 2010, (pp. 230-239).
- COURTIAL J., *La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif: un droit sous influence européenne?*, in *A.J.D.A.*, 60, 8, 2004, (pp. 423-431).
- COUTRON L., *Responsabilité pour faute et responsabilité sans faute en droit communautaire. Les approximations de l'arrêt FIAMM*, in *R.F.D.A.*, 2, mars-avril 2009, (pp. 329-342).
- COUTRON L., *Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire*, in *Revue Trimestrelle du Droit Européenne*, oct-dec, 4, 2009, (pp. 643-676).
- CRISAFULLI V., *Voce Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1968, (pp. 925-966).
- CURTIN D., *The Decentralised Enforcement of Community Law Rights. Judicial Snakes and Ladders*, in CURTIN D. e O'KEEFE D., *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Butterworths, Dublin, 1992, (pp. 33-49).
- D'ANCONA L., *L'efficacia della Carta di Nizza nella giurisprudenza nazionale dopo Lisbona: un'analisi della giurisprudenza italiana nel primo anno dall'approvazione del Trattato di Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).
- DAMIANI P., *La riforma del reclutamento e della formazione professionale dei magistrati ordinari in Francia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2010, (pp. 1772-1796).
- DANIELE L., *Il contributo dei giudici italiani allo sviluppo del diritto comunitario ovvero cinquant'anni di rinvio pregiudiziale*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 3, 2008, (pp. 447-461).
- DANNEMANN G., *Comparative Law: Study of Similarities or Differences?*, in

- REIMANN M. e ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 2008 (pp. 383-419).
- DAVIS R.W., *Liability in Damages for a Breach of Community Law: Some Reflection on the Question of Who to Sue and the Concept of «the State»*, in *European Law Review*, 31, 2006, (pp. 69-80).
- DE ANGEL YÁGÜEZ R., *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 2008.
- DE LA OLIVA SANTOS A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., VEGAS TORRES J., *Curso de derecho procesal civil*, Ramón Areces, Madrid, 2012.
- DE LONDRAS F., KINGSTON S., *Rights, Security and Conflicting International Obligations: Exploring Inter-Jurisdictional Judicial Dialogues in Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 58, 2, Spring 2010, (pp. 359-413).
- DE SALINS C., *La responsabilité de l'État* in *Revue française de droit administratif*, 4, 2008, (pp. 755 – 761).
- DE URBANO CASTRILLO E., *La responsabilidad de Jueces y Magistrados*, in *Diario La Ley*, 7118, 2008, (pp. 1-19).
- DE VITA A., *A mali estremi prudenti rimedi: la responsabilità del giudice nel diritto francese tra l'eredità del passato e le soluzioni del regime odierno*, in *Quadrimestre. Rivista di diritto privato*, 3, 1985, (pp. 394-434).
- DE VITA A., *La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese*, in *Foro Italiano*, 9, 1979, (pp. 181-239).
- DEARDS E., *Curiouser and Curiouser? The Development of Member State Liability in the Court of Justice*, in *European Public Law*, 3, 1-March, 1997, (pp. 117-143).
- DEBBASCH C., COLIN F., *Droit administratif*, Economica, Paris, 2007.
- DEFFIGIER C., *L'éventuelle responsabilité de l'Etat pour faute du fait de l'inconventionnalité de la loi*, in *A.J.D.A.*, 59, 18, 2003, (pp. 955- 958).
- DEGUERGUE M., *Les dysfonctionnements du service public de la justice*, in *Revue française d'administration publique*, 1, 2008, (pp. 151-167).
- DELALOY G., *Le pouvoir judiciaire*, Presses universitaires de France, Paris, 2005.
- DELGADO DEL RINCÓN L., *Las limitaciones material y procesal a la responsabilidad civil del juez en el Derecho español: regulación legal e interpretación jurisprudencial*, in *Revista del Poder Judicial*, 81, 2006, (pp. 11-49).
- DELGADO DEL RINCÓN L., *Constitución, Poder Judicial y responsabilidad*, Consejos de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- DELGADO DEL RINCÓN L., *La responsabilidad del Juez por la aplicación de la Ley*, in M. REVENGA SÁNCHEZ, *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, (pp. 441-474).
- DELGADO PUGÉS I., *La composición del Ministerio Fiscal en España y en Francia: cuestiones de traducción y terminología*, in *Anales de Filología Francesa*, 18, 2010, (pp. 119-135).
- DELLACHÀ P., *La responsabilità civile del magistrato per dolo, colpa grave e*

- violazione del diritto comunitario: equilibrio del sistema e possibili elementi di rottura*, in *Danno e Responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1129-1135).
- DEMBOUR M.B., *Harmonization and the Construction of Europe: Variations away from a Musical Theme*, 96/4, Badia Fiesolana (San Domenico di Fiesole): European University Institute. Department of Law, Firenze, 1996.
- DESDEVISES Y., *La responsabilité de la justice en France*, in *Révue Générale du droit*, 32, 2002, (pp. 631-640).
- DEVEL G., DELVOLVÉ P., *Droit administratif. t. 1*, PUF, Thémis, 1997.
- DI FEDERICO G., *Ordinamento giudiziario. Uffici giudiziari, CSM e governo della magistratura*, Cedam, Padova, 2012.
- DI FEDERICO G. (cur.), *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004.
- DI FEDERICO G., *Il pubblico ministero: indipendenza, responsabilità, carriera separata*, in DI FEDERICO G., *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004, (pp. 415-452).
- DI FEDERICO G., *Indipendenza e responsabilità del pubblico ministero alla ricerca di un difficile equilibrio. I casi di Inghilterra, Francia ed Italia*, in DI FEDERICO G., *Manuale di ordinamento giudiziario*, Cedam, Padova, 2004, (pp. 474 - 492).
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1993.
- DI SERI C., *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 2006, (pp. 1116-1131).
- DÍAZ DELGADO J., *La responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- DÍAZ DELGADO J., *La responsabilidad del Estado Juez*, in DÍAZ DELGADO J., *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 283-331).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ I., *Poder Judicial y Responsabilidad*, in *La Ley, Actualidad*, 1990, (pp. 13-21).
- DOMENECH PASCUAL G., *Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?*, in *Revista de Administración Pública*, 183, 2010, (pp. 179-231).
- DUPUIS G., GUÉDON M.-J., CHRÉTIEU P., *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 2007.
- DURAND Y., *La responsabilité de la justice et des juges en Espagne*, in DEGUERGUE M., *Justice et responsabilité de l'État*, Presses universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 67-99).
- ENCINAR DEL POZO M.A., *La responsabilidad penal de los jueces y magistrados*, in QUINTANA CARRETERO J.P., *La responsabilidad personal del juez*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, (pp. 51-101).
- ERRERA R., *Sur l'indépendance et la responsabilité des magistrats*, in GABORIAU S. e PAULIAT H., *La responsabilité des magistrats*, Pulim, Limoges, 2008, (pp. 86 e ss.).
- FABBRINI F., *Il procedimento di nomina dei giudici della Corte Suprema USA in prospettiva comparata*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2010, (pp. 281-307).

- FABBRINI S., *Politica comparata. Introduzione alle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- FAVOREU L., *Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge*, in *Gouverner, administrer, juger. Melanges J. Waline*, Dalloz, Paris, 2002, (pp. 513-521).
- FAVRET J., *Les influences réciproques de droit communautaire et du droit national de la responsabilité publique extracontractuelle*, Pedone, Paris, 2000.
- FERNÁNDEZ FARRERES G., *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 146, 2010, (pp. 265-290).
- FERNÁNDEZ FARRERES G., *La responsabilidad patrimonial del Estado-juez*, in *Revista del Poder Judicial*, 12, 1984, (pp. 61-70).
- FERNÁNDEZ HIERRO J.M., *Responsabilidad civil judicial*, Aranzadi, Pamplona, 1987.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 2009.
- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2008.
- FERRARO F., *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2007, (pp. 55-89).
- FERRI G., *La responsabilità civile dei magistrati nell'ordinamento italiano e le prospettive di riforma*, in *Diritto e Società*, 2012, (online).
- FERRI G., *La responsabilità dello Stato per la violazione del diritto Ue commessa dal giudice nazionale e la legge sulla responsabilità civile dei magistrati*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2, 2012, (pp. 633-647).
- FINE T., *An Introduction to the Anglo-American Legal System*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- FLICK G.M., *La responsabilità civile dei magistrati. Proposte di modifica fra disinformazione e realtà*, in *federalismi.it*, 11, 2012, (pp. 1-10).
- FLYNN L., *Whatever Happened to Emmott? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits*, in KILPATRICK C., *The Future of Remedies in Europe*, Hart, Oxford-Portland Oregon, 2000, (pp. 50-67).
- FONTANA E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1, 2008, (pp. 193-219).
- FRATA L., *Cronaca di una legge inutile: la Cassazione e la responsabilità civile dei magistrati*, in *Danno e Responsabilità*, 11, 2008, (pp. 1140-1143).
- FRISON-ROCHE M.-A., *La responsabilité des magistrats: l'évolution d'une idée*, in *JCP*, I, 174, 1999, (pp. 1869-1876).
- FROMONT M., *La place de la justice administrative française en Europe*, in *Juris Classeur – Droit administratif*, n. 7, luglio 2008, (pp. 8-12).
- FUMAGALLI L., *Responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario e risarcimento dei danni causati ai privati*, in *Studium Iuris*, 11, 2000, (pp. 1198-1208).
- GAJA G., HAY P., ROTUNDA R., *Instruments for legal integration in the Eu-*

- ropean Community. A review, in *Integration Through Law*, vol. 1. Methods, Tools and Institutions, De Gruyter, Berlin, 1985, (pp. 117-138).
- GAMBARO A., *Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto*, in *Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, supp. 4, dic., 2009, (pp. 7-38).
- GAMBARO A., *Trento Theses*, in *Global Jurist Frontiers*, 4, 1, 2004, (pp. 1-29).
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Torino, 2008.
- GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione europea fra «trattati» (di Lisbona) e Costituzione*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2009, (pp. 29-87).
- GARAPON A., PAPAPOPOULOS I., *Juger en Amérique et en France. Culture juridique française et common law*, Odile Jacob, Paris, 2003.
- GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS J., *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la administración de justicia: dilaciones indebidas*, in GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS J., *Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la administración*, Consejo General del Poder Judicial-Marcial Pons, Madrid, 2002, (pp. 91-150).
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., *El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, in *Estudios de Derecho Público Económico*, 159, 2002, (pp. 173-208).
- GARCÍA DE ENTERRÍA E., FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- GARNER B.A. (ed.), *Black's Law Dictionary, Eighth Edition*, Thomson, St. Paul (Minnesota), 2004.
- GARRI F., *Voce Responsabilità amministrativa*, in AA.VV., *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991.
- GAUDIN H., *Responsabilité de la puissance publique, délai raisonnable de jugement et contenu d'une décision juridictionnelle*, in *Revue Lamy. Droit Civil*, 52, 2008, (pp. 24-25).
- GAUDIN H., *Chronique de jurisprudence communautaire*, in *Revue de droit Publique et de la science politique en France et à l'étranger*, 5, 2004, (pp. 1395-1430).
- GAUTIER M., *Responsabilité du fait de la justice. Un abandon ambigu de la jurisprudence Darmon en cas de violation du droit communautaire*, in *Droit Administratif*, 8, 2008, (pp. 43-45).
- GHERA F., *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, XLV, 2, 2000, (pp. 1193-1223).
- GHIRONI A., *Tradizione: il magistrato come funzionario di Stato*, in *Diritto e Scienza*, 4, 2012, (pp. 1-44).
- GIACARDI W., *Il diritto all'equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Diritto & Diritti*, Aprile 2008, (pp. 1-24).
- GIL IBÁÑEZ J.L., *La responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho comunitario. Su articulación en el Derecho*

- Español. Algunos supuestos de aplicación por los Tribunales españoles*, in *La Ley*, XXXII, 1999, (pp. online).
- GIULIANI A., PICARDI N., *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, Milano, 1995.
- GIUSTI G., *Gli errori giudiziari*, in AA.VV., *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, Utet, Torino, 2008, (pp. 1659-1683).
- GLIELMO L., *Diritto al silenzio e riparazione per ingiusta detenzione*, in *Diritto penale e processo*, 3, 2009, (pp. 344-350).
- GODED MIRANDA M., *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, in AGÚNDEZ FERNÁNDEZ A., *El Poder Judicial, volumen I*, Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1983, (pp. 311-349).
- GOHIN O., *Contentieux administratif*, Litec, Paris, 1996.
- GONZÁLEZ PÉREZ J., *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Thomson Civitas, Madrid, 2010.
- GORÈ M., *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 11.3, December 2007, (pp. 1-19).
- GORLA G., CAPPELLETTI M., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.
- GRANGER M.P., *National Applications of Francovich and the Construction of a European Administrative Jus Commune*, in *European Law Review*, 32, 2, April 2007, (pp. 157-192).
- GRAZIADEI M., *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in REIMANN M. e ZIMMERMANN R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, (pp. 441-474).
- GRAZIADEI M., MATTEI U., *Judicial Responsibility in Italy: A New Statute*, in *American Journal of Comparative Law*, 38, 1990, (pp. 103-126).
- GRECO G., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2008, (pp. 505 – 517).
- GUARNIERI C., *Magistratura e politica in Italia*, Il mulino, Bologna, 1993.
- GUARNIERI C., *Pubblico ministero e sistema politico*, Cedam, Padova, 1984.
- GUARNIERI C., PEDERZOLI P., *La magistratura nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Bari, 2002.
- GUASTINI R., *Il giudice e la legge*, Giappichelli, Torino, 1995.
- GUINCHARD S., *La responsabilité des magistrats*, in *Gazette du Palais*, 98, 8 avril 2006, (pp. 2-7).
- GUZMÁN FLUXÁ V., *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.
- HAGUENAU C., *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- HALEY J.O., *The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges*, in *American Journal of Comparative Law*, 54, 2006, (pp. 281-292).
- HART H.L.A., *Le concept du droit*, Faculte's universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.

- HERNÁNDEZ MARTÍN V., *El error judicial: procedimiento para su declaración e indemnización*, Civitas, Madrid, 1994.
- HERNÁNDEZ OLIVENCIA A.R., *El error judicial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Trivium, Madrid, 1995.
- HERZOG P.E., KARLEN D., *Attacks on judicial decisions*, in NIJHOFF M., *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI Civil procedure. Ch.8 – Attacks on judicial decisions, Mohr Siebeck, Tübingen, 1983, (pp. 6-7).
- HIGUERA AGEJAS F., *La responsabilidad patrimonial por deficiente funcionamiento de la administración judicial y error judicial*, in URBANO CASTRILLO E., *Ética del juez y garantías procesales*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, (pp. 235-312).
- HOOGE L., MARKS G., *Multi-level Governance and European Integration*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, Boulder, New York, Oxford, 2001.
- HOSKINS M., *Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules*, in *European Law Review*, 21, No. 5, October 1996, (pp. 365 – 377).
- HOURQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- HUIZINGA J., *Homo ludens: essai sur la fonction sociale du jeu*, Gallimard, Paris, 1977.
- IADICICCO M.P., *Integrazione europea e ruolo del giudice nazionale*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2, 2011, (pp. 393-446).
- JACCHIA R.A., FRIGO M., *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 3, 2008, (pp. 643-680).
- JANER TORRENS J.D., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos nacionales por infracción del derecho comunitario*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- JIMÉNEZ RODRÍGUEZ A., *La responsabilidad del Estado por el anormal funcionamiento de la justicia*, Impredisur, Granada, 1991.
- JOLY-HURARD J., *La responsabilité civile, pénale et disciplinaire des magistrats*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 2006, (pp. 439-475).
- OBSERVATOIRE DES MUTATIONS INSTITUTIONNELLES ET JURIDIQUES (ed.), *La justice administrative en Europe*, PUF, Paris, 2007.
- KARAM-BOUSTANY L., *L'action en responsabilité extra-contractuelle devant le juge administratif*, L.G.D.J., Paris, 2007.
- KELLER R., *Responsabilité du fait d'une durée excessive de jugement et jurisprudence européenne*, in *R.F.D.A.*, 3, mai-juin 2009, (pp. 546 – 550).
- KERBAOL G., *La responsabilité des magistrats*, Presses Universitaires de France, Paris, 2006.
- KIIKERI M., *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht-Boston-London, 2001.
- KLING G., *The Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges. Israeli Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, Jerusalem, 2008.

- KOOPMANS T., *Courts and Political Institutions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- LAJOLO DI COSSANO F., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali di ultima istanza*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 3-4, 2006, (pp. 759-790).
- LANDI G., *Magistrato (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXV, Giuffrè, Milano, 1976, (pp. 199-209).
- LANZAROTE MARTÍNEZ P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su estatuto orgánico*, La Ley, Madrid, 2008.
- LAZARI A., «Là où est la responsabilité, là est le pouvoir». *Il nuovo ruolo del giudice nel paradigma comunitario dopo la sentenza Traghetti*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org, 2008.
- LAZARI A., *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Giappichelli, Torino, 2005.
- LEONARDI L., *Accertamento della responsabilità civile dei magistrati per le violazioni del diritto comunitario e applicabilità della L. n. 117 del 1988*, in *Giurisprudenza di merito*, 4, 2010, (pp. 991-997).
- LEVY R.A., MELLOR W., *The Dirty Dozen. How Twelve Supreme Court Cases Expanded Government and Eroded Freedom*, Penguin Group, New York, 2008.
- LINGIBE P., *La detention provisoire: quelle réparation en cas d'abus? (Après la loi n. 2000-516 du 15 Juin 2000)*, in *Revue de l'Actualité juridique française*, 2000, (online).
- LIPARI N., *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Rivista di diritto civile*, 5-1, 2010, (pp. 635-653).
- LONGO F., *L'art. 2 della Legge Pinto: indennizzo o risarcimento?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2, 2006, (pp. 275-277).
- LÓPEZ GOÑI M., *Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública. Daños personales y quantum indemnizatorio*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- LÓPEZ MUÑOZ R., *Independencia y responsabilidad del juez*, in *Revista General Informática de Derecho*, 636, 1997, (pp. 1-21).
- LOUIS J.V., RONSE T., KADDOUS C., *L'ordre juridique de l'Union Européenne*, Helbing & Lichtenhahn, Parigi, 2005.
- LUCARELLI U., *La legge Pinto*, in *La prova e il quantum nel risarcimento del danno non patrimoniale. Danno biologico, esistenziale e morale*, vol. II, Utet, Torino, 2008, (pp. 1697-1717).
- LUDET D., *Quelle responsabilité pour les magistrats?*, in *Pouvoirs*, 74-Les juges, 1995, (pp. 123-142).
- LUDET D., *Formation et responsabilité des magistrats: quelles réformes?*, in TRONQUOY P., *La justice, réformes et enjeux*, vol. 334, La documentation française, Paris, 2006 (pp. 77-84).
- LUISO F.P., *La responsabilità civile*, in *Foro Italiano*, 10, 2011, (pp. 285-290).
- LUISO F.P., *L'attività interpretativa del magistrato e la c.d. clausola di salvaguardia*, in *Corriere Giuridico*, 5 2008, (pp. 730-735).
- LUMETTI M.V., *Le azioni di riparazione per errore giudiziario ed ingiusta detenzione. La debenza degli interessi sulle somme riconosciute dal prov-*



- vedimento conclusivo del giudice*, in *Giustizia amministrativa*, 1, 2004 (pp. 64-83).
- LUPOI M., *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1, 1999, (pp. 234-262).
- LYONS C., *The Limits of European Union Citizenship*, in BANKOWSKI Z. e SCOTT A., *The European Union and its Order. The Legal Theory of European Integration*, Blackwell, Oxford - Malden, 2000, (pp. 149-167).
- MACRÌ M., *L'estinzione del reato per intervenuta prescrizione non è più presupposto ostativo al riconoscimento dell'ingiusta detenzione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2009, (pp. 782-792).
- MACRÌ M., *Risarcimento danni per ingiusta detenzione tra difficoltà di applicazione e prospettive indennitarie*, in *Responsabilità civile e previdenza*, LXIII, 4-5, 1998, (pp. 1046-1053).
- MAGLIOCCO NICASTRO G., *Efficacia nell'ordinamento delle sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giurisprudenza di merito*, 6, 2010, (pp. 1612-1623).
- MAMMONE G., *La legge sull'equa riparazione per violazione del diritto alla ragionevole durata del processo*, in *Giustizia Civile*, 9, pt. 2, 2002, (pp. 395-402).
- MANCINI G.F., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- MANIN P., *L'invocabilité des directives: quelques interrogations*, in *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, 4, 1990, (pp. 682-686).
- MANISCALCO M., *Ingiusta detenzione: riflessioni intorno alla manovra legislativa 9/2012*, in *Persona e danno*, 2012, (online).
- MANZANARES SEMANIEGO J.L., *Dos apuntes sobre la indemnización en la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia*, in *Diario La Ley*, 7797, 2012, (pp. 1-12).
- MANZELLA G.P., *Responsabilità dello Stato e diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 46, 1996, (pp. 426-433).
- MANZELLA G.P., ZIOTTI P., *Ancora sulla responsabilità di uno Stato Membro*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 7, 1996, (pp. 647-648).
- MARGUENAUD J.P., *La responsabilité des magistrats sous le regard de l'Europe: les apports de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour*, in GABORIAU S. e PAULIAT N., *La responsabilité des magistrats*, Pulim, 2008, (pp. 109-123).
- MARKESINIS B., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MARTÍ MARTÍ J., *La revisión de la doctrina del «error judicial» en los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución*, in *Diario La Ley*, 7617, 2012, (pp. 1-18).
- MARTÍN REBOLLO L., *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones*, in *Revista de Administración Pública*, 150, 1999, (pp. 317-372).
- MARTÍN REBOLLO L., *Jueces y responsabilidad del estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

- MARTINELLI G., BORRÈ P., ROVELLI L., *Unità e varietà nella giurisprudenza*, in *Foro Italiano*, V, 1971, (pp. 45-49).
- MARTÍNEZ-CARDUS RUIZ J.M., *Prisión preventiva y obligación estatal de indemnización*, in *La Ley*, 1, 1988, (pp. 972-974).
- MARTINICO G., *La sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, (pp. 249-282).
- MASTROIANNI R., *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 59, 2, 2007, (pp. 21-63).
- MATTEI U., *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010.
- MATTEI U., *The Comparative Relationship among Sources of Law*, in *Comparative Law and Economics*, 1997, (pp. 101 - 121).
- MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, IV, Fratelli Bocca, Torino, 1904.
- MEDINA ALCOZ L., *La Teoría de la pérdida de oportunidad*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- MEDINA ALCOZ L., *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- MEHDI R., *Primauté du droit communautaire*, in *Journal du droit international*, in 2, 2004, (pp. 552-559).
- MENÉNDEZ REXACH E., *La «Cooperación por coacción»: la responsabilidad de los Estados Miembros imputables a sus jueces*, in MARTÍNEZ DE VELASCO J.H. e ZAMORA ZARAGOZA F.J., *La articulación entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales: algunas zonas de fricción. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, (pp. 439-450).
- MESTRE DELGADO J.F., *La responsabilidad del Estado Legislador*, in DÍAZ DELGADO J., *Responsabilidad patrimonial del estado legislador, administrador y juez*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2004, (pp. 97-179).
- MILBURN P., *Les procureurs de la République: passeurs de justice ou gestionnaires des «politiques pénales»?», in *Droit et société*, 1, 74, 2010, (pp. 73-90).*
- MILLÁN MORO L., *La eficacia directa de las Directivas: evolución reciente*, in *Revista de Instituciones Europeas*, 18, 1991, (pp. 845-877).
- MIRONESCO C., *La logique du conflit. Théories et mythes de la sociologie politique contemporaine*, Ed. Pierre Marcel Favre, Losanna, 1982.
- MONATERI P.G., *La responsabilità civile*, UTET, Torino, 1998.
- MONATERI P.G., in FORTUNA E. e PADOVAN A., *I referendum: indipendenza e responsabilità del magistrato*, Cedam, Padova, 1987, (pp. 25-35).
- MONTERO AROCA J., *Independencia y responsabilidad del juez*, Civitas, Madrid, 1990.
- MONTERO AROCA J., *La responsabilidad del juez y del Estado por la actuación del Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.
- MONTERO AROCA J., GÓMEZ COLOMER J. L., MONTÓN REDONDO A., BARONA VILAR S., *Derecho jurisdiccional*, I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

- MONZANI S., GRANDINETTI M., *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'ottica comunitaria: riflessioni in ordine alla tutela cautelare e alla restituzione di tributi riscossi in violazione del diritto comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 2008, (pp. 927-963).
- MOREAU J., *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de las jurisdicciones administrativas en derecho francés*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 5, 2009, (pp. 4-11).
- MOREAU J., *La responsabilité de l'État du fait du mauvais fonctionnement du service de la justice administrative*, in *La semaine juridique. Administration et collectivités territoriales*, 31, 2008, (pp. 33 – 36).
- MOREAU J., *L'influence de la situation de la victime sur la responsabilité administrative*, L.G.D.J., Paris, 1957.
- MORENILLA ALLARD P., *Comentario al artículo 266*, in GIMENO SENDRA V., *Proceso Civil Práctico, tomo III, arts. 206 a 280*, Madrid, 2001 (actualizado al 2005), (pp. 6-29).
- MORENO CATENA V., CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- MOROZZO DELLA ROCCA F., *L'equa riparazione per irragionevole durata del processo nelle prime decisioni della Cassazione*, in *Giustizia Civile*, 2003, (pp. 702-706).
- MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova, 1975.
- MOVILLA ÁLVAREZ C., *Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta*, in *Cuadernos de derecho judicial*, XVIII, 1996, (pp. 341-388).
- MOVILLA ÁLVAREZ C., *El poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MOVILLA ÁLVAREZ C., *La responsabilidad del Estado Juez*, in MOVILLA ÁLVAREZ C., *Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, 1992, (pp. 437-479).
- MUCHEMBLED R., *Outreau: un procès en sorcellerie de notre temps*, in *Le Débat*, 1, 143, 2007, (pp. 63-78).
- MUGA MUÑOZ J.L., *El plazo para reclamar la responsabilidad de las administraciones públicas. Una propuesta de política legislativa*, in *Revista de Administración Pública*, 152, mayo – agosto 2000, (pp. 167-179).
- MUHM R., CASELLI G.C. (cur.), *Il ruolo del Pubblico Ministero. Esperienze in Europa*, Vecchiarelli, Roma, 2005.
- MUNOZ F., *L'indemnisation des détentions provisoires injustifiées: du secours à la garantie sociale*, in DEGUERGUE M., *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 117-138).
- MUSCAT H., *Le Droit Français de la responsabilité publique face au droit européen*, L'Harmattan, Paris, 2001.
- NEBBIA P., *Damages Actions for the Infringement of EC Competition Law: Compensation or Deterrence?*, in *European Law Review*, 33, 1, 2008, (pp. 23-43).
- NIETO A., *El desgobierno judicial*, Trotta, Madrid, 2004.
- NISTAL BURÓN J., *El concepto de «error penitenciario» en la ejecución penal su encaje jurídico en el marco legal de la responsabilidad patrimonial del Estado*, in *Diario La Ley*, 7725, 2011, (pp. 67-86).
- NISTAL BURÓN J., *La responsabilidad del estado frente a las personas pri-*

- vadas de libertad. Las muertes violentas en prisión* in *Diario La Ley*, 7383, 2010, (pp. 1472-1479).
- NOURISSAT C., *Responsabilité de l'État et interprétation du droit communautaire par le juge*, in *Procédures*, 6, 2007, (pp. 17-18).
- NUCERA V., *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 6, 2008, (pp. 161-179).
- O'CONNOR S., *Judicial Accountability Must Safeguard, not Threaten, Judicial Independence: an Introduction*, in *Denver University Law Review*, 86, 2009, (pp. 1-7).
- ODENT R., *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2007.
- OLIVA BLÁZQUEZ F., *Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable*, in *Dialnet*, 4, 2010, (pp. 1-57).
- OLIVA BLÁZQUEZ F., *Responsabilidad patrimonial del Estado Español frente a particulares por incumplimiento de la obligación de transposición de la Directiva 94/57/CE. Comentario a la SAN de 7 de mayo 2002 (RJCA 2002, 634)*, in *Revista de Derecho Patrimonial*, 11, 2003 – 2, (pp. 253-266).
- ORDÓÑEZ SOLÍS D., *La reclamación en España de la indemnización de los particulares por violación del Derecho de la Unión Europea*, in *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2048, 2007, (pp. 3995-4030).
- PADOA SCHIOPPA T., *Europa, forza gentile*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- PARDOLESI R., TASSONE B., *I giudici e l'analisi economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- PARLEBAS P., *Éléments de sociologie du sport*, PUF, Parigi, 1986.
- PARSI V.E. (cur.), *Cittadinanza e identità costituzionale europea. Ricerca del Centro di Ricerche in Analisi Economica, Economia Internazionale, Sviluppo Economico*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- PARTISANI R., *La irragionevole durata del processo nel pluralismo delle fonti e dei sistemi di tutele-II parte*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2011, (pp. 480-495).
- PASA B., ROSSI P., WEITENBERG M. (cur.), *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, Giappichelli, Torino, 2007.
- PATRONE I.J., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in AMATO G. e PACIOTTI E., *Verso l'Europa dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2005, (pp. 187-204).
- PEDRAZ PENALVA E., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, in *Poder Judicial*, 43-44, 1996, (pp. 225-250).
- PEPINO L., *Quale giudice dopo la riforma dell'ordinamento giudiziario?*, in *Questione giustizia*, 4, 2007, (pp. 651-676).
- PERONI G., *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Il Diritto del commercio internazionale*, 1, 2008, (pp. 221-232).
- PERRODET A., *Étude pour un ministère public européen*, L.G.D.J., Paris, 2001.
- PETRILLO G., *Il «Caso Lucchini»: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 3, 2008, (pp. 425-433).
- PETTITI C., *Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de*

- la Cour EDH: la loi française du 15 juin 2000*, in *Revue Trimestrelle du Droit de l'Homme*, 45, 2001, (pp. 3-13).
- PICARDI N., *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giustizia Civile*, LVIII-Marzo, 3, 2008, (pp. 559-561).
- PICARDI N., VACCARELLA R., *La responsabilità civile del giudice*, Cedam, Padova, 1990.
- PICCONE V., *La responsabilità del giudice nell'ordinamento integrato*, in *personaedanno.it*, 2011, (pp. 1-16).
- PICCONE V., *L'interpretazione giurisdizionale fra diritto interno e diritto eu-rounitario*, in FALLETTI E. e PICCONE V., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, 2010, (pp. 99-124).
- PINOTTI C., *Responsabilità dello Stato-giudice per violazione del diritto comunitario (1)*, in *Rivista della Corte dei Conti*, Parte IV, 2006, (pp. 395-425).
- PINOTTI C., *La responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere giurisdizionale: prospettive e ricadute nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1-2, 2003, (pp. 437-466).
- PINTUS F., *Responsabilità del giudice*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988 (pp. 1471-1482).
- PIVA P., *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della «Koblerizzazione» del diritto comunitario e del diritto degli stati membri* in *Il Diritto della Regione*, fasc. 5-6, 2004, (pp. 809-840).
- PIVETTI M., ROSSI A., *I referendum sulla giustizia*, in *Questione giustizia*, I, 1986, (pp. 1-31).
- PIZZETTI F.G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Giuffrè, Milano, 2004.
- PIZZETTI F.G., *Metodi intergovernativi, metodi «comunitari» e multilevel governance per il governo degli ordinamenti sopranazionali: profili problematici ed aspetti evolutivi*, in BILANCIA P., *Federalismi e integrazioni sopranazionali nell'arena della globalizzazione: Unione Europea e Mercosur*, Giuffrè, Milano, 2006, (pp. 269-287).
- PIZZORNI M.G., *La recente evoluzione della giurisprudenza nazionale in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2010, (pp. 145-178).
- PIZZORNO A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo delle virtù*, Laterza, Roma, 1998.
- PIZZORUSSO A., *Obiettivo 1-Tutela dei diritti e imparzialità della magistratura-Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2, 2003, (pp. 340-354).
- PIZZORUSSO A., *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Einaudi, Torino, 1990.
- PIZZORUSSO A., *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Quale Giustizia*, 33, 1975, (pp. 340-350).
- PIZZORUSSO A., *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, vol. III, Napoli, 2004, (pp. 1687-1711).

- PLUYETTE G., CHAUVIN P., *Responsabilité du service de la justice et des magistrats*, in *JCP*, 74, 33 1993, (pp. 126-132).
- PONZANELLI G., «*Equa riparazione*» per i processi troppo lenti, in *Danno e Responsabilità*, 6, 2001, (pp. 569-573).
- PORENA D., *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o «figura limite» nella teoria delle fonti?*, in *federalismi.it*, 15, 2011.
- PORTA J., *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité. Tome I*, L.G.D.J., Clermont Ferrand, 2007.
- POSNER R.A., *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2008.
- POUYAUD D., *La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle*, in *R.F.D.A.*, 6, novembre-dicembre 2008, (pp. 1178 – 1186).
- POUYAUD D., *Le fondement de la responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux*, in *R.F.D.A.*, 3, mai – juin 2007, (pp. 525-534).
- POZZO B., TIMOTEO M. (cur.), *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008.
- PRECHAL S., *Directives in EC Law. 2nd ed.*, Oxford University Press, New York, 2006.
- PRÉTOT X., *Note sous l'arrêt Sté. Jacques Dangeville*, in *A.J.D.A.*, 11, 1992, (pp. 768-771).
- PUBUSA A., voce «*Indennità e indennizzo*», in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. VIII, Utet, 1993, (pp. 223-228).
- PUIG FERRIOL L., *Apuntes sobre responsabilidad civil de jueces y magistrados después de la vigencia de la Ley de enjuiciamiento civil 1/2000, de 7 de enero* in *Revista Xurídica Galega*, 30, 2001, (pp. 13-30).
- QUINTANA CARRETERO J.P., *Poder Judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez*, in QUINTANA CARRETERO J.P., *La responsabilidad personal del juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009, (pp. 419-542).
- QUINTANA CARRETERO J.P., *Poder judicial y responsabilidad. La responsabilidad del Estado Juez*, in QUINTANA CARRETERO J.P., *La responsabilidad personal del juez*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008, (pp. 419-544).
- RASIA C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 6, 2007, (pp. 661-682).
- RECCHIA G., *Ordinamenti europei di giustizia amministrativa*, in SANTA-NIELLO G., *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1996.
- RENARD-PAYEN O., ROBINEAU Y., *La responsabilité de l'État pour faute du fait du fonctionnement defectueux du service publique de la justice judiciaire et administrative*, in Cassation Cour de, *Rapport 2002. La Responsabilité*, La Documentation Française, Paris, 2003, (pp. 59-85).
- RENTERÍA DÍAZ A., *Il labirinto della giustizia. Giudice, discrezionalità, responsabilità*, Franco Angeli, Milano, 2007.

- RESCIGNO G.U., *La responsabilità politica*, Giuffrè, Milano, 1967.
- RIVELLO P.P., *Riparazione per l'ingiusta detenzione*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. XII, UTET, Torino, 1999, (pp. 327-350).
- RODRÍGUEZ CARBAJO J.R., *La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el Derecho Comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE. (A propósito del Auto del TS de 1 de febrero de 2008 de planteamiento de cuestión prejudicial)*, in *Diario La Ley*, 6936, 30 Abr. 2008, (pp. 1-12).
- RODRIGUEZ IGLESIAS G.C., KEPPEL J.P., *L'incidence du droit communautaire sur le droit national*, in *Mélanges en hommage a Michael Waelbroeck*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 1999, (pp. 517-551).
- ROMANO M., *Brevi riflessioni in tema di esercizio del diritto di difesa nel procedimento di riparazione per ingiusta detenzione*, in *Cassazione penale*, 1, 2011, (pp. 253-261).
- ROMANO M., *Ambiti operativi della riparazione per ingiusta detenzione alla luce delle novità giurisprudenziali*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2010, (pp. 1496-1503).
- ROPPO V., *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente*, in *Rivista di diritto privato*, 2, 2012, (pp. 167-182).
- ROPPO V., *La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario (con una trasgressione nel campo dell'illecito «costituzionale» del legislatore)*, in *Contratto e impresa. Europa*, 1, 1999, (pp. 101-123).
- ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972.
- RUFFERT M., *Case C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic, Judgement of the Court (Great Chamber) of 13 June 2006.*, in *Common Market Law Review*, 44, 2007, (pp. 479-486).
- RUGGERI A., *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2012, (pp. 95-105).
- SABOURAULT D., *La fonction juridictionnelle entre autorité, indépendance et responsabilité*, in DEGUERGUE M. (dir.), *Justice et responsabilité de l'État*, Presses Universitaires de France, Paris, 2003, (pp. 171-208).
- SACCO R., *Introduzione al Diritto Comparato*, UTET, Torino, 1992.
- SACCO R., *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in SACCO R. (cur.), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1980, (pp. 241-265).
- SALAMA SALAMA I., *La responsabilidad por el funcionamiento del Tribunal Constitucional*, in FUENTES BARDAJÍ J. (dir.), *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, (pp. 748-756).
- SALAS D., *Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales*, in *Droit et société*, 1, 74, 2010, (pp. 91-103).
- SALVI C., *La responsabilità civile*, in IUDICA G. e ZATTI P. (cur.), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2005.
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia Tendam del Tribu-*

- nal Europeo de Derechos Humanos*, in *Revista de derecho administrativo. Justicia administrativa*, 55, 2012, (pp. 49-64).
- SANZ ACOSTA L., *Responsabilidad civil judicial*, in QUINTANA CARRETERO J.P. (dir.), *La responsabilidad personal del juez*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, (pp. 103-153).
- SARDA F., *La responsabilité des juridictions*, 3503, PUF, Paris, 1999.
- SARDINA CÁMARA P., *La responsabilidad patrimonial por prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, 30, 2012, (pp. 1-31).
- SARTORI G., *Elementi di teoria politica*, Il mulino, Bologna, 1987.
- SCARCIGLIA R., *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- SCHERMERS H.G., WAELBROCK D.F., *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague - London - New York, 2001.
- SCHERR K.M., *Comparative Aspects of the Application of the Principle of State liability for Judicial Breaches*, in *ERA Forum*, 12, 4, 2012, (pp. 565-588).
- SCHILTZ J.L., RAVARANI G., *Rapport Luxembourgeois*, in française Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, *La responsabilité, Aspects Nouveaux*, L.G.D.J., Paris, 2003, (pp. 573-596).
- SCHOCKWEILER F., *La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1, 1992, (pp. 27-50).
- SCHOCKWEILER F., *L'execution des arrêts de la Cour*, in CAPOTORTI F., *Du droit International au droit de la Integration. Liber amicorum P. Pescatore*, Nomos, Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, (pp. 613-635).
- SCODITTI E., *Violazione del diritto dell'Unione europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta al legislatore*, in *Foro Italiano*, 1, 2012, (pp. 22-26).
- SCODITTI E., *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro Italiano*, 2006, (pp. 418-420).
- SCODITTI E., *«Francovich presa sul serio»: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro Italiano*, IV, 2004, (pp. 4-7).
- SCODITTI E., *Il sistema multi-livello di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di direttiva comunitaria*, in *Danno e Responsabilità*, 7, 2003, (pp. 718-727).
- SCOTTI L., *La responsabilità civile dei magistrati*, Giuffrè, Milano, 1988.
- SELLA M., *La responsabilità civile nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano.
- SENTIS MELENDO S., *La responsabilidad del juez en España y en Argentina*, in GIULIANI A. e PICARDI N. (cur.), *L'educazione giuridica. III: La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, (pp. 385-411).
- SERIO M., *Imparzialità del giudice e giusto processo: profili comparatistici*, in *Europa e Diritto Privato*, 4, 2011, (pp. 991-1018).
- SERRANO ALBERCA J.M., ARNALDO ALCUBILLA E., *Artículo 121*, in GAR-



- RIDO FALLA F. (cur.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, (pp. 1255-1260).
- SHAPIRO M., *The Institutionalization of European Space*, in SANDHOLTZ W., STONE SWEET A. e FLIGSTEIN N. (ed.), *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, (pp. 94-112).
- SHAPIRO M., STONE SWEET A. (ed.), *On Law, Politics, & Judicialization*, Oxford University Press, New York, 2002.
- SIERRA GIL DE LA CUESTA I., *Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I*, Bosch, Barcelona, 2008.
- SILVA SÁNCHEZ M.J., *¿Cómo podemos reclamar los derechos que nos reconoce una directiva comunitaria, o la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la falta de transposición?*, in *Economist & Jurist*, 30, 1998, (pp. 43-45).
- SILVESTRI G., *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1997.
- SILVESTRI G., *Sovranità popolare e magistratura*, in CARLASSARE L. (cur.), *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladino, Padova, 2004, (pp. 229-254).
- SIMON D., *Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique: glissements progressifs ou révolution tranquille?*, in *A.J.D.A.*, 20, avril 1993, (pp. 235-243).
- SIMON D., *Autorité de chose jugée de l'arrêt d'une juridiction nationale devenu définitif*, in *Europe. Actualité du Droit Communautaire*, 10, 2007, (pp. 12-14).
- SIMON D., *La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême*, in *European Law Review*, 11, 2003, (pp. 3-6).
- SINA E., *Certezza e leale cooperazione. Quando due principi dell'ordinamento comunitario muovono apparentemente in direzioni contrapposte*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2008, (pp. 907-912).
- SLAUGHTER A., STONE SWEET A., WEILER J.H.H. (ed.), *The European Courts and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Hart Publishing, Oxford, 1998.
- SMITH F., WOODS L., *Causation in Francovich: The Neglected Problem*, in *International Comparative Law Quarterly*, 46, 1997, (pp. 925-941).
- SMITS C., *Entre diplomatie et croisade. Des influences réciproques entre le régime de la responsabilité extra-contractuelle de la Communauté et le régime de la responsabilité extra-contractuelle des États membres*, in VANDERSANDEN G. (dir.), *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, vol. I, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, (pp. 419-442).
- SOHM-BOURGEOIS A.M., *Prescription extinctive-Encyclopedie Dalloz – Civil*.
- SOLCHAGA LOITEGUI J., *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, in AGÚNDEZ FERNÁNDEZ A. (dir.), *El Poder Judicial*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, (pp. 2515-2586).
- SORRENTINO F., *L'incidenza del diritto comunitario sulle categorie del diritto pubblico*, in TIZZANO A. (cur.), *Il processo d'integrazione europea:*

- un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, (pp. 55-65).
- SPAGNA MUSSO E., *Giudice (nozione)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969, (pp. 931-932).
- STILE M.T., *Giudicato interno e giurisdizione comunitaria: la composizione dei contrasti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4, 2008, (pp. 873-882).
- STONE SWEET A., SANDHOLTZ W., FLIGSTEIN N. (ed.), *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, New York, 2001.
- TALLBERG J., *European Governance and Supranational Institutions. Making State Comply*, Routledge, London New York, 2003.
- TAPIA FERNÁNDEZ I., *Artículo 403*, in CORDÓN MORENO F., ARMENTA DEU T., MUERZA ESPARZA J.J. e TAPIA FERNÁNDEZ I. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, (pp. 1340-1345).
- TARUFFO M., *La cultura de la imparcialidad en los países del common law y del derecho continental*, in GÓMEZ MARTÍNEZ C. (dir.), *La imparcialidad judicial*, Consejo General del Poder Judicial. Centro de documentación judicial, Madrid, 2009, (pp. 95-120).
- TEMPLE LANG J., *Community Constitutional Law: article 5 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 27, 1990, (pp. 645-681).
- TESAURO G., *Costituzione e norme esterne*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2009, (pp. 195-229).
- TESAURO G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008.
- TEUBNER G., *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, in SNYDER F. (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, (pp. 243-267).
- TIZZANO A., *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2009, (pp. 141-167).
- TOLIVAR ALAS L., *La adjetivación reductora del error judicial: ¿un fraude de Constitución?*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 142, 2009, (pp. 203-223).
- TOLIVAR ALAS L., *La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez*, in QUINTANA LÓPEZ T. (dir.), *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, (pp. 507-547).
- TORCHIA L., *La responsabilità*, in CASSESE S. (cur.), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2003, (pp. 1649-1713).
- TORNOS MAS J., *La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: Algunos aspectos conflictivos, con especial referencia al procedimiento para hacerla efectiva*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 13, enero-abril 1985, (pp. 71-124).
- TRIDIMAS T., *The general Principles of EC Law*, Oxford EC Law Library, Oxford, 2000.
- TRIDIMAS T., *Member State Liability in Damages for Breach of Community Law: An assessment of the Case Law*, in BEATSON J. e TRIDIMAS T. (ed.),

- New Directions in European Public Law*, Hart Publishing, Oxford, 1998, (pp. 11-33).
- TRIDIMAS T., *Liability for breach of community law: growing up and mellowing down?*, in FAIRGRIEVE D., ANDENAS M. e BELL J. (ed.), *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2002, (pp. 149-181).
- TROCKER N., *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della Corte di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, 2, 2010, (pp. 361-412).
- TSAOUSSI A., ZERGIOVANNI E., *Judges as satisficers: a law and economics perspective on judicial liability*, in *European Journal of Law and Economics*, 29, 2010, (pp. 333-357).
- TURANO L., *Spain: Quis Custodiet Ipsos Custodes?: The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo*, in *International Journal of Constitutional Law*, 4, 1, 2006, (pp. 151-162).
- TURCO E., *Ingiusta detenzione e riparazione del danno esistenziale*, in *Casazione penale*, 12, 2008, (pp. 4735-4745).
- VAN DAM C., *European Tort Law*, Oxford University Press, Oxford – New York, 2006.
- VAN DER KERCHOVE M., OST F., *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, Giuffrè, Milano, 1995.
- VAN GERVEN W., *Of Rights, Remedies and Procedures*, in *Common Market Law Review*, 37, 3, June 2000, (pp. 501-536).
- VAN HOECKE M., *Deep Level Comparative Law*, European University Institute, Florence, 2002.
- VARANO V., *Responsabilità del magistrato*, in *Digesto-Discipline privatistiche-Sez. Civile*, vol. XVII, Torino, 1998, (pp. 111-119).
- VEGAS TORRES J., *El Consejo General del Poder Judicial como garantía de la independencia judicial*, in *Diario La Ley*, 7925, 2012, (pp. 1-17).
- VETTORI G., *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le corti*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2011, (pp. 237 – 256).
- VETTORI G., *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto civile*, LVI.I, 2010, (pp. 115-132).
- VIALLE P., *Lien de causalité et dommage direct dans la responsabilité administrative*, in *Revue de droit publique et de sciences politiques*, 5, 1974, (pp. 1243-1268).
- VIEITES PÉREZ C., *Delitos de prevaricación, nueva regulación dentro de los delitos contra la administración de justicia. Efectos de la supresión del antejuicio*, in *Cuadernos de derecho judicial*, 4, 1997, (pp. 1-15).
- VIGORITI V., *Responsabilità del giudice. Diritto comparato e straniero*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991, (pp. 1-7).
- VIGORITI V., *Responsabilità del giudice. Responsabilità del giudice, dei suoi ausiliari, del p.m.*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Treccani, Roma, 1991, (pp. 1-16).
- VINCENT J., GUINCHARD S., MONTAGNIER G., VARINARD A., *Institutions judiciaires*, Dalloz, Paris, 2001.

- VISINTINI G., *La circolazione delle giurisprudenze*, in *Contratto e impresa*, 1, 2011, (pp. 73-84).
- VOLPE G., *Diritti, doveri e responsabilità dei magistrati*, in PIZZORUSSO A. (cur.), *L'Ordinamento giudiziario*, il Mulino, Bologna, 1974, (pp. 406-451).
- VON DANWITZ, *Effets juridiques des directive selon la jurisprudence récente de la Cour de Justice*, in *Revue Trimestrielle du droit communautaire*, 4 2007, (pp. 575-596).
- WAELEBROECK D.F., *Treaty Violations and Liability of Member States: the Effect of the Francovich Case Law*, in HEUKELS T. e MCDONNELL A. (ed.), *The Action for Damages in Community Law*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1997, (pp. 311-337).
- WALINE J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2010.
- WATSON A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974.
- WEILER J.H.H., *Diritti Umani, Costituzionalismo e Integrazione: Iconografia e Feticismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 3, 2002, (pp. 521-536).
- WEILER J.H.H., *The Constitution of Europe. «Do the New Clothes Have an Emperor?»*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.
- WEILER J.H.H., *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 100, 1990, (pp. 2403-2483).
- WIEDERKEHR G., *Responsabilité de l'État et des magistrats*, in CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Paris, 2004, (pp. 1155-1157).
- WINKLER M., *Francovich colpisce ancora: una nuova condanna dello Stato per ritardato (ed errato) recepimento di una direttiva europea. (Nota a Trib. Torino sez. IV 3 maggio 2010, n. 3145)*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 4, 2011, (pp. 923-941).
- WYATT D., *New Legal Order, or Old?*, in *European Law Review*, 7, Num. 3, 1982, (pp. 147-166).
- ZAGREBELSKY G., *La responsabilità del magistrato nell'attuale ordinamento. Problemi di riforma*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4-parte I, 1982, (pp. 780-795).
- ZAMBELLI M., ZAMBELLI C., *La responsabilità extracontrattuale dello Stato nell'implementazione del diritto europeo: il contesto comunitario e l'esperienza inglese*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 3-4, 2011, (pp. 857-880).
- ZANON N., *La responsabilità dei giudici*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 2004. Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, Cedam, Padova, 2008, (pp. 217-252).
- ZANON N., BIONDI F., *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2002.
- ZIMMERMANN R., *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002.
- ZINGALES N., *Member State Liability vs. National Procedural Autonomy: What Rules for Judicial Breach of EU Law?*, in *German Law Journal*, 11, 4, 2010, (pp. 419-438).

*Nella stessa collana:*

nuova serie

1. *Valori e principi del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, a cura di Andrea Trisciuglio, 2009.
2. *La dimensione tacita del diritto*, a cura di Raffaele Caterina, 2009.
3. *L'identità plurale della filosofia del diritto. Atti del XXVI Congresso della Società Italiana di Filosofia del Diritto (Torino, 16-18 settembre 2008)*, a cura di Patrick Nerhot, 2009.
4. *Convenzione europea sui diritti dell'uomo: processo penale e garanzie*, a cura di Rosanna Gambini e Margherita Salvadori, 2009.
5. *La funzione giurisprudenziale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'Incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche - VII Edizione, Torino 9-10 ottobre 2009*, a cura di Alberto Oddenino, Elisa Ruozi, Annamaria Viterbo, Lorenza Mola, Francesco Costamagna e Ludovica Poli, 2010.
6. *Magistratura e democrazia italiana: problemi e prospettive*, a cura di Stefano Sicardi, 2010.
7. *I diritti sociali come diritti della personalità*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Leonardo Lenti, Gabriella M. Racca e Alessandra Rossi, 2010.
8. GIANLUCA RUGGIERO, *Gli elementi soggettivi della tipicità. Indagine sugli elementi normativi soggettivamente pregnanti della fattispecie penale*, 2011.
9. *La lezione di Leopoldo Elia*, a cura di Mario Dogliani, 2011.
10. SERGIO DELLAVALLE, *Dalla comunità particolare all'ordine universale*, vol. I, *I paradigmi storici*, 2011.
11. *Le autonomie territoriali e funzionali nella provincia di Cuneo in prospettiva transfrontaliera (alla luce del principio di sussidiarietà)*, in corso di stampa.
12. GIORGIO LOMBARDI, *Scritti scelti*, 2011.
13. GEO MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, 2011.
14. LUDOVICA POLI, *La responsabilità di proteggere e il ruolo delle organizzazioni internazionali regionali. Nuove prospettive dal continente africano*, 2011.
15. *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, a cura di Adolfo Angeletti, 2011.
16. FRANCESCO COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione dei servizi*, 2011.
17. MARA BORRELLO, *Sul giudizio. Verità storica e verità giudiziaria*, 2011.
18. SIMONA NOVARETTI, *Le ragioni del pubblico: le azioni nel pubblico interesse in Cina*, 2011.
19. NADIA COGGIOLA, *Alla ricerca delle cause. Uno studio sulla responsabilità per i danni da amianto*, 2011.
20. MARIO DEGANELLO, *Contributo allo studio dei termini processuali penali*, 2012.

21. ANNA FENOGLIO, *L'orario di lavoro tra legge e autonomia privata*, 2012.
22. *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, a cura di Chiara Besso e Sergio Chiarloni, 2012.
23. *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico*, a cura di Patrizia Macchia, 2012.
24. *Extracting Value From Public Sector Information: Legal Framework and Regional Policies*, a cura di Marco Ricolfi e Cristiana Sappa, in corso di stampa.



Questo volume è stato impresso  
nel mese di febbraio dell'anno 2013  
presso Effegi s.a.s. - Portici (Na)  
per le Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a., Napoli  
Stampato in Italia / Printed in Italy

*Per informazioni ed acquisti*

Edizioni Scientifiche Italiane - via Chiatamone, 7 - 80121 Napoli  
Tel. 0817645443 - Fax 0817646477  
Internet: [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)

