

# « LÀ OÙ EST LA RESPONSABILITÉ, LÀ EST LE POUVOIR ». IL NUOVO RUOLO DEL GIUDICE NEL PARADIGMA COMUNITARIO DOPO LA SENTENZA TRAGHETTI

Antonio Lazari\*

Sumario. I. IL REQUISITO DELLA TERZIETÀ: DA *IUDEX PRIVATUS* A FUNZIONARIO STATALE. II. LA CONSOLIDAZIONE PRE-COSTITUZIONALE DELL'IMMUNITÀ GIUDIZIALE. III. LA RIDEFINIZIONE DEL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI CON L'INDIPENDENZA GIUDIZIALE NELLA STAGIONE COSTITUZIONALE. IV. L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE DEL 1988: IL BILANCIAMENTO DELLA TUTELA DELL'INDIPENDENZA DEI GIUDICI CON LA RICHIESTA MAGGIORE RESPONSABILITÀ. V. LA RISPOSTA DELLA GIURISPRUDENZA MAGGIORITARIA: LA TENDENZIALE (CON)FUSIONE DELLA CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA DELL'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA CON L'ACCERTAMENTO DELLA COLPA GRAVE DEL MAGISTRATO. VI. LE TENSIONI INTERNE AL PARADIGMA NAZIONALE DI RESPONSABILITÀ: LA GIURISPRUDENZA RECENTE, LA DOTTRINA E LE PROPOSTE DI LEGGE MODIFICATIVE DELLA L. 117/88. VII. LA DIMENSIONE GIUDIZIARIA NEL PARADIGMA COMUNITARIO: IL NUOVO ORIZZONTE GIURIDICO DELLA SENTENZA TRAGHETTI DEL MEDITERRANEO

## I. IL REQUISITO DELLA TERZIETÀ: DA *IUDEX PRIVATUS* A FUNZIONARIO STATALE

Il sistema giudiziale di responsabilità si è significativamente trasformato negli ultimi anni nella responsabilità del sistema giudiziale. Lo stesso formante giurisprudenziale che aveva contribuito ad abbattere granitiche certezze secolari ed erigere un nuovo paradigma concettuale del Diritto Comunitario, ed in modo significativo dell'istituto della responsabilità dello Stato è entrato nel mirino del rimedio risarcitorio. Nell'architettura giudiziale dell'Unione farà incursione la figura del cittadino, *private attorney* del Diritto Comunitario? Le recenti decisioni Köbler<sup>1</sup>,

---

\* Doctor en Derecho. Profesor Investigador del Área de Derecho Internacional Público. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

© Antonio Lazari. Todos los derechos reservados.

<sup>1</sup> CGCE, 30 settembre 2003, C-224/01. Cfr. E. Scoditti, 'Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario', *Foro It.*, 2004, IV, 4. G. Di Federico, 'Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?', *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 2004, 155

Traghetti<sup>2</sup> e Kühne & Heitz<sup>3</sup> paiono conferire ai soggetti interessati una più ampia sfera di diritti e della loro corrispondente tutela. L'*arrêt* Traghetti, in particolare, offre un significativo spunto per un giro d'orizzonte sulla stessa dimensione giudiziaria nel nuovo paradigma concettuale comunitario.

I contorni del paradigma nazionale di responsabilità del magistrato sono tutti racchiusi nelle parole di Salvatore Satta, il quale scriveva: “La limitazione della responsabilità del giudice affonda saldissime radici nella funzione stessa del giudicare, che esclude ogni responsabilità [...] Quel che il giudice fa costituisce sempre un momento della realizzazione della tutela giuridica tra le parti: e la nullità genera una pretesa di una parte nei confronti dell'altra, non mai nei confronti del giudice, che è fuori dell'orbita dell'azione. Per tutto questo, anche senza l'espressa disposizione dell'art. 55, una pretesa di responsabilità nei confronti del giudice sarebbe assolutamente inconcepibile”<sup>4</sup>. La dimensione dell'irresponsabilità non rimonta all'epoca romana, in cui il requisito della terzietà era svolta da un cittadino privato, *iudex privatus*, responsabile patrimonialmente per i danni cagionati dalle decisioni assunte. Pur tuttavia, le fattispecie di responsabilità personale sono già presenti nell'epoca repubblicana nel caso di dolo espressa nella frase “*iudex qui dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* e, infine, in epoca giustiniana, anche nelle condotte connotate da colpa. Il processo storico di professionalizzazione del giudice muove i suoi primi passi nell'età comunale, ove il magistrato, sovente proveniente da altro distretto, era sottoposto ad uno scutinio da parte del sindacato, in cui si evidenziavano illeciti commessi *pretextu officii o favore officii* durante il suo mandato. Con l'avvento dei principati e la definitiva successiva professionalizzazione della funzione giurisdizionale, il giudice assume una dimensione di terzietà istituzionale: si istituisce il giudice funzionario, dotato di una sostanziale immunità. Le radici ontologiche di tale *status* vanno rintracciate nella salvaguardia dell'indipendenza della funzione giudiziaria.

## II. LA CONSOLIDAZIONE PRE-COSTITUZIONALE DELL'IMMUNITÀ GIUDIZIALE

Da giudice mero esecutore della volontà del legislatore a coscienza critica del proprio ordinamento giuridico: quale è la dimensione del giudice italiano del XXI secolo? È possibile continuare a affermare che la responsabilità del magistrato si collochi in contrasto con la garanzia della sua indipendenza?

<sup>2</sup> CGCE, 13 giugno 2006, C-173/03. Cfr. M. Magrassi, *Il principio della responsabilità risarcitoria dello Stato-giudice tra ordinamento comunitario, interno e convenzionale*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 500; G. Merone, *Il naufragio europeo della legge sulla responsabilità dei magistrati. Dal caso Köbler ai traghetti l'elenco delle incompatibilità*, in *Diritto e Giustizia* 2006, 40.

<sup>3</sup> CGCE, 13 gennaio 2004, C-453/00, con nota di E. RINALDI, *Miracoli dei polli olandesi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, 432.

<sup>4</sup> SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, sub art. 55 Milano, 1971

La concezione della funzione giurisdizionale nei termini di dichiarazione del diritto e la sua raggiunta inserzione nell'apparato statale inducono ad individuare nel giudice un mero ingranaggio interpretativo della sacra volontà del legislatore statale. Né il Parlamento ottocentesco poteva sbagliare, né tanto meno poteva ontologicamente commettere illecito la sua mano esecutiva: il giudice. Nel periodo statutario, in effetti, la riparazione degli errori giudiziari e la responsabilità del magistrato sono relegate significativamente ad ipotesi di scuola, realizzate in circostanze sporadiche ed eccezionali in virtù del criterio indennizzatorio (codice di procedura penale del 1913 artt. 551-553; codice di procedura penale del 1930: artt. 571 ss.). In definitiva, configurandosi nei termini di esecutore della volontà della legge, il giudizio sull'operato del magistrato slittava alle determinazioni del Parlamento eventuali profili illeciti. Anche in seguito all'adozione della Costituzione del 1948 sosterrà un illustre giurista: "La limitazione della responsabilità del giudice [...] affonda saldissime radici nella funzione stessa del giudicare, che esclude ogni responsabilità" (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 211). L'apparato statale risulta immune da qualsivoglia profilo risarcitorio nell'esercizio della funzione giurisdizionale, emergendo eventualmente lo schema di responsabilità del magistrato in relazione al suo comportamento doloso o gravemente colposo. La deviazione dai canoni dell'intangibilità dell'atto giurisdizionale era, ed è, ravvisabile, pertanto, solo ove la condotta eccezionalmente riprovevole del giudice raggiungesse una soglia di intollerabilità sociale. L'esistenza del paradigma di immunità assoluta del magistrato non va scovata nei polverosi volumi della dottrina ottocentesca, né tanto meno nelle prime raccolte della giurisprudenza nazionale del tempo. Sostenitrice di una irresponsabilità ontologica è la stessa Corte di Cassazione che trent'anni addietro ebbe a sostenere: "non è concepibile una responsabilità nascente dall'atto in sé giacché fonte di responsabilità può essere soltanto l'azione o l'omissione voluta da un determinato soggetto; in tale ipotesi, il soggetto dovrebbe essere il giudice; ma questi essendo super partes ed attuando nel giudizio, non la volontà sua personale, né quella dell'Amministrazione cui dipende, ma (bene o male) quella della legge, non compie nel giudicare un'attività in cui possa ravvisarsi un suo comportamento, colposo o no, nei confronti delle parti". Tale impostazione, incardinata nell'abrogato art. 55 del codice di procedura civile del 1940, si rafforzava in modo significativo in rapporto all'intangibilità del giudicato, per cui il passaggio di una sentenza in giudicato sanciva la verità tra le parti e finiva per assorbire qualsiasi eventuale vizio processuale. La divaricazione fra l'ordine giudiziale ed il resto dei dipendenti pubblici non accenna a diminuire neanche con l'approvazione dell'articolo 28 della Costituzione in ordine alla responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato, che va modulato con il principio peculiare dell'indipendenza della magistratura.

### **III. LA RIDEFINIZIONE DEL PRINCIPIO DI RESPONSABILITÀ DEI MAGISTRATI CON L'INDIPENDENZA GIUDIZIALE NELLA STAGIONE COSTITUZIONALE**

L'art 28 Cost. scolpisce l'ambito di responsabilità civile del magistrato che, a parere della Corte Costituzionale nella sentenza 2/1968, va assimilata alla categoria

generale della responsabilità dei funzionari pubblici. Eppure la Corte Costituzionale acclara che l'indipendenza della magistratura “non pone essa al di fuori dello Stato, quasi *legibus soluta*”; si tratta di bilanciare le istanze sottese al principio di responsabilità con la necessità di garantire l'indipendenza dei magistrati. Inoltre, la possibilità di un'azione in responsabilità civile contro il giudice è interpretata in una chiave potenzialmente lesiva della sua indipendenza: nei sistemi anglosassoni esiste in buona sostanza una *judicial immunity* per preservare l'indipendenza dei giudici dai fattori concernenti le conseguenze decisionali. Tale esigenza è salvaguardata dall'art. 101 della Costituzione. Le sentenze della Corte Costituzionale del 3 febbraio 1987, n. 26 e 22 ottobre 1990, n. 468 tornano sul tema, modellando una nicchia peculiare alla disciplina della responsabilità del giudice nei confronti della regolamentazione generale sui funzionari statali.

#### **IV. L'INTERVENTO DEL LEGISLATORE DEL 1988: IL BILANCIAMENTO DELLA TUTELA DELL'INDIPENDENZA DEI GIUDICI CON LA RICHIESTA MAGGIORE RESPONSABILITÀ**

La soglia di sbarramento alle azioni risarcitorie rivolte nei confronti del magistrato fu tracciata nel periodo pre-costituzionale dalla disposizione dell'art. 56 del codice di procedura civile, istitutivo della necessaria autorizzazione del Ministero di Giustizia. La Corte di Cassazione con decisioni 12170 del 1990 e 5174 del 1997 sostiene l'ammissibilità del filtro dell'autorizzazione ministeriale in riferimento all'art. 28 Cost. L'impianto legislativo della legge 13 aprile 1988 n. 117 ripropone all'art. 5 un giudizio di ammissibilità della domanda risarcitoria avverso la condotta del magistrato. Il tribunale competente, sentite le parti, delibera in camera di consiglio sull'ammissibilità della domanda, emettendo una decisione impugnabile dinanzi la Corte d'Appello ed eventualmente in Cassazione.

La previsione di un filtro in ordine all'ammissibilità dell'azione risarcitoria si è ben presto trasformata in un giudizio di merito (sentenza nuova del 2006) (Cfr. C. AMATO, *Una critica all'interpretazione dell'art. 5 l. 117/88*, in *Danno e resp.* 1996, 339). L'articolo 2 I° comma recita: “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 nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale”.

La normativa in questione, frutto dell'esito ampiamente favorevole di un quesito referendario dell'8 e 9 novembre 1987, diretto ad ampliare la responsabilità del giudice, estende le fattispecie di responsabilità del magistrato (artt. 2 e 3), escludendo la responsabilità diretta del giudice, salvo nei casi di commissione di reato (art. 13). Lo scudo istituzionale elevato dal legislatore del 1988 a favore del magistrato, costituito dalla possibilità di citare in giudizio solo lo Stato, potrebbe essere qualificato in termini contrari alla stessa ratio dell'art. 28 Cost., che si prefiggeva di stabilire un rapporto

diretto fra i funzionari pubblici ed i cittadini danneggiati dalla loro condotta. La sentenza della Consulta n. 18 del 1989 avalla lo schema implicito nella l. 117/88, imperniato sull'idea di assunzione della responsabilità da parte dell'apparato statale e sull'azione di rivalsa nei confronti del magistrato responsabile. L'ambito di applicazione della legge del 1988, delimitato dal suo primo articolo, stabilisce che le norme si applicano in relazione all'attività giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni. Il formante dottrinale (cfr. V. VARANO, voce *Responsabilità del magistrato*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, XVII, UTET, Torino, 1998. 114 ss.) e la consolidata giurisprudenza della Cassazione hanno proceduto ad escludere la sussunzione della l. 117/88 alle fattispecie riguardanti l'esercizio di funzioni giurisdizionali di natura amministrativa (Cfr. Cass., I sez., 22 febbraio 2002, n. 2567). La recente ordinanza 6582 del 23 marzo 2006 della Corte di Cassazione, sez. un. (in *Foro it.*, 2006, I, 3282) ha significativamente statuito che il magistrato autore di un reato che causi un danno patrimoniale, compiuto nell'esercizio delle proprie funzioni, risponde per responsabilità amministrativa dinanzi la Corte dei conti, procedendo ad equiparare l'attività giurisdizionale con l'operato dei dipendenti pubblici. La tutela dell'esercizio della funzione giurisdizionale, plasmata dalla legge 117 del 1988, rileva solo nell'ambito della responsabilità civile del magistrato.

#### **V. LA RISPOSTA DELLA GIURISPRUDENZA MAGGIORITARIA: LA TENDENZIALE (CON)FUSIONE DELLA CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA DELL'ATTIVITÀ INTERPRETATIVA CON L'ACCERTAMENTO DELLA COLPA GRAVE DEL MAGISTRATO**

La salvaguardia della funzione giurisdizionale in senso stretto da possibili interferenze esterne si concreta compiutamente nell'art. 2 della legge 117, ove al primo comma si statuisce l'irresponsabilità del magistrato per le attività di interpretazione di norme di diritto e per la valutazione del fatto e delle prove (norma definitiva dalla succitata sentenza della Corte Costituzionale n. 18/1989 nei termini di "clausola di salvaguardia"). Il terzo comma procede a enucleare tassativamente le ipotesi di colpa grave, suscettibili di responsabilità: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile, b) l'affermazione o la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza o inesistenza è incontrastabilmente ammessa o 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 provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione. Si forgia nella disposizione in questione il paradigma nazionale della pressoché assoluta immunità del magistrato nell'esercizio delle funzioni giudiziarie.

La distinzione tra le due fattispecie del I° e III° comma dell'art. 2 va gradualmente sfumando principalmente a causa della maggiore 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 speciale difficoltà. Nella

fattispecie disciplinata rispetto al comportamento del giudice non si esige un particolare perizia in determinate situazioni, bensì nelle parole della Cassazione l'inescusabilità della negligenza, nel senso di esigere che essa si presenti come non spiegabile senza agganci con la particolarità della vicenda" (Cass., I sez. civ., 7 novembre 2003, n. 16696). Per rintracciare un profilo rilevante di responsabilità del magistrato, occorre che nella condotta del danneggiante si individui "un *quid pluris* rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c." (Cass., sez. I, n. 11859). Si divarica sensibilmente il divario concettuale tra la colpa grave dell'art. 2, III° comma e la fattispecie contemplata dall'art. 2236 c.c.

D'altra parte, la *ratio legis* delle due articolazioni dell'art. 2 è relativamente lineare: nel primo caso si tratta dell'insindacabilità di qualsiasi operazione ermeneutica riferita ad una disposizione normativa, mentre nella "colpa grave giurisdizionale" emerge un profilo esterno alla categoria delle interpretazioni possibili. Il cosiddetto diritto vivente si è poi preoccupato di approssimare i due ordini concettuali mediante la dilatazione della nozione di attività interpretativa, che comprende persino "uno dei significati sia pure il meno probabile e il più distante dai principi generali dell'ordinamento giuridico" (decreto della Corte d'Appello di Brescia, 13 aprile 1990, in *Foro it.* 1990, I, 2008 ). Elevando così la fattispecie dell'art. 2, III° comma ad un livello applicativo assai simile alla clausola generale di immunità del I° comma, la giurisprudenza italiana tende a (con)fondere le due ipotesi innalzando una soglia di sbarramento della responsabilità statale assimilabile alla (ir)responsabilità del legislatore. Il paradigma statale di responsabilità si dispiega pienamente rispetto alle attuazioni dell'amministrazione, la cui attività è in generale disciplinata dalle norme di legge, mentre diviene praticamente o ontologicamente impossibile nelle zone prossime alla cosiddetta sovranità statale. La responsabilizzazione dell'operato della magistratura, promossa dal requisito referendario nei confronti di una precedente situazione di immunità e resa eclatante anche dal noto "caso Tortora", viene ben presto vanificata dall'oramai sedimentata applicazione giurisprudenziale delle norme di legge. A protezione dell'indipendenza dei magistrati, si erge un doppio sbarramento giurisprudenziale costituito in prima battuta dal preliminare giudizio di ammissibilità della domanda che assume la forma di un giudizio di merito (Vedi da ultima la sentenza della Cass., sez. I, 04 aprile 2005, n. 9288); in secondo luogo, la tendenziale assimilazione della colpa grave del magistrato alla clausola di salvaguardia in tema di attività interpretativa. Anche la significativa decisione della Cassazione Civile, 27 novembre 2006, n. 25123, non fa altro che riconfermare la duplice ostruzione mediante l'affermazione della peculiarità del procedimento preliminare riguardante l'ammissibilità dell'azione risarcitoria per la responsabilità civile del magistrato e della clausola di salvaguardia dell'art. 2, II° comma. Tale fase riveste natura deliberativa con riguardo alla sussistenza degli elementi dedotti, mentre ha carattere di cognizione piena e definitiva in ordine alla configurabilità dei dati contestati. Riguardo la clausola di salvaguardia dell'art. 2 della l. 117/88, l'Alta Corte sostiene che essa "non tollera riduttive letture perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria, attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice". La difesa dell'indipendenza del magistrato è incompatibile con l'affermazione di una responsabilità civile del medesimo soggetto? (Cfr. N. ZANON, *La responsabilità dei*

giudici, Relazione al Convegno Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale, Padova, 22-23 ottobre 2004, in [www.associazionedeicostituzionalisti.com](http://www.associazionedeicostituzionalisti.com))

## **VI. LE TENSIONI INTERNE AL PARADIGMA NAZIONALE DI RESPONSABILITÀ: LA GIURISPRUDENZA RECENTE, LA DOTTRINA E LE PROPOSTE DI LEGGE MODIFICATIVE DELLA L. 117/88.**

A fronte di tale scenario giurisprudenziale si stagliano tre elementi di tensione rispetto alla giurisprudenza maggioritaria sinora analizzata.

Il formante dottrinale ha da tempo svelato la necessità di modulare più opportunamente l'esigenza costituzionalmente garantita dell'indipendenza del magistrato con la necessità di portata altrettanto costituzionale della responsabilità dello stesso soggetto (di recente, V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2/2006, 353 ss parla di “tradimento” della volontà popolare espressa con il referendum del 1987). La dottrina più avvertita ha recentemente proposto di differenziare le due fattispecie del secondo comma e terzo comma dell'art. 2 l. 177/88 mediante la rivisitazione della nozione della negligenza inescusabile spostando l'asse del giudizio di responsabilità a un momento precedente all'interpretazione (F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato*, Giuffrè, Milano, 2006, 203). Si tratta, in effetti, di alcune ipotesi di grave ignoranza di una disposizione normativa, la sua abrogazione espressa, la sua dichiarazione di incostituzionalità o mancata remissione della questione di costituzionalità (da integrare con la anche la mancata presentazione della questione pregiudiziale dell'art. 234 TCE). Sia dell'impraticabilità sostanziale della l. 117/88 che delle possibili soluzioni dottrinali prende atto in varie occasioni il Parlamento mediante numerose proposte di legge di modifica della disciplina della responsabilità civile del giudice (*ex multis*, proposta di legge Camera dei Deputati, 11 dicembre 1996, n. 2689; 16 gennaio 2002 n. 2184; 8 luglio 2002, n. 2979; 8 novembre 2002, 3371; 4 febbraio 2005, n. 5595; 4 maggio 2006, n. 477).

Sempre sul versante interno, forti convulsioni percorrono dall'interno l'ordine giudiziario italiano in questi ultimi mesi in relazione alla responsabilità cosiddetta erariale (Corte Costituzionale, ordinanza, 6 luglio 2006, n° 273; sentenza 533/2006 della Corte dei conti Sezione giurisdizionale per la regione Lombardia ), alle prime applicazioni del decreto Castelli, Decreto Legislativo 109/2006, (da notare l'art. 2.2 in cui si afferma: “Fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), cc) ed ff), l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale non dà mai luogo a responsabilità disciplinare”) in tema di responsabilità disciplinare e della legge Pinto 89/2001 sul procedimento per irragionevole durata del processo. Mentre dall'esterno, è destinato a scardinare il vetusto contegno del paradigma giurisprudenziale nazionale l'atteggiamento intrusivo della Corte di Giustizia, manifestatasi nella sentenza Traghetti del 13 giugno 2006 (Cfr. E. Scoditti, *Violazione del diritto comunitario derivante da*

*provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.* 2006, IV, 418-420).

Da parte sua, la contribuzione pretoria non sempre segue il percorso tracciato dalla Corte di Cassazione nell'angusta direzione del riconoscimento della responsabilità rispetto a “decisioni giudiziarie 'folli', che chiamano in causa la psichiatria piuttosto che la tecnica legale” (ancora V. ROPPO, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, cit., 355). Si discosta da questo “sentiero giurisprudenziale” la decisione del Tribunale di Roma nel decreto 29 settembre 2004 (in *Diritto e Giustizia*, 41, 2004, 80), che prende le mosse dalla decisione della IV<sup>a</sup> sezione del Consiglio di Stato di diniego del rinvio del servizio militare per l'assolvimento di un corso di istruzione universitaria straniera. L'attore lamentava la mancata rimessione ex art. 234 TCE della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee in riferimento alla supposta incompatibilità fra la normativa italiana e le libertà comunitarie. La decisione è particolarmente interessante in quanto ammette la domanda risarcitoria in aperto contrasto con la linea interpretativa dell'art. 2, I<sup>o</sup> l. 117/88, impeditiva, peraltro, della piena attuazione del mercato comunitario. Si antepone l'applicazione del principio di supremazia del Diritto Comunitario alla difesa ad oltranza del diritto vivente in tema di responsabilità civile del magistrato.

## **VII. LA DIMENSIONE GIUDIZIARIA NEL PARADIGMA COMUNITARIO: IL NUOVO ORIZZONTE GIURIDICO DELLA SENTENZA TRAGHETTI DEL MEDITERRANEO**

La realizzazione del paradigma comunitario di conio giurisprudenziale scorre in una direzione parallela al ravvicinamento legislativo contemplato negli articoli 94 ss. del Trattato della Comunità Europea, centrato intorno alla tendenziale approssimazione comunitaria mediante il rispetto delle tradizioni costituzionali e culturali protette dall'art. 5 del Trattato per cui si istituisce una Costituzione per l'Europa. Del formante giurisprudenziale europeo, tuttavia, l'immagine è alquanto frastagliata e sovente contraddittoria<sup>5</sup>: il cammino della circolazione culturale nel terreno della responsabilità dello Stato non si avvicina affatto ad una placida passeggiata nella florida campagna inglese, che all'improvviso cambia direzione per l'influsso comunitario<sup>6</sup>. Le sembianze di questo “itinerario della giurisprudenza”, pertanto, ricordano più una mappa dei cartografi medievali che un oleografico affresco bucolico. Il fenomeno di *cross-fertilization*, limpida espressione dell'essenza del progetto politico europeo inteso in termini di scambio non tanto di merci, persone, servizi e capitali, quanto di idee e

<sup>5</sup> Di qui la maggiore obiezione alla teoria neo-funzionalista della *sanction of inaction* avanzata da J. Tallberg, *European Governance and Supranational Institutions: Making States Comply*, Routledge, 2003; e L. Conant, *Justice Contained: Law and Politics in the European Union*, Cornell University Press, 2002, per cui il settore giudiziale europeo si oppone in blocco al principio di responsabilità dello Stato seguendo una direttrice politica statale.

<sup>6</sup> M. Arden, *Foreword*, in AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, a cura di D. Fairgrieve, M. Adenas, J. Bell, BIICL, 2002, V.



visioni, va misurato sia analizzando le dinamiche istituzionali che conducono alla mobilitazione politica della corte comunitaria (adottando, pertanto, gli strumenti dell'indagine neo-funzionalista) sia valutando attentamente le risposte dei suoi interlocutori privilegiati<sup>7</sup>, delle corti nazionali all'impulso attivato da Lussemburgo.

Il principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario nasce alle soglie del Trattato di Maastricht<sup>8</sup>. Dopo la formulazione da parte della Commissione europea di un complesso progetto per rafforzare l'intero sistema sanzionatorio<sup>9</sup>, includendovi il ricorso alla responsabilità, che ottiene soltanto un netto rigetto dei rappresentanti statali ed il succedaneo istituzionale della riforma dell'art. 228 TCE, la corte comunitaria con la sentenza Francovich procede alla formulazione di un sistema di controllo diffuso incentrato sulla responsabilità dello Stato per mancata trasposizione di una direttiva comunitaria<sup>10</sup>. I "quattro anni di silenzio d'oro", di rifiuto di qualsiasi corte nazionale di applicare lo schema comunitario di responsabilità oggettiva, rafforzano la convinzione per cui è assolutamente imprescindibile riformare i basamenti dell'incipiente *remedy* comunitario, favorendo un maggior dialogo con le corti nazionali e con i loro ordini giuridici<sup>11</sup>. Dal braccio di ferro istituzionale riprodotosi alla vigilia del Trattato di Amsterdam con la richiesta del governo inglese di ridimensionare la responsabilità patrimoniale degli Stati membri (CONF/3883/96) scaturisce la necessità di stabilire un principio generale di responsabilità fondato sulle tre coordinate della preordinazione dei diritti, del nesso di causalità e della violazione sufficientemente qualificata, inserite negli assi dell'effettività e dell'equivalenza. L'innalzamento da un *species* di responsabilità per mancata trasposizione di una direttiva al *genus* del principio di responsabilità, da un sistema oggettivo ad un paradigma semi-oggettivo, traspare lampante nello stesso requisito della violazione grave e manifesta del Diritto comunitario, materia di un complesso processo iuscomparativo che finisce per assimilarla *mutandis mutandis* alla *faute* francese. Le lenti del comparatista servono per interpretare con esattezza il nuovo sistema pretorio di

---

<sup>7</sup> J.H.H. Weiler, *A quiet revolution: the European Court of Justice and its interlocutors*, in *26 Comparative Political Studies*, 510 (1994)

<sup>8</sup> S. Moreira de Sousa – W. Heusel, *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: Twelve Years of the State Liability Principle*, Köln, Bundesanzeiger, 2004

<sup>9</sup> European Commission, *Initial Contributions by the Commission to the Intergovernmental Conference on Political Union: Composite Working Paper*, SEC (91) 500, 15 maggio 1991, 130.

<sup>10</sup> Con la sentenza Francovich del 1991 (19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90) e soprattutto Factorame III del marzo 1996 (5 marzo 1996, cause C-46/93 e C-48/93), la Corte di Giustizia provvede a scolpire il principio di responsabilità dello Stato per violazione delle norme di Diritto Comunitario, disegnandone tre coordinate [vale a dire che (1) la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, (2) che la violazione sia grave e manifesta e (3) che ricorra un nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi] nel contesto di due assi generali [(a) le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle riguardanti reclami analoghi di natura interna (b) né possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento].

<sup>11</sup> W. Mattli – A.M. Slaughter, *Construing the European Community Legal System from the Ground Up: the Role of Individual Litigants and the National Courts*, in *Jean Monnet Working Paper*, 1996.

responsabilità che va progressivamente configurandosi in due sottosistemi di responsabilità oggettiva per atti leciti (*responsabilité sans faute*) ed una categoria più ampia di responsabilità per fatto illecito (*responsabilité pour faute*), a sua volta articolata in *faute simple* e *faute lourde* in funzione del margine di discrezionalità di cui dispone l'amministrazione statale. La colpa oggettivata *à la française*, in definitiva, costituisce un punto di riferimento per i giudici comunitari, ma anche per i giudici nazionali, destinati a coniugare il paradigma sintattico sopranazionale.

La maggiore flessibilità della categoria della violazione sufficientemente caratterizzata ha riattivato il meccanismo di collaborazione giudiziale, favorendo l'avviamento del meccanismo di *cross-fertilization*.

Ma v'è di più. Il meccanismo di adattamento nazionale del paradigma comunitario non può essere lasciato in balia delle buone intenzioni o della adeguata preparazione di alcune corti nazionali, giudici ordinari di Diritto Comunitario<sup>12</sup>. All'estensione dell'istituto della responsabilità dello Stato all'esercizio della funzione amministrativa e legislativa si incorpora la logica propaggine giudiziale dapprima timidamente con la decisione Köbler, poi più consistentemente con la recente sentenza Traghetti del Mediterraneo. Il dialogo istituzionale e culturale fra giudice comunitario e giudici nazionali<sup>13</sup> si colora adesso di una valenza più stringente: non si tratta solo di persuadere le corti statali dell'opportunità di applicare le norme comunitarie, ma anche di obbligarle alla sua realizzazione mediante il ricorso alla responsabilità. La sentenza Traghetti, inoltre, si profila come banco di prova della colpa come veicolo di *judicial cross-fertilization*, chiarendo la portata e l'estensione della *faute lourde* in sede di responsabilità giudiziale.

Già all'indomani delle prime applicazioni del paradigma comunitario di responsabilità in Inghilterra si fece strada la convinzione che la sistematica inutilizzazione del canale istituzionale del dialogo giudiziale, vale a dire la questione pregiudiziale stabilita dall'art. 234 TCE, dovesse essere oggetto di una più stringente sanzione da parte delle istituzioni comunitarie<sup>14</sup>. Ancora una volta alla vigilia di una Conferenza Intergovernativa – quella di Nizza, in questo caso – la relazione incaricata all'ex presidente della Corte di Giustizia Ole Due contemplava la necessità di irrigidire le sanzioni per mancata remissione della questione pregiudiziale da parte delle Alte Corti nazionali anche mediante condanna nella procedura di infrazione prevista dagli artt. 226 ss<sup>15</sup>. Anche in questa ipotesi i rappresentanti governativi si sono adoperati per canalizzare la risposta sanzionatoria nella sede istituzionale e centralizzata prevista

<sup>12</sup> P. Edward, *National Courts – The Powerhouse of Community Law*, in *The Cambridge Yearbooks of Legal Studies*, 5 [2004] 1 ss.

<sup>13</sup> J. Komárek, *Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, in 23 CMLRev (2005) pp 9-34.

<sup>14</sup> Cfr. T. Tridimas, *Knocking on Heavens Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Ruling System*, 40 CMLRev (2003) 9 ss.

<sup>15</sup> *The report by the working party on the future of the European Communities' court system*, pag. 16. Di recente la Corte di Giustizia si è occupata di acclarare il fine della questione pregiudiziale nonché la tipologia delle corti nazionali di ultima istanza nella sentenza 4 giugno 2002, C-99/00, Lyckeskog.

dall'art. 226 TCE<sup>16</sup>, mentre la corte di Lussemburgo contrattacca stabilendo un profilo di responsabilità anche per l'operato delle corti di ultimo grado con le sentenze **Köbler del 2003** e **Traghetti 2006**.

Il nodo gordiano che ha affrontato e sciolto la Corte di Giustizia nella decisione Traghetti risiede per l'appunto nell'adeguamento del sistema risarcitorio all'esercizio della funzione giudiziale, di per sé considerata eccezionale già nella decisione Köbler. La specificità della fattispecie<sup>17</sup>, rivelatrice della specificità del paradigma comunitario, emergeva in igual modo anche nell'applicazione dello schema risarcitorio alla condotta del legislatore nazionale nella sentenza Brasserie du Pêcheur. La soluzione proposta dalla corte comunitaria è analoga e va letta in controtela.

La disciplina italiana in tema di responsabilità del magistrato (legge 13 aprile 1988, n. 117) è valutata ai fini di una sua compatibilità con il superiore parametro comunitario di effettività, alla stessa stregua con cui sono state scrutinate nei casi Brasserie e Factortame III. In tutte e tre le fattispecie studiate, la corte di Lussemburgo fa discendere l'inconciliabilità delle legislazioni nazionali con le coordinate generali di equiparazione ed effettività in quanto esse ostacolano l'assolvimento dell'obbligo dei giudici nazionali di assicurare la piena effettività del diritto comunitario garantendo un'effettiva tutela dei diritti dei singoli. In via ancora più specifica, l'analisi pretoria sulla legge italiana in tema di esercizio della funzione giurisdizionale non si discosta poi molto dalla valutazione sulla disciplina inglese della *misfeasance in public office*, ove si richiede di fornire la prova di un abuso di potere nell'esercizio di una pubblica funzione, poiché "è anch'essa di natura tale da rendere praticamente impossibile il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario, ove tale violazione sia imputabile al legislatore nazionale"<sup>18</sup>. Per quanto riguarda la valutazione dell'elemento-colpa, essa finisce per coincidere con una determinata tipologia di *faute* di derivazione francese, vale a dire di colpa oggettivata della macchina amministrativa, a cui corrisponde *mutatis mutandis* la nozione di violazione sufficientemente caratterizzata.

L'indagine realizzata dalla corte comunitaria scorre su un binario parallelo con la investigazione condotta dalla Commissione nel caso **C-129/00, 9 dicembre 2003, Commissione c. Italia**, in cui l'istituzione presieduta allora da Prodi contestava alla Repubblica italiana di aver mantenuto in vigore una normativa nazionale che, come interpretata dagli organi giurisdizionali italiani, ivi compresa la Corte Suprema di Cassazione, e come applicata dall'amministrazione, rendeva praticamente impossibile o eccessivamente difficile il rimborso dei tributi percepiti in violazione del diritto

---

<sup>16</sup> Estremamente significativa è la comunicazione del parere motivato inviato il 13 ottobre 2003 al governo svedese per la condotta della corte di cassazione tradizionalmente recalcitrante a rinviare questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia [registro Comm. 2003/2161, C (2004) 3899, disponibile solo in lingua svedese]. Il governo scandinavo reagì nel giugno 2005 redigendo una breve proposta di legge di rafforzamento della procedura della questione pregiudiziale.

<sup>17</sup> Assai emblematicamente la corte comunitaria nella sentenza Traghetti reitera l'aggettivazione di eccezionalità della fattispecie della violazione del Diritto comunitario mediante atti giudiziali di corti supreme, cfr. punti 32 e 42; nonché il punto 53 della sentenza Köbler.

<sup>18</sup> Brasserie de Pêcheur, 5 marzo 1996 cause c-46/93 e c-48/93, punto 72.

comunitario, tenuto conto delle esigenze di prova imposte ai singoli per ottenere tale rimborso. La Commissione non reclamava l'incompatibilità rispetto alle norme comunitarie del legislatore nazionale, la cui disciplina poteva qualificarsi in maniera neutra, bensì la sua interpretazione da parte della giurisprudenza particolarmente della Corte di Cassazione.

La maggiore incisività delle misure correttive adottate dalle due istituzioni comunitarie risiede non solo nella ricerca di associare il rimedio risarcitorio alla sistematica disapplicazione dell'art 234 TCE, ma anche nella metodologia iuscomparatistica diretta alla verifica della compatibilità comunitaria del diritto vivente delle corti nazionali. Naturalmente, quanto più intrusiva risulta l'esplorazione comunitaria rispetto al corpo giuridico nazionale, tanto più tale approfondimento rischia di inabissarsi fino alle radici costituzionali dell'architettura statale<sup>19</sup>. Tant'è che l'imposizione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale<sup>20</sup> va ad intaccare valori costituzionali acquisiti come la certezza del diritto ed il principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata<sup>21</sup>. D'altronde, anche l'esclusione della responsabilità dello Stato in relazione all'attività di interpretazione di norme di diritto ed alla di valutazione del fatto e delle prove sancita dall'art 2.2 l. 117/88, è stata ispirata dall'intento di salvaguardare l'indipendenza dei giudici. Anche in questo caso alla stessa stregua della fattispecie dell'esercizio della funzione legislativa, il bilanciamento degli interessi in gioco ha condotto la corte comunitaria a limitare la responsabilità dello Stato al «caso eccezionale in cui il giudice [vale a dire un organo giurisdizionale supremo] ha violato in maniera manifesta il diritto vigente». Resta pur sempre il fatto che, in base alle coordinate di effettività e di equiparazione, essa ha considerato che né l'esercizio della sovranità parlamentare, né il principio dell'indipendenza dei giudici né quello dell'autorità della cosa definitivamente giudicata siano in grado di giustificare l'esclusione generale di qualsiasi responsabilità dello Stato in caso di violazione del diritto comunitario imputabile a siffatto organo giurisdizionale, solo il contemperamento dell'esercizio di tali alte funzioni costituzionali nazionali al criterio superiore comunitario. I lineamenti giuridici della colpa grave si profilano come i termini più adeguati a recepire tale bilanciamento, di modo che essi possono essere sussunti come parametro valutativo dell'attività nazionale legislativa e giudiziale di

---

<sup>19</sup> Di recente tale metodologia dai toni più intrusivi è emersa anche nel caso in cui nell'interpretazione di una direttiva comunitaria in ordine alla politica sociale, la giurisprudenza della corte comunitaria non coincida con la tendenza giurisprudenziale sedimentata del *Tribunal Constitucional* spagnolo. Cfr. CGCE, 7 settembre 2006, C-81/05, Cordero Alonso.

<sup>20</sup> L'unica via d'uscita istituzionale per l'esclusione di responsabilità, in altri termini ai fini della scusabilità dell'errore di diritto si intravede solo nella remissione della questione pregiudiziale dinanzi la Corte di Giustizia; sia nel caso in cui la norma di diritto violata sia poco chiara e precisa, l'organo giurisdizionale supremo dovrebbe sollevare una questione pregiudiziale, dal momento che non poteva considerare che la soluzione da fornire per il punto di diritto considerato non desse luogo ad alcun ragionevole dubbio; sia nel caso contrario di una norma di diritto violata chiara e precisa, in cui l'errore di diritto è ancor meno scusabile in quanto, laddove, per caso, l'organo giurisdizionale supremo avesse inteso discostarsene, esso avrebbe dovuto parimenti sottoporre una questione pregiudiziale.

<sup>21</sup> Cfr. Corte Costituzionale, n. 18/1989, in *Giust. Pen.*, 1990, I, 23.

ultimo grado<sup>22</sup>, purché non intesi nella versione estremamente restrittiva finora adottata dalla giurisprudenza italiana<sup>23</sup>. A fronte di una condotta nazionale dagli ampi margini di discrezionalità, il cui profilo sanzionatorio si delinea nei termini dell'eccezionalità, emergono situazioni giuridiche soggettive assimilabili nel patrimonio giuridico italiano agli interessi legittimi, mentre dinanzi alla *faute simple*, vale a dire alla violazione *in re ipsa* delle norme di Diritto comunitario, possono affiorare aspetti giuridici individuali paragonabili ai diritti soggettivi. La gradualità della colpa dell'apparato statale comprende un ventaglio di fattispecie che va dalla *faute anonyme* (per esempio violazione di una direttiva) alla *faute lourde* (violazione grave e manifesta di un obbligo comunitario di estesa discrezionalità)<sup>24</sup>.

Come è stato reiteratamente sostenuto nelle sentenze Factortame III, Köbler e Traghetti il criterio valutativo della colpa oggettiva si riferisce ad una mancanza dell'apparato statale che prescinde in via generale da coefficienti psicologici<sup>25</sup>, salvo allorquando – e questa valutazione è messa sotto accusa dallo stesso Avvocato generale Léger nelle conclusioni alla sentenza Traghetti – siano necessari per valutare la condotta degli organi nazionali in determinate situazioni. È sicuramente plausibile l'ipotesi che fa coincidere il profilo della negligenza inescusabile con la colpa grave prevista dall'art. 2, III comma della legge 117/88<sup>26</sup>. Su questo punto, la Corte e l'Avvocato generale sono pienamente coscienti della circostanza dell'estrema eterogeneità della concezione di colpa nei diversi ordinamenti giuridici europei<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Sia consentito il rinvio a A. Lazari, *Modelli e paradigmi di responsabilità dello Stato*, Giappichelli, 2005, 279; R. Conti, *Responsabilità per atto del giudice, legislazione comunitaria italiana e Corte UE. Una sentenza annunciata*, in *Danno resp.* 2006, 11, 1516.

<sup>23</sup> La dottrina oramai sedimentata della Cassazione in ordine alla colpa grave nell'esercizio della funzione giudiziale [cfr. Cass., sez. I, 20 settembre 2001, n. 11859] si discosta in maniera significativa dall'interpretazione dell'omologo concetto compreso nell'art. 2236 c.c.: essa si configura come un "quid pluris rispetto alla colpa grave delineata dall'art. 2236 c.c.". Sul punto, cfr. V. Roppo, *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: una case story in attesa del finale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2/2006, 354 ss.

<sup>24</sup> Impiega tale terminologia la decisione **Cour d'appel d'Anvers, 4 settembre 2004**, in *Revue de droit commerciale belge*, 2005, p. 951.

<sup>25</sup> La corte di giustizia si era già occupata del tema della compatibilità dei requisiti del dolo e della colpa grave rispetto al paradigma comunitario in relazione alla questione specifica degli appalti. Cfr. CGCE, Commissione c. Portogallo, 14 ottobre 2004, C-275/03 che condanna la Repubblica portoghese per non aver provveduto ad abrogare il decreto legge 21 novembre 1967, n. 48051, che subordina alla prova della colpa o del dolo la concessione del risarcimento danni alle persone lese da una violazione del diritto comunitario sugli appalti pubblici o delle norme nazionali che lo recepiscono

<sup>26</sup> R. Conti, *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*, nota a Corte giust. CE 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in questa *Rivista*, 2004, 23 ss. Neanche recentemente il legislatore ha modificato sostanzialmente i profili sanzionatori del magistrato nella disciplina in tema di illeciti disciplinari. Cfr. Decreto Legislativo 23 febbraio 2006, n. 109 "Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150"

<sup>27</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro nel caso Factortame III. C. Harlow, *Voices of Difference in a Plural Community*, in AA.VV., *Convergence and Divergence in European Public Law*, a cura di P. Beaumont-C. Lyons- N. Walker, Hart Publishing, Oxford, 2002, basa le proprie obiezioni alla

Optando per un concetto di colpa di origine francese si è preferito un criterio elastico di colpa oggettiva, in grado di stimolare una circolazione giuridica tra i vari ordinamenti giuridici nazionali<sup>28</sup>. È proprio sul piano della recezione ed adattamento del concetto di colpa-violazione sufficiente caratterizzata che si sono registrate nella “cartografia giurisprudenziale” europea le novità di maggior rilievo. Allo stesso modo, la responsabilità dello Stato per attività giudiziale non tange il rispetto per il valore del giudicato, come ribadito mesi prima della stessa decisione Traghetti<sup>29</sup>. Dal riconoscimento di un complesso sistema multilivello sorge l’esigenza di una fluida interattività tra giurisdizioni che dispiegano i loro effetti sul medesimo territorio.

In tema di responsabilità del magistrato vanno evidenziate recenti sentenze che confermano indubbiamente la strenua difesa di determinati principi di ordine costituzionale<sup>30</sup>: in particolar modo la decisione della **Cassazione Civile, sez. III, 31 maggio 2006, n. 13000**, secondo cui in tema di responsabilità civile dei magistrati, l’art. 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, nel fissare - a pena di inammissibilità, ai sensi dell’art. 5, terzo comma - i presupposti della domanda risarcitoria contro lo Stato per atto commesso con dolo o colpa grave dal magistrato nell’esercizio delle sue funzioni, esclude possa dare luogo a responsabilità l’attività di interpretazione di norme di diritto, ovvero di valutazione del fatto e della prova.

Un percorso evolutivo verso una maggiore responsabilizzazione dei giudici è stato, invece, già da tempo intrapreso dal formante giurisprudenziale francese<sup>31</sup>. Dalla nozione più rigorosa di *faute lourde* intesa come colpa «*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>32</sup>, invero molto simile all’attuale orientamento giurisprudenziale italiano, si passa ad una idea di colpa maggiormente rispondente anche alle istanze dei soggetti danneggiati nella nota **sentenza Grégory**<sup>33</sup>, che procede ad oggettivizzare la nozione di colpa in relazione alla lesione dell’art. 6 della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell’uomo. Sulla scia della giurisdizione civile, **nell’arret Magiera il Conseil d’Etat**<sup>34</sup>, distingue fra il parametro valutativo della *faute lourde*, che si adopera nei casi riguardanti il cuore dell’attività giudiziale, dalle ipotesi in cui emerge una responsabilità *pour faute simple* ove l’attività del giudice

---

reale accettazione del Diritto Comunitario proprio sull’assunto che in realtà nella *deep structure* culturale ciascun sistema risulta scarsamente permeabile al paradigma comunitario.

<sup>28</sup> L’analisi comparativa che conduce alla scelta dell’elemento della violazione manifesta inteso in una concezione assimilabile alla *faute* francese è ravvisata, tra gli altri, da AA.VV., *Tort Liability of Public Authorities in Comparative Perspective*, a cura di D. Fairgrieve, M. Adenas, J. Bell, BIICL, 2002; e di recente da J. Bell, *Governmental Liability: Some Comparative Reflections*, in *Dret* 1/2006.

<sup>29</sup> CGCE, 16 marzo 2006, C-234-/04, Kapferer e Schlink & Schick GmbH.

<sup>30</sup> Si segnalano rilevanti applicazioni precedenti alla sentenza Traghetti in sede nazionale. Cfr. Tribunale Roma, 2 gennaio 2002, in *Diritto e Giustizia*, 2004, 41, 76; Trib. Roma, 28 giugno 2001, *Mediobanca-Banca di Credito Finanziario S.p.A. e Vincenzo Maranghi v. Repubblica Italiana*, in *Giur. Merito*, 2002, 360.

<sup>31</sup> Cfr. AA.VV., *Justice et responsabilité de l’Etat*, a cura di M. Deguergue, Paris, PUF, 2003.

<sup>32</sup> Chambre civile, 20 febbraio 1996, Bull. Civ. I n° 94, p. 63.

<sup>33</sup> Ass. Plen. 23 febbraio 2001, Bull. N° 5, p. 10.

<sup>34</sup> Conseil d’Etat, 28 giugno 2002, Garde des Sceaux, ministre de la Justice c/ M. Magiera.

si qualifichi nei termini di prassi quotidiana. Si ripropone, pertanto, un'interpretazione oramai sedimentata dell'art. 2236 c.c., in relazione all'operato dei professionisti la cui prestazione implichi la soluzione di speciale difficoltà, distinguendola da altre attività definite di routine<sup>35</sup>.

Come è stato reiteratamente sostenuto nelle sentenze Factortame III, Köbler e Traghetti il criterio valutativo della colpa oggettiva si riferisce ad una mancanza dell'apparato statale che prescinde in via generale da coefficienti psicologici, salvo allorquando siano necessari per valutare la condotta degli organi nazionali in determinate situazioni. È sicuramente plausibile l'ipotesi che fa coincidere il profilo della violazione sufficientemente caratterizzata con la colpa grave prevista dall'art. 2, III° comma della legge 117/88, attingendo proficuamente alle proposte dottrinali più acute, ad alcune decisioni delle corti italiane e - elemento del massimo interesse - ai medesimi propositi del Costituente plasmati nell'art. 28 Cost. L'esito del nuovo schema risarcitorio comunitario dipende, in buona parte, anche dalla capacità di rivisitare efficacemente il retaggio dottrinale, legislativo e giurisprudenziale interno mediante la rivisitazione degli artt. 1176 c.c e 2236 c.c.: il recupero della normativa nazionale sulla colpa grave e dolo si associa alla riscoperta della iniziale funzione professionale del magistrato. La giurisprudenza italiana ha chiarito che la responsabilità civile in esame è del tutto peculiare, sicché non sono alla medesima trasferibili le regole valevoli per i liberi professionisti. La Corte di Cassazione ha da tempo illustrato che il sistema di cui all'art. 2 della legge n. 117 del 1988 non si sostanzia in un mero rinvio all'art. 2236 c.c., caratterizzandosi per alcune specialità: da un lato, il fatto che la responsabilità non possa derivare da un'attività interpretativa; dall'altro, il riferimento alla negligenza inescusabile<sup>36</sup>. Tale argomentazione individua uno spartiacque tra l'attività del libero professionista e lo svolgimento della funzione giudiziaria, costituito dalla inspiegabilità della negligenza, ossia dall'impossibilità di ricondurla ad una particolarità della vicenda in esame che renda comprensibile, se non giustificato, l'errore del giudice.

L'osservazione per cui la colpa del magistrato sia connotata da un *quid pluris* rispetto alla nozione di colpa grave fissata nel codice civile<sup>37</sup>, va, però, rimessa in discussione alla luce della sentenza Traghetti allo scopo di recuperare un nuovo paradigma di responsabilità del magistrato.

Non solo muta il paradigma giuridico di responsabilità del giudice, ma altresì la funzione del giudice anche alla luce dei recenti interventi legislativi costituzionali (novello art. 117 comma 1 della Costituzione) ed ordinari (legge 4 febbraio 2005 n.11, che disciplina l'adeguamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario): non semplice esecutore della legge, ma coscienza critica del raccordo tra l'ordinamento comunitario e quello interno. Maggiore responsabilità nell'interpretazione del Diritto,

---

<sup>35</sup> Cfr. Cass., III Sez. Civ., 12 agosto 1995, n. 8845; Cass. civ. sez. III, 1 agosto 1996, n. 6937.

<sup>36</sup> Cass., 6 novembre 1999, n. 12357, in *Giust. civ.* 2000, I, 2054, con nota di F. MOROZZO DELLA ROCCA.

<sup>37</sup> Cass., 29 novembre 2002, n. 16935; e Cass., 5 dicembre 2002, n. 17259.

maggior responsabilità rispetto al proprio operato. Parafrasando Léon Duguit: *“Là où est la responsabilité, là est le pouvoir”*.