

NUMERO 3 - 2015

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

LUIGI ROVELLI

Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	430
LUIGI ROVELLI	
<i>Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati.</i>	433
GIOVANNI AMOROSO	
<i>Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria</i>	455
GIOVANNI DORIA	
<i>Il contratto tra post-modernità e tradizione</i>	485
ANGELO FEDERICO	
<i>L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione</i>	515
STEFANIA PACCHI	
<i>La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015</i>	537
FILIPPO SARTORI	
<i>Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito</i>	569
PAOLOEFISIO CORRIAS	
<i>Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario</i>	617
RICCARDO CAMPIONE	
<i>Il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti tra (preminente) interesse del minore e principio di intangibilità delle competenze «forti»</i>	641

Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati

L'Autore, delineato brevemente il quadro costituzionale in cui si colloca la novellazione normativa sulla responsabilità civile dei magistrati, e ricordata "la commedia degli errori" (e le gravi implicazioni che ne sono derivate) che ha portato la pronunzia della Corte giust. UE sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto umanitario risultante da interpretazione di norme di diritto, porta la riflessione sul ruolo della diligenza-perizia nel quadro della responsabilità civile dell'organo giudicante nella giurisdizione statale ed in quella privata arbitrale, indicando le ragioni della irragionevolezza di disparità di trattamento, particolarmente con riferimento al diverso ruolo del giudicato nelle due ipotesi.

In termini più generali, individua tra i motivi che spiegano il largo consenso per una regolamentazione della responsabilità civile che pare contraddire postulati importanti sul ruolo della giurisdizione, in un pregiudizio di tipo giusnaturalistico, che porta a legare gli esiti del processo alla precipua figura del soggetto giudicante e a pensare "che le regole di condotta fra gli uomini siano iscritte nei rapporti naturali" e che ad esse converga il predicato della verità.

The Author, briefly outlines the constitutional framework in which appears the novelty legislation on the civil liability of judges, recalling the “Comedy of Errors” (and the serious implications arising therefrom) which led to the European Court of Justice’s ruling on State responsibility for violations of humanitarian law, resulting from the interpretation of provisions of law, the article reflects on the role of diligence-expertise within the framework of civil liability of the State court and in private arbitration, giving reasons for the unreasonableness of unequal treatment, particularly with reference to the changing role of the adjudged in both cases.

In more general terms, it identifies, among the reasons that explain the broad consensus for a regulation of the liability that seems to contradict important postulates role of jurisdiction, in a biased naturalistic-type law, that leads to an outcome of the process focused on the principal figure of the adjudged and caused one to think “that the rules of conduct among men derive from natural relations” and that they converge with the predicate of truth.

Sommario: 1. Il quadro costituzionale. – 2. Il problema della compatibilità della l. n. 117 del 1988 con l’ordinamento UE e la situazione attuale con la riforma del 2015. – 3. Verso una corretta impostazione civilistica. – 4. Riflessioni sul ruolo della *diligentia-peritia* nel quadro della responsabilità civile dell’organo giudicante nella giurisdizione e nella giustizia privata. – 5. Rapporto tra l’azione civile risarcitoria e la cosa giudicata. – 6. Riflessioni conclusive.

1. - Il quadro costituzionale.

Dopo una novellazione della legge intitolata alla “*Disciplina della responsabilità civile dei Magistrati*” avvenuta con l’emanazione della legge 15 febbraio 2015, n. 18, si rendono necessarie alcune preliminari osservazioni alla luce del diritto costituzionale e di quello cosiddetto euro-unitario.

Sotto il primo profilo, fondamentale appare la sentenza della Corte costituzionale n. 2 del 1968 (sotto la presidenza Sandulli) che, investita della questione di legittimità costituzionale degli artt. 55 e 74 c.p.c. sotto il profilo della norma ricavabile dall’art. 28 della Costituzione, risolse la questione con una sentenza interpretativa di rigetto. Da un lato si affermò che «l’autonomia e l’indipendenza della magistratura e del giudice non

pongono l'una al di là dello Stato, quasi *legibus soluta*, né l'altro fuori dall'organizzazione statale». Per cui «se la singolarità della funzione giurisdizionale, la natura dei provvedimenti giudiziali, la stessa posizione *super partes* del Magistrato possono suggerire condizioni e limiti alla responsabilità, non sono tali da legittimare una negazione totale della stessa che violerebbe il principio dell'art. 28»¹. Dall'altro, però, affermò anche che le limitazioni normative previste per la responsabilità personale dei magistrati non potevano valere ad escludere una correlativa responsabilità dello Stato, precisando che «quanto alle altre violazioni di diritti soggettivi, cioè ai danni cagionati dal Giudice per colpa grave, o lieve, o senza colpa, il diritto al risarcimento nei riguardi dello Stato non trova garanzia nel precetto costituzionale; ma niente impedisce alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme e principi contenuti in leggi ordinarie». E i successivi sviluppi giurisprudenziali in ordine all'art. 2043 c.c., all'art. 2049 c.c., al principio di immedesimazione organica hanno aperto la via al riconoscimento della responsabilità dello Stato in varie fattispecie colpose, mentre leggi speciali hanno esteso tale responsabilità patrimoniale dello Stato ad ipotesi di grave violazione di diritti fondamentali (come quelli alla libertà personale) pur avvenute in assenza di connotazioni soggettive in termini di colpa.

Dopo il referendum del 1987 e l'introduzione di un nuovo regime di responsabilità civile dei magistrati, è seguito un importante arresto della Corte Costituzionale (sentenza 18 gennaio 1989, n. 18) che, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità al dettato costituzionale della nuova e più rigorosa disciplina, ha dichiarato infondata la questione, ma solo rilevando quanto segue: che «la garanzia costituzionale dell'indipendenza dei giudici è diretta a tutelare, *in primis*, l'autonomia di valutazione dei fatti e delle prove e l'imparziale interpretazione delle norme di diritto»; attività per le quali è espressamente esclusa ogni forma di responsabilità. Signi-

¹ F. MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1987, 41-74, ivi ricorda che durante i lavori preparatori presso l'assemblea costituente, la norma che prevede(va) la responsabilità diretta del giudice per dolo o concussione era citata come il solo esempio di norma ordinaria che anticipava i principi di responsabilità diretta, sul piano civile, dei pubblici dipendenti. Per ulteriori approfondimenti v. anche E. SCODITTI, *Violazione del diritto dell'Unione Europea imputabile all'organo giurisdizionale di ultimo grado: una proposta del legislatore*, in *Foro it.*, 2012, IV, 22.

ficativamente si aggiungeva che la previsione (art. 5, l. n. 117 del 1988) del giudizio di ammissibilità della domanda «garantisce adeguatamente il giudice dalla proposizione di azioni pretestuose che possono turbarne la serenità, impedendo al tempo stesso, ai terzi di creare con malizia le condizioni per l'astensione, e la ricusazione» di magistrati potenzialmente "scomodi".

2. - Il problema della compatibilità della l. n. 117 del 1988 con l'ordinamento UE e la situazione attuale con la riforma del 2015.

La prima decisione della Corte giust. UE (13 giugno 2006, causa C-173/03) – innescata da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova – a fronte della tesi della difesa erariale che ipotizzava non potervi essere responsabilità dello Stato per violazione dell'eurodiritto se non in presenza di una solidale responsabilità del giudice che abbia male interpretato il diritto euro unitario – responsabilità che la legge n. 117 del 1988 esclude per errore nell'interpretazione delle norme di diritto – ha affermato che «il diritto dell'Unione osta ad una legislazione nazionale che esclude, in maniera generale, la responsabilità dello Stato Membro per i danni arrecati ai singoli a seguito della violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulti da un'interpretazione giuridica (...)». Di qui la procedura d'infrazione intrapresa dalla Commissione assumendo che la Repubblica italiana non ammette la responsabilità dello Stato per violazione del diritto unitario risultante da interpretazione di norma di diritto. All'origine dell'equivoco sta la stessa impostazione dell'ordinanza di rinvio da parte del Tribunale genovese e, soprattutto, l'assunto della difesa erariale. Ma la chiamata in causa della l. n. 117 del 1988 era doppiamente errata. In primo luogo perché, proprio a partire dalla ricordata sentenza n. 2 del 1968 della Corte Costituzionale, il regime della responsabilità personale del giudice (anche nella vigenza degli artt. 55 e 74 c.p.c. abrogati per referendum) era tenuto ben distinto da quello dello Stato, sia perché, nella controversia che ha dato adito alla pronuncia della Corte giust. UE era fatta valere la responsabilità diretta dello Stato in quanto soggetto titolare del potere giudiziario. E la Corte giust. UE, nel caso *Köbler* (sent. 30

settembre 2003, causa C-224/01) aveva con estrema chiarezza affermato che «nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato, la cui responsabilità sorge nei casi di violazione di un impegno internazionale viene considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo». Con la legge n. 117 del 1988 applicabile, *ex art.* 1 della legge stessa, «a tutti gli appartenenti alle magistrature (...) che esercitano l'attività giudiziaria» l'Italia ² «non ha inteso regolare una questione di diritto europeo, segnatamente quella della responsabilità conseguente alla violazione di quest'ultimo ad opera del potere giudiziario, bensì esclusivamente una questione di diritto interno concernente la responsabilità del magistrato italiano nei confronti di soggetti che abbiano subito danni da atti di quest'ultimo posti in essere con dolo o colpa grave». Di qui, il carattere meramente pretestuoso dell'aggancio ad un preteso obbligo di modificare la l. n. 117 del 1988 per adeguarla al *dictum* della Corte giust. UE. È vero che la Corte del Lussemburgo, come emerge dalla lettura della sentenza, è stata fuorviata dalla difesa di parte italiana la quale ha accreditato l'assunto che la legislazione nazionale esclude la responsabilità dello Stato per danni arrecati ai singoli a seguito della violazione del diritto dell'Unione imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione risulti da interpretazione di norme giuridiche. Ma, in primo luogo ³, essendo «falso il presupposto normativo di diritto interno al quale la Corte europea ha ritenuto di poter appendere il giudizio di condanna dell'Italia (...) sarebbe plausibile un'azione della Repubblica Italia contro la Commissione europea, volta a far accertare, nella sede di un giudizio di “revisione interpretativa” (ammissibile *ex art.* 43 dello Statuto della Corte e dell'art. 158 del Regolamento di procedura) l'insussistenza dei presupposti della condanna dell'Italia». Ma, a prescindere da questa (pur doverosa) iniziativa, resta il fatto che ciò che l'ordinamento europeo ha richiesto (e che il sistema di diritto interno consentiva e prevedeva) è che lo Stato sia responsabile per i danni arrecati ai terzi per

² Come ha ben segnalato C. CASTRONOVO, *La commedia degli errori nella responsabilità dello Stato italiano per violazione del diritto europeo ad opera del potere giudiziario*, in *Eu. e dir. priv.*, 2012, 948.

³ Come suggerisce lo stesso C. CASTRONOVO, *La commedia degli errori*, cit., 951.

manifesta violazione del diritto europeo, anche ad opera del potere giudiziario, così come, ovviamente, ad opera del potere legislativo o esecutivo. La “reazione per eccesso” di una parte della politica fu tesa a prendere a pretesto la sentenza del CEG introducendo un’ipotesi di “violazione manifesta del diritto” riferita tanto a diritto unitario che a quello nazionale, sopprimendo, per tale via, la clausola di salvaguardia di immunità per il magistero interpretativo (e per la valutazione delle prove). La riforma avrebbe investito, in tal caso, indistintamente, tanto la responsabilità dello Stato che quella – non richiesta – del giudice. E ciò perché, nel contesto europeo, affermare la responsabilità dello Stato – in quanto Stato legislatore o in quanto Stato giudice – prescinde del tutto dalla responsabilità civile personale delle persone fisiche (parlamentari in un caso, magistrati nell’altro) cui sia riferibile la paternità dell’atto costituente violazione del diritto unitario. Quindi non vi era alcuna richiesta dell’Europa volta ad allargare l’ambito di responsabilità personale dei magistrati. Ma come ha osservato M.A. Sandulli ⁴, se pure la richiesta vi fosse stata, e il legislatore avesse consentito l’ammissibilità di azioni di responsabilità volte a sindacare l’interpretazione delle norme e la valutazione delle prove da parte del giudice – attività che costituisce il *proprium* della funzione giurisdizionale, l’essenza di essa – una siffatta legge interna violerebbe non un qualsiasi precetto costituzionale ma un principio cardine del nostro ordinamento costituzionale. Questo costituirebbe il non valicabile controlimite di legittimità costituzionale interna, con conseguente recessione dello stesso primato del diritto dell’Unione, e avrebbe legittimato declaratoria di incostituzionalità di una legge interna che avesse reso quel *dictum* operante in Italia. Quel *dictum* non c’è stato; e la clausola di salvaguardia, nella legge interna, è derogata espressamente (artt. 2, 3 e 3-*bis*, legge n. 18 del 2015) con riferimento alla responsabilità dello Stato, con indiscriminato riferimento alla violazione manifesta tanto del diritto dell’Unione Europea (in relazione al quale si perpetua così la confusione concettuale fra le due responsabilità: quella vicaria, quale riflesso della responsabilità del magi-

⁴ M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile degli organi giurisdizionali*, in P.L. PORTALUPI (a cura di), *L’Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti*, Atti del Convegno di Lecce, 27-28 aprile 2012, Napoli, 479 ss.

strato, come disciplinata dalla legge speciale, e quella diretta, come responsabilità dello Stato in caso di violazione di un impegno internazionale, come titolare del suo potere giudiziario, e non come soggetto che risponde del fatto illecito degli ausiliari) quanto della legge interna stessa. Con riferimento a tale secondo aspetto, l'ampliamento della responsabilità dello Stato anche in deroga alla cosiddetta clausola di salvaguardia (come dimostra la dizione «fatti salvi i commi 3 e 3-bis...») non è in relazione ad alcun obbligo, vero o supposto, di natura internazionale, è esercizio di discrezionalità legislativa; ma come vedremo (v. *ultra* par. 5) non manca di sollevare gravi problemi di coerenza normativa in relazione alla sindacabilità della cosa giudicata, anche se la normativa possa consentire un'interpretazione della stessa che non estende tale regime, pur in assenza della clausola di immunità, alla responsabilità del giudice.

Per quanto concerne la violazione del diritto c.d. unitario, è chiaro che il punto più delicato è quello che concerne la mancata osservanza dell'obbligo (previsto come tale, ricorrendone le condizioni, solo per i giudici di ultima istanza) di rinvio pregiudiziale della questione interpretativa *ex* artt. 234 e 267 del Trattato.

439

Il rischio è aggravato dalla patologica incertezza del nostro quadro normativo. Ad esempio, la Corte d'appello di Roma, riformando la decisione del Tribunale, ha dichiarato l'ammissibilità dell'azione risarcitoria promossa da Telecom per i danni derivati dalla pronunzia del Consiglio di Stato che, interpretando il principio di diritto affermato dalla Corte di giustizia all'esito di rinvio pregiudiziale, ha ritenuto che lo Stato italiano potesse continuare ad imporre a Telecom il pagamento di un canone sul fatturato da servizio di telecomunicazioni; e ciò ha fatto ritenere il carattere manifesto della violazione della *regula iuris* espressa dalla Corte, senza effettuare un nuovo rinvio pregiudiziale. In un altro caso la Corte dei conti, sez. Abruzzo (21 marzo 2012, 84), contestando l'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione nel senso della esclusione della soggezione ad azioni di responsabilità per danno erariale degli amministratori di società a capitale pubblico (diverse dalle c.d. società in *house providing*) per danni arrecati alle stesse, ha affermato che questa giurisprudenza potrebbe determinare responsabilità dello Stato-giudice (in relazione agli artt. 126 TUE e ad altre norme europee, tra cui il c.d. patto di stabilità e crescita

comunitario), per inadempimento al diritto unitario che postula un “controllo” magistratuale indipendente e neutrale sulle c.d. gestioni pubbliche. La nota sentenza Corte giust. UE 20 ottobre 2011, causa C-396/09, ha affermato che i giudici comuni devono disattendere le pronunce dei giudici superiori, compreso il *dictum* delle Sezioni Unite che “regolano” la giurisdizione, in contrasto col diritto UE. Il rischio di violare inavvertitamente norme UE è, per il giudice nazionale molto forte e avvertito. La conoscenza del diritto europeo, nei vari settori, esige uno studio attento e continuo, anche perché il diritto UE presenta la naturale difficoltà e i margini di incertezza propri di un diritto essenzialmente giurisprudenziale. La sola prospettazione di responsabilità civile personale a carico dei giudici, porta ad enfatizzare i dubbi interpretativi, ed ha fatto paventare il rischio di un “abuso del rinvio pregiudiziale”, in termini di mera cautela personale. Se ciò avvenisse sarebbe meno limpida la motivazione del tanto auspicato dialogo fra le Corti.

La soluzione legislativa, laddove accomuna le due fattispecie, dell'errore (manifesto) nell'applicazione dell'eurodiritto e quella ricadente sulla legge nazionale, nell'escluderle entrambe dalla causa esonerativa di responsabilità dello Stato costituita dall'interpretazione di norme giuridiche, sembra incorrere, inavvertitamente, in un duplice equivoco. Il primo è quello di mettere sullo stesso piano la responsabilità primaria dello Stato, come soggetto internazionale, verso i terzi danneggiati dalla violazione del Trattato Europeo in cui sia incorso, come legislatore, come titolare del potere esecutivo o del potere giudiziario; e la responsabilità vicaria cui possa essere assoggettato dalla legge interna, in base al prescelto regime sulla responsabilità civile dei magistrati. Il secondo, consequenziale, è di accreditare definitivamente la premessa – che la Corte giust. UE ha dovuto fare propria perché in quel senso si era espressa, in giudizio, la difesa dello Stato italiano – secondo cui quello disciplinato dalla legge speciale è il regime che delinea la responsabilità dello Stato anche con riferimento alla violazione, ad opera del potere giudiziario, del diritto euro-unitario. Si è detto come quella premessa sia stata frutto di un equivoco cui la Corte Europea è stata indotta; e come la via per la rettifica possibile passi per il ricordato procedimento di revisione. Se questo non fosse ora praticabile, e la sola interpretazione possibile della nuova legge sia quella prospettata

(che esclude cioè la responsabilità primaria dello Stato verso i terzi danneggiati da decisioni emesse in patente violazione del diritto unitario) ne conseguirebbe un'ulteriore infrazione dell'Italia all'Eurodiritto, per aver sottoposto l'esercizio dell'azione ad un termine di decadenza non previsto dal regime comune sulla responsabilità. La questione è oggi posta davanti alla Corte di Cassazione che potrà sollevare la questione interpretativa alla Corte giust. UE o applicare direttamente il regime di diritto comune che non prevede decadenze, ove ritenga di poter disapplicare direttamente quella parte di legge interna difforme o, alternativamente, se riterrà che accanto al regime di responsabilità vicaria dello Stato, disciplinata dalla legge speciale, coesiste, e continua a coesistere, il regime di responsabilità civile dello Stato verso i terzi per violazione dell'eurodiritto.

3. - Verso una corretta impostazione civilistica.

Da un punto di vista di carattere generale, che forse pecca di eccessivo dottrinarismo, occorre interrogarsi su quando la prestazione resa dal giudice, per il suo contenuto (insufficiente o contenente errori) può considerarsi come inadempimento, o inesatto adempimento dell'obbligazione che sul giudice-pubblico dipendente grava nei confronti del proprio datore di lavoro-Stato.

Al di là della natura, aquiliana o contrattuale che si voglia attribuire alla responsabilità che faccia carico al giudice nei confronti di colui che, parte in un giudizio, si assuma leso da un provvedimento giurisdizionale "ingiusto", non sembra che la stessa possa sussistere quando la prestazione non si configuri come inadempimento nel rapporto obbligatorio che lega il giudice-persona fisica allo Stato, come creditore della prestazione giudiziale che attua uno dei suoi compiti fondamentali.

Ora venute meno le teorie patrimonialistiche dell'obbligazione, modellate sul rapporto obbligatorio avente ad oggetto la prestazione di "dare" ⁵,

⁵ Con il corollario che di fronte al mancato adempimento la prova liberatoria gravante sul debitore *ex art. 1218 c.c.*, esigesse la dimostrazione della non imputabilità al debitore dell'impossibilità di adempiere, connotata dai requisiti di assolutezza e oggettività. Si veda G. OSTI, *Revisione critica della teoria dell'impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, 222 ss., tesi non smentita dopo la codificazione: G. OSTI, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 615 ss.

rimane comunque ben ferma, e, in qualche modo, rintracciabile nella diversa disciplina dettata nei due commi dell'art. 1176 c.c., la distinzione fra obbligazioni di "dare" e quelle di "*facere*" con particolare riferimento alle obbligazioni inerenti all'esercizio di attività professionali. L'individuazione della prestazione come precisamente determinata dalla fonte del rapporto obbligatorio, collegata alle obbligazioni di dare, vede operare la diligenza unicamente quale "criterio di responsabilità" risultando dal titolo (e dal parametro interpretativo della buona fede) l'estensione precisa di ciò che il debitore è tenuto a fare. Ma la diversa portata della diligenza si è fatta derivare dalla distinzione tra obbligazione "di risultato" – in cui effettivamente la diligenza costituisce solo criterio di controllo del contegno, dell'operato del debitore di fronte ad un evento che ha reso impossibile l'esatto adempimento (e dunque si atteggia come criterio di responsabilità) – e obbligazione "di mezzi", in cui la diligenza designa lo stesso dovere di prestazione. Il che vale a dire che in questi casi la diligenza «esprime lo stesso dovere primario di prestazione, non già un momento della buona fede, bensì la misura della buona fede dedotta nel rapporto di cui si tratta»⁶. La distinzione, ancora fondamentalmente valida, ha bisogno di precisazioni. In termini generali esiste un problema di compatibilità logica che porta a dubitare che una regola di comportamento si identifichi col comportamento stesso, in quanto comportamento dovuto. In altre parole ogni obbligazione ha sempre di mira un risultato, anche se questo non è "*in obligatione*" (la vittoria della causa per l'avvocato; la guarigione dalla malattia per il medico), e il comportamento dovuto, secondo gli standards di *diligentia-peritia* propri di ciascuna professione, è strumentale al risultato avuto di mira; mentre sembra essere "di mezzi" un'obbligazione in cui la prestazione si esaurisce tutta e soltanto nell'esercizio di diligenza. La prescrizione che si trae dall'art. 1176 c.c. è quella per cui "il comportamento dovuto" – quale è determinato dal titolo costitutivo del rapporto obbligatorio – sia reso "in modo diligente", non identificandosi la "diligenza" con il "comportamento dovuto". La diligenza come

⁶ L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 185. Come precisa lo stesso Mengoni (ivi, 306) la paternità della distinzione – quantomeno per la terminologia adottata – appartiene a R. DEMOGUE, *Traité des obligations en general*, I, Paris, 1925, V, n. 1237.

esercizio fine a se stesso non può essere oggetto di obbligazione perché non realizza alcun interesse del creditore: né il suo interesse “primario” inteso come il risultato avuto di mira nelle obbligazioni di “*facere*” professionale, il cui raggiungimento non è “*in obligatione*”, ma che si pone, talora, come normale conseguenza del comportamento dovuto, né in ordine a quei risultati parziali (ad esempio per l’avvocato l’ammissibilità dell’atto processuale compiuto) che possono essere assicurati anche nelle obbligazioni di mezzi. Conclusivamente, possiamo ritenere che nelle obbligazioni che hanno per oggetto un “*facere*” professionale (che possiamo ostinarci a denominare come obbligazioni di mezzi), una certa misura di diligenza e di perizia si identifica con i “mezzi” a disposizione per ottenere un risultato ulteriore, che non è “*in obligatione*” e rimarrà esterno ad essa; ma che è quello che realizza l’interesse primario del creditore (il solo per cui il rapporto obbligatorio è stato costituito).

In questo caso, la diligenza, pur non costituendo l’oggetto dell’obbligazione, opera come misura del contenuto dell’obbligazione, ossia del comportamento dovuto, e non già come mero criterio di imputazione dell’evento che ha causato l’impossibilità della prestazione, come avviene nelle obbligazioni di “*dare*”.

443

4. - Riflessioni sul ruolo della *diligentia-peritia* nel quadro della responsabilità civile dell’organo giudicante nella giurisdizione e nella giustizia privata.

Fermo restando, dunque, il dato acquisito per cui l’attività diligente del debitore della prestazione rileva soltanto per il suo carattere strumentale ad un risultato dovuto che, esso solo, soddisfa l’interesse di cui è portatore il soggetto che è parte attiva del rapporto obbligatorio, si pone il tema del ruolo della diligenza in ipotesi di responsabilità civile del giudice (*rectius* dello Stato cui fa carico l’obbligazione *ex lege* di rendere le funzioni di giustizia) verso alcuna delle parti in causa, per il risultato, per essa insoddisfacente, della prestazione di giustizia. Dal punto di vista, che in questa sede interessa, della dogmatica civilistica il problema si pone, in analoghi termini, per la responsabilità contrattuale verso le parti del giudizio, degli arbitri nei giudizi arbitrali; responsabilità che, per gli errori di giudizio,

l'art. 813-ter, comma 2, c.p.c. configura mediante rinvio alla disciplina dettata, entro quell'ambito, dalla l. 13 aprile 1988, n. 117, per la responsabilità dello Stato (e del giudice in sede di rivalsa); con la precisazione che «se è stato pronunciato il lodo, l'azione di responsabilità può essere proposta soltanto dopo l'accoglimento dell'impugnazione con sentenza passata in giudicato e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta».

La particolarità di questa ipotesi, dal punto di vista della disciplina delle obbligazioni contrattuali è che, in esse, il conseguimento di un esito favorevole, per l'una o per l'altra delle parti in causa, non è, neppure mediatamente, "*in obligatione*". Il differenziato (e apparentemente meno rigoroso) regime di responsabilità che l'ordinamento pare riservare rispetto ad altre forme di responsabilità professionale non deriva certo da ciò che la prestazione degli arbitri nella giustizia privata, o dei giudici in quella statale, sia più difficile di altre prestazioni professionali (dell'avvocato nel condurre una causa; del medico nel diagnosticare e curare una malattia; dell'ingegnere nel progettare e dirigere la costruzione di un'opera). Ciò che esige diversità di disciplina deriva dal fatto che l'avvocato, il medico, l'ingegnere sono tenuti a prestare la loro *diligentia-peritia* in funzione di un interesse che è predeterminato; e dunque del raggiungimento di un risultato auspicato come il più favorevole per il soggetto che ha conferito l'incarico e che riveste il ruolo di creditore della prestazione. Al contrario, nel giudizio, all'organo giudicante spetta il compito di garantire la parità della posizione processuale delle parti fino al momento della decisione: siamo all'opposto della predeterminazione del risultato capace di realizzare l'interesse del creditore e rispetto al quale l'attività del debitore improntata a diligenza e perizia è strumentale. Ciò non significa, ovviamente, che la resa della prestazione giudiziale da parte del giudice e degli arbitri sfugga ad una valutazione in termini di diligenza e di perizia professionale, come non vi sfugge quella dell'avvocato. Ma l'esistenza (per l'avvocato) o l'inesistenza (per il giudicante) di un collegamento con gli interessi che sono in gioco nel processo incide sui possibili parametri di diligenza esigibili e, soprattutto sulla stessa struttura logica dei giudizi che essi sono chiamati ad esprimere in relazione alla natura delle "regole" da

applicare, nonché sull'identificazione del soggetto "creditore" della prestazione dovuta ⁷.

Ho bisogno di spiegare con un (breve) *excursus* teorico, che prende lo spunto da una riflessione che si è sviluppata nel pensiero marxista.

Anche quando la teoria marxiana, ben più di quanto lo sia oggi, era oggetto di "*cult*" presso gli intellettuali occidentali, era comune l'apprezzamento sulla superficialità del suo approccio ai temi del diritto e dello Stato. In Marx, la previsione (o l'auspicio) della scomparsa del diritto nello "stadio" della società comunista è fondata sul postulato che, in tale stadio dell'evoluzione della società – venuto meno ogni conflitto di classe – cessino di esistere veri e propri conflitti di interesse fra gli uomini.

Una precisazione è rappresentata dalla formula coniata da Engels (e, ripresa da Lenin, entrata nella "vulgata") secondo la quale nella società comunista non ci sarà più "governo sugli uomini", ma solo "amministrazione delle cose". Ulteriore e decisivo (a fini del presente discorso) approfondimento è quello apportato da Pasukanis. Il passaggio previsto da Engels sarà possibile perché nella società comunista non vi saranno (più) regole giuridiche. Vi saranno regole di comportamento, ma saranno regole di altro tipo e di altra natura: regole tecniche. E una regola è tecnica quando mette in relazione fra loro un mezzo e uno scopo; e la regola serve proprio a stabilire i mezzi necessari per conseguire lo scopo desiderato. Le regole giuridiche sono regole "prescrittive", le regole tecniche, no; esse sono "soltanto" descrittive del nesso fra mezzo e scopo, scopo che resta fuori dalla regola. Tali sono le regole "naturalistiche"; quelle che governano quasi tutte le attività professionali complesse. Il fisico sa che, se vuol far bollire l'acqua a livello del mare, la deve portare ad una certa temperatura; l'ingegnere calcola natura, dimensioni, grandezza di una struttura, perché siano idonee alla funzione per la quale essa viene costruita; il manager applica regole aziendalistiche, come mezzo al fine di produrre bilanci in attivo. Saremmo portati a credere che la regola giuridica è, comunque, *naturaliter* regola prescrittiva: posta per obbligare ad un comportamento. Ma, a ben vedere, anch'essa può diventare descrittiva, ad una

⁷ V. L. ROVELLI, *I doveri del giudice e del difensore*, in G. VISINTINI-S. MAROTTA (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, Napoli, 2003, 229 ss.

condizione: che vi sia identità di scopo fra chi pone o “dice” la regola del caso concreto e chi è il destinatario della prescrizione. La comunanza di scopo può non escludere la coercizione, propria della regola giuridica. Ma la regola giuridica, divenuta regola tecnica (per l’identità di scopo di proscrittore e destinatario) comporta l’applicazione di misure coercitive nell’interesse di chi la costrizione subisce. Così come la costrizione esercitata dal medico sul paziente non ha carattere di “sanzione”, ma è un mezzo in vista della guarigione, che è il fine comune del medico e del paziente.

Nella preconizzata società comunista, la condizione della riduzione della regola giuridica a regola tecnica è l’abolizione (*tout court*) dei conflitti d’interesse fra gli esseri umani, con il corollario della riconduzione della risoluzione di contrasti interindividuali, attraverso la giurisdizione, a forme di “volontaria giurisdizione”, con la avvenuta riduzione delle regole di condotta a “regole tecniche” in quanto volte al perseguimento di un fine che “le parti” hanno in comune fra loro e con il “giudicante”.

Acquisito il dato della trasformabilità della regola giuridica, prescrittiva, in regola tecnica, descrittiva, l’uso di un’ulteriore distinzione teorica appare utile per inquadrare al più alto livello di astrazione (e quindi di comprensione del fenomeno) il nostro problema sull’uso “parziale” del principio di legalità, da parte dell’avvocato ma non del soggetto giudicante.

Ho in mente la distinzione, introdotta nel linguaggio dei teorici del diritto da Herbert Hart, tra punto di vista interno e punto di vista esterno. Come è noto, Hart indica come punto di vista interno, rispetto ad una norma giuridica, o al sistema normativo nel suo complesso, il punto di vista di chi usa la norma; cioè di chi, mediante la norma, valuta la propria o l’altrui condotta, ovvero fonda su di essa pretese, diritti, poteri, o contesta pretese altrui. E indica come punto di vista esterno quello di chi considera la norma come fatto, senza sentirsi vincolato da essa, né coinvolto dalla sua applicazione. Ed è il punto di vista dello studioso sociale, contrapposto all’utente, ma anche al giurista (teorico o pratico che sia). Ma, come ha osservato il compianto Tarello, vi sono due modi per intendere il punto di vista interno; modi che, a ben vedere, riflettono il diverso punto di vista, nel processo, del giudice e dell’avvocato.

Riassumendo, dunque, anche la regola “giuridica”-prescrittiva può diven-

tare “descrittiva”, e dunque “regola tecnica” alla condizione che vi sia identità di scopo fra chi è chiamato a “dire” la regola del caso concreto e chi è destinatario della sua prescrizione.

Entrambi, giudice ed avvocato, appaiono porsi, rispetto alla norma, in una medesima posizione di soggezione ad essa. Ma il primo, non portatore di alcun interesse implicato dall’esito della controversia, ripete dalla norma il suo carattere “prescrittivo”; il secondo, ugualmente soggetto alla norma (che non avrebbe senso postulare una pretesa che non ricerchi il suo fondamento nel sistema normativo) ne fa uso, attribuendo (come fa il giudice) significati agli enunciati linguistici in che consiste il testo normativo; ma ciò fa (ed è tenuto a fare) in funzione della miglior tutela dell’interesse che è chiamato a difendere ed in funzione del miglior risultato raggiungibile. In tal modo il difensore (ma non il giudice), facendo uso della norma emette un giudizio “tecnico”: tale perché emesso in vista del raggiungimento di uno scopo che ha in comune con il soggetto per il quale enuncia la regola di giudizio valevole per il caso concreto. Salvo che esprima un “parere *pro-veritate*”, l’avvocato che svolga una difesa o motivi un’impugnazione fa bensì uso della “norma”, per sua natura prescrittiva; ma l’uso della norma è “descrittivo” perché in connessione eziologica col “risultato” avuto di mira e “strumentale” rispetto ad esso ⁸. Il “risultato” della prestazione giudiziale del giudice invece non è altro che quello che sarà determinato dal giudice che la rende.

E se le questioni sottoposte al giudizio erano – come di regola avviene, in presenza di un contenzioso giustificato – dall’esito opinabile, anche la decisione si presenterà come un “risultato” discutibile, o “irriducibilmente opinabile” giacché l’esclusiva soggezione del giudice alla legge implica la libertà professionale di raggiungere, con l’uso delle tecniche della professione, risultati assoggettabili a riesame, nelle sedi di impugnazione dell’atto, e, in ogni caso a critica e discussione. Ma se il giudice venisse chiamato a rispondere, in sede di responsabilità civile, per uno dei possibili risultati “discutibili” del suo giudizio, verrebbe ferita a morte

⁸ È di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Studi sul processo civile*, Padova 1957, VI, 53, l’espressione efficace, ancorché scherzosa secondo cui «gli articoli del codice (...) possono essere adoperati dai contendenti come pedine di una scacchiera».

l'esclusività della sua soggezione alla legge. Ma è pur possibile individuare una soglia al di sotto della quale si danno risultati non già discutibili od opinabili, ma "negativamente indiscutibili", come conseguenza di macroscopica violazione di quei doveri di diligenza e di perizia professionale che precedono la resa della pronuncia giudiziaria e sono ad essa funzionali. Si può ben ritenere che l'indiscutibilità negativa del risultato giudiziale pone quest'ultimo al di fuori dell'area di protezione dell'art. 101 della Costituzione, giacché se la violazione di legge è evidente e indiscutibile, il risultato della prestazione giudiziale evade dall'area di soggezione alla legge e dunque dal connotato fondamentale della giurisdizione riassunto nella formula costituzionale. La soglia della "indiscutibilità negativa" viene assunta come indice di "rottura" della giurisdizione; o, mutuando quella che è (stata) la tradizionale regola di riparto fra le giurisdizioni, come "inesistenza" di potere giurisdizionale, piuttosto che di cattivo esercizio di esso; ed il suo superamento colloca la responsabilità conseguente sul terreno della responsabilità aquiliana piuttosto che su quello che consegue all'inesatto inadempimento di un'obbligazione. Il problema, pur correttamente impostato, rimane comunque delicato, sia per la "discutibilità" – si perdoni il bisticcio – della stessa nozione di "indiscutibilità", sia per l'insuperabilità del limite costituzionale fuori dalle ipotesi di "rottura" della giurisdizione. Ed anche con riferimento alla responsabilità degli arbitri la disciplina sopra ricordata (per cui, quando ci si duole di errori di giudizio, l'azione di responsabilità non può essere proposta se non dopo l'accoglimento dell'impugnazione proposta contro la sentenza arbitrale «e per i motivi per cui l'impugnazione è stata accolta») evidenzia l'eccezionalità dell'azione di responsabilità che si risolve nella "*mise en partie*" dell'organo giudicante. Eccezionalità che si manifesta sul piano processuale creando un regime tale per cui l'accoglimento dell'impugnazione è la condizione di ammissibilità dell'azione civile di responsabilità e da legittimare tale soggetto a proporre opposizione di terzo ordinaria avverso la sentenza che decide sull'impugnazione della sentenza arbitrale; e che, per ciò stesso, *ex* art. 344 c.p.c. potrebbe persino consentirne l'intervento nel processo di impugnazione del lodo davanti alla Corte d'Appello.

5. - Rapporto tra l'azione civile risarcitoria e la cosa giudicata.

L'azione civile (contro lo Stato) per “danno ingiusto” subito per effetto di «un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato per dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni» (così l'art. 2, comma 1, l. n. 117 del 1988) «può essere esercitata soltanto quando siano stati esperiti i mezzi ordinari di impugnazione (...) e comunque quando non siano più possibili la modifica o la revoca del provvedimento, ovvero, se tali rimedi non sono previsti quando sia esaurito il grado del procedimento nell'ambito del quale si è verificato il fatto che ha cagionato il danno» (art. 4, comma 2, l. n. 117 del 1988). La seconda parte della previsione appare riferita a danni da provvedimenti cautelari e sommari, mentre la prima ai provvedimenti decisori e definitivi, aventi natura “sostanziale” di sentenza. Dunque, in tali casi, la domanda è proponibile solo dopo (e il termine per proporla decorre da) il momento in cui nella vicenda processuale si è formato il giudicato e ciò è avvenuto per essere non più esperibili “i mezzi ordinari di impugnazione”. Ma in nessun modo si dice che il danno viene meno o non è più tale per l'ordinamento se la decisione asseritamente produttiva del danno risulta confermata all'esaurimento dei gradi di giudizio o, addirittura, se esso danno, per la parte, si colloca proprio nella decisione scaturita dall'ultimo grado di giudizio. Tale è il giudizio di cassazione per le controversie che rientrano nella giurisdizione del G.O. Ciò rende particolarmente a rischio il lavoro dei giudici delle giurisdizioni superiori, soprattutto per l'ipotesi di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, a seguito della «mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 del Trattato», obbligo che si configura come tale, ricorrendone i presupposti, solo per i Giudici di ultima istanza.

Una tale forma di tutela accordata a chi si ritenga danneggiato da un giudicato sfavorevole, contro di sé formatosi nel processo in cui è stato parte processuale, appare, *prima facie*, irragionevolmente difforme rispetto alla regola dettata in tema di responsabilità degli arbitri nell'ambito della c.d. giustizia privata, in cui, ragionevolmente, il giudicato fornisce la misura stessa della responsabilità possibile degli arbitri nell'arbitrato rituale. Ma, soprattutto, essa appare destabilizzante rispetto ad un Istituto – quello della cosa giudicata – che rimane centrale nell'esperienza giuri-

dica⁹. Scriveva Enrico Allorio in uno splendido saggio del 1948¹⁰, «leggi e sentenze rimangono le fonti sovrane dell'ordinamento giuridico; atti amministrativi e contratti ne sono le fonti semplicemente autonome e libere; l'efficacia imperativa della legge e l'autorità del giudicato attestano quella sovranità, la sindacabilità degli atti amministrativi e privati i limiti di quell'autonomia e di quella libertà». E nel quadro dell'ordinamento positivo, osservava Antonio Segni che «esiste una sola sentenza giusta», quella che non è più soggetta a mezzi di impugnazione. La dottrina processual-civilistica è concorde nel ritenere (con Cerino Canova) la necessità del giudicato nella tutela giurisdizionale dei diritti avendo di mira proprio l'effetto preclusivo del giudicato la «stabilità della decisione, l'eliminazione dell'incertezza per cui la situazione accertata è tale anche se difforme da quella anteriore». Le sentenze sono per così dire, titoli “causali”, nel senso che il raccordo tra “*veritas*” e “*decisum*” è l'essenza della funzione giurisdizionale. La “validità” delle decisioni è però legata, attraverso il sistema delle impugnazioni, alla correzione degli errori (secondo la nota espressione di Calamandrei, per cui il secondo giudice decide bene non benché il primo giudice abbia errato, ma perché il primo giudice è incorso in errore, essendo l'errore una tappa verso la verità) e dunque alla verifica di corrispondenza in base alle regole del processo con la situazione di fatto oggetto dell'accertamento e di conformità del giudizio alla “*regula iuris*” che si estrae dall'ordinamento. La discussione, come tutte le attività di ricerca della verità, specie, di verità controverse, in astratto inesauribili, incontra, invece, nel processo, progressive preclusioni. Ed è un'esigenza pratica (*ne lites sint paene immortales*) quella che impone la preclusione definitiva, la cui irremovibilità implica anche la definitiva astrazione del *decisum* dalla *veritas*; del titolo giudiziale dal rapporto sostanziale. Ciò non significa, beninteso, sostituzione della verità legale alla verità reale. «I fatti» – osservava Chiovenda – «rimangono quelli che furono, né l'ordinamento

⁹ La responsabilità civile Stato è infatti oggi ammessa in espressa deroga alle clausole di salvaguardia di immunità dell'attività interpretativa e di valutazione delle prove, nelle ipotesi scrutinate dalla l. n. 117 del 1988, all'art. 2, comma 3 (che definisce la nozione della colpa grave) e comma 3-bis, che, agli errori revocatori, aggiunge l'equivoca formula del «travisamento del fatto e delle prove» (anche se, ai fini dell'estensione della responsabilità al giudice, si richiede che quei vizi siano connotati da inescusabilità dell'errore).

¹⁰ E. ALLORIO, *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, 487.

pretende che siano considerati veri quelli che il giudice ritenne come basi per la sua decisione; esso anzi non si cura affatto di sapere come andarono realmente le cose e si disinteressa completamente dei possibili errori del giudice; ma si limita ad affermare che la volontà della legge nel caso concreto è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge».

La nuova legge pur prevede che per gli errori di giudizio (veri o supposti) che abbiano inficiato, in qualche punto, la decisione passata in giudicato, sia accordata alla parte rimasta soccombente azione diretta non già a rimuovere la sentenza per ipotesi “ingiusta” (ed in quanto tale produttiva del danno), ma – rimanendo questa intangibile – diretta ad ottenere, *in primis* dallo Stato-giudice, il ristoro dei danni da essa risentiti o che risentirà dalla esecuzione di quella sentenza. A questo punto ha inizio il processo al processo. Uno strano processo al processo a cui rimane estranea la parte riuscita vittoriosa (disinteressata perché non è in gioco l'esistenza del suo diritto). La parte cioè che si trova nella posizione di conoscere e poter contraddire le ragioni che si oppongono alle pretese da lei fatte valere ed ora rimesse in discussione. E, occorre dirlo subito, si tratta di un processo “virtuale”, ben più complesso di quello già concluso e che ora ne diventa l'oggetto. Ben più complesso perché i fatti e le questioni di diritto che nel primo processo hanno costituito l'oggetto diretto della decisione dei giudici, nel secondo processo sono esaminabili in quanto inseriti nella “possente gabbia processuale”, improntata al principio dispositivo, che l'ordinamento appresta. E, come è noto, e come ha sottolineato Taruffo, ogni «*adversary system*» (tale è il processo civile, ma anche, seppure in diversa misura, il processo penale di stampo accusatorio) «è metodologicamente indifferente alla verità reale». Si tratterà poi di vedere se, in un sistema processuale così prodigo nel fornire alle parti i mezzi processuali per correggere gli errori in cui siano incorsi i giudici, questi mezzi siano stati adeguatamente esercitati, e, in ogni caso, ove l'errore residui, sia bene individuato se la medesima decisione non avrebbe potuto essere sorretta da una diversa, non difettosa motivazione, essendo in discussione il nesso causale tra l'errore ed il danno. Danno che non c'è se, corretto l'errore, il punto deciso avrebbe trovato eguale soluzione.

6. - Riflessioni conclusive.

Non è vero dunque che oggi lo Stato «si disinteressa completamente dei possibili errori del giudizio» non più correggibili. Se ne interessa largamente. Basti pensare che violazione (ancorché manifesta) della legge altro non è che la prospettazione di una interpretazione diversa di quella fatta propria nella sentenza passata in giudicato). Ma il suo interesse non si spinge fino a rimuovere l'errore accertato e dunque la causa del danno ingiusto (come avviene per il processo penale con l'art. 650-*bis* c.p.p.) ma per iniziare, daccapo, un giudizio di responsabilità civile dapprima verso lo Stato e poi (eventualmente) verso la persona fisica dei giudici che hanno assunto la decisione controversa.

Se la situazione soggettiva lesa è l'interesse legittimo della parte ad una decisione favorevole in quanto disatteso da una decisione assunta come "ingiusta", dovrebbe valere la regola della pregiudizialità amministrativa; per cui, a fronte di un atto amministrativo causativo di danni al privato, nessun risarcimento sarà dovuto e nessun accertamento incidentale di illegittimità dell'atto è possibile, se l'impugnazione dell'atto stesso è stata rigettata con sentenza passata in giudicato. Ma forse tutto può essere rimesso in discussione con un'azione di danni avente per oggetto il giudicato stesso che ha accertato la legittimità dell'atto amministrativo.

La prima, più ovvia riflessione per chi pur voglia scontare il passaggio surrettizio del processo da fondamentale funzione dello Stato a mero "servizio pubblico", è quella che porta a domandarsi quale malgoverno venga fatto di un servizio predicato come "risorsa scarsa". In presenza del giudicato riconoscibile come "ingiusto" e gravemente errato, sarebbe più agevole predisporre un ulteriore grado di giudizio che corregga l'errore ed escluda il danno (e così via).

Ma per chi, come noi, crede nella necessità della cosa giudicata (salvo le ipotesi eventualmente ampliabili di revocazione straordinaria) e riconosce nelle riportate parole degli antichi Maestri, il *proprium* della giurisdizione, non può che constatare che qui è la funzione stessa della giurisdizione, come ci è stata consegnata dalla tradizione, e come è scolpita nella Costituzione, che viene messa in discussione.

Se, per mera ipotesi, dovessimo accedere all'idea di piena amministrativizzazione del servizio-justizia e del suo risultato ultimo – il giudicato –

dovremmo ammettere che la situazione soggettiva della parte litigante è – al più – riconducibile a quella di “interesse legittimo”: interesse a che gli sia riconosciuta “ragione” se, in base alle regole del processo, applicate rettamente, questa gli doveva spettare. Qui si è portati a valutare la situazione come assimilabile a quella disciplinata dal terzo comma dell’art. 30 c.p.a. rispetto all’atto amministrativo. Ma lì l’autonomia dell’azione risarcitoria ha fatto i conti col principio di pregiudizialità, ora inteso – come nell’originaria giurisprudenza del Consiglio di Stato, – per derivarne l’inammissibilità in rito della domanda risarcitoria autonomamente proposta; oggi, in base al *decisum* dell’Adunanza Plenaria n. 3 del 2011, nel quadro di una lettura dell’art. 1227, comma 2, c.c. alla luce della clausola generale di buona fede (e del divieto di abuso del diritto in chiave processuale) come ragione di irrisarcibilità del danno-conseguenza, evitabile con l’esercizio dell’azione di annullamento.

Qui, in verità, non è più possibile – perché questa è l’ipotesi – l’annullamento dell’atto supposto come ingiusto e produttivo di danni. Ma quale coerenza si può riconoscere ad un ordinamento che da un lato riconosca efficacia (connotata secondo Allorio dall’attributo della sovranità) ad un atto a sé imputabile, e nello stesso tempo, riconosca nella sua esatta esecuzione – che esso stesso assicura con la forza pubblica – la fonte di una responsabilità risarcitoria a suo carico?

453

Non si può tacere, tuttavia, che una siffatta regolamentazione (e l’esito del referendum l’ha dimostrato) corrisponda ad una volontà quasi generale. Le spiegazioni sono complesse ed operano su diversi piani. Vorrei individuarne uno, più “compendioso”. La funzione giurisdizionale è concepita, quale in effetti è, come diretta, nei casi controversi, a stabilire chi ha ragione e chi ha torto, dando ragione a chi ce l’ha effettivamente. E il giudizio è così male inteso come l’applicazione di regole “descrittive”, in quanto dirette ad un risultato, quello di dare ragione a chi ha ragione: questa è l’obbligazione del giudice, tramite il giudizio, ed è concepita dalla *communis opinio* come un’obbligazione di “risultato”. A monte, sta l’equivoco, identificabile nella ricordata teoria di Pasukanis, della riconduzione delle regole giuridiche a “regole tecniche”, con il corollario (implicito ma necessitato) della riconduzione della risoluzione dei contrasti interindividuali, attraverso il giudizio, a “volontaria giurisdizione”: come se il fine di

ciascuno dei litiganti non fosse il chiovendiano “bene della vita” conteso, ma l’affermazione di giustizia in quanto tale: fine che ciascuna parte avrebbe in comune con la controparte ed entrambe con il giudice. La riduzione, che così si compie delle regole di condotta a regole tecniche – di cui è verificabile la verità e falsità in base al risultato che la loro applicazione produce – riconduce la Weltanschauung dell’opinione popolare ad una forma di giusnaturalismo. È proprio del giusnaturalismo, con il postulato della “giustizia giusta”, pensare che le regole di condotta fra gli uomini siano iscritte nei rapporti naturali e che dunque ad esse convenga il predicato della verità.