

La sent. n. 49/2022 sulla responsabilità
civile dei magistrati e la lenta deriva del
giudizio di ammissibilità del
referendum abrogativo

di Francesco Dal Canto

Professore ordinario di Diritto costituzionale
Università di Pisa



La sent. n. 49/2022 sulla responsabilità civile dei magistrati e la lenta deriva del giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo *

di Francesco Dal Canto

Professore ordinario di Diritto costituzionale

Università di Pisa

1. Le pronunce della Corte costituzionale sull'ammissibilità dei quesiti referendari in materia di giustizia erano piuttosto prevedibili. Del resto, l'esito di tali giudizi era stato ampiamente anticipato da numerosi commentatori (per tutti, cfr. F. Biondi, *I referendum in tema di ordinamento giudiziario: brevi note sull'ammissibilità*, in *Sistema penale*, 10 gennaio 2022). Con l'eccezione della proposta riguardante la legge Severino, in materia di incandidabilità, per la quale si era da più parti immaginato un finale diverso, era stata ampiamente preventivata l'inammissibilità sia della richiesta di abrogazione referendaria della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati, alla quale sono dedicate queste brevi note, sia degli altri quesiti - sui consigli giudiziari, sulla separazione delle funzioni, sulla presentazione delle candidature per il rinnovo della componente togata al CSM, infine sulla custodia cautelare - trattandosi di proposte o già coperte dalla giurisprudenza costituzionale o comunque non particolarmente problematiche dalla prospettiva del giudizio di ammissibilità, per quanto dotate, sul piano politico-istituzionale, di un rilevante peso simbolico in una fase storica assai tormentata per il sistema giustizia (N. Rossi, *Referendum sulla giustizia. E' possibile parlarne nel "merito"?* in *Questione giustizia*, 2022).

Prevedibilità - per inciso - rispetto alla quale ben poco sembra aver influito l'irrituale invito del Presidente della Corte costituzionale, Giuliano Amato, a "non spaccare il pelo nell'uovo", rivolto, aldilà delle apparenze, più ad interlocutori esterni alle mura della Consulta che agli estensori delle pronunce; dalla lettura delle decisioni, infatti, può notarsi come la giurisprudenza costituzionale non si sia discostata affatto, in quest'ultima tornata referendaria, dalle "liturgie" progressivamente affinate nel corso degli anni. Assai meno prevedibili sono stati invece i percorsi argomentativi che la Corte ha seguito per giungere a tali esiti. E anche questa non è una novità. Il Giudice delle leggi utilizza da tempo gli stessi "ingredienti" ma il menù che viene con essi preparato è quasi sempre una sorpresa; difficile non concordare con chi, già dieci anni orsono, ha descritto una Corte sempre più avviluppata ai propri criteri di giudizio, elastici di per sé e ancor più nella loro utilizzazione, stretta tra la necessità di essere fedele alla propria

* Relazione svolta in occasione del Convegno "I referendum, la Corte e il sistema politico Riflessioni a partire dai quesiti sulla giustizia", Roma, 31 marzo 2022.

giurisprudenza e quella di cucire la motivazione intorno alle peculiarità del quesito (G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, 2012, 504).

Appare sempre più evidente, inoltre, lo scarto tra i dispositivi a disposizione della Corte nel giudizio di ammissibilità, limitati all'alternativa secca ammissibilità/inammissibilità, secondo la logica dualistica che caratterizza tutta la vicenda referendaria, e le motivazioni utilizzate per supportare tali dispositivi, sempre più sfumate, bilanciate e sovrabbondanti, questa volta in coerenza con le tendenze registrate anche negli altri giudizi che si celebrano dinanzi ad essa.

2. Emblematica di questa tendenza è la sent. n. 49/2022, che ha dichiarato inammissibile il quesito sulla responsabilità civile dei magistrati in coerenza con i precedenti delle sentt. nn. 34/1997 e 38/2000.

Può innanzi tutto notarsi l'ampiezza di tale decisione. E' utile, a tale proposito, confrontare le quattro pronunce rese nel tempo sulla stessa materia: nella celebre sent. n. 26/1987, riguardante il quesito referendario avente ad oggetto gli artt. 55ss. c.p.c. - passaggio che, com'è noto, condurrà alla celebrazione del *referendum* abrogativo e poi, dopo l'esito positivo di questo, alla successiva approvazione della legge Vassalli - la Corte ammise il quesito con una motivazione, redatta dal giudice Giovanni Conso, di una stringata e lineare paginetta; a distanza di dieci anni, la sent. n. 34/1997 affronta la questione dell'ammissibilità del *referendum* abrogativo avente ad oggetto alcune disposizioni della legge n. 117/1988 con una motivazione di tre pagine, questa volta predisposta dal giudice Fernanda Contri, e lo stesso vale, tre anni dopo, per la sentenza n. 38/2000, dello stesso redattore. Nella più recente tornata, affrontando un quesito quasi coincidente, il Giudice delle leggi utilizza invece ben cinque fitte pagine, dense di argomentazioni, ricostruzioni e incisi.

Si tratta di dati che hanno evidentemente un valore relativo, anche perché i quesiti presi in considerazione non sono perfettamente sovrapponibili; tuttavia, essi sono la spia della progressiva affermazione della prassi che vede la Corte passare in rassegna, in modo sistematico, tutte le cause di inammissibilità elaborate a partire dalla nota sent. n. 16/1978, nello loro varie e articolate declinazioni, anche quando una sola ragione sarebbe sufficiente per non ammettere il quesito.

Nella sent. n. 49/2022, ad esempio, la Corte, anziché “spaccare il pelo nell'uovo” nell'argomentare il carattere creativo del quesito referendario, esponendosi a una serie di rilievi critici sui quali si tornerà di seguito, avrebbe ben potuto limitarsi ad ancorare la decisione d'inammissibilità alla natura effettivamente ambigua della domanda referendaria; argomento, invece, affrontato soltanto nella parte conclusiva della motivazione, quasi *ad abundantiam*. Infatti, per come era stata formulata la domanda referendaria, l'elettore poteva essere indotto a ritenere che l'esito positivo del *referendum* avrebbe portato al superamento dell'azione diretta contro lo Stato e alla sua sostituzione con la sola azione diretta nei confronti del

magistrato, mentre invece le due azioni sarebbero entrambe rimaste in piedi e, anzi, si sarebbero registrati delicati problemi di coordinamento legati alla loro forzata convivenza.

La propensione a passare in rassegna tutte le possibili ragioni d'inammissibilità manifesta la volontà del Giudice costituzionale di convincere con ogni mezzo l'opinione pubblica ma, al contempo, tradisce una certa debolezza e rafforza l'idea dell'incertezza assoluta che accompagna l'applicazione dei criteri, con la necessità di operare continui distinguo, facendo esplodere per tal via contraddizioni e ambiguità.

Così come, sempre a titolo di esempio, appaiono superflui alcuni passaggi della motivazione. Si pensi, a tale proposito, al richiamo che viene fatto, nel ricostruire le vicende normative che hanno riguardato la responsabilità civile dei magistrati, alla nota pronuncia della grande sezione della CGUE *Tragbetti del Mediterraneo s.p.a. c. Repubblica italiana* del 13 giugno 2006 (causa C-173/03), con l'obiettivo di evidenziarne la portata causale rispetto alla legge n. 18/2015, di riforma della legge Vassalli, oggetto del quesito referendario. Si tratta di una precisazione non soltanto poco utile nell'economia della decisione ma anche un poco azzardata, e comunque opinabile, soprattutto alla luce del fatto che una parte della dottrina e la stessa Corte di cassazione (Cass. civ., sent. 20 ottobre 2016, n. 21246) avevano sostenuto, all'indomani della pronuncia, la piena compatibilità della legge Vassalli con il diritto dell'Unione europea almeno nei casi in cui la condotta contestata al magistrato non avesse comportato l'applicazione, diretta o indiretta, del diritto dell'Unione europea (M. Serio, *Osservazioni essenziali sulla dichiarata inammissibilità della proposta referendaria in materia di responsabilità civile dei magistrati*, in *Giustizia insieme*, 14 marzo 2022).

3. Ma la sent. n. 49/2022 è paradigmatica a tutto tondo della deriva in cui si trova la Corte con riguardo al giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo.

Un ulteriore aspetto che merita di essere sottolineato attiene al labile confine, pedantemente presidiato dalla giurisprudenza costituzionale, tra *referendum* manipolativo ammissibile, perché non eccessivamente creativo, e *referendum* manipolativo inammissibile perché eccessivamente creativo, quest'ultimo incompatibile con il carattere abrogativo imposto dall'art. 75 Cost. E' noto che vi è stata un'evoluzione della giurisprudenza costituzionale nell'utilizzo di tale ragione d'inammissibilità, cosicché, nel tempo, lo scarto tra le due ipotesi, già ridotto, è divenuto davvero impalpabile.

Anche in questo caso è utile comparare la sent. n. 49 con il precedente del 2000.

Sebbene la decisione più remota riguardasse una proposta referendaria avente ad oggetto la legge Vassalli nel suo testo originario, dunque prima della riforma recata dalla legge n. 18/2015, i due quesiti potevano dirsi sostanzialmente coincidenti: in entrambi i casi i promotori, soprattutto attraverso l'eliminazione di alcune espressioni linguistiche (in particolare, la formula "contro lo Stato"), intendevano cogliere l'obiettivo di affiancare all'azione risarcitoria nei confronti dello Stato per danni causati da provvedimenti

del magistrato un'azione diretta nei confronti di quest'ultimo, in realtà già prevista fin dall'origine ma esperibile soltanto nell'ipotesi di accertamento di un illecito penale.

La sent. n. 38/2000 dichiara inammissibile il quesito per la principale ragione che la tecnica del ritaglio utilizzata dai promotori viene ritenuta orientata a perseguire l'effetto proprio di un *referendum* propositivo, avendo essa l'obiettivo di sostituire la disciplina investita della domanda referendaria con un'altra assolutamente "diversa e del tutto estranea al contesto normativo". La Corte precisa che il risultato che i promotori si proponevano veniva perseguito "in modo contrario alla natura dell'istituto e pertanto inammissibile, poiché la proposta referendaria non si presenta come puramente ablativa, bensì come innovativa e sostitutiva di norme".

La pronuncia appena richiamata fa applicazione di un indirizzo giurisprudenziale inaugurato pochi anni prima con la sent. n. 36/1997 (cfr. A. Morrone, *Il referendum manipolativo: abrogare per decidere*, in *Quaderni costituzionali*, 2017, II, 305ss.) con la quale era stato dichiarato inammissibile il quesito referendario sulla riduzione della pubblicità nelle trasmissioni televisive della RAI. Con tale decisione, per la prima volta in una materia non elettorale, il Giudice delle leggi aveva affermato il principio in base al quale un quesito di ritaglio è ammissibile soltanto se la normativa di risulta deriva dalla "fisiologica espansione delle norme residue o dai consueti criteri di autointegrazione dell'ordinamento".

Si tratta di un'indicazione della giurisprudenza chiara in linea di principio, anche se non è affatto facile, in concreto, comprendere quando i presupposti appena richiamati possano dirsi effettivamente soddisfatti. Per la Corte, in altre parole, il ritaglio è possibile solo se conduce all'espansione delle "potenzialità intrinseche" della normativa vigente e non si risolve, invece, in una proposta all'elettore di "introdurre una nuova statuizione non ricavabile *ex se* dall'ordinamento", con il "conseguente stravolgimento dell'originaria *ratio* e struttura della disposizione".

Per inciso può dubitarsi che nella decisione del 2000 sulla responsabilità civile tali paletti fossero stati effettivamente superati, ovvero che la proposta di abrogazione avanzata dai promotori avesse davvero travalicato i limiti della manipolatività "tollerabile" indicati dalla stessa Corte.

4. Ma ciò che qui più interessa è evidenziare il cambio di passo realizzato dal Giudice costituzionale a distanza di ventidue anni. Veniamo, quindi, alla sent. n. 49/2022.

Dinanzi a un quesito sostanzialmente analogo a quello bocciato nel 2000 la Corte dichiara ancora una volta l'inammissibilità ma le argomentazioni utilizzate sono diverse proprio sul punto del carattere creativo e non meramente abrogativo del quesito.

Fino ad un certo punto, in realtà, la Corte si muove in linea con i suoi precedenti in termini. Essa sottolinea che l'introduzione dell'azione civile diretta nei confronti del magistrato, in conseguenza di un



impiego della cosiddetta tecnica del ritaglio, “volgerebbe quest’ultima dalla finalità che le è propria” e introdurrebbe “una disciplina giuridica nuova, mai voluta dal legislatore, e perciò frutto di una manipolazione creativa”. E ancora, il Giudice delle leggi ribadisce come non sia consentita “la manipolazione della struttura linguistica della disposizione ove a seguito di essa prenda vita un assetto normativo sostanzialmente nuovo”; beninteso - precisa ancora la Corte - “l’effetto abrogativo dell’istituto referendario può portare (come ha più volte portato nella storia repubblicana) anche a importanti sviluppi normativi, ma solo ove ciò derivi dalla riespansione di principi generali dell’ordinamento o di principi già contenuti nei testi sottoposti ad abrogazione parziale”.

Fin qui, in effetti, siamo in linea di continuità con il precedente della sent. n. 38/2000.

La Corte, però, non appare soddisfatta e si diffonde ancora nella motivazione; in essa si precisa che, rispetto alla conclusione appena tratta, “non può sostenersi, in senso diverso, che l’abrogazione mediante ritaglio di frasi, nel caso di specie, sarebbe prodromica alla “riespansione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto della applicabilità delle disposizioni oggetto del *referendum*”. Il Giudice costituzionale sembra rendersi conto - per inciso, al contrario di quanto era accaduto ventidue anni prima - che l’abrogazione prospettata avrebbe in effetti comportato la “riespansione” di una disciplina già contenuta nell’impianto legislativo originario e ciò in conformità ai criteri fissati nella sua stessa giurisprudenza; il quesito proposto, infatti, intendeva estendere l’ambito di applicazione dell’azione diretta nei confronti del magistrato già prevista nei “testi sottoposti ad abrogazione” ancorché esperibile soltanto nell’ipotesi di commissione di un reato.

Ecco, dunque, la necessità di un’ulteriore messa a punto del criterio della manipolatività/creatività del quesito, o meglio, di un nuovo “giro di vite” nella giurisprudenza. La Corte, dunque, precisa che “in questa direzione non può infatti operare l’impianto legislativo recato dalla legge n. 117 del 1988 il cui art. 13 prevede l’azione diretta per la sola ipotesi eccezionale, e (necessariamente) derogatoria rispetto alla disciplina generale, del fatto costituente reato”.

Viene dunque piantato un nuovo paletto: affinché la tecnica del ritaglio non determini una manipolatività eccessiva, e dunque inammissibile, non è più sufficiente che l’effetto abrogativo conduca alla riespansione di una disciplina già presente nel contesto legislativo coinvolto dal *referendum* ma occorre anche che tale disciplina - nella specie, l’azione diretta contro il magistrato - non sia stata in origine concepita come ipotesi eccezionale e derogatoria bensì come ipotesi ordinaria e generale. In altre parole, se la norma destinata a espandersi all’indomani dell’esito positivo del *referendum* era stata prevista come un’eventualità remota e di rara verifica, il *referendum* non può essere ammesso.

A prescindere ovviamente dal merito delle questioni sottese al quesito referendario e in particolare dalla straordinaria delicatezza della prospettiva che lo stesso, una volta ammesso, avrebbe potuto aprire, non



vi è dubbio che la Corte si è discostata dai suoi precedenti declinando il criterio della manipolatività del *referendum* in modo diverso e più articolato di quanto fatto in passato dinanzi a quesiti coincidenti.

Vale la pena di notare che tale diverso approccio si spiega tenendo conto delle novità nel frattempo intervenute nella stessa giurisprudenza costituzionale a partire dalla sent. n. 26/2017. E' in quella occasione, infatti, che viene inaugurato l'indirizzo, più restrittivo, in base al quale il ritaglio non è ammissibile se, in caso di esito positivo del *referendum*, la normativa preesistente che si espande presenta una natura speciale. In particolare, nella sent. n. 26 il Giudice delle leggi aveva dichiarato inammissibile la proposta referendaria avente ad oggetto l'art. 18 della legge n. 300/1970, in materia di licenziamenti illegittimi, in quanto il quesito era diretto a perseguire l'obiettivo di estendere l'ambito di applicazione della tutela reale a tutti i datori di lavoro con più di cinque dipendenti mentre la legge prevedeva in origine tale misura soltanto per le imprese agricole.

Come si vede, tra *referendum* abrogativo e *referendum* creativo vi è uno scarto essenzialmente quantitativo che la Corte è in grado di apprezzare e soppesare con grande libertà di manovra, senza alcun sostanziale appiglio in qualche parametro oggettivo.

5. Vi è, infine, un altro passaggio della motivazione della sent. n. 49/2022 che merita di essere sottolineato. La Corte, infatti, rafforza ulteriormente la motivazione sottolineando come l'obiettivo referendario, volto ad estendere l'azione diretta nei confronti del magistrato, doveva in ogni caso ritenersi incompatibile con l'art. 28 Cost. secondo l'interpretazione che di tale previsione aveva dato lo stesso Giudice delle leggi a partire dalla celebre sent. n. 2/1968.

In particolare, si sottolinea che una legge ordinaria recante la disciplina *ad hoc* della responsabilità civile del magistrato è “non soltanto costituzionalmente consentita, ma piuttosto costituzionalmente dovuta”, al fine di preservare l'indipendenza della magistratura e l'autonomia della funzione giurisdizionale. Per la Corte “la responsabilità civile del magistrato, in quanto necessariamente subordinata all'introduzione legislativa di condizioni e limiti del tutto peculiari, non si presta alla piana applicazione della normativa comune vigente in tema di responsabilità dei funzionari dello Stato” e si sottrae, in caso di abrogazione referendaria, “alla potenziale riespansione dei principi ai quali tale ultima normativa si conforma”.

Si tratta di un'affermazione che desta qualche perplessità.

Innanzitutto, essa rende ancora più manifesta la traslazione da giudizio di ammissibilità del quesito referendario a giudizio anticipato sulla costituzionalità della normativa di risulta. Non si tratta certamente di una circostanza straordinaria, anche se sovente la Corte si è premurata di negare tale eventualità, ma certo essa colpisce ancora una volta tenendo conto dei precedenti in termini: nella citata sent. n. 26/1987, in particolare, la Corte, nell'ammettere il quesito referendario, aveva precisato, con riguardo all'eventualità



che un favorevole risultato del *referendum* avesse potuto produrre situazioni normative non conformi alla Costituzione, che “in questa sede non viene di per sé in rilievo l’eventuale effetto abrogativo del *referendum*”, dal momento che “la prospettata illegittimità costituzionale di una sua possibile conseguenza non può esser presa in considerazione e vagliata al fine di pervenire ad una pronuncia di inammissibilità del quesito referendario, tanto più che la conseguente situazione normativa potrebbe dar luogo, se e quando si realizzi, ad un giudizio di legittimità costituzionale, nelle forme, alle condizioni e nei limiti prescritti”. Va da sé che tale rilievo avrebbe potuto essere avanzato anche nella pronuncia del 2022; ma, come detto, così non è stato.

Inoltre, l’affermazione della Corte secondo la quale la responsabilità civile del magistrato si sottrae, in caso di abrogazione referendaria, alla riespansione dei principi ai quali la normativa comune vigente si conforma, finisce per essere assorbente rispetto a ogni altro rilievo e rende poco lineare la motivazione nel suo complesso. Non si capisce, in particolare, perché la Corte abbia prima sostenuto che l’inammissibilità del quesito derivava dalla peculiare natura eccezionale e derogatoria della disciplina di cui si proponeva la riespansione, per poi, subito dopo, avanzare una ragione più risolutiva, ovvero affermare, di fatto, che nessun *referendum* potrà mai essere ammesso in questa materia se il suo obiettivo sarà quello di parificare la disciplina della responsabilità civile dei magistrati a quella degli altri funzionari pubblici.

Da qui l’ultimo motivo di perplessità.

Pur ritenendo infatti del tutto opportuna la scelta del legislatore di prevedere una disciplina speciale per regolare la responsabilità civile dei magistrati, in considerazione dei peculiari interessi costituzionali coinvolti, ritenere che tale soluzione sia qualificabile come costituzionalmente necessaria appare un poco forzato. Del resto, nella stessa sent. n. 2/1968, richiamata nella motivazione, la Corte aveva sottolineato come la peculiarità dello *status* di giudice e quelle della funzione giudiziaria “avrebbero potuto *suggerire*” (c.vo aggiunto) al legislatore “condizioni e limiti” alla responsabilità civile, e ciò in un contesto dove l’art. 28 Cost. - previsione, per la Corte, applicabile ai magistrati - stabilisce come regola generale per i funzionari pubblici quella della loro responsabilità diretta.

Nella decisione n. 49 la Corte trasforma quel lontano e saggio “suggerimento” in una vera e propria necessità costituzionale; così facendo essa non soltanto, come detto, anticipa il sindacato di costituzionalità sulla normativa di risulta, ma soprattutto sembra porre una sorta di ipoteca sulle scelte future del legislatore. Un’eventuale, ancorché non auspicabile, legge che in futuro estendesse ai magistrati la disciplina generale applicabile a tutti gli altri dipendenti vedrebbe la luce avendo come corredo una sorta di patente di incostituzionalità.



6. Concludendo, la sent. n. 49/2022 è emblematica delle tendenze attuali del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo e del suo “stato di salute”. Tale giudizio vede la Corte, allo stesso tempo, padrona e prigioniera dei criteri di ammissibilità dalla stessa elaborati nel corso degli anni, progressivamente raffinati ma anche opinabili e sfuggenti. Ciascuna categoria di parametro di giudizio viene progressivamente declinato, attraverso formule sempre più contorte, al fine di renderlo adeguato al quesito, con un vero e proprio bilanciamento caso per caso. La Corte coglie poi liberamente dai propri precedenti, plasmando e affinando ulteriormente i criteri di ammissibilità a seconda delle diverse situazioni, introducendo limiti e varianti, lasciando ai promotori e all’opinione pubblica la sola possibilità di prendere atto delle nuove traiettorie.

Pare sempre più evidente l’esigenza di un ripensamento di questa competenza del Giudice costituzionale, che si rivela, tornata referendaria dopo tornata referendaria, sempre più un “dono avvelenato”. E tale ripensamento difficilmente potrà essere promosso dalla stessa Corte costituzionale non potendo che venire dall’esterno di essa, a cominciare, probabilmente, da un’adeguata, ancorché rischiosa, riforma costituzionale dell’art. 75 Cost.