

INDICE

INTRODUZIONE.....	3
--------------------------	----------

CAPITOLO I

PREVARICACIÓN JUDICIAL	7
-------------------------------------	----------

I. NOTE INTRODUTTIVE	7
II. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DAL DELITTO DI PREVARICACIÓN JUDICIAL.	19
III. IL SOGGETTO ATTIVO DEL REATO.	30
IV. LA CONDOTTA TIPICA.	38
V. L'INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO POSITIVO: "INGIUSTIZIA DELLA DECISIONE".	44
VI. L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLA PREVARICAZIONE DOLOSA.	65
VII. LA PREVARICAZIONE COLPOSA.	69
VIII. APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELLA FATTISPECIE.	72

CAPITOLO II

RECHTSBEUGUNG.....	107
---------------------------	------------

I. NOTE INTRODUTTIVE.	107
II. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DAL DELITTO DI RECHTSBEUGUNG.	111
III. I SOGGETTI ATTIVI.	115
IV. IL CONCETTO DI RECHTSBEUGUNG, RINVIO.	121
V. L'INTERPRETAZIONE DELLA FATTISPECIE DA PARTE DEL BGH.	123
VI. LA FATTISPECIE DAL PUNTO DI VISTA SOGGETTIVO.	128
VII. LA "SPERRWIRKUNG"	136
VIII. I COSIDDETTI "FALLGRUPPEN" ELABORATI DAL BGH.	142
IX. L'APPLICAZIONE DELLA FATTISPECIE NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA. RASSEGNA DI CASI DI RECHTSBEUGUNG NON RIGUARDANTI LA EX-DDR. ..	148
X. IL "CASO SCHILL"	174

CAPITOLO III

IL SISTEMA ITALIANO	190
----------------------------------	------------

I. NOTE INTRODUTTIVE.	190
II. LA TUTELA PENALE.	191
III. LA RESPONSABILITÀ CIVILE.	246
IV. RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE E TIPIZZAZIONE DEGLI ILLECITI A SEGUITO DELLA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO.	259

V. LA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO
COMUNITARIO COMMESSA DA ORGANI GIURISDIZIONALI NAZIONALI. 286

BIBLIOGRAFIA308

INTRODUZIONE

L'espressione "profili penali dell'attività giudicante" evoca una serie di situazioni (tutte egualmente attinenti alla funzione giurisdizionale), che possono venire in rilievo fondamentalmente in due accezioni: in una prima accezione si ha riguardo alla tutela penale apprestata *a favore della attività del giudice* (rispetto agli attacchi da parte di soggetti estranei alla amministrazione della giustizia), in una seconda accezione viene invece in considerazione la tutela penale *contro gli abusi del diritto commessi dal giudice* nell'esercizio della propria funzione (a favore, pertanto, dei singoli).

E' nella seconda delle accezioni *supra* indicate che vengono in rilievo i "profili penali della attività giudicante" nell'ambito del presente lavoro, intesi pertanto come le ipotesi penalmente sanzionate di esercizio abusivo della funzione giurisdizionale da parte dei soggetti ad essa preposti.

In particolare, scopo della indagine è la individuazione di quali possano essere - allo stato attuale - i profili penalmente rilevanti nell'ambito di una attività peculiare come quella di *ius dicere*, posta la estrema rilevanza degli interessi coinvolti.

La difficoltà di individuare con certezza i limiti della punibilità in una materia siffatta nasce difatti dalla presenza di una serie di essenziali ed insopprimibili garanzie che devono necessariamente essere riconosciute al giudice nell'esercizio delle sue funzioni.

Primo tra tutti, viene in rilievo il fondamentale principio di indipendenza connaturato alla attività giurisdizionale, che si pone quale ineliminabile limite alla affermazione della responsabilità in capo ai magistrati.

Oltre al conflitto tra le opposte esigenze di responsabilità ed indipendenza in capo ai giudici (che necessariamente si acutizzano laddove tale responsabilità sia di tipo penale), la previsione di una tutela *ad hoc* nei confronti della attività giudicante si scontra altresì con un peculiare problema strutturale, relativo alle modalità di accertamento della responsabilità.

Tale problema si concretizza nella circostanza per cui i soggetti a cui è devoluto il sindacato sulla commissione di illeciti da parte dei magistrati sono anche essi dei giudici

Si richiede pertanto a dei magistrati di valutare il corretto esercizio della attività giurisdizionale da parte dei colleghi, con la consapevolezza che i criteri elaborati per effettuare la valutazione potrebbero potenzialmente in futuro essere utilizzati per sindacare la attività giurisdizionale da essi stessi svolta.

Il conflitto di interessi derivante da una tale situazione è pertanto palese, e non stupisce la circostanza che i criteri elaborati per la punizione degli illeciti compiuti dai magistrati (negli ordinamenti che li prevedono) siano molto restrittivi.

La elaborazione di criteri particolarmente rigidi è difatti un dato che emerge con chiarezza dalla analisi delle norme penali dedicate alla punizione degli abusi commessi nell'esercizio della attività giudicante nell'ordinamento tedesco e spagnolo, che sono le due realtà da cui prende le mosse la presente indagine.

L'analisi dell'impatto di una specifica normativa penale sulla attività del giudice viene difatti compiuta in primo luogo in relazione agli ordinamenti che prevedono una tutela ad *hoc* degli abusi del diritto da parte dei magistrati, attraverso norme quali la *prevaricacion judicial* in Spagna e la *Rechtsbeugung* in Germania.

In particolare, il primo capitolo è interamente dedicato alla analisi della disciplina spagnola, posto che la stessa mostra una peculiare articolazione, che prevede altresì una ipotesi colposa di commissione dell'illecito da parte del giudice.

In tale ambito - mutuando le riflessioni della dottrina spagnola che si è diffusamente occupata del tema - vengono svolte una serie di considerazioni generali sulla peculiare posizione del giudice e sulle difficoltà di prevedere una responsabilità penale in capo allo stesso.

A fronte di una siffatta generale riflessione, il lavoro prosegue occupandosi in specifico della analisi delle norme e della concreta applicazione giurisprudenziale delle stesse.

Il fulcro dell'indagine è tuttavia costituito dall'ordinamento italiano, nell'ambito del quale vengono trasposte le acquisizioni ottenute attraverso la analisi delle esperienze tedesca e spagnola.

In particolare, il fine di una tale operazione è quello di individuare se sia rinvenibile nel nostro ordinamento una tutela penale nei confronti degli abusi del giudice simile a quella predisposta negli ordinamenti stranieri considerati.

A fronte della constatazione per cui il nostro ordinamento non consente di sanzionare penalmente tutte le tipologie di condotta astrattamente sussumibili nell'ambito delle norme penali spagnola e tedesca,

l'indagine si estende alle ulteriori tipologie di responsabilità del giudice presenti nel nostro ordinamento, in particolare la responsabilità civile, disciplinare, nonché l'ulteriore forma di responsabilità che fa capo allo Stato per violazioni del diritto comunitario commesse da organi giurisdizionali.

Il dato che emerge, conclusivamente, dall'indagine così condotta è sicuramente la difficoltà di approntare una disciplina che sappia conciliare le opposte esigenze di tutela dei consociati a fronte dei possibili abusi commessi dal giudice nell'applicazione del diritto, con la necessità di garantire al giudice stesso l'indipendenza nell'esercizio della sue funzioni, questione che costituisce il fondamentale nodo problematico delle norme penali analizzate nell'ambito del lavoro.

CAPITOLO I

PREVARICACIÓN JUDICIAL

I. NOTE INTRODUTTIVE – II. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DAL DELITTO DI PREVARICACIÓN JUDICIAL – III. IL SOGGETTO ATTIVO DEL REATO – IV. LA CONDOTTA TIPICA – V. L’INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO POSITIVO: “INGIUSTIZIA DELLA DECISIONE” – VI. L’ELEMENTO SOGGETTIVO NELLA PREVARICACIÓN DOLOSA – VII. LA PREVARICACIÓN COLPOSA – VIII. APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELLA FATTISPECIE.

I. NOTE INTRODUTTIVE.

Il codice penale spagnolo del 1995 dedica un intero capo al reato di *prevaricación judicial*, collocandolo all’interno del titolo XX, relativo ai delitti contro la Amministrazione della Giustizia¹.

¹ Occorre premettere come la disciplina codicistica comprenda, nel capo dedicato alla *prevaricación*, tanto le ipotesi in cui il giudice pronunci una sentenza o risoluzione ingiusta (artt. 446, 447 CP), quanto le ulteriori ipotesi di diniego di giustizia e ritardo od omissione di atti di ufficio (artt. 448, 449 CP). Nell’ambito del presente lavoro si prenderanno tuttavia in considerazione solamente le prime ipotesi (ossia quelle relative alla pronuncia di una sentenza ingiusta), dal momento che sono esse ad apprestare specifica tutela ai casi di abuso della funzione giurisdizionale, e quindi ad assumere preminente rilievo ai fini dell’indagine che ci occupa.

Per una più agevole comprensione delle riflessioni che verranno svolte nel proseguo del lavoro, è imprescindibile riportare il tenore letterale delle fattispecie:

Prevaricación judicial

Art. 446 CP (dolosa)

El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1. Con la pena de prisión de 1 a 4 años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de 12 a 24 meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años.

2. Con la pena de multa de 6 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 a 10 años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

La disciplina codicistica del reato si articola in ipotesi distinte a seconda della tipologia di provvedimento emesso dal giudice e alla circostanza se il provvedimento sia stato eseguito o meno, ipotesi a cui si ricollegano conseguenze sanzionatorie sensibilmente differenti².

Sia dal punto di vista politico che da quello strettamente giuridico il delitto di *prevaricación* commesso dal giudice presenta una serie di interessanti problematiche e questioni, a cui la scienza penalistica non è ancora riuscita a dare compiuta definizione, quantunque la dottrina spagnola abbia dedicato al delitto di *prevaricación judicial* una nutrita serie di articoli e monografie, a riprova dell'interesse che il reato in questione suscita in tale ordinamento.

In virtù della sua peculiarità, non si può analizzare tale illecito a prescindere dal contesto politico in cui lo stesso ha operato, poiché le vicende storiche e soprattutto la forma di governo hanno esercitato un'influenza notevole sulla interpretazione del bene protetto.

La dottrina spagnola ha infatti messo in rilievo come - sebbene tale delitto sia una costante storica, antica come la figura stessa del giudice -

3. *Con la pena de multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 10 a 20 años, cuando dictara cualquier otra sentencia injustas.*

Art. 447 CP(colposa)

El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia manifestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 2 a 6 años.

(Fonte: *Código penal*, II ed., *Colex*, 1996)

² Accanto ad una ipotesi base che comprende i casi in cui sia emessa una qualsiasi risoluzione o sentenza ingiusta, il codice prevede un aggravamento di pena laddove la sentenza ingiusta sia stata emessa nei confronti dell'imputato in un procedimento penale.

In tale ultimo caso inoltre si distingue ulteriormente l'ipotesi in cui la sentenza sia stata eseguita (che viene punita più gravemente) da quella in cui non sia stata eseguita.

Da ultimo, si prevede una circostanza attenuante laddove la sentenza sia stata emessa in un procedimento penale per contravvenzione. La *ratio* di una tale disciplina, in considerazione delle riflessioni relative al bene giuridico oggetto di protezione che sono state svolte in dottrina, è stata criticata per diverse ragioni, sulle quali si tornerà più avanti.

l'atteggiarsi della responsabilità sia dipeso storicamente da due fondamentali fattori, il primo dei quali si identifica con la posizione istituzionale ricoperta dal giudice all'interno dello Stato, mentre il secondo con il contenuto che di volta in volta viene attribuito al concetto di diritto e legge che il giudice, nella sua funzione di *ius dicere*, è tenuto ad applicare³.

Dal quadro storico relativo alla posizione istituzionale ricoperta dai giudici in Spagna nel corso dei secoli, emerge chiaramente come tali soggetti, ad eccezione di brevi periodi, siano stati tradizionalmente considerati quali esercenti una funzione statale (quella appunto di amministrare la giustizia) per conto del potere esecutivo⁴.

³ La riflessione è di RAMOS TAPIA M.I. “*El delito de prevaricación judicial*”, Valencia, 2000, p. 37 ss.

⁴Una breve analisi del ruolo attribuito al giudice nel corso dei secoli, sino a giungere alla funzione da esso svolta nell'ambito del moderno Stato costituzionale, appare imprescindibile nell'ambito del presente contributo, poiché le linee evolutive e il conseguente differente atteggiarsi della fattispecie costituiscono un prezioso aiuto nella comprensione delle attuali dinamiche.

Il primo testo giuridico di rilievo ai fini dell'indagine sulla posizione della magistratura nell'ordinamento statale nel corso dei secoli è la Costituzione di Cadice del 1812, la quale stabilì una rigida divisione dei poteri, al fine di scongiurare la possibilità che si ripetesse l'esperienza precedente, in cui la giustizia veniva esercitata dagli stessi funzionari regi.

Sempre a scopo di garanzia, venne altresì istituito il “*Referé legislatif*”, istituto che sottraeva al giudice il potere di interpretare le leggi, attribuendolo al Parlamento. Ai sensi dell'art. 216 della Costituzione di Cadice infatti i giudici erano obbligati a rivolgersi al Tribunale Supremo, il quale si consultava con il Re sulla corretta interpretazione da fornire al testo legislativo.

La circostanza che al giudice in tale sistema venisse attribuito un potere interpretativo pressoché nullo ebbe necessariamente dei riflessi sulla costruzione della fattispecie di *prevaricación*: tale reato puniva infatti il giudice che “*volontariamente, giudica contro la legge*” “*a sabiendas, juzga contra ley*” (art. 451 CP 1822).

Il tenore letterale della norma, costruita sulla condotta di “giudicare contrariamente alla legge” rende inequivoco come al giudice non fosse attribuito alcun margine interpretativo rispetto al dato normativo, poiché egli non poteva che agire ottemperando alle prescrizioni della legge, oppure in contrasto con esse. Una attività del giudice volta a ricercare quale fosse il significato della norma adattandola al caso concreto non era prevista (poiché essa, in virtù del *Referé legislatif*, era riservata al Parlamento) e pertanto una eventuale errata o ingiusta applicazione della legge da parte del giudice non veniva neppure presa in considerazione dalla fattispecie.

Tale circostanza –come sottolineato dalla dottrina spagnola⁵ - ha avuto come conseguenza che il delitto di *prevaricación judicial* nei codici penali anteriori a quello del 1995 sia sempre stato disciplinato nel titolo dedicato ai delitti commessi dai funzionari pubblici nell'esercizio delle loro funzioni, congiuntamente alla *prevaricación* commessa da questi ultimi.

Le successive versioni della norma hanno invece ampliato le modalità di realizzazione del reato da parte del giudice, poiché la fattispecie è stata costruita con riferimento al fatto di emettere una sentenza o una risoluzione ingiusta, espressione che ammette ed implica un margine interpretativo da parte del giudice.

La posizione dei giudici all'interno dell'ordinamento statale rimase invariata anche sotto la vigenza della successiva Costituzione del 1837, poiché essa riprese i precetti anteriori, pur eliminando l'istituto del *Referé legislatif*. I magistrati rimasero pertanto in posizione interinale rispetto agli organi detentori degli altri poteri.

Con la Costituzione moderata del 1845 il titolo precedentemente dedicato al "Potere giudiziario" venne denominato "Dell'amministrazione della giustizia".

La dottrina spagnola interpretò tale cambio di denominazione come l'intenzione da parte del legislatore di sminuire il potere giudiziario in quanto tale, poiché il termine "amministrazione della giustizia" indicava una serie di organi caratterizzati dalla dipendenza dal potere esecutivo.

Il sistema delineato dalla successiva Costituzione del 1869 introdusse nuovamente un titolo dedicato al "potere giudiziario", ma la novità più rilevante apportata da tale sistema fu la trasfusione dei principi costituzionali sull'ordinamento giudiziario in una apposita legge, denominata "Legge provvisoria sull'organizzazione del potere giudiziario".

Tale legge, (emanata il 15 settembre 1870 e vigente sino all'emanazione della successiva legge organica del 1985) stabilì la responsabilità civile del giudice nei casi di negligenza o ignoranza inescusabile, oltre a prevedere una serie di controlli interni sull'attività dei magistrati, volti a controbilanciare l'introdotta indipendenza di tali organi di fronte al potere esecutivo.

La modifica di maggior rilievo apportata al codice penale spagnolo fu la previsione del delitto di prevaricazione a titolo colposo.

È pertanto importante evidenziare come la dottrina spagnola, per le ragioni che più avanti verranno trattate approfonditamente, ritenga che la maggior indipendenza attribuita ai giudici porti con sé la necessità di una maggiore responsabilità a carico degli stessi, non rinvenendo alcuna potenziale contraddizione o conflitto tra le opposte esigenze di indipendenza e responsabilità a carico degli stessi.

Il sistema di poteri indipendenti tracciato dalla Costituzione del 1869 è durato tuttavia pochissimo, poiché già nel 1875, con Decreto Regio, vennero sospese le garanzie contenute nella legge organica. Da allora – a parte la breve parentesi della seconda Repubblica – il principio liberale della separazione dei poteri venne abbandonato e la giurisdizione venne concepita come una funzione dello Stato.

⁵ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 46

Facendo leva sulla collocazione codicistica del reato nello stesso capo dell'ipotesi amministrativa, la dottrina spagnola pressoché unanime nel corso dell'Ottocento e quella maggioritaria nel XIX secolo hanno conseguentemente ritenuto che l'essenza del delitto di *prevaricación* (tanto quella giudiziaria che quella commessa dai pubblici funzionari) consistesse nella infrazione di un dovere nei confronti dello Stato⁶.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, un importante significato di rottura con la tradizione precedente viene attribuito alla Costituzione emanata nel 1978, posto che la prima modificazione di rilievo dalla stessa apportata consiste nella disciplina del titolo dedicato alla magistratura sotto la denominazione di "Potere giudiziario".

La dottrina spagnola ha inteso attribuire a tale espressione una significativa valenza, ritenendo che essa presupponga una concretizzazione delle esigenze e garanzie che a tale potere - considerato come indipendente e contrapposto al potere esecutivo - devono essere attribuite in uno Stato democratico di diritto⁷.

Specifica rilevanza assume inoltre la circostanza che l'esigenza di attribuire le accennate garanzie al potere giudiziario nei confronti dell'esecutivo sia sorta al momento di dettare la disciplina dell'attuale Stato democratico.

A tal proposito – a conferma dell'intuitivo assunto di partenza secondo il quale la posizione del giudice nell'ordinamento è caratterizzata dalla forma di Stato in cui lo stesso si trova ad operare – è stato correttamente osservato come "*la distinzione tra giudice e funzionario è necessaria e*

⁶ Sulla determinazione del bene protetto dalla norma si rimanda al dibattito dottrinale riportato *infra*, sub par. II.

⁷ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 47.

possibile solo in un determinato contesto politico. Quando tutto il potere politico è concentrato nelle stesse mani e tutte le altre persone agiscono su delega, non ha senso stabilire differenze di stato tra le persone a cui si delega”⁸.

La Costituzione del 1978 ha pertanto delineato uno scenario totalmente nuovo rispetto al passato, attribuendo al giudice un ruolo indipendente dal potere esecutivo⁹: tale innovativo assetto dei poteri ha inoltre conseguentemente determinato un ripensamento della legittimazione attribuita ai giudici nel moderno Stato democratico .

Tra le garanzie enunciate a livello costituzionale, un ruolo fondamentale viene attribuito al principio della soggezione del giudice esclusivamente alla legge, poiché si ritiene che ad esso tutte le altre garanzie siano preordinate¹⁰ e –nonostante non manchino voci contrarie – la dottrina tradizionalmente individua in tale principio la fonte di legittimazione del potere giudiziario¹¹.

⁸ MONTERO AROCA J., *La función jurisdiccional y el «status» de jueces y magistrados*, DJ, 1985, vol. I, p. 93.

⁹ Come noto, la Costituzione del 1978, all’art. 117, enunciando le garanzie che vengono riconosciute a giudici e magistrati, stabilisce che essi sono “*indipendenti, inamovibili, responsabili e soggetti unicamente all’imperio della legge*”.

¹⁰ Cfr. VIVES ANTON T.S., *La responsabilidad del juez en el proyecto de Ley Organica del Poder Judicial*, DJ, num. 45-46, p. 339-340 ; MARIN CASTAN F., *Control democratico y legitimacion del Poder Judicial*, PJ, num. spec. XI, p. 106.

¹¹ Negli ordinamenti democratici, la fonte di legittimazione del potere viene infatti notoriamente individuata nella investitura popolare tramite elezione. Poiché nel sistema spagnolo (analogamente a quello italiano) la scelta dei giudici non avviene tramite elezioni, la dottrina maggioritaria ritiene che l’unica legittimazione democratica dell’attività dei giudici sia il vincolo degli stessi alla legge, essendo quest’ultima espressione di un organo eletto democraticamente e qualificandosi pertanto come espressione della volontà generale. In quest’ottica particolarmente significativa è la differenza rispetto ai giudici che appartengono ai sistemi di *common law*, i quali sono designati da organi politicamente responsabili, in consonanza con gli orientamenti politici della comunità (la differenza è posta in rilievo da DIEZ-PICAZO L., *La Jurisdiccion en Espana. En sayo de valoración constitucional*, IEE, Madrid, 1994). Per una classificazione delle diverse teorie sul problema della legittimazione

La tesi è stata avvalorata altresì dal *Tribunal Constitucional*, il quale ha ritenuto che «[...] la legittimità della funzione giurisdizionale si poggia essenzialmente sul carattere vincolante che attraverso di essa acquista la legge, secondo l'articolo 117.1 CE»¹².

Nella interpretazione dei limiti delle altre garanzie costituzionali attribuite al giudice il principio da ultimo richiamato riveste altresì un importante ruolo dogmatico, per la valutazione del quale occorre scomporre l'operatività del principio in questione in due diverse accezioni.

Nella prima accezione, la necessaria "soggezione" del giudice alla legge viene in considerazione nella sua funzione di imposizione al giudice dell'obbligo di attenersi alle norme dell'ordinamento, da cui emerge la funzione propriamente garantista del principio in questione nei confronti dei cittadini (funzione propria d'altronde del principio di legalità, di cui la soggezione alla legge è diretta espressione)¹³.

E' ormai pacifico come il principio di soggezione esclusiva alla legge non possa assumere oggi lo stesso significato che rivestiva ai tempi della

del potere giudiziario si veda inoltre GIMENO SENDRA J. V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981, p. 20 ss.

¹² «[...]la legitimidad de la función jurisdiccional se apoya esencialmente en el carácter vinculante que para ésta tiene la Ley, según el art. 117.1 CE», STC 66/1989, FJco. 9.

¹³ Come noto, nell'applicazione della legge i giudici non debbono attenersi alle norme astratte, bensì incardinarle nel sistema giuridico nel quale le stesse operano, con particolare attenzione alla Costituzione. Sebbene tale concetto possa apparire intuibile giova rammentarlo, poiché come è stato osservato « forse alcuni (si fa riferimento ai giudici nei primi anni di vigenza della Costituzione del 1987) non compresero in un primo momento che l'essere soggetti unicamente alla legge non li esonerava dall'essere soggetti alla Costituzione e al resto dell'ordinamento giuridico (art. 9.1 CE)» («Quizà algunos (se refiere a los Jueces en los primeros años de vigencia de la Constitución de 1978) no comprendieron en un primer momento que el estar sometidos unicamente al imperio de la ley no le exoneraba de estar sometidos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1. CE)», TOMAS Y VALIENTE F., *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, PJ, n. Spec. XI dedicato a « El Poder Judicial en el conjunto de los poderes el Estado y de la Sociedad », 1986, p. 13ss.).

rivoluzione francese, quando il giudice veniva considerato un mero esecutore delle disposizioni legislative¹⁴.

A tal proposito è stato correttamente affermato come «oggi può affermarsi, effettivamente, che si richiede ai giudici che siano meno bocca della legge e più interpreti della stessa, il che, d'altra parte, risulta inevitabile se si pensa che la evoluzione legislativa, ha teso da una parte a diminuire il grado di tassatività e casistica che dominava nei testi legali di epoca liberale e, al contrario, a introdurre maggiori margini di discrezionalità, dovendo il giudice adottare l'una o l'altra decisione in accordo con i principi generali che ispirano l'ordinamento in concreto e con i fini che persegue ciascuna istituzione»¹⁵.

Non si può quindi porre in discussione la insopprimibile dimensione interpretativa nel processo di applicazione del diritto, che porta con sé necessari elementi di innovazione, tanto che l'attività "creativa" del giudice è stata definita come apportatrice di un "valore aggiunto nella catena di produzione giuridica"¹⁶.

Poiché il limite della attività interpretativa del giudice è un problema strettamente connesso all'ulteriore questione sul significato da attribuire al concetto di "ingiustizia" nell'ambito della *prevaricación judicial*,

¹⁴ Per una analisi dei mutamenti storici subiti dalla funzione del giudice si v. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p.66 ss. ed i richiami ivi contenuti.

¹⁵ «Hoy puede afirmarse, efectivamente, que se solicita de los jueces que sean en menor medida, "boca que pronuncia las palabras de la ley" y más interpretes de la misma, lo que, por otro lado, resulta inevitable si se piensa en que la evolución legislativa también ha tendido a disminuir el grado de taxatividad y casuismo que dominaba en los cuerpos legales liberales y, por el contrario, a introducir mayores márgenes de discrecionalidad en los que el juez debe adoptar una u otra decisión de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento concreto y con los fines que persiga cada institución», GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 66.

¹⁶ «en cierto valor anadido en la cadena de producción jurídica», VARELA CASTRO L., *Sobre la legitimidad del Poder Judicial*, PJ, num. Spec. XI, 1986, p. 91.

l'analisi di tale problematica sarà compiuta nel capitolo relativo al delitto in questione¹⁷.

In questa sede particolare rilievo assume invece la seconda accezione del principio di soggezione del giudice alla legge, che si incentra sull'analisi del secondo requisito richiesto dall'art. 117 CE, ossia la soggezione del giudice "unicamente" alla legge.

Com'è evidente, l'avverbio "unicamente" è funzionale a sottolineare la circostanza che l'attività giurisdizionale non possa essere sottoposta, e quindi influenzata, che dalla legge.

Considerando che - nello Stato di diritto - la volontà popolare si esprime attraverso atti emanati dal potere legislativo, e che tali leggi per essere effettive necessitano di organi indipendenti e soggetti unicamente ad esse che diano loro applicazione, si comprende la valenza garantista del principio in termini di indipendenza¹⁸.

La soggezione unicamente alla legge è dunque garanzia del fatto che nessun potere si intrometta nella applicazione della legge stessa, sminuendo la effettività di quanto stabilito dalla sovranità popolare¹⁹.

Sempre nella stessa ottica, la soggezione del giudice alla legge appare altresì quale *ratio* giustificatrice del principio di indipendenza, poiché è chiaro che laddove il giudice non sia libero da qualsiasi influenza o pressione esterna non potrà amministrare la giustizia in maniera imparziale e secondo la legge²⁰.

¹⁷ Cfr. *infra*, cap.

¹⁸ È stato osservato come l'indipendenza dei giudici, intesa in tal senso, non sia dunque un privilegio, quanto invece una garanzia della funzione da essi svolta (Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *El delito*, cit., p. 53).

¹⁹ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 67.

²⁰ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *El delito*, cit., p. 53.

Ponendosi da un diverso punto di vista, la soggezione al dato legislativo può tuttavia essere altresì intesa come limite all'indipendenza stessa.

Dal momento che l'attribuzione di indipendenza al giudice è funzionale all'esercizio delle funzioni giudiziarie nell'esclusivo rispetto di quanto disposto dalla legge, laddove il giudice si allontanasse da tale disposto, l'indipendenza perderebbe la sua ragion d'essere, poiché risulterebbe chiaramente vulnerata la modalità procedimentale che la stessa mirava a tutelare²¹.

Pur essendo intimamente legato al discorso relativo all'indipendenza poiché ne rappresenta il principio complementare, l'ulteriore principio costituzionale che sancisce la responsabilità del giudice merita una serie di ulteriori riflessioni.

Occorre infatti in primo luogo sottolineare come la disciplina della responsabilità dipenda dal modello di giudice che costituzionalmente si adotta, ed in particolare dal tipo di legittimazione che lo stesso possiede. Difatti, laddove il giudice possieda una legittimazione legata non alla sua origine (ossia un'elezione da parte del popolo) bensì alla sua funzione (che è quella appunto di giudicare nel rispetto della legge, espressione della volontà popolare), è necessario ed imprescindibile che esista la possibilità di controllare che il giudice eserciti la sua funzione nel rispetto di tale soggezione²² ed è in questo senso che è stato osservato come la figura del giudice creata dal costituzionalismo

²¹ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *El delito*, cit., p. 58.

²² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *El delito*, cit., p. 59.

europeo sia “*ab inizio incompatibile con l’irresponsabilità giudiziaria*”²³.

Quanto alla concreta articolazione del principio di responsabilità, sebbene il testo costituzionale non indichi quali siano le forme di responsabilità cui è soggetto il giudice, il diritto spagnolo, analogamente a quello tedesco ed italiano²⁴, conosce tre tipologie: la responsabilità civile, la responsabilità disciplinare e la responsabilità penale.

Per quanto attiene alla responsabilità disciplinare (regolata dalla *Ley Organica 6/1985 del Poder Judicial*, che ha sostituito la Legge *LOPJ* del 1870) la stessa non è applicabile a tutti gli ambiti di attività del giudice, poiché viene espressamente sottratta al controllo disciplinare la attività giurisdizionale in senso stretto, che consiste nel modo in cui il giudice acquisisce i suoi dati, forma il suo convincimento e motiva le sue decisioni²⁵.

Corollario di tale impostazione è l’impossibilità per il legislatore spagnolo di sanzionare a titolo di responsabilità disciplinare lo scorretto esercizio della funzione giurisdizionale in senso stretto, pertanto in tale ordinamento acquistano un importante significato le altre forme di responsabilità.

Con riferimento alla responsabilità penale, che è in definitiva quella che rileva ai fini del presente lavoro, molto interessanti appaiono le

²³ Cfr. DIEZ-PICAZO L.M., *El régimen constitucional del Poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991, p. 107.

²⁴ Con le dovute precisazioni di cui si dirà *infra*, nei capitoli ad esse specificamente dedicati).

²⁵ MOVILLA ALVAREZ C., *Responsabilidad del juez, Poder Judicial*, num. Spec. V, p.165. Con riferimento a tale esclusione, in dottrina è stato osservato come ciò possa attribuirsi al fatto che altrimenti si controllerebbe una attività che spetta al giudice non in quanto funzionario di una organizzazione, bensì quale titolare di un potere nel cui esercizio gode di un’indipendenza garantitagli a livello costituzionale (Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 63).

considerazioni svolte da Ramos Tapia in relazione al delitto di *prevaricación judicial*, poichè che l'autrice ritiene che tale delitto si configuri come “*l'unica via per esigere responsabilità da giudici e magistrati quando amministrano la giustizia in forma indipendente e garantire che lo facciano non in modo arbitrario, bensì sottomessi all'ordinamento giuridico, che[...] è la unica legittimazione che hanno come esercenti il potere giudiziario. Di conseguenza, l'esigenza di questa responsabilità è allo stesso tempo il meccanismo che hanno i cittadini per proteggersi dagli abusi del potere giudiziario, di un potere che ha precisamente come funzione quella di tutelare i diritti e gli interessi legittimi dei cittadini*”²⁶.

Sempre nell'ottica dell'esigenza di responsabilità degli organi giudiziari nei confronti dei cittadini, una lucida considerazione è quella svolta in dottrina in relazione allo scarso numero di sentenze emesse in materia di *prevaricación administrativa* prima della Costituzione del 1978, laddove essa è stata interpretata quale riflesso della concezione “funzionariale” del giudice che vige in Spagna prima della svolta democratica.

Difatti in tale sistema il controllo dell'attività dei giudici da parte dell'esecutivo (attuato con criteri politici e disciplinari) era ritenuto sufficiente ad assicurare la correttezza dell'operato dei magistrati e pertanto presupponeva una scarsa o assente responsabilità di fronte ai destinatari della giustizia²⁷.

²⁶ « [...] la única vía para exigir responsabilidad a Jueces y Magistrados cuando administran justicia de forma independiente y garantizar que no lo hacen de forma arbitraria, sino sometidos al ordenamiento jurídico, que [...] es la única legitimación que etienen como ejercientes del poder judicial» RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 70

²⁷ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 70; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario publico*, Civitas, Madrid, 1980, pp.42-43.

II. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DAL DELITTO DI PREVARICACIÓN JUDICIAL.

Come già anticipato²⁸, sino al 1995 (data in cui la riforma del codice penale ha collocato la *prevaricación judicial* nel titolo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia), la considerazione della prevaricazione dei giudici congiuntamente alla prevaricazione degli altri funzionari pubblici è stata una costante nella legislazione spagnola²⁹.

Solo con il codice penale del 1848 (ed in seguito in tutte le successive codificazioni) il delitto di prevaricazione giudiziaria è stato infatti disciplinato in un articolo a sé stante, distinto dalla prevaricazione dei

²⁸ Cfr. *supra*, p.

²⁹ Per una panoramica degli antecedenti storici dell'attuale delitto, si rimanda alla analisi effettuata da RAMOS TAPIA M.I., nella quale l'autrice giunge alla conclusione per cui *"sebbene sia logico che si rintraccino precedenti del delitto di prevaricación judicial nel nostro (spagnolo, n.d.r.) diritto medievale e nell'Antico Regime, posto che la condotta prevaricatrice è stata concepita come possibile forse così presto come la stessa funzione del giudicare, in realtà, il contesto storico in cui si configurava la posizione del giudice e la concezione del diritto imperante era così radicalmente distinto, che poche conclusioni valide possono trarsi per l'indagine sull'oggetto di protezione nell'attuale delitto di prevaricación judicial"*.

Restringendo pertanto l'analisi alle disposizioni normative emanate sullo sfondo dell'ordinamento costituzionale, in primo luogo viene in considerazione il Decreto de Cortes del 24 marzo 1813, con il quale si disciplinava la responsabilità degli impiegati pubblici. In tale decreto si distingueva la responsabilità dei giudici e magistrati da quella degli altri impiegati pubblici, e tale considerazione autonoma della responsabilità dei giudici era da attribuire alla previsione, nella costituzione del 1812, di un potere giudiziario quale potere autonomo, indipendente dall'esecutivo.

Il legislatore del 1813 ha tuttavia stabilito quella che Ramos Tapia considera una "connessione concettuale" tra la condotta dell'abuso di ufficio e la condotta del giudice prevaricatore. Difatti, la circostanza che il decreto disciplinasse la prevaricazione del giudice quale condotta consistente nel giudicare volontariamente contro il diritto e non come una generica mancanza di fedeltà o abuso nell'esercizio dell'incarico, era dovuta semplicemente al fatto che l'incarico del giudice consiste specificamente nel giudicare conformemente al diritto (RAMOS TAPIA M.I., *El delito*, cit., p. 75 ss).

funzionari pubblici, ma ha mantenuto la sua collocazione nel titolo VII, ossia nello stesso titolo di questi ultimi³⁰.

La genericità della denominazione adottata “Dei delitti dei funzionari pubblici nell’esercizio delle proprie funzioni” ha posto il problema della determinazione del bene giuridico protetto in tale titolo³¹.

Accanto alla varie critiche alla circostanza che il titolo non indichi il bene giuridico in esso tutelato³², la dottrina maggioritaria ha ritenuto individuare - quale criterio sistematico unificatore dei vari reati in esso disciplinati - la qualifica di pubblico funzionario ravvisabile in capo al soggetto attivo, identificando altresì, in considerazione di tale peculiare qualifica, l’essenza dei delitti contenuti nel titolo VII con la violazione dei doveri imposti dall’ufficio³³.

Nonostante le riflessioni relative al bene protetto elaborate in tale contesto (in un primo tempo ritenute valide per entrambe le tipologie di *prevaricación* in considerazione della disciplina nell’ambito dello stesso capo) siano state superate dall’attuale collocazione della *prevaricación judicial* tra i reati contro l’amministrazione della giustizia, una breve disamina di tali teorie appare imprescindibile, soprattutto nell’ottica di una comparazione con l’ordinamento italiano in cui, come è noto, la

³⁰ Le ragioni di tale collocazione sono tuttavia chiare se si considera l’evoluzione storica del ruolo del giudice: prima di essere membri di un potere indipendente (quale quello giudiziario) i giudici erano funzionari dello Stato, e come tali era inevitabile la collocazione dei delitti da essi commessi tra i delitti dei pubblici funzionari.(Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 46.

³¹ GARCIA ARAN M., *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, p. 23.

³² Cfr. COBO DEL ROSAL M., *Examen crítico del párrafo 3. del artículo 119 del CP español*, RGLJ, 1962, p.250; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Madrid, 1956, p. 57; PUIG PENA F., *Derecho penal*, III, Madrid, 1955, p. 303.

³³ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 89.

tutela penale dell'attività giudicante è affidata ad una norma contenuta nel titolo dedicato ai reati contro la pubblica amministrazione³⁴.

Nell'ambito delle teorie che individuano l'essenza dei delitti contenuti nel titolo VII (e quindi – per ciò che specificamente interessa ai fini del presente lavoro – della *prevaricación judicial*) nella violazione dei doveri di ufficio, i vari autori hanno posto l'accento su aspetti diversi, circostanza che rende necessario analizzare separatamente le teorie in questione, pur nella consapevolezza che l'assunto di fondo è lo stesso.

Una prima teoria, elaborata da Pacheco, pone l'accento sulla caratteristica dell'"abuso" di funzioni, ritenendo che la ragion d'essere dei delitti contenuti nel titolo VII sia la necessità di protezione dei cittadini nei confronti dei possibili abusi commessi dai pubblici funzionari nell'esercizio delle proprie funzioni³⁵.

Il particolare rilievo attribuito all'abuso delle funzioni è una dimensione che manca invece in Viada, il quale pone infatti l'accento sulla "qualità" di funzionario, che ritiene sia elemento indispensabile per la commissione di tali delitti, poiché secondo l'Autore la maggiore gravità di questi reati rispetto ai reati comuni risiede appunto nella circostanza che i pubblici funzionari siano "*personas maggiormente obbligate*"³⁶.

Il rapporto fiduciario intercorrente tra lo Stato ed i pubblici funzionari (paragonato alla relazione tra mandante e mandatario) è invece l'elemento che viene posto in rilievo nella teoria elaborata da Groizard, che considera come nucleo centrale dei reati disciplinati nel titolo VII il tradimento della fiducia che lo Stato ripone nei suoi funzionari e ritiene

³⁴ Il riferimento è palesemente all'art. 323 c.p., a cui sarà dedicato il capitolo 3, cui si rimanda.

³⁵ PACHECO J.F., *El Código penal concordato y comentado*, t. I, Madrid, 1881, p. 394

³⁶ VIADA S., *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, p. 532.

che la lesione di altri possibili beni giuridici (tra cui quelli appartenenti ai cittadini) sia irrilevante ai fini della realizzazione del reato, influenzando semplicemente sulla gravità dello stesso³⁷.

Una tendenza all'individuazione della violazione dei doveri quale essenza del delitto di prevaricazione è presente altresì in Quintano, il quale ritiene che tali reati siano infedeltà dei funzionari agli uffici loro affidati e si mostra critico nei confronti della introduzione della prevaricazione colposa, dal momento che tale modalità commissiva frustrerebbe a suo parere l'essenza del delitto (che è appunto quella di infrangere dolosamente il proprio dovere)³⁸.

Una posizione peculiare nel panorama sinora tracciato occupa l'impostazione di Jaso il quale - sulla base della considerazione che i delitti dei pubblici funzionari comprendono essenzialmente condotte contrarie ai doveri di servizio - ritiene che, come tali, esse siano altresì inquadrabili nella categoria delle infrazioni disciplinari; l'unico criterio discrezionale tra le due tipologie di infrazione risiederebbe inoltre, secondo l'Autore, nella gravità della condotta, elevandosi alla categoria di delitto le infrazioni che costituiscano "*un esempio intollerabile*"³⁹.

Octavio de Toledo si è mostrato critico nei confronti delle teorie sinora illustrate, sottolineando come in tali impostazioni (che identificano l'essenza del reato con la violazione dei doveri da parte del funzionario) si parta da una valorizzazione della relazione tra Stato e funzionario, dimenticando la più importante relazione Stato-cittadino.

³⁷ Cfr. GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA A., *El Código Penal de 1870 concordato y comentado*, t. IV, Salamanca, 1891, p. 82.

³⁸ Cfr. QUINTANO RIPOLLES A., *Comentarios al Código Penal*, t. III, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946.

³⁹ JASO ROLDAN T., *Derecho Penal*, cit.

Il vero bene giuridico da tutelare mediante tali reati deve infatti essere ravvisato, secondo l'Autore, nel dovere dei funzionari di servire i cittadini, posto che *“se il dovere di ufficio esiste è perché l'amministrazione ha bisogno di una organizzazione che possa servire i cittadini”*⁴⁰.

Da tale considerazione discende un ulteriore corollario relativo al rapporto intercorrente tra i reati in questione e gli illeciti disciplinari, che viene dall'Autore reinterpretedo nell'ottica di un rapporto da mezzo a fine.

Se difatti i delitti mirano a tutelare la attività della PA intesa quale prestazione ai cittadini, tale bene giuridico è chiaramente distinto dall'oggetto di tutela degli illeciti amministrativi (che coincide invece con la protezione della PA intesa nel suo profilo organizzativo).

In tale ottica pertanto il bene tutelato in via disciplinare (corretto svolgimento della attività amministrativa) è chiaramente funzionale alla protezione del bene giuridico tutelato penalmente, poiché appunto finalizzato a garantire la prestazione di un corretto servizio ai cittadini⁴¹.

La dottrina più recente ha tuttavia sottolineato come l'impostazione da ultimo illustrata non si attagli alla attuale configurazione della funzione giudiziaria nell'ambito dello Stato.

Una teoria che individua la prevaricazione nella violazione di un dovere del giudice nei confronti dello Stato poteva infatti conciliarsi con la concezione del giudice quale funzionario dell'esecutivo vigente prima della Costituzione del 1978, concezione tuttavia non più sostenibile nel

⁴⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIEDO, *La prevaricación*, op. cit., p. 243.

⁴¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIEDO, *La prevaricación*, op. cit., p. 261-262.

quadro dell'assetto istituzionale configurato dalla Costituzione, poiché in esso il giudice è membro di un potere indipendente, senza alcuna relazione con l'esecutivo⁴².

Come già anticipato tuttavia oggi - a seguito della collocazione del delitto di *prevaricación* nel titolo relativo ai reati contro la Amministrazione della giustizia - le teorie sinora riportate possono considerarsi superate⁴³ e pertanto il problema principale che si pone all'interprete, a fronte di siffatto quadro normativo, è quello di delimitare le rispettive sfere di competenza dei delitti contro la pubblica amministrazione e dei delitti contro la amministrazione della giustizia.

Uno dei criteri a tal fine adottati e che si configura come il maggiormente condiviso è quello funzionale, in base al quale il bene tutelato dai delitti contro la P.A. viene individuato nell'esercizio delle pubbliche funzioni in generale, mentre i delitti contro la Amministrazione della giustizia mirano specificamente alla protezione dell'esercizio della funzione giurisdizionale⁴⁴.

La disciplina del reato nell'ambito del nuovo titolo non ha tuttavia risolto i problemi riguardanti l'individuazione del bene protetto, poiché il concetto di Amministrazione della giustizia è tutt'altro che univoco⁴⁵.

⁴² RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 96-97.

⁴³ Si veda in tal senso RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002, p. 22.

⁴⁴ RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 101. Per una ulteriore distinzione tra funzione amministrativa e giurisdizionale si v. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002, p. 36 ss.

⁴⁵ Sul carattere non univoco del concetto di Amministrazione della giustizia si v., tra gli altri, QUINTERO OLIVARES G., *Los delitos contra la Administración de Justicia*, *RJC*, num. straordinario, 1980, p.191 ss.; GARCÍA ARÁN M./MAGALDI M.J., *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, *DJ*, num. da 37 a 40, vol. 2, p.1121-1122.

ed in ragione dell'accennata poliedricità del concetto, allo stesso sono state attribuite varie accezioni.

In una prima accezione, il concetto di Amministrazione della giustizia viene identificato con il potere giudiziario dello Stato, e pertanto la divisione in titoli distinti viene interpretata come una sorta di codificazione del principio democratico di separazione dei poteri⁴⁶.

A tale concezione si può tuttavia facilmente obiettare come il codice del 1995 non abbia inteso realizzare una siffatta divisione dei poteri, dal momento che molti dei reati disciplinati nel titolo relativo alla pubblica amministrazione in generale (la quale dovrebbe essere in quest'ottica intesa come limitata al solo potere esecutivo) puniscono condotte che si riferiscono ad altri poteri.

Una impostazione totalmente innovativa del problema è stata elaborata da Ramos Tapia, la quale ritiene che la *prevaricación judicial* e la *prevaricación* amministrativa debbano essere tenute distinte poiché regolano beni giuridici assolutamente eterogenei.

Il concetto di Amministrazione della giustizia, secondo l'Autrice, non può essere inteso quale parte della Pubblica Amministrazione in generale, bensì quale istituzione la cui finalità è quella di realizzare il diritto nel caso concreto (il cosiddetto *ius dicere*).

In tale prospettiva, il giudice agisce non quale organo dello Stato, bensì del diritto.

Mentre infatti i funzionari pubblici sono inseriti all'interno della Pubblica organizzazione e sono subordinati ad essa, dovendo espletare le

⁴⁶ Cfr. in tal senso BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997, p. 4182.

proprie funzioni nell'interesse dei cittadini, il giudice non è in posizione di subordinazione, bensì viene in considerazione quale soggetto indipendente, la cui funzione consiste nell'essere "garante del diritto".

Nello stabilire che il giudice debba essere il garante della corretta applicazione della legge nel caso concreto, l'Autrice estende la sua riflessione altresì alla definizione del concetto di legge, che ritiene possa essere concepita come *ratio* piuttosto che quale espressione della volontà politica del legislatore.

Difatti, interpretando il termine legge nella seconda accezione (che è la tesi sostenuta da Scholderer) la *prevaricación judicial* non sarebbe funzionale che alla protezione del contenuto politico espresso nella legge stessa⁴⁷.

A fronte di ciò, la concezione adottata dall'Autrice si pone in una prospettiva diversa, nella quale il giudice, applicando la legge, non si sottomette al potere politico di cui essa è espressione, bensì agisce quale garante del diritto.

Alla base di questa impostazione vi è la convinzione che il giudice non possa apparire – a differenza del funzionario pubblico – quale agente esecutore di una politica, bensì si collochi in una dimensione ad essa totalmente estranea, come "*puro agente giuridico essenzialmente alieno alla politica*"⁴⁸.

Pur proteggendo entrambi i delitti di *prevaricación* (sia la *judicial* che la *amministrativa*), la legalità (poiché è chiaro che sia i pubblici funzionari

⁴⁷ Cfr. SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat*, Baden Baden, 1993, p. 139 ss.

⁴⁸ RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p.123 «*puro agente jurídico esencialmente ajeno a lo político*»

che il giudice sono soggetti al diritto, secondo il dettato costituzionale spagnolo⁴⁹), l'Autrice sottolinea come essa nei due reati si atteggi in modo differente: mentre per i pubblici funzionari è un limite da rispettare (essendo l'oggetto principale della loro attività il servizio nell'interesse dei cittadini), per il giudice essa si pone quale oggetto esclusivo, poiché l'attività giurisdizionale ha come unico scopo la applicazione del diritto⁵⁰.

Sempre la stessa Autrice ha altresì elaborato una peculiare ed interessante teoria sul fondamento della punibilità nel delitto di *prevaricación*.

Partendo dalle riflessioni della dottrina tedesca⁵¹ sulla categoria degli *Pflichtsdelikte*, l'Autrice ha infatti attribuito al delitto di *prevaricación judicial* la natura di "delitto di responsabilità istituzionale", in cui la responsabilità del giudicante deriva dalla posizione costituzionale da questi occupata quale garante della Amministrazione della Giustizia.

Da questo specifico punto di vista, l'infrazione del dovere da parte del giudice non viene infatti commessa nei confronti dello Stato, poiché il giudice non viene considerato quale funzionario statale (prescindendosi pertanto dal rapporto che lega il giudicante allo Stato in quanto istituzione).

Il dovere extrapenale che incombe sul giudice deriva invece in questa impostazione dalla posizione giuridica occupata dallo stesso nell'ambito

⁴⁹ art. 103 e 117 Cost

⁵⁰ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p.124.

⁵¹ Il riferimento è alle teorie elaborate ed espone nelle rispettive opere da JAKOBS G., *Derecho Penal, Parte General* (traduzione di Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano de Murillo), Madrid, 1995; ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, VI ed., Berlin/New York, 1994; RUDOLPHI H.J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, in *ZStW*, 1970, p. 627 ss.

della Amministrazione della Giustizia, rientrando pertanto in questo senso la *prevaricación judicial* nella categoria elaborata da Jakobs dei delitti “di infrazione di un dovere o di una responsabilità istituzionale”⁵². In questa concezione il bene giuridico ha una funzione distinta da quella classica di fondamento della responsabilità, in quanto «[...] il giudice che emette una sentenza ingiusta non realizza una attività che lede un

⁵²La categoria dei *Pflichtdelikte* è originariamente stata elaborata da ROXIN, ai fini della risoluzione dei problemi relativi alla autorità mediata nei reati propri, laddove l'azione venga commessa dall'*extraneus*. In tali delitti, secondo l'Autore, il fondamento per determinare l'autorità non consiste nel determinare se il soggetto abbia o meno dominato la produzione del fatto (come invece accade nella contrapposta categoria di *Herrschaftdelikte*). Negli *Pflichtdelikte* infatti l'autore è obbligato da una norma extrapenale a realizzare od omettere determinate condotte e pertanto ciò che occorre valutare è semplicemente se egli abbia infranto lo specifico dovere extrapenale, senza necessità di una ulteriore indagine relativa al dominio del fatto (Cfr. ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 352 ss.).

La categoria dei *Pflichtdelikte* nell'accezione intesa da Jakobs considera invece la infrazione del dovere non quale semplice criterio di imputazione dell'autorità, bensì quale vero e proprio fondamento dell'illecito.

L'Autore individua due distinti fondamenti della responsabilità penale, che derivano dalle due contrapposte categorie di *Herrschaftdelikte* e *Pflichtdelikte*.

Nella prima categoria la responsabilità deriva dalla delusione dell'aspettativa dei consociati che ciascuno mantenga ordinata la propria sfera di dominio, di modo che non si producano effetti esterni che potrebbero danneggiare i terzi.

Nella seconda categoria invece la responsabilità si fonda sulla aspettativa legata al corretto ed ordinato funzionamento delle istituzioni essenziali. In questa ultima accezione pertanto, sull'autore grava una speciale aspettativa di comportamento, poiché dalla stesso non si pretende la mera “non lesione di un bene”, bensì si chiede al soggetto di adattarsi al funzionamento della istituzione di cui è parte.

Laddove si voglia far riferimento ad un bene giuridico all'interno di una siffatta concezione, esso non potrà essere individuato in un bene preesistente che debba essere preservato. Difatti, nella categoria dei *Pflichtdelikte* il bene protetto non potrà che coincidere con la istituzione il cui corretto funzionamento deve essere assicurato dal soggetto. Inoltre, dall'atteggiarsi dei rapporti deriva che il bene protetto non preesiste all'azione del soggetto, poiché è proprio l'agente, con il corretto adempimento dei suoi doveri, a dare vita al corretto funzionamento della istituzione, che in tal modo viene ad esistenza.

In tal senso, la relazione tra l'autore ed il bene non viene definita in termini puramente negativi (quale necessità di una “non lesione del bene” da parte dell'autore), bensì in termini positivi (quale necessità che il soggetto garantisca l'esistenza del bene), in virtù di una speciale relazione che lega il bene e l'autore, relazione esistente grazie al particolare *status* dell'autore stesso. Laddove – come nel caso della *prevaricación judicial* – il bene protetto sia una istituzione essenziale per la vita della società, lo *status* dell'autore si converte in una vera e propria posizione di garanzia rispetto al bene e pertanto il delitto speciale diventa delitto di infrazione del dovere (Cfr. JAKOBS G., *Derecho Penal*, cit., p. 52, 791 e 993).

bene giuridico esistente nella sua sfera di dominio sociale, posto che la esistenza stessa del bene “amministrazione della giustizia” dipende dal fatto che il giudice emetta una sentenza giusta. L’illecito non consiste nella lesione del bene, bensì nel mancato compimento del dovere che incombe al giudice quale garante istituzionale del bene»⁵³.

Le conclusioni cui giunge Ramos Tapia nella indagine sulla individuazione del bene protetto dal delitto di *prevaricación* trovano inoltre un riscontro nella teoria elaborata nell’ordinamento tedesco da Rudolphi a proposito del delitto di *Rechtsbeugung*⁵⁴.

L’Autore da ultimo citato individua infatti il bene protetto dalla *Rechtsbeugung* nell’*“impero del diritto”*, nella *“funzione che ha il diritto di istituire un corretto ordine della vita sociale”* e ritiene che al giudice non competa solamente l’obbligo (gravante indistintamente su tutti i consociati) di non lesionare il bene giuridico così inteso, bensì questi, in virtù della peculiare posizione istituzionale rivestita, abbia altresì il dovere di garantire e realizzare tale *“impero del diritto”*.

Il dovere da ultimo individuato, secondo questa teoria, non viene attribuito al giudice dalla norma penale che punisce l’abuso del diritto, bensì preesiste alla norma stessa. E’ in tal senso che l’Autore ritiene che

⁵³ RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 142 «[...] *el juez que dicta sentencia injusta no realiza uan actividad que lesione un bien jurídico existente en su esfera de dominio social, puesto que la propia existencia del bien 2recta administration de justicia” depende de que el juez dicte una sentencia justa. El ilícito consiste no en la lesión del bien sino en le incumplimiento de un deber del juez como garante institucional del bien».*

⁵⁴ La teoria elaborata da Rudolphi verrà analizzata più approfonditamente nel capitolo relativo agli elementi del reato, in particolare nell’ambito delle teorie utilizzate per individuare la ingiustizia della decisione emessa dal giudice, per ulteriori approfondimenti pertanto si rinvia *infra*, cap..

In questo contesto basterà fornire alcuni brevi cenni al fine di dare conto del fondamento dogmatico della ulteriore teoria relativa all’individuazione del requisito della ingiustizia.

la *Rechtsbeugung* sia uno *Pflichtdelikt*, che presuppone la violazione di un dovere specifico preesistente alla fattispecie penale⁵⁵.

III. IL SOGGETTO ATTIVO DEL REATO.

Tradizionalmente la *prevaricación judicial* viene indicata quale esempio classico di reato proprio, potendo essere commessa solo dal soggetto che rivesta la qualifica di giudice.

Nel periodo anteriore alla vigenza della Costituzione del 1978 e della *LOPJ* del 1985, era problematico individuare quale tipologia di soggetti dovesse essere punita i sensi della *prevaricación judicial* e quale in applicazione della norma sulla prevaricazione amministrativa, posto che entrambe le norme sono sempre state disciplinate separatamente ed in alcuni casi non era chiaro sotto quale disciplina ricadesse l'attività svolta dal soggetto.

A seguito della emanazione dei testi legislativi *supra* indicati il problema ha tuttavia perso significato, poiché la potestà giurisdizionale è stata attribuita esclusivamente ai giudici e ai tribunali che fanno parte della organizzazione denominata "Potere giudiziario"(art. 117, c. I-III, *CE*) e agli altri organi cui tale funzione sia espressamente attribuita dal testo costituzionale.

Pertanto a tutti gli organi che non rientrano nel così determinato ambito del potere giudiziario (quantunque possano assumere la denominazione

⁵⁵ Cfr. RUDOLPHI H. J., Zum Wesen der Rechtsbeugung, in *ZStW* 1970, p.627 ss.

di “tribunali”), si applica la norma relativa alla prevaricazione amministrativa⁵⁶.

Il legislatore del 1995, in sede di modifica al codice penale, ha sostituito al precedente tenore letterale della norma (che annoverava come soggetto attivo il solo giudice) la previsione secondo cui potenziale autore dell’illecito può essere il “giudice o il magistrato”, con l’intento esplicito di eliminare le problematiche relative all’individuazione dei soggetti attivi⁵⁷.

In relazione all’individuazione dei potenziali autori del reato tuttavia residuano ancora numerose incertezze, soprattutto considerando che il concetto di soggetto attivo può essere individuato sia in riferimento ad un criterio formale che ad un criterio sostanziale.

Nella prima accezione, vengono individuati quali potenziali autori solo coloro i quali rivestono formalmente la qualifica di giudici (ed in una accezione ancora più restrittiva della tesi, solo coloro che siano definiti tali dalla *LOPJ* o dalla Costituzione), mentre secondo il criterio materiale potenziali soggetti attivi sono tutti coloro che esercitano la potestà giurisdizionale⁵⁸

In riferimento alla possibilità di commissione del reato da parte dei Tribunali collegiali, la dottrina maggioritaria⁵⁹ (tranne una voce isolata che li esclude in considerazione dell’utilizzo al singolare del termine

⁵⁶ RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 164.

⁵⁷ Cfr. gli interventi di LÓPEZ MARTÍN DE LA VEGA durante la Sessione n. 67 del 7 giugno 1995 della *Comisión de Justicia e Interior del Congreso*, *Diario de Sesiones n. 516*, in *LO del Código Penal. Trabajos Parlamentarios*, Tomo I, p. 1009 e OÑARTE CULLEN, *op.ult.cit.*, p. 1007.

⁵⁸ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 167.

⁵⁹ Cfr., fra gli altri: GARCÍA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 97; MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal PE*, X ed., Valencia, 1993, p. 762; BUSTOS RAMÍREZ J., *Manual de Derecho Penal. PE*. II ed., Barcelona, 1991, p.366.

giudice da parte del legislatore)⁶⁰ ritiene che essi rientrino pacificamente nell'ambito della norma, ponendosi semmai problemi a livello di accertamento del grado di partecipazione al delitto di ciascuno dei componenti⁶¹.

Nella individuazione dei potenziali autori del delitto di *prevaricación* la dottrina più recente utilizza due fondamentali criteri di selezione: in primo luogo lo *status* del soggetto, che deve rivestire la funzione di giudice (criterio di delimitazione esterno, rispetto a soggetti inadeguati) ed in secondo luogo, tra i soggetti così qualificati idonei, la valutazione in merito a quali di essi esercitino funzioni effettivamente giurisdizionali (criterio di delimitazione "interno")⁶².

Tra i soggetti qualificati come giudici ai sensi della *LOPJ* e del testo costituzionale⁶³ alcuni (come i giudici di pace)⁶⁴ non sono giudici togati e pertanto non fanno parte del corpo giudiziario quali giudici professionali, ma in proposito è stato rilevato come la mancata inclusione nel corpo giudiziario non sia di alcun ostacolo all'esercizio delle funzioni giudiziarie, posto che la stessa Costituzione spagnola

⁶⁰ Il riferimento è a RODRÍGUEZ DEVESA, in RODRÍGUEZ DEVESA J.M./ SERRANO GÓMEZ A., *Derecho Penal español*.PE, XIV ed., Madrid, 1995, p.1133.

⁶¹ Le problematiche relative alla commissione del reato nell'ambito dei tribunali collegiali verranno trattate più avanti, nell'ambito della esposizione della casistica giurisprudenziale. Per tali aspetti si veda pertanto *infra* cap.

⁶² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 169.

⁶³ Tra i quali rientrano: i *Juzgados de paz*, le *Audiencias provinciales*, i *Tribunales Superiores de Justicia*, la *Audiencia Nacional*, il *Tribunal Supremo* (art. 26 LOPJ); i *Juzgados e Tribunales Militares* (art. 117, V. c. CE), i *Tribunales Consuetudinarios e Tradicionales* (art. 125 CE) ed il *Tribunal Constitucional* (art. 161 CE).

⁶⁴ Con riferimento a questa particolare tipologia di giudici è da notare come la mancanza di preparazione giuridica specifica abbia avuto ripercussioni sulla applicazione del delitto di *prevaricación* a tale categoria di soggetti. Tali problematiche verranno tuttavia affrontate *infra*.

prevede la possibilità che la LOPJ disciplini un sistema differente da quello della integrazione in detto corpo⁶⁵.

In relazione alla categoria dei soggetti che fanno parte dei Tribunali militari, occorre sottolineare come gli stessi siano astrattamente riconducibili nell'ambito di applicazione della *prevaricación judicial*, tuttavia, la previsione all'interno del codice penale militare del 1985 di un delitto di *prevaricación ad hoc* per gli illeciti commessi da tali tribunali, fa sì che nei loro confronti si applichi la norma specifica⁶⁶.

Per ciò che concerne i membri di organi costituzionali dotati di potestà giurisdizionali, ma che non appartengono al potere giudiziario, l'analisi dovrà essere condotta sui singoli organi separatamente, poiché è solo in considerazione delle peculiarità di ciascuno di essi che può essere affrontato il problema della loro inclusione od esclusione nello spettro di azione del delitto di *prevaricación*.

Il *Tribunal de cuentas*, (disciplinato dall'art. 136 *CE*), analogamente alla Corte dei Conti nell'ordinamento italiano, esercita sia funzioni di supervisione che funzioni di giudizio contabile. Con riferimento alla seconda tipologia di funzioni, lo stesso *Tribunal Constitucional* ha stabilito che si tratta di una funzione giurisdizionale propria di tale organo, la quale non è in contrasto con la previsione costituzionale secondo cui la potestà giurisdizionale è affidata ai giudici ed ai tribunali

⁶⁵ Cfr. DE OTTO I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989, p. 116.

⁶⁶ Vi è tuttavia chi ha sottolineato in dottrina, come vi possa essere un ambito di applicazione residuale del titolo generale sulla *prevaricación* anche a tali soggetti. Si tratterebbe più in specifico dei casi di ritardo malizioso da parte del giudice nella emissione del provvedimento, che non ricadono nell'ambito della fattispecie specifica di cui all'art. 184 c.p. militare (Cfr. senso RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 58).

stabiliti per legge⁶⁷, pertanto da ciò discende quale inevitabile corollario la applicabilità del delitto di *prevaricación* ai membri di tale organo.

La posizione del *Tribunal Constitucional* (corrispondente alla Corte Costituzionale nell'ordinamento italiano) assume invece dei profili diversi, dal momento che tale organo svolge una funzione sicuramente giurisdizionale, e pertanto alcuni settori della dottrina considerano i componenti di tale organo quali possibili autori del delitto di *prevaricación*⁶⁸.

Un problema ulteriore è quello relativo alla applicabilità di tale delitto nei confronti dei soggetti che nell'ambito del procedimento penale assumono la qualità di giurati⁶⁹.

I principali ostacoli alla applicazione del reato nei confronti di tali soggetti discendono dalla difficoltà di controllare la ingiustizia del verdetto emesso, poiché i giurati decidono secondo la propria libera coscienza. Tale circostanza ha indotto parte della dottrina a ritenere

⁶⁷ Cfr. TC, STC del 26 ottobre 1996, FJco. II.

⁶⁸ Cfr. GARCÍA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 55-57; GONZÁLES RUS J.J., in COBO DEL ROSAL (a cura di), *Curso de Derecho Penal español. PE II*, Madrid 1997, p.462; contra: BENEYTEZ NERINO L., in CONDE-PUMPIDO FERREIRO (a cura di), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1990, p. 4182. Tuttavia, in considerazione del bene protetto dal delitto ,che si concretizza nella amministrazione della giustizia, Ramos Tapia ritiene che i membri del TC non possano essere annoverati tra i potenziali autori del delitto di *prevaricación*, posto che finalità del TC non è la realizzazione del diritto, bensì la garanzia della effettività della Costituzione. Persino con riferimento alla funzione giurisdizionale svolta dallo stesso tribunale l'Autrice ritiene che, sebbene possa in tali casi astrattamente ipotizzarsi una *prevaricación* laddove i membri del TC agiscano nel totale mancato rispetto della regole giuridiche, la risposta penale non sia la più efficace. Piuttosto che applicare la norma sulla *prevaricación*, in tali casi l'Autrice ritiene che la perdita di legittimità di fronte al corpo politico che li ha nominati, sia una sanzione più efficace per i membri del TC (Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 184).

⁶⁹ La categoria in Spagna ha trovato una nuova disciplina in virtù della Legge 5/1995 del 22 maggio 1995, legge ulteriormente modificata dalla LO8/1995 del 16 novembre e dalla LO 10/1995 del 23 novembre.

inapplicabile nei confronti di tali soggetti la norma⁷⁰, mentre altri hanno ritenuto che in ogni caso sia verificabile la razionalità della decisione dei giurati (essendo passibile di ricorso giurisdizionale nei casi di ingiustizia)⁷¹.

Un ulteriore punto problematico è quello relativo alla potenziale inclusione della categoria dei giurati nel termine “giudice o magistrato”. Parte della dottrina, in considerazione dello svolgimento da parte di tali soggetti di funzioni sostanzialmente giurisdizionali ammette la applicazione della norma, mentre altra dottrina ne nega l’applicabilità. Gli orientamenti da ultimo citati fanno leva sulla circostanza che i giurati emettono un semplice verdetto che viene posto alla base della decisione del giudice, ma in realtà il provvedimento definitivo viene adottato dai soli magistrati⁷².

La stessa dottrina che ritiene astrattamente ricomprensibile la categoria dei giurati nel termine “giudici o magistrati” riconosce comunque che il verdetto emesso dagli stessi non possa essere considerato in alcun modo quale “sentenza ingiusta” nel senso inteso dalla fattispecie di *prevaricación*, se non effettuando una analogia in *malam partem*⁷³.

La stessa dottrina pertanto, ritenendo corretta l’affermazione secondo cui il legislatore, omettendo la previsione di una responsabilità *ad hoc* per i giurati (e risultando inapplicabile a tali soggetti la norma generale

⁷⁰ Cfr. BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal, cit.*, p. 4182;

⁷¹ Cfr. . RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 195.

⁷² Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial, cit.*, p. 71, il quale ritiene che il termine “giudici o magistrati” sia utilizzato nella norma al fine di limitare l’applicazione del reato alle due categorie, con esclusione pertanto dei giurati.

⁷³ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 202.

sulla *prevaricación*) abbia creato una sorta di «potere irresponsabile⁷⁴», propone la regolazione di tale responsabilità in una prospettiva *de lege ferenda*⁷⁵.

Una ulteriore categoria di soggetti a cui la applicazione della norma sulla *prevaricación* appare esclusa è quella degli appartenenti al *Ministerio Fiscal*⁷⁶.

Il tenore letterale della fattispecie che punisce la *prevaricación judicial*, richiedendo l'emissione di una sentenza ingiusta, esclude che tali soggetti possano essere incriminati ai sensi di tale norma.

La mancanza di una fattispecie *ad hoc* per la punizione del *Ministerio Fiscal* era stata criticata già sotto la vigenza del vecchio codice penale, in considerazione del fatto che esistessero invece norme *ad hoc* per la punizione della prevaricazione commessa da avvocati e procuratori, soggetti legati meno strettamente alla amministrazione della giustizia rispetto al *Ministerio Fiscal*⁷⁷.

L'art. 444 della proposta di anteprogetto elaborata nel 1983 prevedeva la sanzione di tre anni di inabilitazione al *Ministerio Fiscal* che «*volontariamente, formula una richiesta o una affermazione ingiusta di*

⁷⁴ SALDAÑA, *Ley del Jurado Comentada*, Madrid, 1935, p.107.

⁷⁵ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 204.

⁷⁶ Tali soggetti corrispondono sostanzialmente al pubblico ministero dell'ordinamento italiano. Occorre tuttavia tenere in considerazione il fatto che il modello processuale spagnolo è orientato al modello inquisitorio e pertanto i poteri di tale soggetto, data la presenza di un giudice inquisitore, sono molto limitati. Ciò tuttavia sembra conoscere una evoluzione negli ultimi tempi in cui in casi specifici il MF svolge funzioni propriamente giurisdizionali. Tali eventualità verranno esaminate nella trattazione. Per un quadro completo sulle tendenze dell'ordinamento processuale spagnolo si rimanda a QUINTERO OLIVARES G., *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998.

⁷⁷ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p.99.

*fronte all'organo giurisdizionale o nel processo in cui interviene nell'esercizio delle sue funzioni*⁷⁸ ».

Tale fattispecie non è tuttavia stata recepita nell'attuale codice penale.

Alcuni autori ritengono che, a fronte della mancata predisposizione di una norma *ad hoc*, l'attività del *Fiscal* possa ricadere nell'ambito dell'art. 404 che disciplina la *prevaricación* amministrativa, quantunque le opinioni relativamente alla possibilità di ricomprendere gli atti del *Fiscal* nella categoria degli atti amministrativi non siano unanimi⁷⁹.

Interessanti appaiono inoltre le considerazioni che la dottrina spagnola ha svolto rispetto alle funzioni attribuite al *Ministerio Fiscal* in alcune recenti leggi criminali⁸⁰.

Le funzioni svolte in tali contesti dal *Fiscal* sembrano infatti avvicinarsi a quelle svolte dal giudice in casi analoghi, soprattutto con riferimento alla potenzialità lesiva della amministrazione della giustizia e pertanto la mancanza di previsione di una responsabilità a carico di tali soggetti appare ancora più grave alla luce di tali considerazioni⁸¹.

Laddove si consideri inoltre che l'attuale normativa non prevede che vi sia una responsabilità disciplinare in capo al *Ministerio Fiscal* laddove

⁷⁸ «*a sabiendas, formularse petición o dictamen injusto ante el órgano jurisdiccional y en proceso en que intervenga en el ejercicio de sus funciones*».

⁷⁹ A favore si v. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, p.129; *contra* GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p.99.

⁸⁰ Il riferimento è in primo luogo alla legge del 2000 sulla responsabilità penale del minore, la quale attribuisce al Ministerio Fiscal (sottraendolo quindi al giudice) il potere di emanare un provvedimento conclusivo delle indagini. La dottrina e lo stesso Fiscal del Tribunale di Valencia hanno attribuito a tale provvedimento carattere giurisdizionale, mentre il tribunal Supremo lo ha negato. La seconda ipotesi riguarda il potere attribuito al *Fiscal* nei casi di cui all'art. 504bis *Lecrim*, che obbliga il giudice a liberare l'accusato laddove il *MF* non abbia proposto la sua carcerazione. Tale norma pone infatti nelle mani del *Fiscal* un potere discrezionale amplissimo con riferimento alla possibilità di non comminare la pena detentiva a soggetti che appaiano palesemente meritevoli della stessa.

⁸¹ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 62 ss.

lo stesso eserciti le sue funzioni senza attenersi ai doveri di soggezione ai principi di imparzialità e legalità, ne deriva la totale irresponsabilità dello stesso⁸², analogamente alla categoria dei giurati di cui si è detto *supra*.

IV. LA CONDOTTA TIPICA.

Nell'ambito dell'elemento oggettivo del reato, prima di affrontare l'analisi della condotta tipica, occorre dar conto di quali siano le opinioni dottrinali in relazione alla qualificazione del delitto, intendendo con ciò la sua caratterizzazione quale reato di evento o di mera condotta, a cui si accompagna l'ulteriore problematica sulla possibilità di commissione mediante omissione, rispetto alla quale la dottrina spagnola appare divisa..

Nel silenzio della normativa sul punto vi sono infatti - con differenti argomentazioni - sostenitori sia della qualificazione come reato di evento, sia dell'inquadramento nella categoria dei reati di mera condotta⁸³.

Corollario dell'accoglimento dell'una o altra impostazione è inoltre la possibilità di configurare la realizzazione del reato in forma omissiva⁸⁴.

⁸² Cfr. . RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 209.

⁸³ Nel senso di un inquadramento all'interno dei reati di evento si v. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 362 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 401 ss. (con riferimento alla prevaricazione del pubblico funzionario); ritengono invece sia un reato di mera condotta RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 78 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC J., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, II ed., Valencia, 1997, p. 27 ss.

⁸⁴ A livello teorico, difatti, sostenere che il reato appartenga alla categoria dei reati di mera condotta esclude a priori la possibilità di porre l'ulteriore problema della manifestazione in

Gli autori che ritengono inquadrabile il delitto nella categoria dei reati di evento ne prevedono infatti altresì la possibilità di realizzazione in forma omissiva, adducendo a sostegno di tale assunto la riflessione secondo cui la espressione “dettare una risoluzione ingiusta” implica che tale risoluzione sia imputabile al giudice tanto qualora la crei con una condotta positiva, quanto nel caso in cui - occupando una posizione di garanzia rispetto a tale atto giuridico - non abbia evitato che esso si risolvesse ingiustamente⁸⁵.

A fronte di tali contrapposte opinioni in dottrina, i Tribunali hanno invece costantemente seguito una linea contraria alla ammissione della responsabilità per omissione⁸⁶.

Con riferimento più in specifico agli elementi richiesti dalla fattispecie, un primo problema concerne la determinazione di quali possano essere le tipologie di *resoluciones* potenzialmente riconducibili nell'alveo della norma.

Il tenore letterale della fattispecie, riferendosi nell'ipotesi base a “*qualsiasi altra sentenza o risoluzione ingiusta*” sembrerebbe atta a ricomprendere, potenzialmente, tutte le tipologie di risoluzione di cui all'art. 254 *LOPJ*⁸⁷.

forma omissiva, essendo essa esclusa già a livello teorico, senza necessità di analizzare concretamente gli elementi richiesti dalla fattispecie.

⁸⁵ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 370 ss., la quale indica a titolo esemplificativo, quale omissione penalmente rilevante, la condotta del giudice che, dovendo dettare una ordinanza di revoca di una misura cautelare precedentemente comminata, ometta di farlo.

⁸⁶ Con riferimento alla posizione assunta dalla giurisprudenza si v. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 76-77.

⁸⁷ L'articolo da ultimo richiamato disciplina infatti le varie tipologie di provvedimenti riconducibili sotto il termine *resoluciones*, disponendo che «*le risoluzioni dei giudici dei tribunali che hanno carattere giurisdizionale sono denominate: a) Providencias quando abbiano per oggetto l'ordinamento materiale del processo; b) Autos, quando decidano ricorsi contro Providencias, questioni incidentali, presupposti processuali, nullità del procedimento o*

La dottrina spagnola ha tuttavia ritenuto di dover operare un restringimento della operatività del delitto di *prevaricación* con riferimento a particolari tipologie di *resoluciones*, adottando un criterio teleologico che tenesse in considerazione il bene protetto dalla norma.

Pertanto, tenendo conto del fatto che la *prevaricación* punisce la lesione della amministrazione della giustizia, la dottrina ha unanimemente escluso dallo spettro di applicazione del reato le *resoluciones* che siano state emesse dal giudice nell'esercizio di una funzione che non può essere qualificata giurisdizionale, bensì assume le caratteristiche di una funzione amministrativa (ad esempio qualora i giudici siano chiamati a partecipare alle giunte elettorali), ritenendo che nelle ipotesi da ultimo illustrate la condotta del giudice sia punibile non ai sensi della norma relativa alla *prevaricación judicial*, bensì ricada nell'ambito della *prevaricación administrativa*⁸⁸.

Delimitando l'ambito di applicazione della *prevaricación* alla sole *resoluciones* che siano emesse nell'esercizio di una attività propriamente giurisdizionale, ulteriori problemi sorgono inoltre laddove si debba

quando, secondo le leggi giudiziarie debbano rivestire tale forma; c) Sentencias, cuando decidano definitivamente el proceso o la causa in qualsiasi istanza o recurso, o quando, secondo le leggi processuali, debbano rivestire tale forma «las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: a) Providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso; b) Autos, cuando decidan recursos contra Providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enunciamiento, deban revestir esa forma y c) Sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esa forma.»

⁸⁸ Si veda in tal senso: senso BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal*, cit., p. 4183; . RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 220; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario público*, cit., p. 130; ÁLVAREZ GARCÍA F., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987, p. 134; RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 86.

valutare la applicabilità del delitto in questione ad una particolare tipologia di tali atti, quali le *providencias*.

Dalla definizione individuata nell'art. 245 *LOPJ* si ricava infatti che tali provvedimenti hanno per oggetto l'ordinamento materiale del processo, decidendo semplici questioni di rito; sebbene dunque a livello lessicale la tipologia di provvedimenti appena illustrata rientri pienamente nel termine "*resoluciones*", controversa è la questione relativa alla rilevanza di una ingiustizia di cui possano essere forieri tali provvedimenti.

Parte della dottrina ritiene che, posta la notevole influenza che le *providencias* possono assumere all'interno del processo, esse possano pacificamente avere un contenuto "ingiusto" e come tali ricadere nell'ambito della norma che punisce la *prevaricación judicial*, escludendo tuttavia dall'applicazione della norma i casi in cui il dettato della *providencias* sia meramente interlocutorio e come tale non passibile di integrare il requisito dell'"ingiustizia"⁸⁹.

Una concezione diametralmente opposta viene invece propugnata dalla dottrina che -valutando in relazione all'effettivo contenuto decisorio del provvedimento - ritiene nelle *providencias* non sia dato rinvenire alcun contenuto suscettibile di influire sull'andamento del processo in termini tali da poter determinare una ingiustizia e pertanto esclude tali provvedimenti dall'ambito di applicazione della *prevaricación*, mantenendo al di fuori di tale prospettiva solamente in casi i cui le *providencias* siano solo nominalmente tali, ma nascondano in realtà le

⁸⁹ Cfr. in tal senso RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 89.

prescrizioni di un *auto* e pertanto siano in grado di influire sull'andamento del processo (nel qual caso si ritiene pacificamente applicabile la norma sulla *prevaricación*)⁹⁰.

Da ultimo, problemi pone la categoria degli atti emanati dal giudice nell'esercizio della attività di giurisdizione volontaria.

L'inclusione o meno di tale categoria di provvedimenti nell'ambito del delitto di *prevaricación* dipende difatti dalla concezione del bene protetto che si intende adottare, poiché gli autori che ritengono il bene tutelato dalla norma sia la potestà giurisdizionale in senso stretto (intesa quale risoluzione di un conflitto da parte del giudice) escludono l'attività di giurisdizione volontaria dall'ambito della norma, dal momento che in tale attività non ravvisano un conflitto di interessi⁹¹.

Più elastica ed incline ad ammettere l'applicabilità della norma appare invece la dottrina che assume quale bene tutelato l'amministrazione della giustizia in senso *lato*, poiché individua anche nell'ambito della giurisdizione volontaria una attività del giudice quale garante del diritto⁹².

Alla luce delle considerazioni sinora svolte relative al bene giuridico protetto dal reato, occorre affrontare una ulteriore problematica, afferente al metodo utilizzato dal legislatore nella disciplina codicistica del delitto poiché - come già *supra* rilevato - la suddivisione in ipotesi distinte a seconda della tipologia dei provvedimenti emessi e dalla esecuzione o meno degli stessi, ha sollevato critiche in dottrina.

⁹⁰ Si v. in tal senso RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 221 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario publico*, cit., p. 85.

⁹¹ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 102 ss.

⁹² Si v. in tal senso RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 229-230; RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 91 ss.

La disciplina in questione rispondeva difatti ad una concezione del reato ormai storicamente superata, che faceva risiedere la *ratio* della punizione nella lesione da parte del giudice degli interessi della parti coinvolte nel procedimento⁹³.

La disciplina non si concilia invece con la attuale considerazione del fondamento del delitto come finalizzato a sanzionare la lesione della amministrazione della giustizia, poiché in tale ultima ottica il disvalore del reato non cambia con riferimento alle distinte ipotesi previste dal legislatore, per la quali vengono tuttavia stabilite pene differenti.

Il problema si pone soprattutto in relazione alla ipotesi aggravata del delitto (prevista nei casi in cui sia stata emessa una sentenza in un procedimento penale), laddove la norma distingue tra l'ipotesi in cui la sentenza sia stata eseguita e quella in cui non lo sia stata.

In tale caso difatti l'unico criterio che si ritiene possa essere stato posto a base della previsione sembra essere quello delle conseguenze per il condannato⁹⁴.

⁹³ Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, VII ed., Madrid, 1865, p. 299 ; RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 233.

⁹⁴ Nella dottrina spagnola vi è stato tuttavia chi ha fornito una interpretazione dell'aggravamento di pena nel caso di esecuzione della sentenza che si concilia con la considerazione del delitto quale infrazione di un dovere istituzionale.

Secondo tale interpretazione, il delitto di *prevaricación* si consuma già nel momento in cui la sentenza ingiusta viene emessa, poiché il giudice ha già violato i propri doveri di pronunciare conformemente a diritto, indipendentemente dal fatto se la sentenza venga o meno eseguita.

La esecuzione della sentenza tuttavia, richiedendo una attività del giudice ulteriore, è sintomatica di una maggiore riprovevolezza dell'azione del giudice, che insiste nell'infrangere i doveri propri della sua funzione. In tale prospettiva dunque, l'esecuzione della sentenza non viene considerata dal punto di vista degli effetti che produce sul reo, bensì quale foriera di un maggior disvalore dell'azione (Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., *Derecho Penal, PE*, Madrid, 1992, p. 214).

V. L'INTERPRETAZIONE DEL REQUISITO POSITIVO: "INGIUSTIZIA DELLA DECISIONE".

La individuazione dei presupposti in base ai quali stabilire quando ci si trova di fronte ad una decisione ingiusta è una dei punti fondamentali e più controversi della analisi relativa al delitto di *prevaricación judicial*, poiché dalla ampiezza riconosciuta al concetto dipende la ulteriore decisiva questione relativa alla individuazione o meno in capo al giudice di una responsabilità penale e quindi, in definitiva, la determinazione dei limiti della punibilità.

Considerata l'importanza fondamentale dell'argomento e la difficoltà di fornire una soluzione soddisfacente e decisiva alla questione, il tema verrà trattato considerando le teorie elaborate in dottrina e le differenti argomentazioni portate a sostegno di ciascuna tesi, cercando di fornire un quadro il più fedele possibile della situazione attuale.

Nella analisi del requisito dell'ingiustizia la dottrina spagnola non ha elaborato una serie di teorie ben definite e distinte come quelle che è dato rinvenire nell'ordinamento tedesco a proposito del delitto di *Rechtsbeugung*, tuttavia le posizioni dottrinali in Spagna possono agevolmente essere ricondotte alle tre fondamentali teorie elaborate all'interno dell'ordinamento tedesco⁹⁵.

La analisi del requisito verrà pertanto condotta illustrando tali ultime teorie, anche in considerazione del fatto che esse sono state recepite nell'ordinamento spagnolo, stante la identità che comunemente si

⁹⁵ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 275.

rinviene tra il delitto di *Rechtsbeugung* e quello di *prevaricación judicial*⁹⁶.

La prima delle suddette impostazioni viene comunemente denominata “teoria soggettiva”, in considerazione del fatto che in essa la convinzione personale del giudice svolge un ruolo essenziale: l’essenza della prevaricazione viene infatti rinvenuta nella applicazione del diritto compiuta in maniera contraria alla convinzione personale del giudice⁹⁷.

La teoria in esame è stata utilizzata principalmente nel periodo post-nazista, qualora si trattò di valutare l’operato dei giudici del regime. Grazie ad essa si evitò infatti la punizione a titolo di *Rechtsbeugung* dei giudici che, in base alla propria convinzione giuridica, si erano rifiutati di applicare le norme ingiuste vigenti all’epoca⁹⁸.

La vera ragione che ha condotto alla elaborazione di siffatta teoria risiede tuttavia nel fatto che i suoi sostenitori sono convinti della impossibilità di valutare alla stregua di criteri oggettivi la ingiustizia della decisione del giudice e a tal proposito è stato criticamente rilevato che tale teoria «*parte dall’idea che la applicazione del diritto sia una sorta di magma indecifrabile dinanzi al quale i giudici non devono che seguire gli impulsi del proprio animo per attuare la giustizia*»⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, cit., p. 251.

⁹⁷ Tra i sostenitori della teoria in esame si annoverano: MOHRBOTTER K., *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters und Staatsanwalt für den Inhalt der Entscheidung*, in *JZ* 1969, p. 491 ss.; BLEI, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, V ed., München, 1992, p. 258; ROXIN K., *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 430; DREHER E./TRÖNDLE H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, XXXXVI ed., München, 1993, p. 111; SARSTED W., *Fragen zur Rechtsbeugung*, in LUTTGER (a cura di) *Festschrift für Heinitz*, Berlin, 1972, p. 427 ss.

⁹⁸ Cfr. . GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 106.

⁹⁹ Cfr. . GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 108 «*parte de la idea de que la aplicación del Derecho es una su erte de magma indecifrabile ante el que los jueces no deben sino seguir sus impulsos anímicos para hacer justicia*»

Nonostante, pertanto, i sostenitori di siffatta impostazione partano dal presupposto che il diritto non è una scienza esatta ed i principi giuridici possano agevolmente essere travisati, vi sono stati interventi volti ad individuare una base normativa a sostegno della teoria in esame, tra i quali il richiamo al § 261 del codice di procedura penale tedesco, (che impone al giudice di valutare le prove e fissare i fatti “*secondo il suo libero convincimento*”)¹⁰⁰ che è stato interpretato nel senso di imporre una valutazione soggettiva della ingiustizia della decisione assunta dal giudice: il giudice difatti ai sensi della norma non sarebbe tenuto - secondo tale impostazione - a ricercare la verità, bensì a decidere secondo coscienza¹⁰¹.

Quantunque nell’ordinamento tedesco, stante la previsione del reato solo a titolo doloso, sul piano del diritto positivo nulla osti all’accoglimento di tale impostazione¹⁰², non altrettanto si può sostenere con riguardo all’ordinamento spagnolo, posto che il *Codigo Penal* del 1995 punisce all’art. 447 la realizzazione colposa dell’illecito, assolutamente incompatibile con una teoria che pretenda di individuare la ingiustizia della decisione del giudice laddove questi agisca contrariamente alla propria convinzione giuridica (e, perciò, necessariamente in maniera dolosa)¹⁰³.

¹⁰⁰ § 261 StPO «*nach seiner freien [...] Überzeugung*»

¹⁰¹ SARSTED W., *Fragen zur Rechtsbeugung*, cit., p. 433-434.

¹⁰² Le obiezioni formulate dai critici della teoria oggettiva si muovono infatti su piani diversi da quello della incompatibilità con la previsione normativa. Per una esposizione di tali critiche si veda *infra*, p.

¹⁰³ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 102; GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 109 ss.; ; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario publico*, cit., p. 346, 353.

Accanto alle obiezioni appena rilevate, le critiche alla dottrina in questione, in Spagna, si fondano altresì su argomenti di carattere probatorio e dogmatico¹⁰⁴: nella prima direzione si muovono gli assunti volti a sottolineare la pratica impossibilità di ottenere la prova di quale sia la convinzione giuridica del giudice¹⁰⁵, nella seconda sono invece inquadrabili le obiezioni di quanti evidenziano che la attività giurisdizionale non è libera, bensì il giudice è vincolato ai metodi di interpretazione giuridica offerti dall'ordinamento¹⁰⁶.

Da ultimo occorre inoltre sottolineare come uno dei più gravi inconvenienti della teoria soggettiva possa essere individuato nel fatto che, seguendo le sue determinazioni, si giungerebbe ad ammettere che commette *Rechtsbeugung* (o *prevaricación*) altresì il giudice che emetta una sentenza senza violare il diritto vigente, qualora tuttavia la abbia adottata in contrasto con la sua convinzione giuridica¹⁰⁷.

Alla conseguenza aberranti nell'ottica di un diritto penale del fatto cui condurrebbe la applicazione della teoria soggettiva cerca di ovviare una ulteriore teoria elaborata nell'ambito della dottrina tedesca¹⁰⁸, secondo la

¹⁰⁴ L'unico autore spagnolo il cui pensiero può esser ricondotto ad una applicazione della teoria soggettiva è CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *Derecho Penal PE*, Madrid, 1990, p. 16.

¹⁰⁵ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 100.

¹⁰⁶ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 286. Nello stesso senso cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 101.

¹⁰⁷ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 106;

¹⁰⁸ Sostenuta, tra gli altri, da: MARX, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters gemäss §336 StGB*, in *Juristenzeitung*, 1970, 249; SEEBODE, *Rechtsbeugung und Rechtsbruch*, in *Juristische Rundschau*, 1994, 1 ss.; IDEM, *Das Verbrechen*, cit., p. 20 ss.; SEEMANN, *Die Haftungsprivilegierung des Richters im Rahmen des § 336 StGB*, Giessen, 1991, 26; SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung*, cit., p. 367 ss.; BOCKELMANN P., *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, München, 1980, p. 81; MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 2, Heidelberg, 1991, p. 248 ss.;

quale l'essenza del delitto in questione coincide con la pronuncia di una sentenza obiettivamente in contrasto con il diritto vigente.

Anche all'interno di questa teoria (denominata "oggettiva" proprio per il preponderante rilievo che attribuisce a tale elemento ai fini della realizzazione del reato), la convinzione personale del giudice viene in rilievo, ma limitatamente alla valutazione dell'elemento soggettivo del reato, nell'ambito del quale rimane confinata.

Secondo questa teoria, pertanto, laddove il giudice pronunci una risoluzione applicando il diritto in maniera contraria alla propria convinzione giuridica, ma in conformità alle norme vigenti nell'ordinamento, non commetterà il delitto (integrando tale comportamento, al massimo, gli estremi di un tentativo inidoneo), poiché non sarà rinvenibile il necessario requisito della lesione obiettiva del diritto¹⁰⁹.

La teoria in questione è stata per lungo periodo dominante nell'ordinamento tedesco¹¹⁰ e viene sostenuta altresì dalla maggioranza degli autori in Spagna¹¹¹, stanti i molteplici vantaggi che l'adozione di tale impostazione comporta in termini di garanzie e certezza rispetto alla teoria soggettiva.

¹⁰⁹ L'esempio che viene riportato in dottrina è il caso del giudice antiaborista che pronunci sentenza di assoluzione nei confronti di un medico incriminato per un aborto effettuato in presenza dei requisiti legali (Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 101).

¹¹⁰ Per i nomi dei sostenitori si v. nota 112. Per le riflessioni sulla affermazione, negli ultimi anni, in tale ordinamento della diversa teoria denominata intermedia si v. infra, cap.II.

¹¹¹ In tal senso sono orientati, tra gli altri: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., *Manual de Derecho Penal, PE*, cit., p. 203; MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal PE*, cit., p. 792; BELLO LANDROVE F., «*Los Elementos de injusticia e injusticia manifesta en el delito de prevaricación*», in *RGLJ*, luglio-dicembre 1977, p. 249 ss;

In primo luogo, difatti, l'adozione della tesi in questione permette di stabilire una chiara distinzione tra elemento oggettivo ed elemento soggettivo del reato, oltre ad apparire più coerente rispetto alla soggettiva con quella che comunemente si ritiene sia la finalità del delitto di *prevaricación* (ossia evitare che la funzione giurisdizionale si realizzi in maniera contraria al diritto oggettivo).

I sostenitori della teoria in esame, difatti, fanno riferimento spesso a beni giuridici differenti, ma l'elemento oggettivo della *prevaricación* (che si identifica con il diritto che viene violato con la risoluzione ingiusta) è comune a tutti gli Autori, indipendentemente dal bene giuridico di riferimento¹¹².

La postura adottata dalla teoria oggettiva si concilia inoltre perfettamente con la concezione in chiave oggettiva del diritto penale, inteso come “diritto penale del fatto”, poiché, come correttamente afferma Ferrer Barquero: *«il giudice che emette una risoluzione contraria alla sua convinzione giuridica non sta delinquendo se la soluzione è, da un punto di vista oggettivo, giuridicamente corretta, poiché l'essenziale, considerando l'oggetto di tutela, non è evitare che si aggredisca la coscienza del giudicante, bensì difendere la funzione giurisdizionale e, in ultima analisi, l'impero del diritto»*¹¹³.

Anche la teoria oggettiva presenta tuttavia una serie di difficoltà applicative, laddove si consideri che la stessa si trova ad operare in un

¹¹² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 288, nota 679 la quale richiama le riflessioni di SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung*, cit., p. 191.

¹¹³ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 102: *«aquel Juez que dicte una resolución contraria a su convicción jurídica no está delinquendo, si la solución es, desde un punto de vista objetivo, jurídicamente correcta, pues lo esencial, atendiendo al objeto de tutela, no es evitar que se agredea la conciencia del juzgador, sino defender la función jurisdiccional y, en suma, el imperio del derecho»*.

ordinamento che ormai riconosce pacificamente quale elemento imprescindibile della attività giurisdizionale una facoltà interpretativa delle norme in capo al soggetto decidente e prevede una serie di ricorsi giurisdizionali avverso le decisioni emesse dagli stessi, implicitamente assumendo come imprescindibile un certo grado di fallibilità da parte del giudice¹¹⁴.

Non è pertanto semplice individuare i criteri in base ai quali valutare quando si possa parlare di ingiustizia della risoluzione adottata dal giudice, soprattutto nei casi nevralgici in cui la norma applicata sia foriera di una pluralità di significati, oppure il giudice agisca nell'esercizio di una potestà discrezionale. Un discorso a parte inoltre meritano i casi in cui si tratti di tracciare il confine tra risoluzione la cui ingiustizia può essere sanata attraverso il rimedio del ricorso giurisdizionale, ed i casi che invece costituiscono decisioni ingiuste ai sensi della norma sulla prevaricazione¹¹⁵.

Il meccanismo sotteso alla applicazione di questa teoria implica infatti che la ingiustizia della decisione sia rinvenibile nei casi in cui essa non sia conforme a quanto disposto dalle norme giuridiche, considerando l'adozione della decisione da parte del giudice come un atto derivante dall'applicazione della soluzione legislativamente prevista al caso sottoposto all'esame del giudice stesso.

Tale operazione presuppone tuttavia che le norme di riferimento per la soluzione del caso siano univoche e conducano pertanto ad una sola

¹¹⁴ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 288-289, GARCIA ARAN M., *La prevaricación, cit.*, p. 130.

¹¹⁵ Nello stesso senso cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 288-289; RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial, cit.*, p. 103.

soluzione possibile, circostanza smentita dalla pratica giudiziaria e dalla formulazione delle norme, le quali testimoniano che i casi in cui le stesse possiedono un significato univoco sono eccezionali, mentre nella prassi è insito un imprescindibile margine di interpretazione in capo al giudice, che può condurre a diversi risultati nella decisione del caso concreto.

Tale spazio interpretativo è inoltre particolarmente evidente nei casi di utilizzo da parte del legislatore di concetti indeterminati e clausole generali, come (nel caso delle norme penali) di elementi normativi nella descrizione della fattispecie¹¹⁶.

Alla luce delle difficoltà evidenziate, la dottrina ha tentato di individuare una serie di criteri idonei a valutare la ingiustizia della decisione, tra cui si annovera quello che fa riferimento alla interpretazione giurisprudenziale.

Alla stregua di tale parametro l'applicazione del diritto effettuata dal giudice nel caso concreto sarà lecita, nella misura in cui essa corrisponda alla prassi giurisprudenziale invalsa rispetto al significato da attribuire alle norme utilizzate¹¹⁷, criterio la cui operatività non incontra alcun ostacolo in un sistema (quale quello di *common law*) in cui il precedente giudiziario assuma valore vincolante .

Diverse ragioni ostano tuttavia all'accoglimento di un tale parametro in un sistema come quello spagnolo (e più in generale, di *civil law*) in cui

¹¹⁶ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 290, la quale fa riferimento altresì alla distinzione elaborata da ENGISCH tra il “nucleo del concetto” (“*Begriffskern*”) che tutti i giudici sono tenuti a rispettare ed i “dintorni del concetto” (“*Begriffshof*”), di cui esistono diverse possibili interpretazioni, sulla cui correttezza si può discutere, ma che appaiono tutte difendibili (ENGISCH K, *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, 1963, p. 13).

¹¹⁷ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 290.

il precedente giudiziario è un punto di riferimento obbligato, ma assolutamente non vincolante nei confronti del giudice, il quale rimane libero di scegliere la soluzione che ritenga più adeguata al caso di specie¹¹⁸.

Un simile criterio sarebbe altresì carente in termini di certezza, dal momento che solo in casi rarissimi è dato rinvenire una giurisprudenza uniforme ed inoltre, con riferimento alle norme di nuova emanazione, non è rinvenibile alcun precedente cui fare riferimento¹¹⁹, senza considerare i riflessi negativi che una tale impostazione avrebbe in ordine al conseguente ed inevitabile conformismo giurisprudenziale che ne deriverebbe.

E' difatti intuitivo il rischio di conformismo che si cela dietro l'utilizzo di un siffatto parametro, dal momento che i giudici, per evitare incriminazioni, eviterebbero di discostarsi dalle linee giurisprudenziali consolidate, con il rischio che ciò avvenga anche nei casi in cui tali linee non dovessero essere le più consone al caso concreto.

Di tal guisa, si finirebbe pertanto per creare all'interno di un sistema di *civil law* (estraneo quindi al principio dello *stare decisis*) una sorta di valore vincolante del precedente (in virtù della sanzione del comportamento non conforme) ancora più forte di quello che lo stesso assume nei sistemi di *common law*, dal momento che (come noto) in questi ultimi ordinamenti l'istituto dell'*overruling* permette di

¹¹⁸ *Contra*, in favore del valore vincolante del precedente si v. invece DE OTTO I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, p. 284 ss.

¹¹⁹ Sulla mancanza di uniformità giurisprudenziale cfr. SEEBODE M., *op. cit.*, p. 19.; sulla impossibilità di rinvenire precedenti in ordine alle norme di nuova emanazione si v. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 292.

discostarsi dall'orientamento precedente laddove tale cambiamento sia giustificato dal mutamento delle circostanze sociali¹²⁰.

La dottrina penalistica ha individuato altresì un ulteriore criterio per la valutazione dell'ingiustizia della decisione, che si configura tuttavia come minoritario, posti i seri problemi di compatibilità dello stesso con il principio di indipendenza del giudice¹²¹.

Nella sua forma più attenuata, tale impostazione conduce infatti a ritenere che il requisito oggettivo dell'ingiustizia ravvisabile in una decisione che viene annullata o riformata in sede di ricorso sia identico all'ingiustizia richiesta per integrare il delitto di *prevaricación*.

L'unico elemento discrezionale per stabilire se sia in presenza di un delitto o di una semplice ingiustizia ricorribile sarebbe, secondo i sostenitori di tale impostazione, l'elemento soggettivo: laddove fosse ravvisabile il dolo si integrerebbero gli estremi di una *prevaricación*, in caso contrario l'ingiustizia rilevarebbe solo al livello processuale, quale motivo di impugnazione¹²².

Come già accennato, siffatta impostazione va incontro ad una serie di obiezioni di rilievo.

In primo luogo, si riterrebbe potenzialmente integrato l'elemento oggettivo del delitto di *prevaricación* ogni volta in cui un tribunale superiore dovesse annullare la decisione di un tribunale inferiore, con la

¹²⁰ Sull'istituto dell'*overruling* dalla prospettiva del principio di legalità si v. FORNASARI G., in FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale (Collana Casi, fonti e studi per il diritto penale)*, Padova, 2005, p.21.

¹²¹ Tra cui si annoverano STANKE, *Die Rechtsbeugung*(§ 336 RStGB), tesi di Würzburg, 1924, p. 63 (citato *apud* SCHOLDERER F., *op. cit.*, p. 241); SCHOLDERER F., *op. cit.*, p. 232; GÓMEZ DE LA SERNA P. *Elementos*, *cit.*, p. 298; FERRER SAMA A., *Commentarios*, *cit.*, p. 66; GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 121.

¹²² Cfr. in questo senso GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 121; SCHOLDERER F., *op. cit.*, p. 232.

conseguenza che in tal modo il diritto penale qualificherebbe come integrante la fattispecie oggettiva di *prevaricación* un risultato (ossia la scorrettezza della interpretazione fornita dal giudice inferiore) che altri rami dell'ordinamento pacificamente ammettono, predisponendo contro la stessa i ricorsi quali specifici rimedi¹²³.

Ancor più grave tuttavia è il rilievo secondo cui, incorrendo il giudice che sostenesse una interpretazione contraria a quella di un tribunale superiore nel rischio di una incriminazione per *prevaricación* laddove tale tribunale riformasse la sua pronuncia a seguito di ricorso, si andrebbe certamente nella già rilevata direzione di un accentuato conformismo giudiziario (questa volta da parte dei tribunali inferiori nei confronti delle decisioni dei tribunali superiori), con grave pregiudizio per l'indipendenza del giudice.

Una ulteriore importante obiezione sollevata sia dalla dottrina spagnola che da quella tedesca¹²⁴ concerne il ruolo che assumerebbero i tribunali penali chiamati a pronunciarsi nel procedimento istaurato per l'accertamento della *prevaricación*.

Tali organi si troverebbero infatti implicitamente investiti della facoltà di decidere quale sia la interpretazione corretta da attribuire alle norme del diritto civile o amministrativo, a seconda della natura del procedimento in cui il giudice abbia emesso la decisione incriminata. Ciò supporrebbe pertanto una competenza per materia universale, che naturalmente non compete al giudice penale.

¹²³ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 296.

¹²⁴ Per la dottrina spagnola cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 297-298; tra gli Autori tedeschi si v. SCHMIDT-SPEICHER U., *Hauptprobleme der Rechtsbeugung*, Berlin, 1982, p. 77.

Dal punto di vista della prassi, inoltre, la visione giuridica del tribunale penale sarebbe vincolante per gli altri giudici, poiché se questi ultimi si discostassero da tale interpretazione incorrerebbero nel pericolo di commettere il delitto di *prevaricación*¹²⁵.

Il criterio di riferimento per valutare la ingiustizia della decisione - dati gli inconvenienti insuperabili delle impostazioni sinora illustrate - viene individuato dalla dottrina tedesca maggioritaria¹²⁶ in un ulteriore elemento: quello della condivisibilità (o difendibilità) della interpretazione adottata dal giudice.

In questa ottica si ritiene che commetta una *prevaricación* solo il giudice che applichi la norma in una modalità esplicitamente esclusa dal novero delle possibili interpretazioni della stessa.

La dottrina spagnola è solita indicare tale situazione ritenendo che sia ingiusta la risoluzione, agli effetti della *prevaricación*, «*quando non si possa spiegare con una interpretazione razionale*¹²⁷» oppure quando la interpretazione non sia «*giustificabile teoricamente*¹²⁸».

Anche la impostazione appena illustrata si presta tuttavia ad una serie di obiezioni, tra le quali due assumono preponderante ed assorbente rilievo.

¹²⁵ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 298; SCHMIDT-SPEICHER U., *Hauptprobleme der Rechtsbeugung*, *cit.*, p. 77.

¹²⁶ Cfr. SEEBODE M., *Das Verbrechen*, *cit.*, p. 20; BEMMAN G., «*Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?*», in *JZ* 1973, p. 548; SPENDEL, *LK*, par. 339; LACKNER *StGB par 339*; MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, *cit.*, p. 248; VORMBAUM, *op. cit.*, p. 386; SCHOLDERER F., *op. cit.*, p. 375 ss.

¹²⁷ «*cuando no puede explicarse por una interpretación razonable*», cfr. PUIG PENA F., *Derecho penal*, *cit.*, p. 295; SANCHEZ TEJERINA I., *Derecho Penal español*, Salamanca, 1937, p. 496; CUELLO CALÓN E., *Derecho Penal. PE*, *cit.*, p. 399.

¹²⁸ «*justificable teoricamente*» cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 117; MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal*, *cit.*, p. 792; CUELLO CONTRERAS J., «*Jurisprudencia y prevaricación*», in *La Ley*, 1993-1, p. 1035 ss.; ABELLANET GUILLOT F., «*La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995*», in *RJC*, 1998/3, p. 387 ss.; e, con riferimento alla prevaricazione amministrativa: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación*, *cit.*, p. 349.

Si fa riferimento in particolare alla vaghezza del criterio adottato, dal momento che non è facile definire quando una decisione possa essere difendibile, poiché non esistono regole fisse per una tale valutazione. La indeterminatezza del criterio ha poi come effetto quello di non fornire al giudice un parametro preciso secondo cui orientare la propria condotta, in palese contrasto con il principio di determinatezza in materia penale¹²⁹.

Il criterio in questione inoltre non permette di ricomprendere all'interno della fattispecie di *prevaricación* condotte che appaiano meritevoli di sanzione (quali ad esempio i casi in cui il giudice emetta una decisione che sia obiettivamente condivisibile, ma sia stata adottata per fini personali, estranei a quelli di giustizia): in casi come quello segnalato il criterio della difendibilità della interpretazione fornita dal giudice impedisce infatti di effettuare una ulteriore valutazione rispetto alle modalità attraverso cui il giudice ha adottato la decisione¹³⁰.

Ulteriori problemi si pongono inoltre in applicazione della teoria oggettiva laddove si tratti di valutare le attività compiute nell'esercizio del suo potere discrezionale, le quali sono - come noto - connotate dalla facoltà attribuita al giudice di scegliere tra varie alternative offerte dal legislatore¹³¹.

¹²⁹ Cfr. in questo senso MÜLLER I., «*Der Vorsatz der Rechtsbeugung*», in *NJW* 1980, p. 2390 ss.; KRAUSE H., «*Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsbeugungsvorsatz*», in *NJW* 1977, p. 285 ss.

¹³⁰ Cfr. in questo senso RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 302; QUINTERO OLIVARES G., *Comentarios, cit.*, p. 1283; SPENDEL G., «*Richter und Rechtsbeugung*», in *Festschrift für Peters*, Tübingen, 1974, p. 166. Al fine di ovviare all'obiezione da ultimo segnalata, in dottrina è stata elaborata una terza teoria, che si pone in una posizione intermedia tra quelle soggettiva ed oggettiva sinora illustrate e di cui si darà conto nel proseguo del lavoro.

¹³¹ Sull'attività discrezionale ed il confine tra la stessa e l'attività di interpretazione di concetti indeterminati si v. PAEFFGEN H.U., «*„Ermessen“ und Kontrolle*», in *Wahrheit und*

Analogamente a quanto precedentemente osservato in relazione alle norme non univoche, anche nei casi di esercizio di potestà discrezionale la teoria oggettiva incontra dei limiti laddove sia necessario applicare la stessa alle decisioni discrezionali che si mantengano nell'ambito fissato dal legislatore, ma che siano state adottate sulla base di ragionamenti che esulano dal perseguimento della finalità cui la potestà discrezionale era preordinata¹³².

La teoria oggettiva, difatti, considerando solo il “risultato esteriore” delle decisioni giurisdizionali, non tiene in considerazione il processo di formazione della decisione stessa da parte del giudice, e pertanto non consente di apprezzare le eventuali prevaricazioni che lo stesso giudice possa commettere nell'esercizio di tali valutazioni “interinali”, posto che, in tale ottica, qualsiasi decisione che si mantenga nell'ambito della discrezionalità non sarebbe suscettibile di essere considerata prevaricante¹³³.

Un ulteriore settore dell'attività del giudice che appare problematico ai fini della applicazione della teoria oggettiva è quello relativo alla valutazione delle prove nel processo e sintomatica di tale difficoltà è la pluralità di impostazioni dottrinali al riguardo¹³⁴.

Gerechtigkeit im Strafverfahren, in *Festschrift für Peters*, Heidelberg, 1984, p. 61; WARDA G., *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Colonia/Bonn/Munich, 1962, p.10.

¹³² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 304.

¹³³ Per una impostazione che distingue, all'interno della discrezionalità, tra “discrezionalità arbitraria” (in cui la legge non detta i criteri per l'adozione delle diverse alternative) e altri casi di discrezionalità (in cui la legge pone criteri di orientamento per la decisione del giudice) e per le conseguenze in ordine alla configurabilità della prevaricazione solo nei ultimi casi si v. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 80 ss.

¹³⁴ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 306.

Parte della dottrina adotta difatti la realtà oggettiva quale parametro per determinare se la valutazione dei fatti compiuta dal giudice sia ingiusta¹³⁵, considerando prevaricante la valutazione delle prove effettuata dal giudice che contrasti con quanto realmente accaduto.

E' notorio tuttavia come la legge processuale ponga dei limiti alla prova, in conseguenza dei quali può accadere che non necessariamente i fatti provati all'interno del processo coincidano con quanto realmente accaduto¹³⁶, in considerazione di ciò, pertanto, altra parte della dottrina¹³⁷ adotta il differente parametro che consiste nel considerare se il giudice abbia o meno rispettato le norme processuali che disciplinano la acquisizione della prova.

Anche tale criterio conduce tuttavia a risultati insoddisfacenti, poiché, per valutare se il giudice abbia o meno rispettato tali norme, si tratterebbe di riprodurre l'intero procedimento in cui si assume commesso il delitto.

A fronte delle obiezioni mosse alla difficoltà di applicazione della teoria in questione nei casi "nevralgici" di attività giurisdizionale e vevoli quindi indipendentemente dall'ordinamento di riferimento, alcune considerazioni particolari devono essere svolte con riferimento all'applicabilità della teoria in questione nello specifico ambito dell'ordinamento spagnolo.

¹³⁵ In questo senso si v. SEEBODE M., *Das Verbrechen*, cit., p. 24; GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 120.

¹³⁶ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 307.

¹³⁷ SPENDEL G., «*Richter und Rechtsbeugung*», cit., p. 170; SCHOLDERER F., *op. cit.*, p. 526; RODRIGUEZ DEVESA J.M., *Derecho Penal. PE*, cit., p. 1135.

L'obiezione di maggior rilievo rispetto alla adozione della teoria oggettiva in tale ultimo ordinamento deriva infatti dalla modalità di redazione della norma impiegata dal legislatore spagnolo.

Il criterio secondo cui - ai sensi della teoria oggettiva - la decisione del giudice non ricade nell'ambito della *prevaricación* fintanto che sia difendibile, implica che le uniche decisioni rispetto alle quali tale norma può operare siano quelle in cui la ingiustizia appaia come manifesta o assolutamente notoria¹³⁸, poiché «*il criterio della mancanza di giustificazione teorica della decisione equivale alla esigenza del carattere manifesto o notorio dell'ingiustizia*¹³⁹».

Una tale impostazione - quantunque sostenuta dalla maggioranza degli autori anche in Spagna - non considera tuttavia il dato letterale secondo cui la prevaricazione nella forma colposa richiede che la decisione sia “manifestamente ingiusta”, mentre la prevaricazione in forma dolosa richiede semplicemente che la stessa sia “ingiusta”.

La impostazione che richiede - per l'accertamento del requisito dell'ingiustizia - il carattere manifesto della stessa introduce quindi un requisito che con riferimento alla prevaricazione colposa viene richiesto a livello legislativo, mentre in relazione alla sua forma dolosa non è assolutamente ricompreso nella descrizione legale del fatto tipico¹⁴⁰.

Le incongruenze e problematiche sollevate dalle due teorie sinora esposte hanno sollecitato la dottrina ad elaborare una diversa

¹³⁸ Cfr. in tal senso VIADA Y VILASECA S, *Código Penal reformado de 1870*. Tomo II, IV ed., Madrid, 1890, p.539; QUINTANO RIPOLLÉS A., *Curso de Derecho Penal*, Tomo II, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, p. 571; CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal*, cit., p. 538.

¹³⁹ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 310 «*el criterio de la falta de justificación teórica equivale a la exigencia del carácter manifesto o notorio de la injusticia*».

¹⁴⁰ In questo senso si v. le considerazioni di RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 310 ss.

impostazione, capace di conciliare gli aspetti positivi di entrambe le concezioni analizzate, ovviando nel contempo agli estremi cui le stesse conducono nei casi problematici.

La formulazione della teoria in questione (comunemente definita “intermedia”) è stata compiuta nell’ambito dell’ordinamento tedesco da Rudolphi, il quale ha affrontato la problematica a partire da un peculiare punto di vista¹⁴¹.

L’Autore è partito dalla considerazione secondo cui, individuando il bene protetto dalla norma relativa alla *Rechtsbeugung* nella corretta applicazione del diritto, in realtà nulla si dice sulla peculiarità del delitto in questione, poiché la particolarità dell’illecito può essere apprezzata soltanto qualora si tenga in considerazione la specificità della funzione svolta dal giudice.

Quest’ultimo riveste infatti la posizione di garante della corretta attuazione del diritto, vale a dire il dovere di assicurare la realizzazione del diritto nella specifica decisione adottata¹⁴².

Proprio alla luce della formulazione appena esposta, la teoria in esame è stata altresì denominata “teoria della infrazione del dovere” (*Pflichtverletzungstheorie*)¹⁴³.

Il criterio di riferimento, come si può agevolmente desumere dalle considerazioni appena esposte, viene individuato nella necessità che il

¹⁴¹ Cfr. RUDOLPHI H.J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, cit., p. 628 ss.

¹⁴² Cfr. RUDOLPHI H.J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, cit., p. 628.

¹⁴³ Tale denominazione ha talvolta suscitato problemi di confusione con la differente teoria della violazione dei doveri quale bene giuridico nei delitti commessi dai funzionari, pertanto in dottrina c’è chi ritiene sia preferibile la denominazione “teoria dei doveri”. In tal senso ed in relazione alle problematiche accennate si v. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 315, in particolare la nota n. 753.

giudice realizzi lo specifico dovere di salvaguardare e far prevalere il diritto in ogni questione sottoposta al suo esame.

Tale dovere - occorre puntualizzarlo - è connaturato alla posizione del giudice e pertanto non trova la sua fonte nella norma che punisce la *prevaricación* (o la *Rechtsbeugung*), bensì preesiste all'illecito penale, e come tale viene semplicemente utilizzato dal legislatore per la descrizione della fattispecie tipica del reato¹⁴⁴.

Considerando inoltre come il giudice debba realizzare tale dovere attraverso il ricorso alle regole giuridiche dell'ordinamento ed in ossequio alla Costituzione, ne deriva che si riterrà realizzata la fattispecie tipica del reato tutte le volte in cui il giudice adotti una decisione senza applicare i canoni ermeneutici stabiliti dall'ordinamento¹⁴⁵.

La ingiustizia della decisione pertanto non si rinviene unicamente nella convinzione giuridica del soggetto agente, né esclusivamente nel risultato della sua attività (come invece richiedevano, rispettivamente, la teoria soggettiva ed oggettiva): il parametro di riferimento diviene infatti l'utilizzo o meno da parte del giudice dei criteri ermeneutici dell'ordinamento nella decisione del caso sottoposto al suo esame.

Come già accennato, la genesi della teoria in esame si deve all'esigenza di superare una serie di decisive obiezioni che venivano mosse alle due teorie precedentemente illustrate, intento raggiunto laddove si consideri che - con riferimento in primo luogo alla teoria soggettiva - la posizione intermedia consente infatti di confutare il paradossale assunto secondo il

¹⁴⁴ Cfr. RUDOLPHI H.J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, cit., p. 628.

¹⁴⁵ In questo senso si v. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 316.

quale qualsiasi decisione adottata dal giudice seguendo la propria convinzione giuridica deve essere ritenuta lecita, anche qualora essa contrasti con il diritto vigente.

Applicando la teoria intermedia, infatti, si dovrà ritenere lecita solo la convinzione che il giudice abbia ottenuto in maniera conforme all'ordinamento processuale e seguendo una interpretazione del diritto adeguata al caso di specie. Particolarmente apprezzabile in questo contesto è inoltre la circostanza che si introduca un parametro di valutazione oggettivo (il ricorso ai metodi interpretativi dell'ordinamento), che impedisce una qualificazione del reato in termini di una sorta di “*diritto penale di coscienza*”¹⁴⁶.

Affrontando l'analisi del reato da una siffatta prospettiva, inoltre, la norma diviene altresì compatibile con il dettato del codice penale spagnolo laddove esso incrimina la realizzazione colposa del delitto, dal momento che perfettamente ipotizzabile è una applicazione contraria alle regole ermeneutiche stabilite dall'ordinamento dovuta a imprudenza da parte del giudice¹⁴⁷ (laddove invece - come già rilevato - costituisce una contraddizione in termini parlare di “applicazione del diritto contraria alla propria convinzione giuridica” effettuata per colpa, come avrebbe richiesto la teoria soggettiva).

Altresì con riferimento alla teoria oggettiva, ed in particolare al suo più grave inconveniente (consistente nella efficacia euristica pressochè nulla della stessa nei casi di norme non univoche dovuta alla incapacità di fornire un criterio selettivo, con conseguente legittimazione di tutte le

¹⁴⁶ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 317.

¹⁴⁷ Cfr. RUDOLPHI H.J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, cit., p. 632.

interpretazioni possibili, purchè teoricamente difendibili¹⁴⁸) la teoria intermedia si rivela invece risolutiva, poiché nel caso di norme con potenziale pluralità di significati non consente di ritenere lecita qualsiasi interpretazione fornita dal giudice, bensì solo quella che sia stata ottenuta in applicazione dei criteri ermeneutici forniti dall'ordinamento al caso sottoposto al suo giudizio.

Poiché la teoria in esame non si limita alla valutazione del risultato (ossia la decisione adottata dal giudice), bensì consente di sindacare l'attività svolta dallo stesso per giungere a tale decisione, saranno punibili anche le interpretazioni adottate dal giudice che si mantengano nel campo del teoricamente difendibile, ma che siano frutto dell'applicazione di considerazioni estranee al caso di specie¹⁴⁹.

L'ulteriore obiezione mossa alla teoria oggettiva all'interno dell'ordinamento spagnolo (secondo cui la stessa - richiedendo sempre che l'ingiustizia sia "manifesta" - impedirebbe che residui uno spazio applicativo per l'ipotesi di decisione semplicemente "ingiusta", pure prevista a livello codicistico¹⁵⁰) viene agilmente superata dalle determinazioni della teoria intermedia.

Dal momento che tale ultima teoria, come già ampiamente illustrato, nel caso di norme passibili di una pluralità di significati ritiene lecita solo l'interpretazione ottenuta seguendo i metodi di interpretazione giuridica, ne deriva che ben potrebbe rinvenirsi una *prevaricación* laddove l'interpretazione del giudice si mantenesse nel campo del teoricamente difendibile, ma fosse stata adottata sulla base di considerazioni estranee

¹⁴⁸ Per questi aspetti si veda *supra*, p.

¹⁴⁹ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 318.

¹⁵⁰ Per una analisi più approfondita della questione si v. *supra*, pag.

alla questione sottoposta alla sua attenzione: in tal caso si sarebbe difatti in presenza di una decisione qualificabile come “ingiusta”, ma tale ingiustizia non apparirebbe come manifesta, stante la difendibilità teorica della decisione stessa¹⁵¹.

Alla luce dei vantaggi cui conduce l’applicazione della teoria intermedia nei casi in cui le precedenti teorie si rivelano inadeguate, non sorprende la circostanza che nell’ordinamento spagnolo la *Pflichtverletzungstheorie* vanta diversi sostenitori in dottrina¹⁵² oltre ad assistere, negli ultimi tempi, ad una tendenza all’accoglimento della stessa a livello giurisprudenziale¹⁵³.

¹⁵¹ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 318-329. La teoria intermedia consente altresì di fornire soluzioni soddisfacenti ai problemi evidenziati nell’applicazione della teoria oggettiva ai casi di valutazione delle prove da parte del giudice ed esercizio di attività discrezionali. Per una analisi dei vantaggi della applicazione della teoria intermedia in tali casi si rimanda a RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 308 ss. in relazione alla attività di valutazione delle prove, nonché IDEM, p. 320-321 per le valutazioni inerenti la attività discrezionale.

¹⁵² Tra i sostenitori: RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 319 ss.; JAÉN VALLEJO M., *Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales*, in *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, tomo I, Parte General*, Madrid, 1997, p. 173; MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ C., *Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios. A propósito de la STS sobre el caso Barreiro*, in *ADPCP 1991*, p. 384. Favorevoli altresì GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 109 e OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario público*, *cit.*, p. 350-351. Nel senso di una non esportabilità della tesi in questione nell’ordinamento spagnolo si v. invece RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, *cit.*, p. 108.

¹⁵³ Per la analisi degli arresti giurisprudenziali si veda *infra*, p.

VI. L'ELEMENTO SOGGETTIVO NELLA PREVARICAZIONE DOLOSA.

Sull'interpretazione dell'elemento “*a sabiendas*” richiesto dalla fattispecie dolosa di *prevaricación*, due sono le teorie maggiormente rappresentative degli orientamenti della dottrina spagnola¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Nell'ordinamento spagnolo, la circostanza che la norma codificata contenga l'espressione “*a sabiendas*” ha fatto sì che la dottrina si dividesse tra i sostenitori dell'esigenza di un elemento soggettivo ulteriore rispetto al dolo per la realizzazione del reato di *prevaricación* e coloro che invece ritengono sia sufficiente tale ultimo elemento per il perfezionamento dell'illecito. Tra coloro che ritengono la norma richieda uno speciale elemento soggettivo dell'antigiuridicità (sulla categoria degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità e sul mancato rilievo attribuito agli stessi dalla dottrina italiana si v. ROMANO M., *Commentario sistematico del Codice Penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 300 ss.) tale elemento viene individuato negli specifici motivi perseguiti dal giudice¹⁵⁴, sebbene nella dottrina più recente vi sia anche chi sostiene che detto elemento si identifichi con la specifica finalità di procurare un danno od un vantaggio ad una delle parti del procedimento (Tale ultima tesi viene sostenuta da BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal, cit.*, p. 4185, secondo il quale il giudice in concreto «intende con tale condotta favorire o pregiudicare qualcuno». Nel primo senso cfr. invece VIADA, in VIADA Y VILASECA S., *Código Penal, cit.*, p. 533, il quale ritiene che la realizzazione “*a sabiendas*” significhi “con malizia, con volontà riflessiva”; BELLO LANDROVE F., «*Los Elementos de injusticia e injusticia manifesta en el delito de prevaricación*», *cit.*, p. 256, che, sebbene non analizzi specificamente l'espressione “*a sabiendas*” sembra identificarla con “malizia”; BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal, cit.*, p. 4184, il quale afferma che si ha prevaricazione laddove il giudice sia consapevole di violare il diritto e la deviazione sia motivata da circostanze “spurie” quali ad esempio l'amicizia con una delle parti; QUINTERO OLIVARES G., *Comentarios, cit.*, p. 1283). Gli argomenti portati a sostegno della opposta tesi, che richiede il solo accertamento del dolo in capo al giudice, risultano tuttavia convincenti (Tra i sostenitori di questa impostazione: GARCIA ARAN M., *La prevaricación, cit.*, p. 124; RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 377 ss.; RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial, cit.*, p. 158; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., *Lo objetivo y losubjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios (a propósito de la STS sobre el caso Barreiro)*, in *ADPCP* 1991, p. 386). In particolare, una lettura dei motivi che spingono il giudice ad agire alla luce della teoria intermedia sull'accertamento dell'ingiustizia, porta a collocare tali motivi all'interno dell'elemento oggettivo piuttosto che all'interno di quello soggettivo. Laddove si consideri infatti che tale teoria implica un'indagine sulla attività svolta dal giudice al fine di valutare se la decisione adottata dallo stesso sia frutto dell'applicazione di criteri giuridici e laddove la risoluzione consegua a valutazioni estranee alla questione si rinviene una *prevaricación*, è palese come tali motivi contribuiscano a realizzare la fattispecie tipica del reato piuttosto che il suo elemento soggettivo (In tal senso cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 379). Ancora più convincente appare inoltre l'ulteriore argomento volto a disconoscere la necessità di una finalità di danneggiamento o favoritismo nei confronti delle parti processuali in capo al giudice. Si sottolinea infatti come la asserita necessità di un elemento del genere all'interno del precetto presupporrebbe una interpretazione

Il primo orientamento ritiene che tale elemento sia funzionale a limitare l'ambito applicativo della fattispecie ai casi di dolo diretto, escludendo pertanto una commissione a titolo di dolo eventuale¹⁵⁵, mentre il secondo orientamento è quello proprio della dottrina classica ed è stato elaborato sotto la vigenza dei codici anteriori a quello del 1995, in cui la previsione della commissione a titolo colposo era generalizzata e non richiedeva pertanto una previsione legislativa espressa.

L'orientamento da ultimo segnalato ritiene infatti che l'espressione *a sabiendas* sia stata introdotta dal legislatore per escludere la possibilità di commissione del reato a titolo di colpa¹⁵⁶ e, nonostante la vigenza del codice penale del 1995 renda ormai impossibile la punizione generalizzata a titolo colposo, alcuni Autori ritengono ancora oggi che la funzione dell'espressione *a sabiendas* sia quella da ultimo illustrata¹⁵⁷.

Ramos Tapia osserva tuttavia correttamente come, a seguito delle modifiche apportate dal codice penale del 1995, l'orientamento da

sistematicamente incoerente delle norme codicistiche. Una tale specifica finalità non potrebbe infatti essere richiesta per l'applicazione dell'art. 447 (prevaricazione colposa). Tale esclusione comporterebbe l'assurdo di punire un giudice per prevaricazione a titolo di dolo solo laddove egli abbia altresì perseguito una finalità di danneggiamento o favoritismo, lasciandolo impune nei casi di deliberata prevaricazione non assistita da tale specifica finalità. A fronte di ciò si punirebbe invece il giudice che - senza avere consapevolezza del carattere illecito del suo comportamento - prevaricasse per imprudenza, negligenza o imperizia (Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 382).

¹⁵⁵ In tal senso si v. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, *cit.*, p. 131; BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal*, *cit.*, p. 4185; ABELLANET GUILLOT F., *La prevaricación judicial*, *cit.*, p. 401; FERNÁNDEZ ESPINAR G., *La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*, in *La Ley 1993*, p. 864.

¹⁵⁶ Sostenevano tale posizione, con riferimento ai codici penali anteriori al 1995 OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E./HUERTA TOCILDO S., *Derecho Penal. PG, II ed.*, Madrid, 1986.

¹⁵⁷ Il riferimento è a BOIX REIG/ JUANATEY DORADO, in VIVES ANTÓN, (a cura di), *Comentarios al Código Penal de 1995*, tomo I e II, Valencia, 1996 nonché, rispetto alla prevaricazione amministrativa, a JUANES PECES Á., *Delitos de los Funcionarios Públicos*, in *La Ley*, n. 4629, 1998, p. 2.

ultimo citato non sia più accoglibile e, rifiutando altresì l'impostazione che limita la punizione ai casi dolo diretto, ritiene che il significato da attribuire all'espressione "*a sabiendas*" vada interpretato in connessione sistematica con le altre norme che il legislatore ha dettato sulla *prevaricación*.

In particolare l'Autrice si sofferma sulla circostanza che il fatto di prevedere la punizione della prevaricazione a titolo di colpa (art. 447) sarebbe dal punto di vista politico criminale contraddittoria con l'esclusione, nella fattispecie dolosa di cui all'art. 446, della rilevanza del dolo eventuale, pertanto in tale ottica sarebbe maggiormente in linea con le previsioni codicistiche ritenere che l'espressione in commento non faccia che alludere espressamente all'importanza che assume nella fattispecie la conoscenza degli elementi tipici da parte dell'agente, in particolare dell'ingiustizia della decisione¹⁵⁸.

Nonostante la condivisibilità delle riflessioni da ultimo riportate, la dottrina spagnola maggioritaria è nel senso di escludere la punibilità della *prevaricación* a titolo di dolo eventuale e a tal fine ricorre ad una serie di argomenti, riconducibili fondamentalmente a tre differenti impostazioni.

La prima di tali impostazioni è quella adottata da coloro che aderiscono alla teoria oggettiva nella determinazione della ingiustizia, i quali ritengono che la punibilità a titolo di dolo eventuale debba essere esclusa in base a considerazioni politico criminali afferenti ai casi problematici in cui una norma giuridica sia passibile di una pluralità di interpretazioni.

¹⁵⁸ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 390 ss..

Si sostiene difatti che in tali casi «*nella conoscenza di un elemento tipico come questo (l'ingiustizia, n.d.r.) la certezza non è possibile*¹⁵⁹», data la difficoltà di individuare una soluzione corretta dal punto di vista oggettivo, pertanto, a fronte di ciò e sulla base dell'ulteriore considerazione secondo cui il giudice non può sottrarsi all'obbligo di decidere, si ritiene che vi sia «*la necessità di conferire al giudice dei margini di dubbio più ampi per non coartare né limitare la sua attività interpretativa*¹⁶⁰», circostanza che rende ineluttabile la esclusione della punibilità a titolo di dolo eventuale.

Un ulteriore argomento adottato in dottrina non mira propriamente ad escludere la punibilità a titolo di dolo eventuale, bensì poggia su una peculiare concezione di tale forma di dolo, che richiede quale requisito ineluttabile un elemento volitivo all'interno dello stesso¹⁶¹.

Da ultimo alcuni Autori ritengono che la commissione del reato a titolo di dolo eventuale rientri nella norma che punisce la prevaricazione colposa¹⁶², ma a confutare tale impostazione basti riportare le considerazioni di Ramos Tapia, la quale si oppone ad una costruzione del dolo eventuale che lo faccia coincidere con la colpa solo in

¹⁵⁹ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación, cit.*, p. 126 «*en el conocimiento de un elemento típico como éste la certeza absoluta no es posible y debe moverse en los límites de lo umanamente razonable*»

¹⁶⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ESPINAR G., *La prevaricación judicial, cit.*, p. 864 «*la necesidad de conferir al juzgador unos márgenes de duda superiores para no coartar ni limitar su labora interpretativa*»

¹⁶¹ Tale argomento ha trovato compiuta elaborazione all'interno della dottrina tedesca. E' stato infatti ritenuto che l'utilizzazione di un criterio che richieda l'elemento volitivo per la realizzazione della prevaricazione sia l'unico modo di rendere compatibile la incriminazione del giudice per prevaricazione con la indipendenza di cui lo stesso gode, a fronte della la incertezza del diritto. Si v. in tal senso HUPE A., *Der Rechtsbeugungsvorsatz: eine Untersuchung zum subjektiven Tatbestand der § 336 StGB unter besonderer Berücksichtigung des richterlichen Haftungsprivilegs*, Berlin, 1995, p. 77 ss..

¹⁶² Per una esposizione delle varie impostazioni si rimanda a RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 398 ss., ed Autori *ivi* citati.

riferimento al peculiare delitto di *prevaricación* come conseguenza della speciale struttura di tale reato. Ciò implicherebbe infatti ammettere che la configurazione del dolo e della colpa possano variare in dipendenza della fattispecie tipica di ciascun singolo reato, laddove invece, correttamente «*se si ritiene che il dolo eventuale è una forma di dolo non si può sostenere allo stesso tempo che , in alcuni casi, è in realtà una modalità di colpa o che può equipararsi all'imprudenza temeraria*»¹⁶³.

VII. LA PREVARICAZIONE COLPOSA.

La previsione della prevaricazione colposa è apparsa per la prima volta nel codice del 1870¹⁶⁴, che ha introdotto la punizione del giudice il quale «*per negligenza inescusabile o ignoranza inescusabile emette, in un procedimento civile o penale, una sentenza manifestamente ingiusta*¹⁶⁵», eliminando il requisito della ingiustizia “manifesta” nell’ambito della prevaricazione dolosa..

Il legislatore del 1995 ha abrogato il delitto di prevaricazione amministrativa colposa, mantenendo invece la previsione a titolo di

¹⁶³Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 400 «*si se defiende que el dolo eventual es una clase de dolo no puede sostenerse al mismo tiempo que, en ciertos casos, es en realidad una modalidad de culpa o que puede equipararse a la imprudencia temeraria*».

¹⁶⁴ Già il codice del 1822 sanzionava una condotta simile, senza tuttavia utilizzare la denominazione di prevaricazione. Il codice del 1848 prevedeva invece la sola prevaricazione dolosa “a sabiendas”, richiedendo altresì che la sentenza emessa fosse “manifestamente ingiusta”.

¹⁶⁵ Art. 336 CP 1870, «*por negligencia inexcusable o ignorancia inexcusable, dictare en causa civil o criminal sentencia manifestamente injusta*».

colpa per il diverso reato di *prevaricación judicial*, pur a seguito della modifica di alcuni elementi.

Il requisito della negligenza inescusabile è stato infatti sostituito dalla formula “*imprudenza grave*” e l’ambito di realizzazione del delitto è stato esteso, oltre alle sentenze, anche alle altre risoluzioni emesse dal giudice.

Il reato, nella formulazione attuale, presenta pertanto due requisiti: la manifesta ingiustizia del provvedimento e, alternativamente, l’adozione dello stesso per imprudenza grave o negligenza inescusabile.

Quanto all’analisi del primo requisito, non è stato chiarito a livello dottrinale né giurisprudenziale quando un provvedimento debba essere qualificato come manifestamente ingiusto, ma a tal proposito possono tuttavia accogliersi le conclusioni della dottrina che ritiene con tale requisito si indichino le risoluzioni ingiuste la cui contrarietà con l’ordinamento giuridico sia “patente “o” notoria”¹⁶⁶.

Il criterio soggettivo di riferimento in base al quale apprezzare la notorietà dell’ingiustizia è stato inoltre individuato in dottrina in un soggetto che abbia lo stesso livello di conoscenza giuridica del giudice, dal momento che l’incriminazione della *prevaricación* a titolo colposo si fonda proprio sulla esigibilità di una speciale cautela e conoscenza giuridica nell’esercizio della attività giurisdizionale da parte dei soggetti ad essa preposti¹⁶⁷.

In relazione al differente requisito della inescusabilità, in dottrina è diffusa la convinzione che tale elemento debba essere riferito alla

¹⁶⁶ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario publico*, cit., p. 1522.

¹⁶⁷ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 137.

capacità individuale del giudice e di conseguenza la valutazione concerne la rimproverabilità del comportamento tenuto dal giudice nel caso specifico, tenendo conto delle sue capacità personali¹⁶⁸.

Posto che la concreta portata dell'ulteriore requisito del reato - che si concretizza nella gravità dell'ingiustizia - non è stata specificata né a livello dottrinale né tantomeno dalla giurisprudenza, un criterio ragionevole per la determinazione di tale elemento è quello adottato in generale con riferimento ai reati colposi.

Il criterio in questione parte dalla considerazione della peculiare struttura dei delitti colposi (i quali si caratterizzano – come noto - per la prevedibilità ed evitabilità dell'evento) ritenendo che occorra far riferimento, per determinare la gravità dell'ingiustizia, alla facilità con cui l'evento sarebbe stato evitabile, vale a dire se per evitarlo sarebbe bastato un minimo sforzo o meno¹⁶⁹.

In applicazione di tale criterio la dottrina spagnola ha quindi proposto una determinazione della gravità della colpa che faccia riferimento al grado di disinteresse rivelato dall'autore rispetto al bene protetto (nel caso della *prevaricación*, di conseguenza, l'analisi verterà necessariamente sul disinteresse rivelato dal giudice nei confronti della corretta amministrazione della giustizia)¹⁷⁰.

Notevoli ripercussioni sul dibattito relativo alla norma che sanziona a titolo di colpa la *prevaricación judicial* ha avuto inoltre la circostanza

¹⁶⁸ Cfr. CÓRDOBA RODA J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963, p. 91.

¹⁶⁹ Cfr. in tal senso JAKOBS G., *Derecho Penal, Parte General, cit.*, p. 393.

¹⁷⁰ Cfr. . RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 430.

che la fattispecie che puniva la prevaricazione amministrativa a titolo colposo sia stata abrogata dal legislatore del 1995.

La dottrina si è difatti interrogata sulla opportunità di mantenere, nel codice attuale, la previsione della prevaricazione a titolo colposo, assumendo al riguardo posizioni anche molto distanti tra loro¹⁷¹.

VIII. APPLICAZIONI GIURISPRUDENZIALI DELLA FATTISPECIE.

Dopo aver esaminato le posizioni dottrinali relative al delitto di *prevaricación* e aver affrontato le principali questioni che si pongono a livello teorico, si impone una attenta analisi delle principali applicazioni giurisprudenziali della norma, al fine di valutare quale sia il ruolo del delitto nel cosiddetto “diritto vivente” e quali le indicazioni che la prassi giurisprudenziale fornisce sulla interpretazione degli elementi della fattispecie¹⁷².

Premessa necessaria è la considerazione che il numero di pronunce definitive emesse in applicazione del delitto di *prevaricación judicial* appare estremamente esiguo, poiché dal 1883 al 1996 sono rinvenibili solamente 35 sentenze a proposito¹⁷³, mentre sorprendente a fronte di tale risultanza è l'ulteriore dato per cui, nei successivi anni tra il 1996 ed

¹⁷¹ Sul punto si tornerà tuttavia più diffusamente *infra*, nel capitolo dedicato alla analisi della applicazioni giurisprudenziali del reato, cfr. p.

¹⁷² A siffatta disamina si procederà seguendo un ordine cronologico, poiché esso appare il più consona ad una trattazione di questo genere, permettendo di dar conto delle evoluzioni nella interpretazione della fattispecie che si sono susseguite all'interno del *Tribunal Supremo* (equivalente spagnolo della Corte di Cassazione in Italia).

¹⁷³ I dati fanno riferimento all'indagine compiuta da RAMOS TAPIA M.I. ed i cui risultati sono riportati nella appendice alla monografia della stessa Autrice *El delito de prevaricación judicial*, cit. p, 544.

il 2001, i Tribunali si sono occupati in ben 9 casi del delitto in questione¹⁷⁴.

A fronte della esiguità di pronunce, l'analisi riguarderà in particolare quattro casi affrontati dal *Tribunal Supremo* (in seguito, per brevità, anche *TS*), che appaiono particolarmente significativi in quanto nell'ambito degli stessi la Corte ha avuto occasione di soffermarsi sulla analisi dei requisiti della norma, giungendo a conclusioni anche difformi in dipendenza della teoria adottata per la valutazione del fondamentale elemento relativo all'ingiustizia della decisione.

Una forte risonanza mediatica, oltre che giuridica, è stata attribuita al primo dei casi considerati, riguardante l'imputazione a titolo di prevaricazione dei magistrati Varon Cobos e Rodriguez Hermida, deciso con sentenza del *Tribunal Supremo* in data 3 maggio 1986¹⁷⁵.

La vicenda sottesa al caso in questione è semplice, poiché si trattava di valutare la liceità di una ordinanza con cui il giudice Varon Cobos aveva disposto la libertà su cauzione con contestuale obbligo di presentazione alla Autorità giudiziaria nei confronti di Antonio Bardellino (cittadino italiano detenuto in Spagna su istanza della Autorità italiane, nei cui confronti l'Italia aveva presentato domanda di estradizione per il delitto di associazione mafiosa), liberazione a seguito della quale Bardellino si era dato alla fuga.

La vicenda presenta alcuni profili problematici laddove risultò provato che la compagna di Bardellino, Josefa S.P, si rivolse a D. J. Rodriguez

¹⁷⁴ Le decisioni cui si fa riferimento sono riportate da RAMÓN FERRER BARQUERO tra l'elenco della giurisprudenza consultata, nella monografia dello stesso Autore *El delito de prevaricación judicial*, cit.p. 233.

¹⁷⁵ Cfr. STS 3 mayo 1986 (Ar. 4666)

Hermida (Magistrato della Sala terza del *TS* a cui era legata da rapporti di amicizia), affinché facesse giungere al giudice incaricato della questione il suo desiderio che, laddove ne ricorressero i presupposti, il suo compagno fosse liberato.

Il giudice Rodriguez Hermida inoltrò tale richiesta al giudice competente (Varon Cobos, in sostituzione del titolare in licenza) il quale indicò la forma con cui doveva essere formulata l'istanza di scarcerazione da presentare a cura di Josefa S.P. A fronte della presentazione di siffatta istanza, come già anticipato, Varon Cobos rilasciò Bardellino il quale si diede alla fuga.

Alla luce di tali risultanze di fatto, il *Tribunal Supremo* nel caso di specie non ritenne tuttavia integrato il delitto di *prevaricación judicial* ed i due giudici imputati (Varon a titolo di autore principale e Rodriguez Hermida per concorso morale quale determinatore) vennero assolti.

Le argomentazioni poste a fondamento della assoluzione si basano sull'adozione, da parte della maggioranza della Corte (due dei cinque magistrati che si occuparono del caso dissentirono, formulando i cosiddetti "voti particolari") della teoria oggettiva per la valutazione dell'ingiustizia dell'ordinanza emessa dal giudice Varon.

In particolare, il *TS* ha ritenuto non realizzato l'elemento oggettivo della prevaricazione, in quanto l'ordinanza a suo parere risultava adottata in conformità alla legge (in particolare all'art. 539 *LeCrim*, il quale permette la riforma di ufficio o ad istanza di parte, durante tutto il procedimento, delle ordinanze di carcerazione o libertà provvisoria previste dagli artt. 503 e 504 della stessa legge).

Inoltre il giudice Varon si era avvalso – a giudizio della Corte- della facoltà accordatagli dalla legge e dalle convenzioni di estradizione stipulate con l'Italia, a mente delle quali si può concedere la libertà provvisoria, purchè si adottino misure atte ad evitare il pericolo di fuga (nel caso di specie l'obbligo di presentazione alla Autorità giudiziaria venne infatti ritenuto sufficiente ad evitare tale pericolo, a prescindere dal fatto che nella pratica esso si fosse rivelato inidoneo, data la fuga intervenuta).

I giudici dissenzienti sottolinearono invece nel voto particolare come, alla luce dei fatti provati, dovesse ritenersi che Varon avesse emesso l'ordinanza per ottemperare alla richiesta della compagna di Bardellino, la quale aveva altresì offerto a fronte dell'emissione dell'ordinanza una cospicua somma di denaro¹⁷⁶.

Data la peculiarità del caso affrontato ed i consistenti indizi di colpevolezza a carico del giudice Varon, la dottrina spagnola ha accolto criticamente il verdetto assolutorio.

Tra le obiezioni di maggior rilievo si annovera quella volta a contestare la valutazione che emergerebbe dalla sentenza, secondo cui *«concessa una facoltà al giudice, utilizzandola agisce adeguatamente, in ogni caso, a prescindere dalla finalità e l'intento dell'istituto giuridico (in questo caso, la detenzione provvisoria quale misura cautelare) per la cui applicazione è stata attribuita al giudice la facoltà di decisione¹⁷⁷»*.

In tal senso si ritiene che il ragionamento adottato dai giudici del TS nel

¹⁷⁶ Lo stralcio del testo del voto particolare è riportato in RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 352.

¹⁷⁷ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 115 *«concedila una facultad al juez, al utilizarla actúa adecuadamente, en todo caso, haciendo abstracción de la finalidad y sentido de la institución jurídica (en este caso, la prisión provisional como medida cautelar) para cuya aplicación se otorga la facultad de decisión al juez»*.

caso Varon attribuirebbe al giudice una «*facoltà di decisione sprovvista di finalità*¹⁷⁸», e che occorrerebbe invece indagare su quale fosse la finalità a cui l'istituto della misura cautelare tendeva nel caso di specie, verificando se il giudice abbia agito conformemente a tale finalità¹⁷⁹.

Alle considerazioni appena esposte altra dottrina tuttavia obietta come non sia possibile valutare, alla stregua di criteri oggettivi, se l'atto del giudice si sia conformato alle finalità suddette, senza vulnerare l'indipendenza di tale soggetto¹⁸⁰.

Ciò che i giudici del *TS* avrebbero dovuto considerare - secondo l'impostazione dottrinale da ultimo richiamata - erano le ulteriori motivazioni che avevano guidato l'agire del giudice Varon, al fine di valutare se l'ordinanza fosse frutto della convinzione giuridica debitamente ottenuta dal giudice, oppure fosse il risultato di interessi estranei a quelli della giustizia¹⁸¹. Alla stregua di tale impostazione e tenendo conto delle peculiarità del caso, se tali motivazioni fossero state tenute in considerazione (adottando quindi per la valutazione dell'ingiustizia non una teoria oggettiva, ma la differente teoria della violazione dei doveri), l'ordinanza avrebbe infatti dovuto essere qualificata come ingiusta ai sensi dell'*art. 446 CP*¹⁸².

Una conclusione completamente opposta a quella raggiunta nel caso Varon è stata adottata dallo stesso *Tribunal Supremo* dieci anni più tardi,

¹⁷⁸ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 115 «*facultad de decisión desprovista de finalidad*».

¹⁷⁹ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación*, cit., p. 115 e 119.

¹⁸⁰ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 351.

¹⁸¹ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 352.

¹⁸² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 352-353. Nel senso di un differente risultato in applicazione della teoria intermedia si v. anche RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 123-124.

occupandosi di un ulteriore procedimento per *prevaricación*, anche questa volta relativo alla illegittima applicazione di misure cautelari da parte del giudice.

Il procedimento in questione, in cui la Corte ha ritenuto integrato l'elemento oggettivo della *prevaricación*, è quello a conclusione del quale è stata emessa, in data 4 luglio 1996, sentenza di condanna nei confronti del giudice Estevill¹⁸³.

Tale giudice ammise con ordinanza una querela per truffa nell'ambito della quale si richiedeva l'audizione di alcuni soggetti quali testimoni. Nell'ordinanza il magistrato dispose altresì l'audizione dei soggetti indicati, ma non in qualità di testimoni, bensì di imputati, in quanto riteneva tali soggetti potessero essere coinvolti nei fatti (sebbene tale circostanza non emergesse in alcun modo dai documenti presentati).

In seguito emise altresì ordinanze di detenzione nei confronti di tali soggetti, ritenendo palese che potessero essere gli autori dei fatti esposti nella querela (sebbene anche in questa occasione non vi fossero elementi di fatto per ritenerlo). Da ultimo, e senza che vi fossero stati dei cambiamenti di circostanze, convertì la prigione in libertà su cauzione.

Il *Tribunal Supremo* adottò anche in questa circostanza la teoria oggettiva per la valutazione dell'ingiustizia delle ordinanze emesse dal giudice Estevill, tuttavia in questo caso ritenne che vi fosse una palese violazione di legge, ravvisando la violazione degli articoli 492 e 503 *LeCrim* (che disciplinano le misure cautelari), poiché le stesse erano state adottate senza il supporto di alcun elemento probatorio, laddove le norme richiedono invece che vi siano «*motivi razionalmente sufficienti*

¹⁸³ Cfr. STS 4 julio 1996 (*Ar. 1997/5426*).

*per ritenere che sia stato commesso un delitto e che una persona vi abbia partecipato*¹⁸⁴» oppure che «appaiano nel corso del procedimento motivi sufficienti per ritenere penalmente responsabile del delitto la persona contro la quale si intenda emettere l'ordinanza di carcerazione»¹⁸⁵.

Quantunque la violazione di legge commessa dall'imputato nel caso in esame appaia talmente grave e manifesta da realizzare il requisito della ingiustizia della decisione anche secondo la teoria oggettiva, in dottrina è stato rilevato come la stessa conclusione sarebbe stata raggiunta applicando la differente teoria della violazione dei doveri, poiché - anche alla luce di tale teoria - è palese come nel caso di specie il giudice abbia violato il proprio dovere di applicare le norme secondo criteri di razionalità giuridica¹⁸⁶.

La dottrina si è altresì interrogata sulla già accennata circostanza per cui, a fronte di una condotta sostanzialmente omogenea (scorretta applicazione delle norme processuali), nel procedimento in esame il *Tribunal Supremo* sia giunto ad una soluzione diametralmente opposta rispetto al caso del giudice Varon Cobos.

Il maggior rigore utilizzato nei confronti del giudice Estevill è stato valutato alla luce della considerazione per cui la condotta di tale soggetto ha determinato l'ingresso in prigione di vari innocenti, circostanza che senza dubbio appare connotata da una maggiore gravità rispetto alla conseguenza dell'ordinanza emessa dal giudice Varon, ossia

¹⁸⁴ Art. 492, c. IV *LeCrim* «*motivos raziionalmente bastantes para creer en la existencia de un delito y en la pertecipación en el mismo de una persona*».

¹⁸⁵ Art. 503, c. III *LeCrim* «*aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión*».

¹⁸⁶ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 347.

la fuga di un colpevole. Difatti, benché anche nell'ultimo caso si leda l'amministrazione della giustizia, tale pregiudizio può essere riparato con una successiva detenzione, mentre nel caso in cui sia un innocente a scontare un ingiusto periodo di detenzione i danni arrecati alla sfera psicologica e sociale dello stesso appaiono invece irreparabili¹⁸⁷.

La sentenza relativa al caso Estevill acquista inoltre rilevanza altresì in relazione all'elemento soggettivo della *prevaricación*.

Pur senza espressamente prendere posizione sulla questione, un inciso della pronuncia appare difatti inequivocabilmente atto ad escludere la presenza di elementi di illiceità speciale all'interno del delitto di *prevaricación*, stabilendo che il giudice Estevill «*cualesquiera fueran los motivos, tenne un comportamiento arbitrario, absolutamente ingiustificado*¹⁸⁸».

In tal modo la Corte ha quindi sottolineato come i motivi che spingono l'agente non abbiano alcuna rilevanza ai fini dell'accertamento dell'elemento soggettivo del reato di *prevaricación*¹⁸⁹, così fugando qualsiasi dubbio sulla loro effettiva rilevanza per la realizzazione dell'illecito.

Quantunque le due sentenze sinora analizzate acquistino una indiscutibile rilevanza ai fini della determinazione dell'approccio giurisprudenziale ai requisiti della fattispecie, la sentenza in assoluto più importante nel panorama spagnolo relativo al delitto di *prevaricación*

¹⁸⁷ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 125.

¹⁸⁸ Cfr. TST 4 julio 1996 (Ar. 1997/5426), foglio 3 «*cualesquiera que fueran los motivos hubo un comportamiento arbitrario, absolutamente injustificado*»

¹⁸⁹ In tal senso cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 604..

rimane la pronuncia del *Tribunal Supremo* relativa al famoso caso del giudice Gómez de Liaño¹⁹⁰.

Nella sentenza in questione difatti il Tribunale ha per la prima volta nella storia della sua giurisprudenza compiuto una attenta analisi degli elementi del reato, prendendo posizione in modo netto sulle teorie dottrinali utilizzate per l'interpretazione dello stesso.

Tale circostanza ha fatto sì che la pronuncia abbia avuto una forte risonanza, tanto che numerosissimi sono i commenti al caso, tra i quali si annoverano anche una serie di articoli di attualità, stante la valenza altresì politica della vicenda¹⁹¹.

Il *Tribunal Supremo* nel caso in questione ha dovuto valutare la ingiustizia di tre ordinanze emesse dal giudice D Francisco Javier Gómez de Liaño y Rotella nell'ambito di un procedimento di cui lo stesso si era occupato, a carico di due società di telecomunicazione.

Le tre ordinanze emesse dall'imputato in data 15 maggio 1997, 28 febbraio 1997 e 26 giugno 1997 concernevano, rispettivamente: la imposizione del segreto sugli atti processuali dopo che lo stesso era stato sollevato con precedente ordinanza, il divieto di espatrio per alcuni imputati e la concessione della libertà su cauzione ad uno degli imputati.

¹⁹⁰ Il testo integrale della sentenza, oltre che in *El Der. 1999/25736* è riportato nella appendice alla monografia di RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación*, cit., p. 545 ss.. Per la citazione dei passi della sentenza si farà riferimento a questo ultimo *loco* di pubblicazione.

¹⁹¹ Tra i vari commenti penalistici: GIBERNAT ORDEIG E., *Un tobogán suicida*, in *El Mundo*, 17 ottobre 1999; IDEM, *De nuevo sobre la sentencia del caso Gómez de Liaño*, in *El Mundo*, 1 novembre 1999; MUÑOZ CONDE F., *El tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial*, in *El País*, 4 novembre 1999; ZUGALDÍA ESPINAR J.M., *El tobogán de la ciencia penal y el caso Liaño*, in *El País*, 27 ottobre 1999.

In particolare, i fatti provati stabilirono circostanze particolari rispetto a ciascuna delle ordinanze *supra* citate, che occorrerà per chiarezza menzionare separatamente.

Quanto alla prima ordinanza (che ristabiliva il segreto sugli atti processuali), essa fu emessa dopo che la *Audiencia Nacional* si era pronunciata in senso contrario alla apposizione di detto segreto, stimando lo stesso «*non imprescindible, non necesario, non adecuado ni proporcionado*¹⁹²». Il giudice in un primo momento si conformò ai dettami della *Audiencia Nacional*, ma poi, a seguito di sollecitazione in tal senso da parte della *Brigata de Delincuencia Económica y Financiera* (che si occupava delle indagini) lo ristabilì con la citata ordinanza.

Le osservazioni relative alla seconda ordinanza considerata in sentenza (*Auto* del 28 febbraio 1999, che imponeva il divieto di uscire dal territorio nazionale ad alcuni imputati) concernono invece il mancato fondamento legale della stessa. Difatti, la stessa non esponeva le ragioni che avevano imposto la sua adozione, poiché al punto 4 il giudice non faceva che «*esprimere la decisione, senza esporre le ragioni o i precetti legali che la giustificano*¹⁹³».

Con la terza ordinanza, emessa in data 26 giugno 1999, il giudice concesse, come già accennato, la libertà su cauzione ad uno degli imputati. Nella motivazione del provvedimento tuttavia si legge che «*non si rinvergono ragioni di stretta necessità per l'applicazione della*

¹⁹² Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto I.A.9, *loco cit.*, p. 558 «*no es imprescindible, ni necesario, ni adecuado ni proporcionado*».

¹⁹³ Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto II.A.1, *loco cit.*, p. 562 «*expresar la decisión, sin exponer las razones o los preceptos legales que la justifican*».

*detenzione provvisoria incondizionata [...] neppure può affermarsi che l'imputato abbia l'intenzione di sfuggire al procedimento e alle sue eventuali responsabilità mediante una fuga*¹⁹⁴».

A fronte di tali risultanze di fatto, non sorprende la circostanza che il *Tribunal Supremo* non abbia deciso all'unanimità.

L'originario relatore si è infatti dimesso in quanto dissenziente con la decisione adottata dalla maggioranza ed ha formulato un *voto particular*, che appare estremamente interessante poiché adotta una concezione dell'ingiustizia dell'illecito diametralmente opposta a quella ritenuta valida dal resto del Collegio, giungendo pertanto ad un esito anch'esso speculare rispetto a quello cui giunge la decisione.

Occorre inoltre aggiungere come la posizione sostenuta dal magistrato dissenziente sia in realtà la stessa del *Ministerio Fiscal*.

Nel caso in questione difatti, una ulteriore singolarità è rinvenibile nella circostanza che la stessa accusa pubblica abbia ritenuto non sussistente il reato ed abbia pertanto chiesto l'assoluzione dell'imputato.

A fronte di tali conclusioni, i giudici del *Tribunal Supremo* hanno invece rinvenuto i presupposti oggettivi e soggettivi del reato, condannando l'imputato a 18 mesi di multa (nella misura di 1000 *pesetas* al giorno), alla cessazione dall'incarico e alla sospensione dai pubblici uffici per il periodo di cinque anni.

Le determinazioni contenute nella sentenza e la tesi adottata dal magistrato dissenziente e dal *Ministerio Fiscal* verranno analizzate

¹⁹⁴ Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto III.A.6 , *loco cit.*, p. 566 «no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de prisión provisional incondicional [...] tampoco puede decirse que el imputado tenga absolutamente decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida».

compiutamente, poiché le stesse sono sintomatiche di come l'adozione di una teoria piuttosto che un'altra nella individuazione dell'ingiustizia del provvedimento giurisdizionale conduca a conclusioni diametralmente opposte in relazione alla punibilità del soggetto.

Dopo l'esposizione dei fatti e prima di procedere all'esame del caso concreto sottoposto alla sua attenzione, il *Tribunal Supremo* ha – come anticipato - fissato una serie di principi generali in relazione al reato di *prevaricación judicial*, che costituiscono le riflessioni più attente che il Tribunale abbia mai formulato in relazione al delitto in questione.

In primo luogo la Corte osserva come il delitto di *prevaricación* richieda nella forma colposa che l'ingiustizia sia “*manifesta*”, mentre nella forma dolosa sia necessario l'elemento “*a sabiendas*”.

In considerazione di ciò, pertanto, la Corte riconosce che «*si tratta di una fattispecie le cui alternative dolosa e colposa richiedono un elemento soggettivo qualificato*¹⁹⁵», elemento che tuttavia - continua la Corte - non significa che il delitto «*dipenda esclusivamente dalla attitudine interna dell'autore*¹⁹⁶».

Con tali preliminari osservazioni il *TS* prende immediatamente posizione in senso critico nei confronti delle posizioni dottrinali che - confondendo i due piani dell'illecito - richiedono una soggettivizzazione dell'elemento oggettivo nell'interpretazione della *prevaricación*¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto B.2, *loco cit.*, p. 554 «*se trata, por lo tanto, de un tipo cuyas alternativas dolosa y colposa requieren un elemento subjetivo cualificado*».

¹⁹⁶ Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto B.2, *loco cit.*, p. 554 «*dependa exclusivamente de la actitud interna del autor*»

¹⁹⁷ Per una disamina sulla confusione tra il piano soggettivo ed oggettivo del reato di *prevaricación* si v., nella dottrina spagnola, MARTÍNEZ PÉREZ C., *Lo objetivo y subjetivo en el delito de prevaricación judicial (a propósito de la sentencia del TS sobre el caso Barreiro)*, in *ADPCP 1991*, p. 363 ss.

A tal fine, la Corte prosegue affermando che «*il delitto di prevaricación richiede, come tutti i delitti la prova di un elemento oggettivo (la azione di emettere risoluzione ingiusta) e di un elemento soggettivo (aver realizzato l'azione con consapevolezza dell'ingiustizia o avendo tenuto in considerazione una sentenza o risoluzione manifestamente ingiusta)*¹⁹⁸».

Dopo la necessaria precisazione, l'attenzione della Corte si incentra su uno dei nodi più problematici del delitto, ossia la definizione dei criteri in base ai quali stabilire l'elemento oggettivo della ingiustizia della risoluzione adottata dal giudice.

L'esposizione di criteri in parola viene strettamente ancorata dai giudicanti alla determinazione del bene giuridico protetto dal reato poiché, data l'imprescindibile influenza che il bene tutelato riveste nella determinazione dei limiti della condotta punibile, la puntualizzazione di tale elemento appare necessariamente preliminare rispetto all'indagine sulla "ingiustizia" della risoluzione.

In relazione al bene giuridico protetto dal reato, nella sentenza si legge che «*il delitto di prevaricación non consiste nella lesione dei beni giuridici individuali delle parti del processo, bensì nel fatto che l'autore abbia trascurato la validità del diritto o del suo imperio e, pertanto, nella vulnerazione dello Stato di diritto, dato che si infrange la funzione giudiziaria di decidere applicando unicamente il diritto, secondo quanto previsto dall'art. 117, I c. Cost. [...] La prevaricación, pertanto,*

¹⁹⁸ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.2, loco cit., p. 554 «*el delito de prevaricación exige como todos los delitos la comprobación de un tipo objetivo (la acción de dictar resolución injusta) y de un tipo subjetivo (haber realizado la acción a sabiendas de la injusticia o habiendo tenido a la vista una sentencia o resolución manifestamente injusta)*».

*consiste nell'abuso della posizione che il diritto attribuisce al giudice o funzionario, con evidente violazione dei suoi doveri costituzionali*¹⁹⁹».

A fronte di una tale ricostruzione dell'illecito, la Corte fornisce criteri interpretativi della sua precedente giurisprudenza, la quale aveva utilizzato una serie di aggettivi attraverso cui definire la antigiuridicità ai fini di ritenere realizzato il reato. Gli aggettivi utilizzati in relazione alla ingiustizia («*flagrante y clamorosa*», «*clara y manifestamente contraria a la ley*», «*esperpéntica*») sono infatti funzionali - come sottolinea la Corte - ad individuare un concetto sostanziale, ossia la circostanza che «*la applicazione del diritto non risulti secondo alcun modo o metodo accettabile come interpretazione del diritto*²⁰⁰».

Difatti, chiariscono ulteriormente i giudici del TS, «*una sentenza o risoluzione ingiusta non solo deve essere antigiuridica, bensì deve ulteriormente essere dimostrativa di tale allontanamento dalla funzione che riveste l'autore nello stato di diritto ai sensi degli artt. 117, c. I e 103, c. I CE*»²⁰¹.

In tal modo la Corte individua un criterio rigorosamente obiettivo per l'accertamento della ingiustizia della risoluzione del giudice, rigettando esplicitamente le concezioni soggettive laddove ritiene che «*la ingiustizia obiettiva della risoluzione non può essere eliminata*

¹⁹⁹ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 554 «*el delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, ne la forma prevista en el art. 117.1 CE*».

²⁰⁰ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 554 «*la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho*».

²⁰¹ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 554 «*una sentencia o resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino que debe ser además demostrativa de tal apartamiento de la función que corresponde al autor en el Estrado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 CE*».

ricorrendo alla soggettività dell'autore, dato che il giudice deve applicare il diritto e non operare secondo la sua propria idea di giustizia»²⁰² poiché, prosegue la decisione, una tale impostazione «è prodotto di una concezione del diritto estremamente relativista che questa Sala non può condividere, posto che in realtà conduce alla giustificazione di qualsiasi decisione giudiziaria»²⁰³.

Prendendo in considerazione la principale obiezione posta dai sostenitori della teoria soggettiva (ossia la circostanza che – in considerazione della qualificazione del diritto quale scienza non esatta - sarebbe impossibile determinare nel caso concreto quale avrebbe dovuto essere la soluzione giuridica oggettivamente corretta), la sentenza affronta la questione ricorrendo a criteri che possono esser inquadrati nell'alveo della teoria intermedia per l'accertamento dell'illecito²⁰⁴.

La Corte stabilisce infatti a tal proposito che *«Il giudice, pertanto, può dedurre dalla legge le sole conseguenze che un mezzo o metodo giuridico di interpretazione gli permetta di ottenere. Può ricorrere a sua discrezione al metodo grammaticale, teleologico, storico, soggettivo, sistematico, etc. ma la sua decisione deve provenire dalla rigorosa applicazione dei criteri razionali che ciascuno di questi canoni interpretativi stabilisce. Ciò che il giudice non può (fare, n.d.r.) è erigere la sua volontà o la sua convinzione a legge. Tal compito spetta solo al Parlamento. Pertanto non è certo che non si possa sapere quale*

²⁰² Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 555 *«la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia».*

²⁰³ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 555 *«es producto de una concepción del derecho extremadamente relativista que esta Sala no puede compartir, puesto que en realidad conduce a la justificación de cualquier decisión judicial».*

²⁰⁴ Per una disamina approfondita di tale teoria si v. supra, par.

è la soluzione corretta caso per caso, poiché ogni risoluzione motivata nella maniera che abbiamo appena esplicitato sarà giuridicamente corretta, in quanto esprima la volontà del legislatore o della legge nel caso di specie e non quella del giudice»²⁰⁵.

Una ulteriore questione affrontata nella sentenza è quella concernente il valore che debba essere attribuito alla circostanza che dei giudici superiori, in sede di riforma del provvedimento, non ne abbiano riscontrato la ingiustizia.

In relazione a tale problematica la Corte chiarisce come *«la legge penale (art. 446 CP) non richiede altro che una risoluzione ingiusta, non una risoluzione che altri tribunali o giudici abbiano qualificato come tale»²⁰⁶*, con ciò confutando l'argomentazione del *Ministerio Fiscal* che sosteneva il delitto richiedesse quale condizione obiettiva di punibilità il fatto che i giudici superiori denunciassero la ingiustizia della risoluzione sottoposta al loro esame .

Quanto alla possibilità di applicazione del reato nei casi di esercizio di facoltà discrezionali da parte del giudice, la Corte stabilisce chiaramente che la risoluzione ingiusta si ravvisa *«non solo quando il giudice o il funzionario si allontanano dal testo legale senza poggiare su ragioni giuridicamente fondate, bensì anche quando si utilizza la*

²⁰⁵ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 556 *«El Juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece. Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley en su caso y no la del Juez.»*

²⁰⁶ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 556 *«la ley penal (art. 446 CP) no requiere más que una resolución injusta, no una resolución que otros Tribunales o Jueces hayan calificado previamente como tal».*

indeterminatezza del testo legale in forma distorta, imponendo conseguenze giuridiche chiaramente sproporzionate ad alcune delle parti». Sulla base di tali criteri inoltre la ingiustizia del provvedimento sarà graduabile in funzione della «gerarchia del diritto violato e l'importanza della infrazione»²⁰⁷.

Un importante criterio ermeneutico per la valutazione del carattere prevaricante dei provvedimenti giudiziari viene da ultimo fornito dalla Corte, laddove sottolinea che *«il delitto di prevaricación judicial è un delitto di tecnici del diritto e, conseguentemente, nella motivazione dei provvedimenti prevaricanti predominano gli argomenti che tendono a mascherare il carattere antigiuridico dell'atto»²⁰⁸.*

In tal modo la Corte stabilisce un confine netto tra il metodo di accertamento della prevaricazione giudiziaria e quella amministrativa. Difatti, continua la sentenza, gli aggettivi utilizzati in giurisprudenza per definire l'atto prevaricante (che richiedono che l'ingiustizia dello stesso debba essere apprezzabile da chiunque), non sono direttamente trasponibili nell'ambito della prevaricazione giudiziaria, poiché essi sono stati elaborati per la punizione dei casi di *prevaricación* amministrativa. Tale ultimo delitto è proprio dei funzionari, i quali possono essere all'oscuro delle regole giuridiche, e pertanto è ragionevole che per valutare la contrarietà a diritto della decisione in tali casi si richieda che la stessa sia ravvisabile da chiunque. Lo stesso

²⁰⁷ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 556 *«la jerarquía del derecho vulnerado y la importancia de la infracción».*

²⁰⁸ Cfr. STS 15 mayo 1999, punto B.3, loco cit., p. 557 *«el delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en derecho y que, consequentemente, en la motivación de las resoluciones prevericadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto».*

criterio, sottolinea la Corte, non può essere utilizzato per valutare le decisioni emesse dai giudici, posto che tali soggetti sono necessariamente tecnici del diritto e pertanto il carattere ingiusto delle loro sentenze non sarà mai talmente manifesto come nel caso degli atti dei funzionari, poiché la motivazione tenderà sempre a mascherare la illiceità del provvedimento²⁰⁹.

Stabilito chiaramente come l'ingiustizia della risoluzione debba essere valutata in termini esclusivamente oggettivi, la Corte sottolinea come per la realizzazione del reato occorra l'accertamento dell'ulteriore e distinto elemento soggettivo, che ricorre qualora l'autore abbia agito “*a sabiendas*”, tuttavia le valutazioni della Corte in relazione a tale ultimo elemento si riducono sostanzialmente a ribadire la necessità della sua presenza quale elemento ulteriore e distinto dalla ingiustizia della decisione, senza aggiungere considerazioni particolari in ordine ai criteri di accertamento dello stesso.

A seguito delle illustrate precisazioni relative ai requisiti del reato di *prevaricación* in generale, la sentenza si sofferma a valutare separatamente le singole ordinanze, ravvisando per ognuna di esse il requisito dell'ingiustizia manifesta e nell'ambito della valutazione del caso specifico, la Corte formula altresì considerazioni generali, che afferiscono alla invocabilità, a difesa del giudice, delle prassi dei tribunali superiori²¹⁰.

²⁰⁹ Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto B.3, *loco cit.*, p. 557.

²¹⁰ Nel caso specifico la difesa dell'imputato aveva fatto presente che la ordinanza che imponeva il divieto di uscire dal territorio era stata adottata in conformità alla prassi vigente nella Audiencia Nacional.

Nel caso specifico la difesa dell'imputato aveva infatti sostenuto, in relazione alla seconda delle ordinanze emanate dal giudice Liaño (ossia quella che imponeva il divieto di uscire dal territorio), che la stessa era stata adottata in conformità alla prassi vigente nella *Audiencia Nacional*. A tal proposito, dopo aver sottolineato come non risultasse assolutamente provato che fosse una pratica abituale della *Audiencia Nacional* quella di privare della libertà di circolazione una persona incolpata solo sulla base di una denuncia, senza alcuna prova relativa ai fatti posti a fondamento della stessa, il *Tribunal Supremo* prende fermamente posizione sulla questione in termini generali, ritenendo che, se pure tale prassi fosse rinvenibile, «*si tratterebbe di un costume contrario all'ordine pubblico, poiché sarebbe foriero di un indiscutibile contenuto contra legem e tutto ciò che contrasta con la legge vulnera l'ordine pubblico. Di conseguenza, un giudice secondo l'art. 117.1 CE, è "sottoposto unicamente all'impero della legge" non può invocare in sua difesa un costume contrario alla legge, soprattutto quando nelle motivazioni dell'ordinanza [...] non ha potuto citare alcuna disposizione di legge che autorizzi il suo procedere, né un principio dell'ordinamento giuridico che lo giustifichi*»²¹¹.

Alla luce dell'impostazione adottata dal *Tribunal Supremo* - che si ispira marcatamente alla teoria intermedia nella valutazione del requisito di ingiustizia delle ordinanze emesse dal giudice imputato ed insiste sulla

²¹¹ Cfr. *STS 15 mayo 1999*, punto B.3, loco cit., p. 557 «*se trataría de una costumbre contraria al orden público, pues tendría un indiscutible contenido contra legem y todo lo que contradice las leyes vulnera el orden público. En consecuencia, un Juez que, según el art. 117.1 CE, está "sometido únicamente al imperio de la ley" no puede invocar en su defensa una costumbre contraria a la ley, sobre todo cuando en los fundamentos del A. [...] no ha podido citar ninguna disposición legal que autrice su proceder, ni un principio del ordenamiento jurídico que lo justifique*».

necessità di tenere distinti l'elemento oggettivo e soggettivo del delitto di *prevaricación* - particolarmente interessante si rivela l'analisi delle determinazioni contenute nel *voto particular* formulato dal magistrato dissenziente, poiché lo stesso – come già accennato - svolge le sue argomentazioni sulla base della differente teoria soggettiva per la determinazione della ingiustizia, giungendo attraverso tali determinazioni alla assoluzione dell'imputato.

L'essenza del reato e la richiesta da parte della giurisprudenza della necessità che l'ingiustizia appaia “manifesta” vengono infatti interpretate dal magistrato dissenziente come sintomatiche di una direzione dell'azione nel senso del volontario sviamento delle finalità della norma e a supporto di una tale interpretazione viene altresì richiamato il significato etimologico del verbo latino *prevaricare*, che implica appunto l'allontanamento consapevole dalla linea retta.

Richiamando due precedenti giurisprudenziali²¹² a supporto della propria tesi il magistrato dissenziente ritiene infatti che *«l'elemento normativo della fattispecie consiste nella risoluzione ingiusta, non nella semplice risoluzione illegale e il rimprovero che la sanzione penale comporta non si manifesta di fronte alla mera violazione della legge, bensì di fronte alla cosciente applicazione distorta del diritto, con il sottostante intento di danneggiare o favorire qualcuno»*²¹³.

²¹² Si tratta delle ordinanze: *Auto de la Sala Especial del art. 61 LOPJ* de 9 Julio 1999 (9/1999) e *Auto de la Sala Especial del art. 61 LOPJ* de 5 Diciembre 1997.

²¹³ Cfr. *STS 15 mayo 1999, voto particular, loco cit.* p. 573 *«la exigencia normativa del tipo consiste en la resolución injusta, no la simple resolución ilegal, y el reproche que la sanción penal entraña no se manifiesta ante la mera infracción de Ley, sino ante la consciente aplicación torcida del Derecho, con el subyacente designio de perjudicar o beneficiar a alguien»*.

Quanto all'elemento soggettivo del reato, nel voto particolare si sostiene che il delitto di *prevaricación* possa essere commesso solamente a titolo di dolo diretto, rientrando il magistrato dissenziente nel novero dei sostenitori della tesi secondo cui il codice penale vigente, espressamente richiedendo l'elemento *a sabiendas*, intenda escludere il dolo eventuale. La posizione del *Ministerio Fiscal* (che era stata respinta nella sentenza in quanto si era ritenuto interpretasse il reato in termini soggettivi) viene esplicitamente considerata nel *voto particular*, ritenendo che l'affermazione del *Fiscal*, il quale aveva formulato richiesta di assoluzione sulla base del «*convincimiento dell'Istruttore (imputato, n.d.r.) riguardo l'adeguatezza di tale metodo*»²¹⁴ non presupponesse necessariamente una interpretazione soggettivizzante del delitto.

Il magistrato dissenziente ritiene infatti che con tale affermazione si intendesse semplicemente far presente che tale convincimento era atto ad escludere il dolo riguardo il carattere ingiusto della condotta e pertanto nei provvedimenti adottati dal giudice si sarebbe potuto ravvisare solo un errore, emendabile mediante l'esperimento dei ricorsi legali stabiliti o attraverso gli altri mezzi approntati dall'ordinamento giuridico²¹⁵.

L'argomento da ultimo esposto relativo alla mancanza di dolo è stato puntualmente confutato in dottrina.

Si è ritenuto infatti che tale argomento sia insostenibile sotto tre diversi profili. In primo luogo - data la evidenza dell'illegittimità delle ordinanze - un magistrato del calibro di Gomez de Liaño avrebbe dovuto

²¹⁴ Cfr. *STS 15 mayo 1999, voto particular, loco cit.* p. 574 «*empecinamiento del Instructor, desde lo adecuado de tale medida*».

²¹⁵ Cfr. *STS 15 mayo 1999, voto particular, loco cit.* p. 574.

averne coscienza e quindi la sua condotta sarebbe punibile quantomeno a titolo di colpa²¹⁶.

In secondo luogo, ritenere che l'errore concernesse il concetto di ingiustizia quale elemento normativo della fattispecie di *prevaricación* significherebbe qualificarlo come errore di diritto, al quale si sarebbe potuta attribuire efficacia scusante solo nella misura in cui fosse stato invincibile²¹⁷.

Da ultimo, qualora il magistrato fosse stato consapevole della ingiustizia della sua condotta, ma avesse ritenuto che la stessa non fosse punibile in quanto conforme a principi ulteriori, dello stesso rango del dovere costituzionale di decidere secondo diritto, un errore di tal genere da parte di un magistrato non si ritiene possa essere neppure ipotizzabile: un magistrato infatti deve essere consapevole che il suo agire deve necessariamente essere orientato al diritto, qualora non si conformasse a tal principio in nome delle proprie convinzioni morali politiche o giuridiche, non sarebbe che un delinquente per convinzione²¹⁸.

La dottrina si è occupata anche sotto altri profili del caso in questione, tra cui una peculiare importanza riveste l'individuazione della conseguenze politico-criminali dei principi enunciati dalla Corte.

E' stato difatti ritenuto che l'impostazione del reato adottata nella sentenza in commento avrebbe come effetto quello di imputare per potenziale *prevaricación* qualsiasi magistrato che vedesse riformata la propria sentenza di condanna in appello o in Cassazione e a sostegno di siffatta tesi, vengono richiamati alcuni casi decisi in passato dalla

²¹⁶ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 604.

²¹⁷ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 605.

²¹⁸ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 605, MUÑOZ CONDE F., *El tipo subjetivo, cit.*

Audiencia Provincial, nei quali è chiaramente riscontrabile una ingiustizia nei termini tracciati dal *Tribunal supremo* nel caso Liaño (si tratta infatti, tra gli altri, di casi di condanna di due minori di 14 anni come autori di un delitto, condanna di un imputato nonostante fosse trascorso il termine di prescrizione e imposizione di sanzioni superiori a quelle legalmente previste)²¹⁹.

Secondo l'impostazione dottrinale richiamata, tali sentenze sarebbero prevaricanti ai sensi della dottrina del caso Liaño «*benché sia certo che non sembra che i Magistrati che le emisero attuarono soggettivamente con la intenzione di ledere deliberatamente la giustizia, ciò poco importa alla nuova dottrina del caso Liano*²²⁰», e di tal guisa la tesi critica riportata sembra ritenere che la interpretazione del delitto fornita dai Magistrati del *TS* nel caso analizzato giunga alla conclusione di applicare il delitto di *prevaricación* a titolo di responsabilità oggettiva.

Le ripetute affermazioni della Corte volte a sottolineare la portata oggettiva dell'elemento ingiustizia e a ribadire la sua estraneità a profili soggettivi, non può tuttavia essere intesa nel senso di ritenere richiamato tale titolo di responsabilità, poiché il Tribunale è stato altrettanto chiaro nel sottolineare come, accanto all'elemento oggettivo dell'ingiustizia, sia necessario ravvisare l'ulteriore elemento soggettivo ai fine della realizzazione del reato. Semplicemente, il *Tribunal* ha voluto chiaramente escludere che si ricorra a criteri che implicano la valutazione di elementi soggettivi allorché si tratti di accertare la

²¹⁹ GIBERNAT ORDEIG E., *De nuevo sobre la sentencia del caso Gómez de Liaño*, cit.

²²⁰ GIBERNAT ORDEIG E., *De nuevo sobre la sentencia del caso Gómez de Liaño*, cit «*aunque es cierto que no parece que los magistrados que las dictaran actuaran subjetivamente con la intencion de faltar deliberatamente a la justicia, ello poco importa para la nueva doctrina del TS*».

ingiustizia della decisione, posto che come correttamente osservato da Ramos Tapia - difatti in assoluto «*si nega nella sentenza che per il delitto di prevaricación sia irrilevante la coscienza del giudice riguardo l'ingiustizia della risoluzione che emette; ciò che nega è che si possa considerare la coscienza del giudice per valutare se una risoluzione giudiziale è o meno ingiusta, cioè, che si debba ricorrere a elementi soggettivi per valutare la realizzazione dell'elemento oggettivo (adottare una risoluzione ingiusta)*»²²¹.

La stessa Autrice nota infatti come, lungi dal fornire una lettura in chiave di responsabilità oggettiva, la Corte nel caso di specie abbia mostrato di non essere incorsa nella «*confusione, non infrequente in dottrina e giurisprudenza, tra l'elemento ingiustizia della risoluzione e il vero e proprio delitto di prevaricazione, o tra risoluzione ingiusta e risoluzione prevaricante*»²²².

Appare palese come il *Tribunal Supremo* nel caso di specie abbia adottato la teoria definita intermedia per la valutazione dell'elemento di "ingiustizia", rifiutando l'applicazione della teoria soggettiva.

La dottrina ha generalmente accolto positivamente la decisione della Corte, quantunque vi sia stato, (oltre alla voce critica già citata che ha ritenuto di scorgere una ipotesi di responsabilità oggettiva) altresì chi ha

²²¹ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 594 «*en absoluto se niega en la sentencia que para el delito del prevaricación sea irrilevante la conciencia del juez sobre la injusticia de la resolución que dicta; lo que niega es que haya que acudir a la conciencia del juez para apreciar si una resolución judicial es o no injusta, es decir, que haya que acudir a elementos subjetivos para apreciar la concurrencia del tipo objetivo (dictar una resolución injusta)*»

²²² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 594 «*El TS no incurre en la confusión, no infrecuente en la doctrina y jurisprudencia, entre el elemento injusticia de la resolución y el propio delito de prevaricación, o entre resolución injusta y resolución prevaricadora*»

criticato l'operato della Corte, laddove quest'ultima ha ravvisato l'ingiustizia della prima ordinanza emessa dall'imputato²²³.

Secondo l'Autore in questione, l'ordinanza con cui Gomez de Liano aveva ristabilito il segreto sugli atti processuali disattendendo la decisione dell'*Audiencia Nacional* che tale segreto non riteneva più necessario, costituirebbe una mera disobbedienza ad un Tribunale superiore e pertanto tale condotta, quantunque ritenuta abusiva, non sarebbe dotata di una carica di lesività nei confronti della Amministrazione della Giustizia tanto grave da giustificare la punizione a titolo di reato, soprattutto in ossequio al principio di sussidiarietà e di "minimo intervento" che caratterizzano il diritto penale²²⁴.

Lo stesso Magistrato dissenziente aveva criticato l'interpretazione fornita da parte del *Tribunal* in relazione a tale ordinanza, ritenendo che non fosse applicabile il delitto di *prevaricación*, bensì il diverso reato di disobbedienza ad un ordine dell'autorità²²⁵.

Come evidente, le osservazioni critiche sinora riportate si incentrano su un problema comune e più generale, che trascende i limiti della sentenza analizzata, ossia la dibattuta questione di quali siano i limiti di intervento del diritto penale nell'ambito dell'agire giurisdizionale e quali debbano essere i criteri per stabilire i confini di tale intervento rispetto al diverso settore della responsabilità disciplinare, problematica che era stata evidenziata già in relazione all'analisi degli elementi del reato²²⁶.

²²³ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 133.

²²⁴ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 133.

²²⁵ Cfr. *STS 15 mayo 1999, voto particular*, loco cit. p. 578.

²²⁶ Cfr. *supra*, par. I.

Il problema è particolarmente evidente nel caso della prevaricazione colposa, laddove - in considerazione della abrogazione operata dal legislatore del 1995 della differente fattispecie di prevaricazione colposa amministrativa - la dottrina si è interrogata sulla opportunità di mantenere, nel codice attuale, la previsione della prevaricazione giudiziaria a titolo colposo, assumendo al riguardo posizioni anche molto distanti tra loro.

Quantunque a favore del mantenimento della disposizione vi sia chi adduce la considerazione che la previsione a titolo di colpa risolverebbe le difficoltà probatorie che si incontrano con riferimento alla *prevaricación dolosa*²²⁷, l'argomento di politica criminale che risulta più convincente consiste nella considerazione che - a differenza di quanto avviene per gli altri delitti dei pubblici funzionari - nel caso del giudice non è possibile ricorrere in via sussidiaria all'utilizzo della sanzione disciplinare, in quanto la *LOPJ* espressamente esclude in capo all'organo chiamato a valutare il comportamento del giudice in sede disciplinare (*CGPJ*) il sindacato relativo alle risoluzioni adottate dal giudice stesso, dal momento che ciò comporterebbe una violazione dell'indipendenza del magistrato²²⁸.

A fronte di tali considerazioni, altra dottrina ritiene che il mantenimento della rilevanza penale della prevaricazione colposa sia contrario al

²²⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ B., *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de lege data y de lege ferenda)*, in *CPC*, n. 62, 1997, p. 314.

²²⁸ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 421-422.

principio di sussidiarietà del diritto penale, auspicandone pertanto l'abrogazione²²⁹.

Tra i sostenitori della tesi da ultimo richiamata si annovera Ramón Barquero, il quale ritiene che il bene giuridico tutelato dalla *prevaricación judicial* sia già sufficientemente protetto dalla forma dolosa del reato, soprattutto laddove si ammetta la punibilità a titolo di dolo eventuale²³⁰, richiamando a sostegno della sua tesi il dato letterale in base al quale nell'ambito semantico del verbo "*prevaricare*" non rientrerebbero le applicazioni negligenti del diritto da parte del giudice²³¹.

Il già menzionato argomento di politica criminale che fa leva sulla circostanza che l'organo disciplinare non possa entrare nel merito del provvedimento emesso dal giudice (che costituisce l'intuitivo limite della responsabilità disciplinare in questo ambito) viene altresì aggirato dall'Autore sulla base di due distinte considerazioni.

In primo luogo l'Autore ritiene che - laddove la colpa fosse realmente grave - sarebbe possibile per l'organo disciplinare riscontrarla "a prima vista", senza bisogno di addentrarsi nella valutazione del provvedimento, mentre nei casi in cui la colpa non fosse grave, ma si deducesse dalle argomentazioni giuridiche utilizzate dal giudice, sarebbe compito di un organo giudiziario effettuare l'opportuno controllo e rilevare tale colpa (nell'ambito di un procedimento penale oppure a

²²⁹ Cfr. TORÍO LÓPEZ A., *Delitos de imprenta. Questionario de la reforma*, in *Estudios jurídicos en homenaje al professor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Madrid, p. 5199-5200. Nel senso della abrogazione della norma si v. anche GONZÁLEZ CUSSAC J., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit., p. 120-121.

²³⁰ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 172 ss.

²³¹ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 172.

seguito di un ricorso), con la conseguenza che i fatti così accertati sarebbero poi vincolanti per l'organo disciplinare, il quale non entrerebbe in tal modo nel merito della questione²³².

In giurisprudenza la soluzione da ultimo segnalata ha trovato applicazione nel famoso caso “*El Negro*”, in cui tre magistrati della quarta sezione della *Audiencia Nacional* vennero imputati di *prevaricación* per aver accordato, sulla base di una perizia psichiatrica, la libertà su cauzione ad un presunto narcotrafficante (C. Ruiz Santamaría, soprannominato, appunto, “*El Negro*”), il quale si sottrasse alla giustizia²³³.

Nel caso di specie, si ritenne che non fosse riscontrabile il dolo in capo ai magistrati che avevano emesso l'ordinanza di scarcerazione e neppure il requisito necessario per l'applicazione della prevaricazione colposa (la manifesta ingiustizia della risoluzione) venne ravvisato, poiché si ritenne i giudici avessero applicato una norma processuale che permetteva di accordare la libertà a determinate condizioni.

Non ritenendo integrata la fattispecie di *prevaricación* nel caso di specie, i giudicanti rimisero pertanto alla sezione disciplinare la valutazione della condotta dei tre colleghi²³⁴.

Il caso da ultimo citato introduce una ulteriore e peculiare problematica, che è quella afferente alla applicazione del delitto di *prevaricación* all'interno degli organi collegiali.

²³² Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 173.

²³³ La vicenda viene riportata da Ramon Barquero nella sua monografia, per riferimenti si v. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 173-174.

²³⁴ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 173.

La formulazione della norma adottata dal legislatore del 1995, che ha inserito tra i soggetti attivi del reato, accanto al giudice, altresì la figura del Magistrato, è stata interpretata come un segnale della possibilità di apprezzare la realizzazione del delitto altresì all'interno degli organi collegiali²³⁵, quantunque vi fosse chi riteneva ammissibile tale sussunzione già sotto la vigenza della vecchia formulazione della norma²³⁶.

La problematica principale che si rinviene nell'ipotesi di realizzazione plurisoggettiva del delitto consiste nell'individuare le modalità esecutive dello stesso ed in dottrina si fronteggiano a tal proposito due opposte concezioni, di cui una fa leva sul criterio della firma della risoluzione²³⁷, mentre l'altra ricorre al parametro della votazione da parte di ciascun membro²³⁸, con la conseguenza che l'adozione dell'una o dell'altra concezione porta con sé importanti riflessi sull'individuazione dei casi di impunità

Il primo degli orientamenti in questione, che poggia come già accennato sul criterio della firma della risoluzione da parte del giudice, comporta che il reato debba ritenersi realizzato qualora il magistrato apponga la propria sottoscrizione sulla risoluzione ingiusta.

Nel caso in cui il Magistrato dissenta con l'opinione espressa nella risoluzione adottata dalla maggioranza, egli può formulare il voto

²³⁵ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 455-456.

²³⁶ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación, cit.*, p. 97-98.

²³⁷ A questa impostazione aderiscono, con alcune differenze, GARCIA ARAN M., *La prevaricación, cit.*, p. 97-98; QUERALT J.J., *Derecho Penal, Parte especial, II*, Barcelona, 1987, p. 660 ss. ORTS BERENGUER E., *Comentarios*, p. 1884; LOPEZ BARJA DE QUIROGA J., *Manual*, p. 191; FERNÁNDEZ ESPINAR G., *La prevaricación*, p. 860.

²³⁸ Al criterio enunciato fanno riferimento RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 455 ss.

particolare, che funge in quest'ottica da causa di giustificazione o causa di esclusione della punibilità²³⁹.

Nell'ambito di tale impostazione è altresì discusso se le condotte soggetti coinvolti nell'ambito della realizzazione vengano in rilievo a titolo commissivo od omissivo e a tal proposito si è ritenuto che il magistrato che dissenta, ma non formuli il voto particolare, commetta il reato per omissione²⁴⁰, tuttavia a tale impostazione è stato obiettato che, imponendo la *LOPJ* l'obbligo della firma della risoluzione adottata dal collegio da parte anche dei dissenzienti, in realtà l'apposizione della sottoscrizione anche da parte di tali soggetti impedisce di poter valutare la condotta di questi ultimi solo in termini omissivi (costituendo, appunto, l'apposizione della firma naturalisticamente una condotta attiva)²⁴¹.

Proprio in considerazione dell'obbligo di firmare la risoluzione da parte di tutti i soggetti previsto dalla *LOPJ*, la dottrina aderente alla seconda impostazione ha criticato le conclusioni cui giunge la "teoria della firma": applicando la tesi sinora esposta, si giungerebbe al paradosso di ritenere che la *LOPJ* introduca un obbligo di commissione del reato, la cui punizione sarebbe esclusa solo in virtù della redazione del voto particolare²⁴².

Tenendo tuttavia presente che la redazione del voto particolare si configura non quale obbligo, bensì come mera facoltà in capo al magistrato dissenziente, non appare corretto attribuire a tale elemento

²³⁹ Cfr. ORTS BERENGUER E., *Comentarios*, p. 1884; SERRANO GÓMEZ A., *Derecho Penal PE*, p. 735

²⁴⁰ Cfr. QUERALT J.J., *Derecho Penal, cit.*, p. 660.

²⁴¹ Cfr. GARCIA ARAN M., *La prevaricación, cit.*, p. 98.

²⁴² Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 457.

rilevanza tale da escludere la punibilità: il voto dissenziente non costituisce infatti l'atto di manifestazione della volontà del magistrato, rivestendo soltanto il differente carattere di prova di tale manifestazione²⁴³, la quale trova compiuta espressione solo nel distinto atto della votazione della risoluzione.

Il criterio della votazione è attualmente l'impostazione seguita dalla dottrina spagnola maggioritaria, la quale porta a sostegno della proprie posizioni la circostanza che tale criterio sia quello espressamente utilizzato nelle norme codicistiche relative alla punizione della prevaricazione commessa dagli organi collegiali negli specifici settori dell'ambiente, del territorio e dei beni culturali²⁴⁴, le quali puniscono il soggetto che «*come membro di un organo collegiale abbia deciso o votato a favore della concessione della autorizzazione consapevole della sua ingiustizia*²⁴⁵».

Un ulteriore problema relativo alla prevaricazione commessa negli organi collegiali e che è stato sottoposto alla attenzione della giurisprudenza, riguarda l'ipotesi in cui i giudici *a latere* sottoscrivano la sentenza predisposta dal relatore senza leggerla, confidando nella correttezza della stessa.

²⁴³ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 458. A riprova del valore pressoché irrilevante che deve essere attribuito al *voto particular*, si consideri anche l'impostazione dottrinale che ritiene non commetta *prevaricación* il magistrato che formuli un *voto particular* manifestamente ingiusto, posto che lo stesso non ha il valore effettivo tale da ledere il bene protetto (Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, *cit.*, p. 53).

²⁴⁴ Artt. 320.2, 322.2 e 329.2 CP.

²⁴⁵ Artt. 320.2, 322.2 e 329.2 CP «*como miembro de un órgano colegiado hubiese resuelto o votado a favor de la concesión de la autorización a sabiendas de su injusticia*».

Un caso rientrante nell'ambito appena illustrato è stato sottoposto all'attenzione del *TJS Catalan* nel 1999²⁴⁶, laddove il Tribunale ha dovuto valutare la condotta di un magistrato che aveva sottoposto alla firma dei suoi colleghi un provvedimento all'apparenza corretto, la cui motivazione era tuttavia illecita (si trattava infatti di una assoluzione motivata sulla base di una prescrizione non intervenuta).

Come già anticipato, nel caso di specie i colleghi non lessero l'intero provvedimento, confidando nella correttezza della redazione da parte dell'estensore, e pertanto, ritenendolo legittimo, lo sottoscrissero.

L'esclusione del dolo di *prevaricación* in capo ai magistrati a *latere* nel caso di specie appare palese, tuttavia il problema affrontato dal Tribunale riguardava la differente individuazione di un qualche profilo di colpa in capo a tali soggetti, che avevano firmato il provvedimento senza leggerlo attentamente.

La soluzione adottata dal Tribunale e poi confermata dal *Tribunal Supremo*²⁴⁷ fu (naturalmente) la condanna per *prevaricación* dolosa a carico del giudice estensore, mentre nelle condotte dei giudici a *latere* non si individuò alcun profilo di illiceità penale e si ritenne esse acquistassero rilievo meramente ai fini della responsabilità disciplinare.

Premminente rilievo ai fini della esclusione di qualsiasi profilo di colpa a carico di tali soggetti assunse infatti l'ulteriore circostanza che gli stessi avessero fatto affidamento sull'operato dell'estensore, il quale agì

²⁴⁶ STSJ 22 novembre 1999, citata da RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 53.

²⁴⁷ STS 11 dicembre 2001, *El. Der.* 2001/56021.

ingannando i colleghi, rendendo pertanto difficoltoso per questi ultimi percepire l'ingiustizia della decisione²⁴⁸.

I profili problematici rinvenuti in relazione alle ipotesi di *prevaricación* commessa all'interno di organi collegiali non esauriscono le ipotesi di problematicità rinvenibili a proposito del delitto in questione, dal momento che complesse questioni sollevano altresì i casi di applicazione del reato nei confronti di soggetti che dispongono di una conoscenza del diritto inferiore a quella posseduta dai magistrati togati, ma che tuttavia sono chiamati a svolgere funzioni giurisdizionali: i giudici di pace.

Anche nell'ordinamento spagnolo i giudici di pace non sono infatti magistrati di carriera (addirittura la *LOPJ* del 1985, che ha istituito la categoria, stabilisce che non è necessaria la laurea in giurisprudenza per ricoprire tale ufficio²⁴⁹), non è tuttavia in discussione la circostanza che essi debbano esercitare il proprio ufficio nel rispetto della legge e che nei loro confronti siano applicabili gli articoli 446 ss CP, tanto che si annovera una condanna nei confronti di un giudice di pace, intervenuta pochi anni dopo l'introduzione della categoria²⁵⁰.

A fronte di tali preliminari considerazioni, è tuttavia indubbio come tali giudici occupino una posizione particolare, poiché si tratta di soggetti in capo ai quali non si può richiedere una conoscenza del diritto pari a quella esigibile da parte dei giudici togati e tale considerazione ha infatti influenzato l'applicazione della *prevaricación* nei confronti di tale

²⁴⁸ Cfr. RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 54.

²⁴⁹ Art. 102 *LOPJ*, nei confronti del quale sono stati sollevati dubbi di costituzionalità con riferimento all'art. 117.1 CE. Si veda su tale ultimo aspetto DAMIÁN MORENO J., *Los Jueces de Paz*, Madrid, 1987, p. 206 ss.

²⁵⁰ Si tratta di STSJ de Galicia, 12 novembre 1991 (AP num. 237).

categoria di magistrati, in particolare con riferimento ai predecessori degli attuali giudici di pace: i giudici municipali.

La circostanza che le scarse condanne a titolo di prevaricazione dolosa emesse dai tribunali spagnoli abbiano riguardato per la maggioranza giudici municipali dimostra come la applicazione della modalità dolosa del reato nei confronti di soggetti “ignoranti in diritto” non sia problematica²⁵¹, mentre le difficoltà sono sorte con riferimento al differente ambito della prevaricazione colposa, dal momento che - come intuitivo - la scorretta applicazione delle norme da parte di soggetti che, per definizione, sono “ignoranti in diritto”, appare chiaramente dotata di minor grado di rimproverabilità.

I casi di *prevaricación* colposa nei confronti di giudici municipali sottoposti alla attenzione del *Tribunal Supremo* si sono infatti conclusi in moltissimo casi con sentenze di assoluzione, proprio in considerazione della minore conoscenza giuridica posseduta dai giudici municipali²⁵², circostanza che ha indotto la dottrina²⁵³ ad interrogarsi sulla opportunità di continuare a prevedere l'applicazione del delitto nella forma colposa a carico dei giudici non togati, posto che spesso le assoluzioni sono state emesse a fronte di gravi violazioni del

²⁵¹ Il riferimento è a SSTS 21 dicembre 1883 (*JCr.* 7535), 14 ottobre 1884 (*JCr.* 8287); 27 febbraio 1907 (*JCr.* 96); 9 marzo 1910 (*JCr.* 114); 13 novembre 1929 (*JCr.* 30); 27 settembre 1933 (*JCr.* 20); 30 maggio 1931 (*RA* 617); 2 giugno 1951 (*JCr.* 180).

²⁵² Cfr. SSTS 19 febbraio 1881 (*JCr.* 144); 15 giugno 1886 (*JCr.* 485); 25 maggio 1889 (*JCr.* 394); 22 novembre 1901 (*JCr.* 137); 9 marzo 1910 (*JCr.* 114); 25 gennaio 1911 (*JCr.* 25); 24 aprile 1912 (*JCr.* 217); 13 novembre 1929 (*JCr.* 81).

²⁵³ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op.cit.*, p. 173-174.

procedimento commesse da tali giudici, sul presupposto che essi potessero incolpevolmente ignorare tali norme²⁵⁴.

Le difficoltà individuate in relazione alla applicazione giurisprudenziale della fattispecie, dovute alla peculiarità del delitto in questione (che insiste in un ambito – quello della attività giurisdizionale – che implica il bilanciamento di opposti interessi e rispetto al quale si pongono delicate questioni) non è una peculiarità della norma spagnola.

Le stesse delicate questioni si pongono difatti nell'ambito dell'ulteriore ordinamento che prevede una tutela *ad hoc* della attività giudicante (quello tedesco) attraverso la previsione di una fattispecie che, quantunque presenti una redazione differente rispetto a quella adottata dal legislatore spagnolo, si presta alle stesse obiezioni rilevate in relazione alla *prevaricación judicial*, oltre che ad ulteriori considerazioni derivanti dalla peculiare situazione storico-politica della Repubblica federale tedesca.

All'analisi dell'ordinamento tedesco, ed in particolare della *Rechtsbeugung*, è dedicato il capitolo successivo.

²⁵⁴ Un esempio di sentenza che lascia impunita una grave violazione commessa da un giudice municipale per ignoranza del diritto è la STS 14 ottobre 1884 (JCr. 8287).

CAPITOLO II

RECHTSBEUGUNG

I. NOTE INTRODUTTIVE – II. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DAL DELITTO DI RECHTSBEUGUNG – III. IL SOGGETTO ATTIVO - IV. IL CONCETTO DI RECHTSBERUGUNG, RINVIO – V. L'INTERPRETAZIONE DELLA FATTISPECIE DA PARTE DEL BGH. - VI. LA FATTISPECIE DAL PUNTO DI VISTA SOGGETTIVO. - VII. LA “SPERRWIRKUNG”. - VIII. I COSIDDETTI “FALLGRUPPEN” ELABORATI DAL BGH.- IX. L'APPLICAZIONE DELLA FATTISPECIE NELLA GIURISPRUDENZA TEDESCA. RASSEGNA DI CASI DI RECHTSBEUGUNG NON RIGUARDANTI LA EX-DDR.- X. IL “CASO SCHILL”.

I. NOTE INTRODUTTIVE.

Il codice penale tedesco, a differenza di quello spagnolo, contiene una unica norma per la disciplina dell'abuso del diritto da parte del giudice, il cui tenore letterale è il seguente:

§ 339. Abuso del diritto. Il giudice o un altro pubblico ufficiale o un arbitro che, nel trattare o decidere una questione giuridica, si rende colpevole di un abuso del diritto a vantaggio o a svantaggio di una delle parti è punito con la pena detentiva da uno a cinque anni.²⁵⁵

²⁵⁵ La traduzione utilizzata si trova in VINCIGUERRA S., *Il codice penale tedesco*, Cedam 1994, pag. 317. Nell' op. cit. la rubricazione corrisponde al precedente § 336, ma siccome la fattispecie non ha subito modificazioni contenutistiche è sembrato lecito utilizzare ugualmente tale traduzione.

Il corrispondente tedesco è il seguente: “ § 339. *Rechtsbeugung*. Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer

Come evidente, pertanto, nell'ordinamento tedesco si punisce solamente l'ipotesi dolosa di commissione del reato e la norma disciplina congiuntamente la realizzazione del delitto da parte dei pubblici funzionari e dei magistrati.

Come rilevato per la norma spagnola, anche la fattispecie tedesca presenta una serie di problemi ed incertezze applicative, di cui occorrerà dar conto al fine di poter consapevolmente valutare l'applicazione giurisprudenziale del delitto.

Il dato fondamentale di cui si deve tenere conto nell'analisi della norma tedesca è la circostanza che la stessa sia stata applicata nella maggioranza dei casi per la punizione delle condanne ingiuste emesse dai giudici dei regimi (nazional-socialista prima e comunista poi).

Tale circostanza ha pertanto determinato una acutizzazione, in relazione all'esperienza tedesca, di tutte le problematiche di cui si è dato conto con riferimento alla applicazione della norma spagnola.

La difficoltà di conciliare una ipotesi di responsabilità penale con il principio di indipendenza del giudice e soprattutto l'individuazione dei criteri in base ai quali valutare l'ingiustizia della decisione sono infatti problematiche che, in relazione a giudici appartenenti ad ordinamenti non democratici e pertanto necessariamente soggetti a direttive, hanno richiesto una particolare attenzione.

Le riflessioni sul delitto in questione (quantunque il lavoro si incentri sulla applicazione attuale della norma e sulle problematiche che la stessa pone con riferimento agli ordinamenti democratici) non può tuttavia

Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahre bestraft“. Quantunque tradizionalmente il termine *Rechtsbeugung* venga tradotto con l'espressione “abuso del diritto”, una traduzione letterale consisterebbe nell'espressione “piegamento del diritto”, posto che il verbo tedesco *beugen* significa, appunto, piegare.

prescindere da alcuni brevi cenni ai casi peculiari di applicazione nei confronti di giudici dei regimi, poiché tale esperienza ha fortemente influenzato altresì le successive riflessioni sull'essenza del delitto in questione.

Un dato che accomuna la fattispecie tedesca e quella spagnola è in ogni caso la esiguità di condanne pronunciate in applicazione delle stesse: sintomatica a tal riguardo è la circostanza che le condanne a morte pronunciate nell'arco di tempo che va dal 1933 al 1945 dai giudici appartenenti al regime nazionalsocialista furono perlomeno 32.000²⁵⁶, mentre l'equivalente tedesco della nostra Corte di Cassazione (*Bundesgerichtshof*, d'ora in poi *BGH*) in seguito²⁵⁷ si è occupata solo in otto casi²⁵⁸ di *Rechtsbeugung*, e solo in uno di questi²⁵⁹ l'imputato era un giudice.

La situazione non è molto differente nel caso di procedimenti che riguardano i giudici della *ex-DDR*. Sintomatico è il fatto che alla data del 31 dicembre 1997 fossero state aperte circa 43.400 inchieste giudiziarie per *Rechtsbeugung*²⁶⁰, mentre in base ad una analisi effettuata il 31 agosto di due anni dopo²⁶¹ il numero dei procedimenti per tale imputazione ammontava a 317. Di questi solo 137 (il 42,8% del totale) hanno avuto un esito definitivo. Ciò si tradusse nel 26,6% dei casi in una mancata apertura del procedimento, nel ritiro dell'accusa nel

²⁵⁶ Cfr. FRIEDRICH, *Freispruch für die Nazi-Justiz*, 1983, pag.13 ss. Secondo RASEHORN la cifra si aggirerebbe addirittura intorno ai 40.000 (RuP 1993, pag. 219)

²⁵⁷ Il dato si riferisce alla raccolta ufficiale di decisioni del *Bundesgerichtshof* (ossia la Corte di Cassazione) e precisamente ai 38 volumi pubblicati fino alla riunificazione tedesca.

²⁵⁸ Cfr. *BGHSt* 5, 100 ss.; *BGHSt* 10, 294 ss.; *BGHSt* 14, 147 ss.; *BGHSt* 24, 326 ss.; *BGHSt* 32, 357 ss.; *BGHSt* 34, 146 ss.; *BGHSt* 35, 224 ss.; *BGHSt* 38, 381 ss..

²⁵⁹ *BGHSt* 14, 147 ss..

²⁶⁰ Il dato si riferisce alle cifre diffuse dalla amministrazione giudiziaria sul numero totale di inchieste giudiziarie promosse contro le ingiustizie perpetrate dalla *DDR*.

²⁶¹ L'analisi è stata effettuata da ASTRID HUPE ed i risultati sono esposti nel suo lavoro *Der Rechtsbeugungsvorsatz, eine Untersuchung zur subjektive Tatbestand des §336 StGB unter Berücksichtigung des richterlichen Haftungsprivilegs*, pag. 5 ss.

14,7% dei casi e nella riunione dei procedimenti nel 9,4%. Il restante 6,6% venne archiviato, anche in conseguenza della morte dell'imputato.

I dati risultano sorprendenti soprattutto se si considera che nel trattamento della criminalità comune i casi di archiviazione da parte del pubblico ministero e le sentenze di mancata apertura del procedimento emesse dai giudici costituiscono solo in casi eccezionali metodi risolutivi di un procedimento penale (i procedimenti in cui essi vengono utilizzati sono stati infatti stimati con una percentuale che si aggira intorno allo 0,6% ²⁶²del totale dei casi trattati). I 317 procedimenti interessarono complessivamente 537 imputati, ma di questi solo 320 ebbero un componimento definitivo del procedimento. Il dato ancora più sorprendente è che solo 62 di essi vennero condannati e la maggior parte delle condanne si concretizzò in pene detentive sospese condizionalmente (il 79% dei casi). Le uniche pene effettivamente scontate furono nove: due pecuniarie e sette detentive.

Tale "circoscritta" punibilità è stata ottenuta essenzialmente attraverso una interpretazione della fattispecie compiuta dal *BGH*, che ha introdotto criteri in grado di rendere molto difficoltosa la realizzazione di tutti gli elementi di cui al § 339 *StGB* nel caso concreto.

Tramite questa operazione il *BGH* ha difatti ristretto la fattispecie in modo tale da fornire una interpretazione che a detta di alcuni autori²⁶³ non appare conciliabile con il dato letterale del codice. Proprio per mostrare concretamente la portata innovatrice di tale interpretazione

²⁶² v. anche MARXEN/ WERLE, *Aufarbeitung*, p.206

²⁶³ Vedi per tutti NEUMANN, op.cit., pag. 66, che afferma: " ..non si tratta più di un problema interpretativo, quanto piuttosto di un cambiamento della fattispecie legislativa e attraverso ciò di un inammissibile privilegio per gli appartenenti alla amministrazione della giustizia". ("*handelt es sich hierbei nicht mehr um ein Auslegungsproblem, sondern um eine Veränderung des gesetzlichen Tatbestandes und damit um die unzulässige Privilegierung von Angehörigen der Rechtspflege*".).

nell'analisi del reato si procederà in un primo momento alla breve descrizione della fattispecie codificata, per poi soffermarsi sugli elementi ad essa aggiunti in via interpretativa e che hanno, come già accennato, condotto ad una riduzione della punibilità nel caso concreto.

II. IL BENE GIURIDICO TUTELATO DAL DELITTO DI RECHTSBEUGUNG.

Uno dei problemi che ha maggiormente interessato gli interpreti che si sono cimentati con questa fattispecie è stata l'individuazione del bene protetto dalla norma.

Occorre in riferimento a ciò premettere come nel codice penale tedesco non sia dato rinvenire una sezione paragonabile al titolo dedicato ai reati contro la amministrazione della giustizia nel codice italiano.

E' stato difatti a tal proposito osservato come, ad un penalista tedesco «la stessa locuzione “delitti contro l'amministrazione della giustizia” non è in grado di evocare con immediatezza qualcosa di univocamente significativo, tanto meno il complesso di disposizioni che noi siamo usi sussumere sotto di essa²⁶⁴».

Nonostante a livello codicistico il reato sia collocato tra i “delitti commessi nell'esercizio delle funzioni” (*Straftaten in Amt*), la dottrina tedesca si richiama comunemente al concetto di amministrazione della giustizia (*Rechtspflege*) al fine di individuare il bene protetto dalla norma in questione, come dimostrano le teorie elaborate in materia, le quali possono ricondursi essenzialmente a tre orientamenti fondamentali. Il primo di tali orientamenti fa accezione al rilievo appena svolto relativo all'individuazione del bene protetto nella amministrazione della giustizia, poiché esso fa coincidere il bene protetto con la sola tutela dei

²⁶⁴ Cfr. FORNASARI G., *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, *Ind. Pen.* 2002, p. 855 ss.

beni individuali che fanno capo ai soggetti coinvolti nel processo. In tale accezione, la norma viene intesa come finalizzata alla protezione delle parti processuali rispetto a pregiudizi nella libertà, nel patrimonio o nell'onore che alla stesse possano derivare a causa di una sentenza ingiusta²⁶⁵.

Una siffatta impostazione va tuttavia incontro ad una serie di obiezioni insuperabili, quale in primo luogo quella svolta in riferimento alla formulazione letterale della fattispecie. Difatti la norma, richiedendo che l'abuso possa indifferentemente essere commesso “a vantaggio o a svantaggio di una delle parti” (*zum Nachteil oder zum Vorteil einer Partei*) esplicitamente ammette che si possa realizzare una *Rechtsbeugung* anche laddove vi sia stato solo un vantaggio per la parte, senza alcun profilo di danno²⁶⁶.

Inoltre la stessa previsione di una pena edittale pari nel minimo ad un anno e non graduabile, mal si concilia con la possibilità che la lesione riguardi beni individuali tra di loro eterogenei, poiché non permette di tener conto del disvalore del fatto commesso²⁶⁷.

Una ulteriore impostazione individua nel reato una duplice tutela, in considerazione della “doppia natura” che può essere attribuita al diritto in generale²⁶⁸. Alla base di tale orientamento sta la riflessione per cui il diritto si configura come finalizzato alla protezione della libertà dei

²⁶⁵ Tra i sostenitori di tale impostazione si annoverano: BEMMANN G., *Zu aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, in *JZ* 1995, p. 124.; ROGGEMANN H., *Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung*, in *JZ* 1994, p. 773.

²⁶⁶ Cfr. VORMBAUM T., *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, 1985, p. 322; HUPE A., *Der Rechtsbeugungsvorsatz. Eine Untersuchung zum subjektiver Tatbestand des § 336 StGB unter besonderer Berücksichtigung des richterlichen Haftungsprivileg*, Berlin, 1995, p. 96.

²⁶⁷ Cfr. HUPE A., *Der Rechtsbeugungsvorsatz*, cit., p. 97.

²⁶⁸ L'elaborazione di tale impostazione si deve a SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat: Zur Rekonstruktion des § 336 StGB für die Gegenwart*, Baden-Baden 1993.

cittadini, ma allo stesso tempo esso è altresì uno strumento di cui si avvale lo Stato, attraverso l'emanazione delle leggi.

In considerazione di ciò, pertanto, la *Rechtsbeugung* si configura come un delitto volto a proteggere il cittadino di fronte agli abusi della giustizia intesa quale potere che ne minaccia la libertà²⁶⁹, ma d'altro canto il delitto in questione è altresì finalizzato alla protezione della organizzazione statale²⁷⁰. Difatti, laddove tale delitto punisce la mancata realizzazione della giustizia nel caso concreto, esso mira nel contempo a far sì che - ristabilendo la giustizia - si attuino gli scopi politici perseguiti dal legislatore, ristabilendo la valenza delle norme dallo stesso elaborate²⁷¹.

Il sostenitore di tale impostazione ritiene che la fattispecie debba ritenersi realizzata laddove la decisione adottata dal giudice sia incompatibile con i fini stabiliti dal legislatore, oppure li persegua attraverso una restrizione che vada a scapito della libertà del cittadino, ledendo pertanto il diritto di libertà di quest'ultimo.

Pertanto l'Autore ritiene che l'elemento "a vantaggio di una parte" concerna l'organizzazione statale²⁷², mentre l'elemento "in danno di una parte" afferisca alla tutela dei beni individuali²⁷³.

Anche l'impostazione da ultimo illustrata va tuttavia incontro ad una serie di fondamentali obiezioni. La prima di tali obiezioni concerne la netta distinzione della norma in "a vantaggio" ed "a svantaggio", con la correlativa individuazione dei beni rispettivamente protetti. E' stato infatti osservato come tale divisione non convinca, posto che anche la

²⁶⁹ SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, cit.*, p. 131.

²⁷⁰ SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, cit.*, p. 97.

²⁷¹ SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, cit.*, p. 162 ss.

²⁷² SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, cit.*, p. 194 ss.

²⁷³ SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat, cit.*, p. 193.

Rechtsbeugung commessa a danno di una parte può avere ripercussioni sulle finalità politiche individuate dal legislatore e pertanto aggredire, oltre agli interessi individuali, quelli dello Stato²⁷⁴.

La critica fondamentale poggia tuttavia sul fatto che una tale impostazione presupporrebbe un ripensamento della condotta del reato. Posto difatti che tradizionalmente si individua il criterio di selezione delle decisioni punibili nella circostanza se le stesse siano o meno condivisibili, adottando la teoria in questione si finirebbe per ritenere che sarebbero condivisibili solo le decisioni che rispecchiassero la volontà politica del legislatore.

A ciò tuttavia si oppongono una serie di considerazioni, quale in primo luogo il fatto che un tale criterio impedirebbe al giudice di adeguare le norme al caso concreto, laddove le prescrizioni dettate dal legislatore dovessero risultare superate dall'evoluzione della società. Si obietta inoltre che molto spesso è lo stesso legislatore a non esplicitare chiaramente la propria volontà, predisponendo fattispecie vaghe, finalizzate ad un adeguamento da parte del giudice nel caso concreto²⁷⁵.

L'ultima, in ordine di trattazione, delle teorie elaborate in relazione al bene giuridico tutelato dal delitto di *Rechtsbeugung* è quella che trovato largo seguito in dottrina, tanto da apparire in tutti i principali commentari del codice penale tedesco²⁷⁶.

Secondo questa teoria la norma proteggerebbe la amministrazione della giustizia dagli attacchi provenienti "dall' interno", vale a dire da parte dei soggetti che appartengono alla amministrazione stessa.

²⁷⁴ MÖLLER-HEILMANN B., *Die Strafverfolgung von Richtern und Staatsanwälten*, cit., p. 12.

²⁷⁵ Cfr. . MÖLLER-HEILMANN B., *Die Strafverfolgung von Richtern und Staatsanwälten*, cit., p. 13; . HUPE A., *Der Rechtsbeugungsvorsatz*, cit., p. 97.

²⁷⁶ Vedi LACKNER/ KÜHL, *StGB*, § 339 Rdn. 1; TRÖNDLE/ FISCHER, *StGB* § 339 Rdn. 2; SCHRÖNKE/ SCHRÖDER *StGB* § 339 Rdn. 1.

In tale impostazione, pertanto, gli interessi degli individui che ricoprono la qualifica di "parti" risulterebbero protetti solo di riflesso, in quanto necessariamente tutelati nel momento in cui il giudice è obbligato a pronunciare decisioni in base a "diritto giusto"²⁷⁷.

Una tale considerazione tuttavia non pregiudica la possibilità di ritenere persone offese (legittimate quindi alla querela) i soggetti che siano stati direttamente colpiti in un proprio bene giuridico, come è stato altresì confermato da alcune recenti sentenze²⁷⁸.

III. I SOGGETTI ATTIVI.

In riferimento alla problematica legata all'individuazione dei potenziali soggetti attivi del reato, preliminare appare la determinazione di uno specifico elemento del fatto tipico, quale la attività che l'autore del reato è tenuto a svolgere, che consiste nella conduzione o decisione di una "questione giuridica". Essa, secondo la definizione fornita da Kühl²⁷⁹, è «[...] un affare giuridico nel quale più soggetti interessati portatori di interessi giuridici confliggenti possono contrapporsi l'uno all'altro, quando su di essi (su tali interessi, n.d.r.) non si debba decidere applicando misure amministrative, ma si debba giudicare in un procedimento completamente regolato secondo principi giuridici²⁸⁰».

Come già rilevato, a differenza del codice spagnolo (che prevede due distinte fattispecie per la punizione della *prevaricación* a seconda che

²⁷⁷ Cfr. LACKNER/ KÜHL, *StGB* § 339 Rdn.1.

²⁷⁸ Si tratta delle sentenze: OLG Frankfurt a M., Beschl. V. 5. 2. 2000 – 3 Ws 144/00, in *NJW* 2000, pag. 2037; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2000 – 3 Ws 220/99, in *NStZ-RR* 2001, pag. 112 ss.

²⁷⁹ Cfr. LACKNER/ KÜHL, *StGB* § 339 Rdn. 3.

²⁸⁰ « [...] ist eine Rechtsangelegenheit, bei der mehrere Beteiligte mit widerstreitenden rechtliche Belangen einander gegenüberstehen koennen, wenn über sie nicht durch verwaltungsmassnahmen zu befinden, sondern in einem rechtlich vollständig geregelten Verfahren nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden ist».

essa avvenga in ambito amministrativo o giudiziario), l'ordinamento tedesco prevede una unica norma, applicabile indifferentemente ai giudici e ai pubblici ufficiali.

Proprio in considerazione del fatto che la *Rechtsbeugung* punisce l'abuso del diritto commesso nell'ambito di una "questione giuridica", occorre tuttavia preliminarmente individuare con precisione - con riferimento ai pubblici ufficiali - i casi in cui essi svolgano una azione che presenti tali caratteristiche e come tale ricada nel tenore letterale della fattispecie, correlativamente escludendo le condotte che non rientrano nel fatto tipico.

In proposito la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato un criterio chiaro, che fa riferimento appunto alla attività concretamente svolta, ritenendo che realizzino *Rechtsbeugung* i pubblici ufficiali che svolgano una attività concretamente giurisdizionale, paragonabile a quella del giudice.

Recentemente in giurisprudenza²⁸¹ tale concetto è stato chiarito ribadendo come «[...] la interpretazione di questi elementi della fattispecie (*Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache, n.d.r.*) anche con riferimento agli impiegati deve essere orientato alle funzioni giurisdizionali²⁸²».

A tal riguardo vi è stato chi in dottrina ha criticato la mancata differenziazione legislativa del delitto commesso dal giudice e dai pubblici funzionari, sottolineando come la attività di applicare il diritto

²⁸¹ Cfr. *OLG Hamburg, Beschluss* del 4.01.2005 – 3 Ws 176/04, in *NStZ-RR* 2005, p. 144 ss.

²⁸² *OLG Hamburg, Beschluss*, cit., p. 144 «[...] die Interpretation dieser Tatbestandmerkmale auch hinsichtlich eines Beamten an der Funktion des Richters zu orientieren hat».

sia propria del giudice e richieda pertanto un delitto unico ed autonomo²⁸³.

Una ulteriore questione che - in considerazione delle già accennate peculiarità del sistema tedesco - viene in rilievo con particolare urgenza in relazione ai soggetti attivi della *Rechtsbeugung*, è la problematica relativa alla necessità o meno di indipendenza in capo agli stessi.

Tale questione riguarda in particolar modo la applicabilità della fattispecie nei confronti dei giudici appartenenti a regimi autoritari, soggetti interessati in maniera particolare da questo delitto e sicuramente non immuni dall' influenza di direttive impartite dall'alto. Per questo motivo degna di nota è la riflessione di politica criminale secondo la quale *«la norma dovrebbe spiegare il suo effetto preventivo innanzitutto laddove sia minacciata l'indipendenza di colui che applica il diritto ed in tal modo la conformità al diritto della sua decisione. Perciò appare particolarmente punibile il giudice che abusa del diritto in un ordinamento poco attento all' indipendenza del giudice stesso, poiché egli sarà presumibilmente più incline ad applicare il diritto non imparzialmente e in modo giusto, quanto piuttosto nel senso delle direttive impartite dal regime»*²⁸⁴.

La posizione da ultimo richiamata è stata condivisa dal *BGH* in una famosa sentenza, nella quale la Corte ha asserito di non aver bisogno di

²⁸³ Cfr. SPENDEL G., *Leipziger Kommentar*, X ed., Berlin, 1988, § 336. *Contra* SCHOLDERER, il quale ritiene che il delitto protegga il cittadino da qualsiasi abuso, provenga esso dal giudice o dal pubblico funzionario, favorevole pertanto al mantenimento di un unico reato comune ai due soggetti (cfr. SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat*, cit., p. 396).

²⁸⁴ MÖLLER- HEILMANN B., op. cit., pag. 15 *«[...] die Vorschrift die präventive Wirkung gerade dann entfalten müsse, wenn die Unabhängigkeit des Rechtsanwenders und damit die Rechtsmässigkeit seiner Entscheidung bedroht sei. So erscheint denn auch gerade der rechtsbeugende Richter in einem die richterliche Unabhängigkeit gering achtenden Regime besonders strafwürdig, da er sich möglicherweise schneller geneigt sehen würde, das Recht nicht unparteiisch und gerecht, sondern im Sinne der staatlichen Führung anzuwenden»*.

stabilire se i giudici nel caso di specie fossero effettivamente indipendenti o meno, dal momento che «[...] l'ordinamento giuridico pretende da ciascun impiegato – anche da quello sottoposto a direttive – al quale spetti la direzione o la decisione di una questione giuridica, che egli proceda solo secondo legge e diritto, senza tener conto di qualsiasi altra opposta direttiva»²⁸⁵.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza²⁸⁶ sono quindi oggi concordi nel ritenere che, per esser annoverato tra i potenziali autori della *Rechtsbeugung*, sia sufficiente che un soggetto decida “come giudice” (“*wie ein Richter*”) o eserciti “funzioni effettivamente giudiziarie” (“*tatsächlich richterliche Funktionen*”), indipendentemente dal fatto se sia o meno “legato da direttive”. La giurisprudenza applica perciò – come già anticipato - la fattispecie di cui al § 339 *StGB* anche ai giudici del nazionalsocialismo, dei tribunali speciali, delle corti popolari e della *ex-DDR*.

In relazione ai giudici appartenenti ai regimi autoritari, si prospetta tuttavia un'ulteriore problematica, ossia il fatto che tali soggetti agissero applicando la legge del sistema in cui erano inseriti, la quale si qualificava tuttavia come ingiusta, così da giungere al risultato che le condotte di tali giudici fossero rimproverabili quantunque gli stessi avessero applicato le norme vigenti²⁸⁷.

²⁸⁵ Cfr. BGH, Urt. V. 16. 2. 1960 – 5 StR 473/59, NJW 1960, 974 ss. “ [...] Die Rechtsordnung verlangt von jedem – auch dem weisungsgebundenen – Beamten, dem die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache obliegt, dass er dabei ungeachtet etwaiger gegenteiliger Weisungen allein nach Recht und Gesetz verfährt“.

²⁸⁶ Per il requisito “*wie ein Richter*” si vedano: RGSt 71, 315; BGHSt 24, 326; CRAMER in: SCHRÖNKE/ SCHRÖDER, *StGB- Kommentar*, 25. Aufl. 1997. § 336 Rdnr. 9; SPENDEL in: *Leipziger Kommentar StGB*, 10. Aufl. 1982, § 336 Rdnr. 15.

Per il requisito “*tatsächlich richterliche Funktionen*” si veda invece: RUDOLPHI in: *Systematischer Kommentar StGB*, 4. Aufl. 1991 (Stand Novembre 1997), § 336 Rdnr. 5.

²⁸⁷ Per risolvere una tale problematica, come già osservato, una prima soluzione era stata quella di utilizzare una teoria soggettiva nella determinazione dell'abuso del diritto, ritenendo

La problematica non consente una soluzione unanimemente condivisibile, tuttavia parte della dottrina ha ritenuto di risolvere il problema ritenendo che il requisito “abuso del diritto” richiesto dalla fattispecie di *Rechtsbeugung* si riferisca tanto al diritto codificato, quanto al diritto cosiddetto “sovralegale”, cioè quella sorta di diritto naturale di cui parla il giurista tedesco Gustav Radbruch nella sua celebre “formula”²⁸⁸.

Come noto, per la risoluzione del contrasto tra il diritto positivo ed il diritto naturale e per stabilire quando il giudice debba applicare il diritto “sovralegale” a fronte della ingiustizia del diritto positivo, la formula di Radbruch stabilisce che «*Il conflitto tra giustizia e certezza del diritto dovrebbe potersi risolvere nel senso che il diritto positivo, garantito da statuto e potere, ha la preminenza anche quando è, nel suo contenuto, ingiusto e inadeguato, a meno che il conflitto tra la legge positiva e la giustizia raggiunga una misura così intollerabile (o un tale grado di intollerabilità) da far sì che la legge, quale ‘ diritto ingiusto’ debba cedere alla giustizia*»²⁸⁹.

In applicazione di tale formula, pertanto, la punizione dei giudici dei regimi a titolo di *Rechtsbeugung* sarebbe consentita poiché gli stessi – a fronte della intollerabilità del diritto positivo dei regimi di appartenenza

che il giudice commettesse *Rechtsbeugung* in tutti i casi in cui, pur applicando le norme giuridiche, decidesse in maniera contraria alle proprie convinzioni giuridiche. Tuttavia una tale soluzione non consentì la condanna di alcun giudice, dal momento che nel caso specifico - come intuitivo - non si raggiunse la prova dell’elemento soggettivo in tal senso orientato.

²⁸⁸ RADBRUCH G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche JZ*, 1946, p. 107 «*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann der Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unznweckmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als “unrichtiges Recht” der Gerechtigkeit zu weichen hat*».

²⁸⁹ Trad. a cura di VASSALLI *Formula di Radbruch e diritto penale*, ed. Giuffrè, Milano 2001, pag. 6.

– avrebbero dovuto decidere secondo giustizia, disapplicando tale diritto positivo ingiusto.

Senza addentrarsi nel merito della discussione (che afferisce altresì al più ampio dibattito tra sostenitori del positivismo e giusnaturalisti)²⁹⁰, in questa sede ci si limiterà ad esporre la già richiamata teoria (seguita dalla dottrina maggioritaria e applicata in giurisprudenza), che appoggia caldamente la individuazione del diritto sovralegale quale oggetto delle *Rechtsbeugung* e ne delimita i contorni, facendolo coincidere innanzitutto con i «*principi giuridici non scritti di giustizia sostanziale o processuale, che nel corso del tempo si sono attestati quali intoccabili regole del comportamento umano presso popoli di ogni cultura*»²⁹¹.

A questi principi – che sono individuabili ad esempio nell’obbligo di pari trattamento e nei brocardi processuali dell’ “*auditur et altera pars*” e dell’ “*in dubio pro reo*” – si sono aggiunti nel corso del tempo i principi contenuti nelle convenzioni di diritto internazionale²⁹². Secondo una costante giurisprudenza questi principi costituiscono il cosiddetto “nocciolo duro” del diritto (*Kernbereich des Rechts*) e le leggi che contrastano in modo eclatante con essi ricadono nell’ambito di applicazione del § 339 *StGB*²⁹³.

²⁹⁰ Per una esposizione completa e organica delle diverse tesi si veda ad es. MÖLLER-HEILMANN B., op. cit., pag.17 ss.

²⁹¹ MÖLLER – HEILMANN B., op. cit. pag. 24 « [...] die ungeschriebenen Rechtsprinzipien materieller und prozessualer Gerechtigkeit, die sich als unantastbar anzusehende Grundsätze menschlichen Verhaltens bei aller Kulturvölkern im Laufe der Zeit herausgebildet haben. “

²⁹² Ci si riferisce in modo particolare alla “Dichiarazione internazionale dei diritti dell’ uomo” del 10. 12. 1948 e al “Patto internazionale sui diritti civili e politici” del 19. 12. 1996.

²⁹³ V. MÖLLER – HEILMANN B. op. cit. pag. 24.

IV. IL CONCETTO DI RECHTSBEUGUNG, RINVIO.

Dopo aver affrontato l'analisi dei singoli elementi della fattispecie legale occorre ora soffermarsi sul vero e proprio concetto di *Rechtsbeugung*, operazione che (come era già stato rilevato in relazione alla determinazione della ingiustizia nella *prevaricación judicial*) presenta una serie di complesse problematiche.

In relazione al contesto tedesco, oltretutto, le difficoltà sono acuite dalla circostanza che il *BGH* ha fornito una propria interpretazione del § 339 *StGB* - peraltro fortemente criticata in dottrina - di cui si dovrà in questa sede ripercorrere essenzialmente la linea evolutiva.

Sul concetto di *Rechtsbeugung* si fronteggiano essenzialmente le tre teorie già analizzate nell'individuazione degli elementi della norma spagnola: la teoria "oggettiva"²⁹⁴, quella "soggettiva"²⁹⁵ e la cosiddetta "teoria della violazione dell'obbligo"²⁹⁶.

Per la analisi approfondita di tali teorie si rimanda pertanto al capitolo primo, sottolineando in questa sede come la teoria tradizionalmente accolta in Germania sia quella oggettiva²⁹⁷, sebbene negli ultimi anni si

²⁹⁴ Sostenuta da : MARX, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters gemäss §336 StGB*, in *JZ 1970*, pag. 249; SEEBODE, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, pag. 18; dello stesso, *Rechtsbeugung und Rechtsbruch*, in *JR 1994*, pag. 1 (3 ss.); LACKNER, *StGB* § 336 Rdn. 5; SPENDEL, in: *LK, StGB*, § 336 Rdn. 7, 41; SEEMANN, *Die Haftungsprivilegierung des Richters im Rahmen des § 336 StGB*, pag. 26;

²⁹⁵ Sostenuta ad esempio da.: MOHRBOTTER, *Zur strafrechtliche Verantwortlichkeit des Spruchrichters und Staatsanwalts fuer den Inhalt der gesetzlichen Entscheidung*, in *JZ 1969*, 491; SARSTEDT *Fragen der Rechtsbeugung*, in: LUTTGER (a cura di) *Festschrift fuer Heinitz*, 427 (433).

²⁹⁶ Sostenuta da: SCHMIDT-SPEICHER, *Hauptprobleme der Rechtsbeugung*, pag. 72, 75, 81; VORMBAUM, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, pag. 364; BERHENDT, *Die Rechtsbeugung*, in *JuS 1989*, 945 (948);

²⁹⁷ Cfr. SEEBODE, *Rechtsbeugung und Rechtsbruch*, in *JR 1994*, 1 (FN 4); *BGH*, Urt. v. 29. 10. 1992 – 4 StR 353/92, in *NJW 1993*, 605 (606); *KG*, *Beschl. V. 25. 8. 1988 – 4 Ws 56/88*, in *NStZ 1988*, 557.

noti una apertura dei Tribunali nei confronti della teoria intermedia, *revirement* di cui si darà conto nel proseguo della trattazione²⁹⁸.

Secondo l'opinione generale la *Rechtsbeugung* può essere commessa in diversi modi in relazione alle tre funzioni fondamentali del giudice, che si riassumono nella ricerca dei fatti (*Sachverhaltsermittlung*), la loro valutazione (*Sachverhaltswürdigung*) e la determinazione delle conseguenze penali del reato (quest' ultima soprattutto laddove si tratti di determinare la pena) (*Strafzumessung*).

In relazione alla prima funzione, si ha *Rechtsbeugung* nel caso in cui il giudice nella ricerca dei fatti non si attenga alle modalità conformi all'ordinamento processuale. Infatti, come asserisce Roxin: «*Il formalismo giudiziale del procedimento è direttamente funzionale alla protezione della dignità umana, cosicché in questo caso lo scopo [del procedimento, n.d.r.] è sottomesso alla correttezza materiale*»²⁹⁹.

Nell'ambito della valutazione dei fatti e soprattutto nel caso di violazione di norme processuali si ha *Rechtsbeugung* in senso stretto qualora il giudice attraverso il suo comportamento crei non tanto il mero pericolo di una decisione sbagliata, quanto piuttosto il pericolo concreto di una decisione iniqua, a favore o sfavore di una parte³⁰⁰.

Infine, qualora si tratti di determinare la pena vengono in considerazione i casi di una doppia valutazione degli elementi della fattispecie (la violazione del cosiddetto *Doppelwertungsverbot* di cui al § 46 comma 3

²⁹⁸ Cfr. infra par.

²⁹⁹ Cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, § 1 B. II: «*Die Justizförmigkeit des Verfahrens dient unmittelbar dem Schutze der Menschenwürde, so dass in diesem Fall das Ziel der materiellen Richtigkeit untergeordnet ist.*»

³⁰⁰ Cfr. MÖLLER - HEILMANN B. op. cit. , pag. 35.

*StGB*³⁰¹) e le sensibili sproporzioni tra gravità del fatto e sanzione irrogata³⁰².

Appare chiaro come le considerazioni sin qui svolte riguardino il tenore letterale della norma, così come essa emerge dal testo del codice.

Come già accennato, tuttavia, al dato codicistico il *BGH*, attraverso una controversa prassi interpretativa, ha aggiunto una serie di elementi che hanno prodotto una vera e propria restrizione (*Einschränkung*) dell'ambito applicativo della fattispecie.

V. L'INTERPRETAZIONE DELLA FATTISPECIE DA PARTE DEL BGH.

La prassi interpretativa in questione ha avuto inizio con una sentenza emessa nel 1984 dalla terza sezione penale del *Bundesgerichtshof*³⁰³. Fino ad allora qualsiasi applicazione del diritto era apparsa abbastanza grave da ricadere nell'ambito della fattispecie di cui al § 339 *StGB* e l'unica voce discorde con una tale interpretazione era stata quella del rappresentante del governo von Bülow. Questi nel 1973, durante le sedute della Commissione speciale per la riforma del diritto penale, aveva espresso la convinzione che il § 336 *StGB* (così allora era rubricato l'attuale § 339) comprendesse «*non semplicemente ogni sbagliata applicazione del diritto, piuttosto soltanto il piegamento del diritto*»³⁰⁴. In questo elemento si sarebbe potuto scorgere – a detta

³⁰¹ Il testo della norma è il seguente: § 46, Abs. 3 *StGB* «*Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden*». Il giudice non può cioè prendere in considerazione, nella commisurazione della pena, circostanze che il legislatore ha fatto oggetto della fattispecie legale e che son quindi già state oggetto di valutazione.

³⁰² Cfr. a tal proposito anche SPENDEL, in, *LK StGB*, § 336 Rdn. 64.

³⁰³ *BGH*, Urt. v. 23. 5. 1984 – 3 StR 102/84, in *NJW* 1984, 2711.

³⁰⁴ «*nicht schlechtin jede unrichtige Rechtsanwendung, sondern nur die Beugung des Rechts*»

dell'autore -«un elemento normativo, già in grado di fungere da regolamento essenziale»³⁰⁵.

Il punto di vista di von Bülow per lungo tempo non ebbe alcun seguito, finchè nel 1984 il *BGH*, nella sua celebre sentenza si richiamò ad esso , spingendosi comunque oltre nella interpretazione della fattispecie.

Secondo la Corte infatti con l'espressione *Rechtsbeugung* non si intende ogni sbagliata applicazione del diritto, piuttosto solamente una «violazione della legge» («*Rechtsbruch*»). Nella sentenza del 1984 si legge inoltre: «*commette Rechtsbeugung solo colui che ricopre un ufficio, il quale consapevolmente si discosti dalla legge in maniera particolarmente grave e orienti il suo agire quale organo dello Stato secondo i suoi personali parametri piuttosto che seguendo quelli stabiliti dal legislatore*»³⁰⁶.

Anche le rimanenti sezioni della Corte si sono adeguate a questa interpretazione e addirittura la quarta sezione ha ritenuto di dover circoscrivere ulteriormente il concetto di *Rechtsbeugung*, riducendolo ai casi nei quali «*la decisione rappresenti un atto palesemente arbitrario*»³⁰⁷.

Le critiche alla posizione del *BGH* da parte della dottrina sono state numerosissime, soprattutto poiché la Corte con il suo operato è stata accusata di aver realizzato non una interpretazione estensiva, quanto una vera e propria modificazione – peraltro illegittima - del dato legislativo,

³⁰⁵ «[...] man ein normatives Element erblicken können, das bereits als wesentliches Regulativ zu wirken vermag». In senso critico rispetto a queste affermazioni si veda : MÖLLER – HEILMANN, op. cit., pag. 37.

³⁰⁶ *BGH*, sent. cit. « *Rechtsbeugung begeht nur ein Amtstraeger, der sich bewusst und in schwerwiegender Weise vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates an seinen eigenen Massstäben anstelle der vom Gesetzgeber statuierten ausrichtet* ».

³⁰⁷ *BGHSt* 40, 272 (283). « [...]die Entscheidung einen offensichtlichen Willkürakt darstellt »

creando in tal modo un ingiustificato privilegio per gli appartenenti alla amministrazione della giustizia ³⁰⁸.

La traduzione italiana dei termini impedisce di cogliere la effettiva portata della restrizione operata dalla Corte, ma analizzando i termini tedeschi emerge evidente la discrepanza tra il dato codicistico (ossia *Beugung* del diritto) e il requisito richiesto dal *BGH* (che si concretizza invece nel *Bruch* del diritto). Il termine *Beugung* significa, come già sottolineato *supra* ³⁰⁹, “piegamento, flessione”³¹⁰, mentre il sostantivo *Bruch* si traduce come “infrazione, violazione, trasgressione”³¹¹ se ci si limita alla accezione giuridica del termine, come “rottura”³¹² considerando il significato più comune.

Come giustamente osserva Neumann «[...] già dal punto di vista puramente lessicale una *Beugung* è meno che un *Bruch*. Entrambi si contrappongono inconciliabilmente, poiché o qualcosa è ‘solo’ piegato, in modo tale che ci si trova di fronte semplicemente ad una ‘dilatazione’, oppure qualcosa è rotto, cioè definitivamente spezzato»³¹³.

Numerose sono state le giustificazioni che il *BGH* ha portato a sostegno della liceità di una siffatta restrizione della fattispecie.

Nella sentenza del 1984 la Corte affermò che la restrizione conseguiva alla necessità di evitare l’ insorgere di un «senso di incertezza del

³⁰⁸ Così LEHMANN, *Recht muss Recht bleiben – Zur Verurteilung eines Richters des obersten Gerichts der DDR durch Richter des BGH*, in *NJ* 1996, pag. 561 (563).

³⁰⁹ vedi introduzione.

³¹⁰ Cfr. MACCHI V., “*Dizionario Tedesco-Italiano, italiano-Tedesco*”, Sansoni editore, Milano, 1995

³¹¹ Cfr. MACCHI V. op. cit. *supra*.

³¹² Cfr. MACCHI V. op. cit. *supra*.

³¹³ NEUMANN, op. cit. pag.148: «[...] Schon rein sprachlich ist eine *Beugung* weniger als ein *Bruch*. Beides steht auch unvereinbar gegenüber, denn entweder ist etwas ‚nur‘ gebeugt, so dass lediglich eine Ueberdehnung vorliegt, oder etwas ist gebrochen, also endgültig entzwei».

*diritto nel soggetto decidente»*³¹⁴, altrimenti «*l'indipendenza del decidere dei giudici»*³¹⁵ sarebbe stata seriamente compromessa.

Nelle decisioni successive³¹⁶ il *BGH* si soffermò anche sulla afflittività delle sanzioni previste dal § 339 *StGB*, per cui ritenne di dover restringere i casi in cui i giudici potessero venir imputati, individuando solo nelle fondamentali violazioni di legge comportamenti così gravi da meritare una pena detentiva ammontante nel minimo ad un anno.

Anche considerando la possibilità della sospensione condizionale della pena (che vanificherebbe quindi questa impostazione) la Corte ha ritenuto che - in ogni caso - la perdita dell'ufficio (quale conseguenza necessaria della condanna per *Rechtsbeugung* ai sensi dello *StGB*) si giustifichi solo in relazione a violazioni di legge particolarmente gravi.

In dottrina³¹⁷ sono emerse perplessità in relazione al fatto che, nonostante il *BGH* ritenga che la sanzione prevista dal legislatore sia inadeguata, esso non abbia ancora proposto la questione alla Corte Costituzionale.

Un ulteriore argomento sostenuto dalla Corte a fondamento della restrizione della punibilità è stato la necessità di proteggere l'autorità di cosa giudicata propria dei procedimenti già conclusi³¹⁸. A tale impostazione è stato però giustamente obiettato³¹⁹ che «*dal tenore letterale della legge e dalla volontà del legislatore non si può trarre la*

³¹⁴ *BGH*, sent. cit., pag. «[...] bei dem Entscheidungsträger das Gefühl der Rechtsunsicherheit...»

³¹⁵ *ibi*, pag. «die Unhabhaengigkeit des richterlichen Entscheidens»

³¹⁶ si veda ad es. *BGHSt* 38, 381 (383).

³¹⁷ a questo proposito: NEUMANN, op. cit. pag. 64; BEMANN, *Zur aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, in *JZ* 1995, pag. 123 (127); SEEBODE, *Rechtsbeugung und Rechtsbruch*, in *JR* 1994, pag. 1 (5).

³¹⁸ Cfr. *BGHSt* 41, 251.

³¹⁹ Cfr. NEUMANN, op. cit., pag. 66.

conclusione che per il passaggio in giudicato di una sentenza si debba accettare passivamente una ingiustizia giudiziaria dolosa»³²⁰.

Ulteriori critiche³²¹ sono state mosse anche alla affermazione della Corte secondo la quale solo «*particolarmente gravi ed inequivocabili violazioni del diritto*»³²² sono in grado di scuotere la fiducia della popolazione nella “inviolabilità” del diritto e quindi solo esse è lecito includere nella fattispecie della *Rechtsbeugung*³²³.

Le considerazioni sopra esposte e la illustrazione della interpretazione della fattispecie da parte del *BGH* mostrano chiaramente la sensibile difficoltà applicativa che il § 339 *StGB* incontra nella prassi. Per porre rimedio a questa situazione di incertezza, che si concretizza spesso nella mancata punizione di comportamenti meritevoli di sanzione, alcuni autori hanno proposto una modificazione del testo normativo³²⁴.

Il nuovo § 339 *StGB* da essi elaborato dovrebbe avere il seguente tenore:
§ 339. « (1) *Un giudice, un altro pubblico ufficiale o un arbitro il quale nel trattare o decidere una questione giuridica violi il diritto a favore o a svantaggio di un interessato viene condannato per Rechtsbeugung ad una pena detentiva da uno a cinque anni; nei casi meno gravi la pena detentiva non è inferiore a sei mesi.*

(2) In casi particolarmente gravi la sanzione è una pena detentiva fino a dieci anni . Un caso particolarmente grave ricorre normalmente quando il diritto viene piegato attraverso una grave violazione dei diritti umani, l'irrogazione di una pena insopportabilmente sproporzionata rispetto al

³²⁰ *ibi*, pag. 66 «[...] dem Gesetzwortlaut und damit dem Willen des Gesetzgebers nicht zu entnehmen ist, dass für die Rechtskraft eines Urteils eine vorsätzliche richterliche Ungerechtigkeit hinzunehmen ist».

³²¹ A tal proposito si veda NEUMANN, op. cit., pag 65.

³²² *ibi*, pag. 65 «*besonders schwere und eindeutige Rechtsverletzungen*»

³²³ Cfr. *BGHSt* 42, 343 (349).

³²⁴ BEMANN/ SEEBODE/ SPENDEL, *Rechtsbeugung – Vorschlag einer Gesetzreform*, ZRP 1997, 307 ss.

fatto, oppure in modo tale che un interessato abbia subito gravi danni»³²⁵.

Nonostante quella sopra esposta sia soltanto una delle possibili stesure alternative della norma si tratta pur sempre di un encomiabile tentativo di risolvere un problema, la cui soluzione sembra sempre di più essere affidata ad una necessaria modifica legislativa che chiarisca l'ambito di applicabilità della fattispecie, attribuendo ai suoi elementi una determinatezza che ne impedisca le interpretazioni arbitrarie.

VI. LA FATTISPECIE DAL PUNTO DI VISTA SOGGETTIVO.

L'atteggiamento della giurisprudenza si è rivelato contraddittorio anche in riferimento ai requisiti soggettivi della fattispecie di cui al § 339 *StGB*, soprattutto qualora si è trattato di chiarire se la *Rechtsbeugung* richiedesse il dolo diretto o se invece per realizzare tale delitto fosse sufficiente il mero dolo eventuale.

Le prime decisioni in materia di *Rechtsbeugung* non si occuparono tuttavia di questo problema, come dimostrano le sentenze emesse nel 1945 dallo *Schwurgericht Kassel*³²⁶.

In quelle occasioni i giudici si limitarono infatti a stabilire che nei confronti degli appartenenti ai tribunali speciali del periodo nazionalsocialista non si potesse parlare di dolo nell'abuso del diritto,

³²⁵ «Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, der bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zuungunsten eines Beteiligten das Recht verletzt, wird wegen Rechtsbeugung mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe von nicht unter sechs Monaten bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn das Recht durch eine schwere Menschenrechtsverletzung, durch Verhängung einer in einem unerträglichen Missverhältnis zur Straftat stehenden Strafe oder so gebeugt ist, dass ein Beteiligter einen besonders grossen Schaden erlitten hat.»

³²⁶ *Rassenschende – Fall Hollaender*, in *Justiz und Judenverfolgung*, II vol. : NS – Verbrechen vor Gericht 1945 – 1955, 1978, pag. 308 ss.

dal momento che quei giudici erano “convinti, certo anche fanatici nazionalsocialisti³²⁷” da parte dei quali si doveva perciò tenere in considerazione la possibilità di una “cecità giuridica” (*“Rechtsblindheit”*).

Critico verso questa interpretazione si mostra Spendel³²⁸, il quale correttamente osserva come, nel caso in questione «*in realtà il giudicante non è un impune autore per errore, quanto un punibile ‘autore per convinzione’ schiavo della sua fanatica ideologia nazionalsocialista, che molto chiaramente sapeva che la sua opinione non veniva condivisa da tutti i rappresentanti stessi del Regime nazionalsocialista*»³²⁹.

Obiezioni vengono sollevate anche da Wassermann³³⁰, il quale osserva: «*[...] la Rechtsblindheit è spesso una mera ‘affermazione protettiva’, il che vale giustamente in primo luogo qualora essa sia il risultato di una convinzione politica. Perciò la Rechtsblindheit non può venire ammessa solo per il fatto che giudici e pubblici ministeri sono stati sottoposti ad una pluriennale e intensivo indottrinamento*»³³¹.

Nel 1949 il problema dell’elemento soggettivo della fattispecie (anche se come semplice *obiter dictum* privo di vincolatività) venne affrontato dall’ *OLG Bamberg*³³², che in quell’occasione ritenne necessario il dolo

³²⁷ “*ueberzeugte, ja sogar fanatische Nationalsozialisten*”

³²⁸ SPENDEL, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, 1974

³²⁹ SPENDEL, op. cit., pag. 13. “*[...] In Wahrheit ist hier der Urteilende nicht ein strafloser Irrtums-, sondern ein in seiner fanatischen NS- Ideologie befangener strafbarer Ueberzeugungstaeter, der sehr wohl wusste, dass seine Meinung selbst nicht von allen Vertretern des NS- Regimes geteilt wurde*”.

³³⁰ WASSERMANN, *Rechtsblindheit? – Müssten Roland Freisler und Hilde Benjamin straffrei bleiben?*, in *NJW* 1995, pag. 2965.

³³¹ „*[...] Rechtsblindheit häufig eine blosse Schutzbehauptung ist, was erst recht gilt, wenn sie der Ausfluss politischer Überzeugung ist. Rechtsblindheit darf aus diesem Grund keineswegs schon deshalb unterstellt werden, weil Richter und Staatsanwälte langjähriger, intensiver Indoktrination ausgesetzt gewesen sind.*“

³³² *OLG Bamberg, Beschl. v. 1. 4. 1949 – Ss 28/49, SJZ 1949, 491.*

diretto quale requisito soggettivo del reato. Nella decisione si legge infatti: «(un giudice, n.d.r.) può essere punito dal punto di vista dell'omicidio volontario in seguito a una condanna a morte da lui pronunciata solo quando egli piega il diritto, cioè decide ingiustamente con dolo diretto»³³³.

Il *BGH* mantenne invece una posizione più aperta, ritenendo in una decisione del 1952³³⁴ che la *Rechtsbeugung* non richiedesse alcuna forma specifica di dolo, mentre in due successive decisioni degli anni 1953 e 1954³³⁵ lasciò aperta la questione se il dolo eventuale fosse sufficiente ad integrare la fattispecie.

Una decisiva inversione di tendenza nella giurisprudenza della Corte Suprema si compì attraverso la decisione che il *BGH* emise in data 7.12.1956³³⁶: in quell'occasione infatti il collegio giudicante ritenne che la punibilità del dolo eventuale non fosse conciliabile con la indipendenza dei giudici e la così dichiarata necessità del dolo diretto ebbe come conseguenza la mancata punizione delle condanne a morte emesse dai tribunali popolari, così come la mancata condanna dei giudici e pubblici ministeri attivi ai tempi del nazionalsocialismo³³⁷.

All'interno della prassi giurisprudenziale scaturita da questa nuova linea interpretativa un forte dissenso scatenò inoltre nel 1968 la vicenda

³³³ «wenn er das Recht beugt, also mit direktem Vorsatz unrichtig entscheidet, wegen eines von ihm ausgesprochene Todesurteils unter dem Gesichtspunkt der vorsätzlichen Tötung bestraft werden kann».

³³⁴ *BGH*, Urt. v. 29. 5 1952, - 2 StR45/50, MDR 1952, 693 (694).

³³⁵ Si tratta delle decisioni : *BGH* Urt. v. 9. 6. 1953 – 1 StR 198/53 e *BGH*, Urt. v. 30. 11. 1954 – 1 StR350/53, che non sono state pubblicate.

³³⁶ *BGHSt* 10, 294 ss., Urt. v. 7. 12. 1956 – 1 StR 56/56.

³³⁷ Si veda al riguardo *MOELLER – HEILMANN*, op. cit. pag. 43.

relativa al giudice Rehse³³⁸, assolto appunto poiché nel caso di specie i giudici non ravvisarono il dolo diretto.

Quella appena ricordata non è stata comunque l'unica obiezione sollevata in dottrina dall'interpretazione del *BGH*: fortemente critico nei confronti di un tale atteggiamento giurisprudenziale si è dimostrato anche Spendel, il quale ha altresì aspramente criticato la disparità con cui vengono trattati i soggetti diversi dai giudici.

Spendel motiva a partire da una sentenza del *BGH*³³⁹ con la quale una informatrice della *Gestapo* - che attraverso una denuncia aveva condotto il prete dott. Metger davanti al *Volksgerichtshof* - era stata condannata per concorso in omicidio. Nel caso di specie il *BGH* aveva riconosciuto che la condanna del prete e l'esecuzione della pena rappresentavano un «*doloso, illecito omicidio sotto la maschera della amministrazione della giustizia*»³⁴⁰ e avevano pertanto condannato anche i giudici del tribunale che aveva emesso la sentenza, tra cui Rehse.

In relazione a questo caso Spendel parla di “misurazione attraverso una doppia bilancia”, ponendo l'accento sul fatto che qualora l'imputazione riguardi un laico e questi sia accusato di concorso in illecita condanna a morte emessa dal *Volksgerichtshof*, nel caso in cui si giunga ad una

³³⁸ (Il giudice Rehse esercitò la propria attività presso il *Volksgericht* dal 10. 11. 1941 fino alla fine della guerra e partecipò a 471 processi come giudice a latere e ad uno come presidente. Su circa 1034 imputati condannati vennero inflitte 502 pene di morte. Rehse venne condannato per la prima volta nel 1967, per aver concorso in almeno sette casi alla pronuncia di condanne a morte. IL *BGH* annullò la sentenza emessa in prima istanza dal *SchwG Berlin* con la quale Rehse veniva condannato per *Rechtsbeugung*. Il *BGH* dubitò del dolo nella commissione della *Rechtsbeugung* a causa di una possibile “cecità giuridica” o “acceciamento” dell'imputato. Il secondo processo davanti al *SchwG Berlin* terminò con l'assoluzione, dato che non si riuscì a provare il dolo diretto). *BGH* in *NJW* 1968, pag. 1339-1340. La prima sentenza - di condanna - del *SchwG Berlin* si trova in *DRichtZ* 1967, pag. 390-393; la seconda sentenza - di assoluzione - è riportata in :WAGNER WALTER, *Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat*, 1974, pag. 856.

³³⁹ La sentenza si trova in *NJW* 1956, pag. 1485, 1486.

³⁴⁰ «*vorsätzliche, rechtswidrige Tötung unter dem Deckmantel des Strafrechtspflege*»

condanna questa riguarderà anche i giudici del *Volksgerichtshof*: il requisito della consapevolezza dell'ingiustizia della decisione emessa viene infatti in questo caso per tali giudici dedotto per implicito. Nel caso in cui invece siano gli stessi giudici ad essere direttamente imputati tale consapevolezza viene negata³⁴¹.

Un tale atteggiamento del *BGH* è stato oggetto di critiche³⁴² anche dal punto di vista della sproporzione tra la responsabilità dei giudici, i quali vengono puniti solo in base al dolo diretto, e le altre categorie professionali, che rispondono invece anche per semplice colpa (le considerazioni sull' *Haftungsprivileg* dei giudici verranno comunque riprese ed approfondite *infra*)³⁴³.

Sulla scia delle crescenti obiezioni alla interpretazione della norma da parte del *BGH* nel 1974 si giunse ad una riforma della fattispecie codificata, come caldeggiato dalla Commissione speciale del Parlamento tedesco³⁴⁴.

La Legge introduttiva al codice penale promulgata il 2 marzo 1974 eliminò infatti l'aggettivo "doloso" ("*vorsätzlich*") dalla fattispecie codificata e non seguì la proposta governativa con la quale si prevedeva, all'interno della stessa fattispecie, l'introduzione degli avverbi: "intenzionalmente o coscientemente" ("*absichtlich oder wissentlich*").

In seguito a questa riforma legislativa i principali commentari al Codice penale ritengono che per realizzare il presupposto soggettivo del delitto di cui al § 339 *StGB* sia sufficiente il dolo eventuale³⁴⁵ e ad essi si

³⁴¹ vedi SPENDEL, op. cit., pag. 14.

³⁴² Si veda sul punto: NEUMANN, op. cit. pag. 66 e SPENDEL, op. cit. pag.15.

³⁴³ Cfr. *infra*, par.

³⁴⁴ BT, SondAussch. F. d. StrafRef., Prot. 7/1062, 1153.

³⁴⁵ Vedi LACKNER – KUHL e SCHONKE – SCHRODER, i quali inferiscono entrambi tale conclusione dal fatto che nel testo definitivo non sian stati inseriti gli elementi presenti nella proposta legislativa, cioè le parole „absichtlich „ e „wissentlich“.

affianca la maggioranza degli autori in dottrina³⁴⁶, pur se non mancano voci dissenzienti³⁴⁷.

Lo stesso *BGH* si richiama comunque alla tesi sostenuta da Spendel nel *Leipziger Kommentar*³⁴⁸ qualora, in una sentenza del 1994³⁴⁹, per la prima volta dichiara espressamente che il dolo eventuale è sufficiente ad integrare la fattispecie della *Rechtsbeugung*.

Degna di nota è infine la sentenza emessa il 16 novembre 1995 dal *BGH*³⁵⁰, con la quale la Corte ha riconosciuto la propria responsabilità di fronte alla mancata punizione dei crimini del Nazionalsocialismo ed ha ammesso di aver operato una interpretazione restrittiva dei requisiti soggettivi della fattispecie. Nel testo della decisione si legge infatti: «*Le condanne a morte emesse dal tribunale popolare sono rimaste impuniti, nessuno dei giudici e pubblici ministeri attivi presso il tribunale popolare è stato condannato per Rechtsbeugung, così come nessuno dei giudici dei tribunali speciali e di guerra. Un ruolo fondamentale in questa tendenza ha avuto non da ultima la giurisprudenza del BGH. Questa giurisprudenza ha incontrato notevoli critiche, che il Senato ritiene fondate. Nel complesso il BGH propende per la considerazione,*

³⁴⁶ Si veda ad es. SPENDEL, *Zur strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters. Die Vorsatzform bei der Rechtsbeugung*, in LUTTGER (a cura di), *Festschrift fuer Heinitz*, pag. 445 (447 ss.); MAIWALD, *Rechtsbeugung im SED – Staat*, NJW 1993, 1881 (1888), SEEMANN, *Die Haftungsprivilegierung des Richters im Rahmen des § 336 StGB*, pag. 28 ss.; SCHOLDERER, *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat*, pag. 639.

³⁴⁷ Si veda ad es. KRAUSE, *Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsbeugungsvorsatz*, NJW 1977, 285 (286) il quale sostiene che la presa di posizione della commissione straordinaria non abbia alcuna vincolatività e che sulla problematica del dolo il legislatore non si sia espresso. A suo parere dal solo consenso alla cancellazione dalla parola “*vorsätzlich*” non si può dedurre l’ammissione di qualsiasi forma di dolo. L’ammissione del dolo diretto costituirebbe infatti a suo parere un’intollerabile allargamento della punibilità”.

³⁴⁸ SPENDEL, *LK 10. Auf. § 336 Rdn. 77 ff.*

³⁴⁹ *BGH*, Urt. V. 6. 10. 1994 – 4 StR 23/94, in JR 1995, pag. 211 ss. Nel caso di specie la Corte si riferisce alla fattispecie di cui al § 336 StGB e afferma che ad integrarne gli elementi sia sufficiente il dolo eventuale contrapponendola al § 244 DDr-StGB, il quale richiede invece il dolo diretto.

³⁵⁰ *BGH*, Urt. v. 16. 11. 1995 – 5 StR 747/94, NJW 1996, 857 (863)

che il fallimento della punizione dei giudici del Nazionalsocialismo sia stata condizionata soprattutto attraverso una troppo ampia restrizione nell'interpretazione dei presupposti soggettivi della fattispecie della Rechtsbeugung»³⁵¹.

Gritschneider ³⁵² ha definito questa affermazione una “ tardiva confessione del *BGH*” e in un articolo dal titolo omonimo ha esaminato i motivi che a suo parere avrebbero spinto la Corte a “ritrattare “ la propria precedente giurisprudenza.

In seguito alla lettura del suo saggio, particolarmente interessante appare la considerazione secondo cui i giudici che hanno emesso la sentenza fossero tutti nati in anni tali da permettere che il periodo della loro formazione scolastica e accademica fosse sottratto alla influenza del regime, essendo tale regime ormai caduto.

Inoltre il *BGH* avrebbe - a parere dell'Autore - tenuto in considerazione uno scritto³⁵³ del Ministro della giustizia³⁵⁴ pubblicato nel 1989, nel quale quest'ultimo esprimeva le seguenti riflessioni: *«La fuga di fronte al passato ritengo sia l'atto mancato della giustizia federale tedesca; la sua manifestazione si trova soprattutto nel fatto che nessuno dei giudici dei tribunali speciali o del Volksgerichtshof a causa di nessuna delle*

³⁵¹ „[...] *Die vom Volksgerichtshof gefällten Todesurteile sind ungesühnt geblieben, keiner der am Volksgerichtshof tätigen Berufsrichter und Staatsanwälte wurde wegen Rechtsbeugung verurteilt; ebensowenig Richter der Sondergerichte und der Kriegserichte. Einen wesentlichen Anteil an dieser Entwicklung hatte nicht zuletzt die Rechtsprechung des BGH. Diese Rechtsprechung ist auf erhebliche Kritik gestossen, die der Senat als berechtigt erachtet. Insgesamt neigt der Senat zu dem Befund, dass das Scheitern der Verfolgung von NS – Richter vornehmlich durch eine zu weitgehende Einschränkung bei der Auslegung der subjektiven Voraussetzungen des Rechtsbeugungstatbestandes bedingt war.*“

³⁵² GRITSCHNEDER, *Rechtsbeugung. Die späte Beichte des Bundesgerichtshof*, in *NJW* 1996, pag. 1239 ss.

³⁵³ Si tratta dello scritto. “ *In Namen des deutschen Volkes, Justiz und Nationalsozialismus*”, in *Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz*, a cura del BUNDESMINISTER DER JUSTIZ, 1989, pag.5.

³⁵⁴ Il quale allora era *Hans A. Engelhard*, FDP.

numerose sentenze ingiuste è stato definitivamente condannato dai tribunali della Germania federale»³⁵⁵.

Da ultimo Gritschneider ritiene che un ruolo non secondario abbiano avuto le critiche mosse da Spendel all' atteggiamento della Corte, la quale avrebbe alla fine ceduto alla forza persuasiva delle argomentazioni sostenute da quest'ultimo.

Alla luce di una tale affermazione sembra giustificato ritenere che il dolo eventuale sia stato accettato anche a livello giurisprudenziale quale sufficiente elemento soggettivo della fattispecie. Ciò non vale tuttavia per i delitti compiuti sotto la vigenza della fattispecie di cui al § 224 *DDR – StGB* (norma del codice penale della *DDR* che disciplinava la *Rechtsbeugung*), dal momento che questa ultima norma richiede espressamente il requisito del dolo diretto³⁵⁶.

I problemi relativi alla fattispecie sono tuttavia ben lungi dall'essere risolti, poichè la stessa demarcazione del confine tra dolo eventuale e colpa cosciente presenta una notevole difficoltà, e in riferimento a tale questione tra gli autori c'è chi ritiene che il concreto contenuto del dolo eventuale debba essere stabilito da dottrina e giurisprudenza³⁵⁷.

Critico rispetto all'azione del *BGH* è infine Neumann³⁵⁸, che nel suo saggio accusa addirittura la Corte di aver operato la restrizione della fattispecie oggettiva (secondo le modalità illustrate *supra*³⁵⁹) in risposta alla modifica legislativa del 1974, che aveva influito invece (come si è visto) sugli elementi soggettivi della fattispecie. Non essendo più

³⁵⁵ “ *Flucht vor der Vergangenheit halte ich für die Fehlleistung der bundesdeutschen Justiz; ihren Ausdruck findet sie vor allem in der Tatsache, dass keiner der Richter eines Sondergerichts oder der Volksgerichtshofs wegen eines der zahlreichen Unrechtsurteile von bundesdeutschen Gerichten rechtskräftig verurteilt worden ist*“.

³⁵⁶ In questa norma compare infatti l'avverbio “*wissentlich*” (coscientemente).

³⁵⁷ Di questo parere è KUHLE, in LACKNER-KUHLE StGB, § 339 Rdn.9.

³⁵⁸ NEUMANN, op. cit. pag.70.

³⁵⁹ Si vedano le pagine 4 e ss.

accettabile, in seguito a tale modifica, la precedente interpretazione restrittiva dei requisiti soggettivi operata dal *BGH* (il quale aveva - come *supra* illustrato - sostenuto la necessità del dolo diretto) la Corte sarebbe stata costretta, a parere del Neumann, a «[...]...*creare un correlato alla sua restrizione, divenuta non più sostenibile, al fine di poter in ogni caso restringere la norma. Ciò avvenne attraverso la restrizione della fattispecie oggettiva*»³⁶⁰.

Quantunque la condivisibilità di una tale affermazione sia discutibile, l'analisi della interpretazione della norma da parte del *BGH* lascia spazio ad una serie di perplessità, soprattutto in relazione al cosiddetto “*Haftungsprivileg*” (una sorta di “privilegio di responsabilità”), con cui la norma è in stretta correlazione e di cui si tratterà nel prossimo paragrafo.

VII. LA “SPERRWIRKUNG”.

La norma di cui al § 339 *StGB* possiede una cosiddetta “efficacia di sbarramento” (“*Sperrwirkung*”) in base alla quale, qualora un soggetto sia imputato per *Rechtsbeugung*, egli non potrà essere condannato per nessun altro delitto commesso nel trattare o decidere una questione giuridica se non vengono soddisfatti i requisiti della prima fattispecie; in altre parole la condanna di un giudice per un delitto comune presuppone necessariamente la condanna per *Rechtsbeugung*.

Bisogna comunque precisare come tale effetto si espliciti solo in relazione alle azioni del giudice che intervengano nella sfera delle parti processuali, procurando un danno alle posizioni giuridiche di queste

³⁶⁰ “[...]...*ein Korrelat zu seiner nicht mehr haltbare gewordenen Einschränkung des subjektiven Tatbestandes schaffen, um die Norm dennoch einschränken zu können. Dies erfolgte durch die Restriktion des objektiven Tatbestandes.*“

ultime³⁶¹. Laddove, ad esempio, il giudice diffami un testimone o un avvocato nel corso dell'udienza, il procedimento a suo carico per diffamazione non sarà certo impedito dal fatto che tale comportamento non integri la fattispecie di *Rechtsbeugung*³⁶².

La casistica ricadente sotto l'effetto della *Sperrwirkung* si rivela di considerevole ampiezza, dal momento che di regola i giudici non vengono imputati solamente per la *Rechtsbeugung* commessa, ma anche perché attraverso di essa hanno realizzato un altro delitto (si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui un giudice emetta una sentenza ingiusta condannando un soggetto ad una pena detentiva: accanto alla *Rechtsbeugung* al giudice sarà imputato anche il sequestro di persona).

Solitamente i delitti commessi dai giudici, accanto al sequestro di persona (*Freiheitsberaubung*, § 239 StGB) sono - prima della abolizione della pena di morte da parte dell'art. 102 GG nel 1949 - l'omicidio colposo (*fahrlässige Tötung*, § 222 StGB), l'omicidio (*Totschlag*, § 212 StGB) e l'assassinio (*Mord*, § 211 StGB).

Sull'origine dell'istituto la dottrina non ha dubbi e si riporta qui per tutti l'opinione di Möller-Heilmann: «*La Sperrwirkung risale comunque alle considerazioni di Gustav Radbruch nel 1946. Nella valutazione della giurisprudenza nazionalsocialista egli giunse infatti al risultato che la punibilità di un giudice secondo i §§ 239, 211 e 212 del codice penale (relativi ad assassinio, omicidio e sequestro di persona, n.d.r.) necessita al tempo stesso di una punibilità per Rechtsbeugung*»³⁶³.

³⁶¹ HUPE ASTRID, *Der Rechtsbeugungsvorsatz. Eine Untersuchung zum subjektiven Tatbestand des § 336 StGB unter besondere Berücksichtigung des richterlichen Haftungsprivilegs*, 1995, pag. 20.

³⁶² Della stessa opinione: VORMBAUM., pag. 372; SK-RUDOLPHI, § 336 Rn. 22; BGH, NJW 1984, pag. 2712.

³⁶³ MÖLLER – HEILLMANN, op. cit., *Die sog. Sperrwirkung geht ebenfalls auf die Überlegungen Gustav Radbruchs im Jahre 1946 zurück. Bei der Beurteilung der*

Radbruch espresse tale concetto con queste parole: «*La punibilità di un giudice per omicidio presuppone il contemporaneo accertamento della commissione da parte sua di una Rechtsbeugung. Infatti la sentenza di un giudice indipendente può essere oggetto di una sanzione solo qualora egli abbia violato il principio, al quale quell'indipendenza è funzionale, della sottoposizione alla legge, cioè al diritto*»³⁶⁴.

La giurisprudenza si è comunque ben presto adattata al riconoscimento di tale efficacia alla norma, potenziandone anzi l'applicazione.

Un caso esemplare di tale tendenza rappresenta il *Fall Holländer*³⁶⁵, in cui il tribunale negò la *Rechtsbeugung* per mancanza dell'elemento soggettivo nei giudici e così facendo - attraverso la *Sperrwirkung* - escluse altresì la condanna per omicidio degli stessi.

Il fondamento dogmatico di tale istituto è stato ricercato ricorrendo ad un'ampia serie di considerazioni, le più convincenti delle quali si rivelano essere quelle basate sulla protezione della indipendenza del giudice.

I sostenitori di tale teoria richiamano l'attenzione sul fatto che il giudice, qualora tema di essere punito per qualsiasi violazione di legge commessa nell'esercizio delle sue funzioni, non riuscirebbe a decidere

nationalsocialistische Rechtsprechung kam er zu dem Resultat, dass die Strafbarkeit eines Richters nach den §§ 239, 211 und 212 StGB zugleich eine Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung erfordere“. L'autrice richiama in nota: RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ 1946*, pag. 105 (108). „

³⁶⁴ RADBRUCH, op. cit., pag. 108. Il testo originale è il seguente: „*Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung voraus. Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade der Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d.h. unter das Recht, verletzt hätte.*“

³⁶⁵ Si tratta del caso di *Holländer*, un giudeo condannato a morte, trattato dal *LK Kassel* nel 1952.

liberamente. Per evitare ciò si è cercato di ridurre i casi punibili a quelli che integrino anche la fattispecie della *Rechtsbeugung*³⁶⁶.

Contro questa argomentazione è stato obiettato che in realtà la indipendenza protegge il giudice dalle interferenze degli altri due poteri statali, non dal controllo dello stesso potere giudiziario³⁶⁷.

A confutare questa obiezione interviene tuttavia l'ulteriore considerazione per cui qualsiasi controllo esterno è funzionale a minare la libertà decisionale del giudice, poco importa se esso venga esercitato dallo stesso potere giudiziario³⁶⁸.

Una parte della dottrina rinviene un'ulteriore legittimazione della *Sperrwirkung* nell'obbligo di decidere del giudice ("*Entscheidungszwang*")³⁶⁹.

Tale argomentazione si supera però facilmente qualora si consideri che un obbligo di agire fa capo anche ad un'altra serie di professioni, le quali non ricadono tuttavia sotto la protezione di un analogo effetto di sbarramento (basti pensare alla professione medica e ai casi in cui si deve agire con urgenza)³⁷⁰.

³⁶⁶ BGH, Urt. v. 29. 5. 1952 – 2 StR 45/50, MDR 1952, 695; MOLLER - HEILMANN, op. Cit., pag. 47; BEHRENDT, *Die Rechtsbeugung*, in *JuS* 1989, 945 (950); SPENDEL, in *LK StGB*, § 336 Rdn. 129.

³⁶⁷ MÖLLER-HEILMANN B., op. cit. pag. 47; SEEBODE, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, pag. 109; VORMBAUM, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, pag. 371.

³⁶⁸ MOLLER-HEILMANN, op. cit. pag. 47; SCHROEDER, *Der Rechtsfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtssachen*, in *GA* 1993, pag. 389 (392).

³⁶⁹ VORMBAUM, *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, pag. 372; WEBER, *Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Laender*, in *GA* 1993, pag. 195 (pag. 215 ss.).

³⁷⁰ Così SCHROEDER, *Der Rechtsfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtssachen*, in *GA* 1993, pag. 389.

Quello sin qui illustrato viene definito da Astrid Hupe come il “carattere privilegiante” (“*privilegierende Charakter*”) della norma di cui al § 339 *StGB*³⁷¹.

L'autrice chiama la limitazione della responsabilità dei giudici che consegue a tale norma “*Haftungsprivileg*”(privilegio di responsabilità) e ne rinviene gli effetti soprattutto nel fatto che, essendo la *Rechtsbeugung* punibile solo se commessa dolosamente, per effetto della *Sperrwirkung* anche tutti gli altri delitti comuni potranno essere addebitati al giudice solo qualora vi sia dolo, con esclusione di qualsiasi azione colposa.

L'efficacia appena esposta viene giustificata sul piano dogmatico facendola derivare dallo stesso tenore letterale della norma, in ossequio ad una acuta riflessione di Hassemer³⁷² il quale nota: «*Una norma penale non agisce solo come fondamento della punibilità ed in tal modo incriminante. Essa è sempre allo stesso tempo anche una norma che impedisce o delimita la punibilità, poiché essa - attraverso la previsione di presupposti della fattispecie – restringe la punibilità a casi specifici*»³⁷³.

La norma si pone quindi come “delimitatrice della punibilità” per *Rechtsbeugung*, al fine di assicurare la libertà ed indipendenza dei giudici nella decisione. Infatti, dal momento che la norma assoggetta a rigidi presupposti i casi in cui può essere applicata, i giudici sono

³⁷¹ E' da precisare come l' autrice si riferisca nel suo lavoro (che risale all'anno 1995) al § 336. Come già segnalato in precedenza tuttavia, dal momento che lo spostamento della norma dal § 336 al § 339 non ha apportato modificazioni contenutistiche, non si ritiene errato applicare le considerazioni fatte dall'autrice anche alla nuova fattispecie del § 339.

³⁷² In *JuS* 1990, pag. 766.

³⁷³ “*Eine Strafvorschrift wirkt nicht immer strafbarkeitsbegründend und damit belastend. Sie ist immer zugleich auch eine Strafeinschränkungs- oder Strafverhinderungsvorschrift, da sie die Strafbarkeit auf bestimmte Fälle durch die Vorgabe von Tatbestandsvoraussetzungen eingrenzt.*“

consapevoli che la sindacabilità del loro operato è limitata ai casi di gravi violazioni, oltretutto non colpose.

Sempre in relazione alla indipendenza del giudice la *Rechtsbeugung* esplica però, secondo quanto sostenuto da Hupe³⁷⁴, anche un differente effetto, che l'autrice ricollega al "carattere repressivo" ("*repressiv Charakter*") della norma. Dopo aver evidenziato come il § 339 *StGB* - quantunque comprenda una cerchia abbastanza ampia di soggetti - sia una norma applicata soprattutto nei confronti dei giudici, Hupe si sofferma ad analizzare l'art. 97 *GG*, che codifica appunto a livello costituzionale l'indipendenza di tali soggetti.

Soprattutto in relazione all'aspetto personale di detta indipendenza, che si concretizza nella inamovibilità e insostituibilità dei giudici, l'autrice pone in rilievo la funzione assolta dalla statuizione secondo cui i giudici sono "soggetti solo alla legge"³⁷⁵.

La previsione dell'obbligo di osservare la legge costituisce secondo l'autrice il presupposto stesso dell'indipendenza del giudice³⁷⁶ e la garanzia della parità di trattamento nei confronti di coloro che si rivolgono alla amministrazione della giustizia per il soddisfacimento delle proprie pretese. Poste queste premesse, compito del § 339 *StGB* sarebbe proprio garantire il rispetto della legge da parte del giudice ed in tal modo evitare abusi che questo possa fare della propria indipendenza.

Il carattere repressivo della norma che è stato appena illustrato si affianca nel pensiero di Hupe ad un ulteriore carattere che l'autrice definisce "privilegiante" (e del quale si è parlato *supra*), riflessione da

³⁷⁴ HUPE, op. cit. pag. 17 ss.

³⁷⁵ «*nur dem Gesetz unterworfen*»

³⁷⁶ In maniera analoga a quanto osservato in relazione alla fattispecie di *prevaricación*,. A tal proposito si v. *supra*, pag.

cui scaturisce l'attribuzione da parte della stessa autrice di una "doppia natura" ("*Doppelnatur*") al § 339 *StGB*.

Al di là della esattezza o meno di una simile teoria il solo fatto di aver potuto ravvisare in una stessa fattispecie due "anime" totalmente opposte è sintomatico del più generale fenomeno per cui una stessa norma sia suscettibile di una pluralità di interpretazioni, non sempre lecite né condivisibili. Non sembra di essere in errore qualora si affermi che le considerazioni esposte nelle pagine precedenti (relative alla giurisprudenza del *BGH*) possano costituire un esempio palese del fenomeno generale a cui si è appena accennato.

VIII. I COSIDDETTI "FALLGRUPPEN" ELABORATI DAL BGH.

Tenendo ferme le considerazioni sinora esposte e i risultati ottenuti nell'interpretazione giurisprudenziale della fattispecie nel corso del tempo, si procederà di seguito alla disamina delle riflessioni contenute in quella che la dottrina³⁷⁷ definisce la *Leitentscheidung* ("decisione-guida") del *BGH* in materia di *Rechtsbeugung*: si fa riferimento alla sentenza del 13 dicembre 1993³⁷⁸, nell'ambito della quale il *BGH* – trovandosi per la prima volta a decidere un caso di *Rechtsbeugung* riguardante giudici della *DDR*– dettò i principi-guida per l'applicazione della fattispecie, elaborando i cosiddetti *Fallgruppen* (gruppi di casi) nell'ambito dei quali è sempre possibile rinvenire una *Rechtsbeugung*.

In particolare - trattandosi della punibilità di soggetti agenti in un precedente e sensibilmente diverso sistema giuridico ed essendo quindi necessario il rispetto del principio di irretroattività – la Corte fissò le

³⁷⁷ Si veda NEUMANN, op. cit., pag. 109.

³⁷⁸ *BGH*, Urt. v. 13. 12. 1993 – 5 StR 76/93 (LG Berlin), in *JZ* 1994, pag. 796 ss.

caratteristiche che l'azione criminosa deve possedere perché la norma che ne prevede la punizione possa essere sottratta all'applicazione del divieto di retroattività e quindi l'autore possa essere giudicato.

Sebbene tale statuizione relativa alla punibilità si configuri all'interno della sentenza quale semplice *obiter dictum*, la sua forza si evince dalla circostanza che in seguito tutte le pronunce dei tribunali in tema di *Rechtsbeugung* commessa in applicazione delle fattispecie del c.d. "diritto penale politico" abbiano tenute fermi i principi in essa contenuti e di conseguenza i giudici abbiano costantemente deciso in conformità di essi.

Prendendo in considerazione questi principi in specifico, il primo requisito necessario per la punibilità risulta essere il carattere dell'azione criminosa, la quale deve assumere le connotazioni di un "atto arbitrario". Utilizzando le parole dello stesso *BGH*: «[...] una punizione dei giudici della DDR per *Rechtsbeugung* deve essere limitata ai casi nei quali la illegittimità della decisione era così palese e in particolare i diritti dell'altro, soprattutto i suoi diritti umani, sono stati violati in maniera talmente grave che la decisione si presenta come atto arbitrario»³⁷⁹.

Di fronte ad una tale affermazione sorge spontaneo il legittimo interrogativo su quale sia la concezione di "diritti umani" che la Corte intende avallare quando parla di loro violazione. In risposta a questo dubbio, nel paragrafo immediatamente successivo della sentenza il *BGH* chiarisce che il metro di paragone sono i diritti umani «come essi sono stati riconosciuti nella DDR attraverso l'adesione al "Patto

³⁷⁹ *ibi*, pag. 800 « [...] eine Bestrafung von Richtern der DDR wegen *Rechtsbeugung* auf Fälle zu beschränken sein, in denen die Rechtswidrigkeit der Entscheidung so offensichtlich war und insbesondere die Rechte anderer, hauptsächlich ihre Menschenrechte, derart schwerwiegend verletzt worden sind, dass sich die Entscheidung als Willkürakt darstellt ».

internazionale sui diritti civili e politici” (entrato in vigore per la DDR a partire dal 23. 3. 1976)»³⁸⁰.

L’individuazione di questo nucleo di diritti fondamentali la cui violazione legittima la applicazione della fattispecie della *Rechtsbeugung* è, come già accennato, funzionale al rispetto dell’art. 103, II comma GG, che sancisce il principio di irretroattività delle norme penali.

Infatti, come affermato dal *Bundesverfassungsgericht* in una sentenza risalente al 1998³⁸¹ «*l’art. 103; II comma GG non è applicabile quando la prassi statale che sta alla base dell’applicazione della legge [...] disprezza i diritti umani universalmente riconosciuti nella comunità internazionale; poiché attraverso ciò il detentore del potere statale pone in atto estrema ingiustizia statale, che può rimanere salda solo finché perdura il potere statale a ciò preposto*»³⁸².

Sempre nella stessa sentenza e riguardo alla applicabilità dell’art. 103, II comma GG, la Corte osserva inoltre che «*riguardo ai [...] gruppi di casi di Rechtsbeugung elaborati dal BGH si tratta di intollerabili violazioni dei diritti umani, per la quali un giudice della DDR interessato non può richiamarsi alla stretta protezione dell’affidamento attraverso l’art. 103*

³⁸⁰ *ibi*, pag. 800 «*[...] wie sie in der DDR durch den Beitritt zum Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (für die DDR in Kraft getreten am 23. 3. 1976) anerkannt waren* ».

³⁸¹ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 7. 4. 1998 – 2 BvR 2560/95, in *NJW* 1998, pag. 2585 ss.

³⁸² *ibi*, pag. 2585 «*Art. 103 II GG ist nicht anwendbar, wenn die der Rechtsanwendung zugrundeliegende Staatspraxis [...] die in der Völkergemeinschaft allgemein anerkannten Menschenrechte in schwerwiegende Weise missachtet; denn hierdurch setzt der Träger der Staatsmacht extremes staatliches Unrecht, das sich nur solange behaupten kann, wie die dafür verantwortliche Staatsmacht faktisch besteht* ».

GG»³⁸³, ribadendo in tal modo la legittimità della punizione nei gruppi di casi “modello” individuati dal *BGH* nella sentenza del 1993.

I casi individuati dalla Corte, nei quali essa ravvisa una «*palese grave violazione dei diritti umani contrassegnata da arbitrarietà, in presenza della quale [...] viene in considerazione una punizione per Rechtsbeugung*»³⁸⁴ possono idealmente essere divisi in tre gruppi, in base alla condotta specifica che caratterizza ciascuno di essi.

Nel primo gruppo sono da annoverare i casi in cui – utilizzando le parole dello stesso *BGH* - le «*[...] fattispecie – attraverso il superamento del tenore letterale o attraverso lo sfruttamento della loro indeterminatezza sono state estese a tal punto che una punizione, specialmente con pena detentiva, è da considerare una palese ingiustizia*»³⁸⁵.

Rientrano quindi in questo primo gruppo i casi di illegittima interpretazione estensiva della fattispecie, nell’ambito dei quali si inquadrano più in generale i problemi relativi alle modalità di interpretazione delle norme da parte dei giudici³⁸⁶.

³⁸³ *ibi*, pag. 2586 «*Bei den [...] von dem BGH gebildeten Fallgruppen der Rechtsbeugung handelt es sich um unerträgliche Menschenrechtsverletzungen, für die sich ein daran beteiligter Richter der DDR nicht auf den strikten Schutz des Vertrauens durch Art. 103 II GG berufen kann*».

³⁸⁴ *BGH, Urt. v. 13. 12. 1993*, già citato, pag. 800 «*Als durch Willkür gekennzeichnete offensichtliche Menschenrechtsverletzung, bei der [...] eine Bestrafung wegen Rechtsbeugung in Betracht kommt [...]*»

³⁸⁵ *ibi*, pag. 800 «*[...] Straftatbestände unter Überschreitung des Gesetzwortlauts oder unter Ausnutzung ihrer Unbestimmtheit bei der Anwendung derart überdehnt worden sind, dass eine Bestrafung, zumal mit Freiheitsstrafe, als offensichtliches Unrecht anzusehen ist*».

³⁸⁶ Cfr. a tal proposito le considerazioni elaborate da Scheffler (SCHEFFLER U., *Gedanken zur Rechtsbeugung*, in *NSfZ* 1996, pag.67 ss) il quale ha individuato una triade di possibili varianti della illegittima interpretazione delle norme da parte dei giudici.

La prima variante è costituita dalla interpretazione «*praeter legem*», la quale ricorre quando «*il giudice vuole agire secondo il presunto volere del legislatore*», la seconda dall’interpretazione «*contra legem*», la quale si concretizza in una «*correzione della legge*» (*Gesetzkorrektur*) ed infine la terza variante viene individuata in quelle decisioni «*[...] nelle quali i giudici ignorano certo più o meno apertamente la legge, soprattutto però danno in merito libero corso alle loro motivazioni estranee ai fatti*». L’autore dopo aver individuato le tre varianti sopra esposte procede ad una esplicitazione critica delle ragioni della loro ricorrenza

Nel secondo gruppo vanno invece ricondotti i casi di illegittimità nella determinazione della pena, che la Corte individua qualora «[...] la sanzione inflitta [...] (sia) intollerabilmente sproporzionata rispetto all'azione, cosicché la pena, anche in contrasto con norme del diritto della DDR, deve apparire come notevolmente ingiusta e come grave violazione dei diritti umani»³⁸⁷.

L'ultimo gruppo di casi si riferisce alle modalità di conduzione del processo e si presenta qualora «[...] la persecuzione penale e la punizione non abbiano assolutamente perseguito la realizzazione della giustizia, quanto piuttosto la eliminazione dell'avversario politico o di un preciso gruppo sociale»³⁸⁸.

nella prassi e fornisce anche una possibile interpretazione della reticenza nella punizione della *Rechtsbeugung*, analizzando il legame che lo stesso sembra rinvenire tra decisioni giudiziarie e aspettativa sociale.

³⁸⁷ *ibi*, pag. 800 « [...] die verhängte Strafe [...] in einem unerträglichen Missverhältnis zu der Handlung gestanden hat, so dass die Strafe, auch im Widerspruch zu Vorschriften des DDR Strafrechts, als grob ungerecht und als schwerer Verstoß gegen die Menschenrechte erscheinen muss ». Tale modalità di commissione della *Rechtsbeugung* si qualifica come la più ricorrente nella prassi della punizione del delitto commesso dai giudici della ex-DDR. La individuazione in simili casi di comportamenti integranti atti arbitrari qualificabili come *Rechtsbeugung* poggia innanzitutto sulla circostanza che nella DDR – a dispetto del fatto che non esistessero leggi a proposito – il principio della necessaria proporzionalità della pena era universalmente riconosciuto e a partire dal 1968 inoltre – anno di promulgazione del codice penale della DDR – il § 61 di detto codice intervenne a dettare i principi in base ai quali si sarebbe dovuta determinare la pena, stabilendo inoltre l'illegittimità di una determinazione ancorata a parametri extralegali (Cfr. MINISTERIUM DER JUSTIZ/AKADEMIE DER STAATS- UND RECHTSWISSENSCHAFT DER DDR, a cura di, *Strafrecht der DDR, Kommentar* 2. ediz. Berlino ovest 1987, § 61 Anm 1)..

³⁸⁸ *ibi*, pag. 800 « [...] die Strafverfolgung und die Bestrafung überhaupt nicht der Verwirklichung von Gerechtigkeit, sondern der Ausschaltung des politischen Gegners oder einer bestimmten sozialen Gruppe gedient haben ». All'interno di tale ultimo gruppo di casi la dottrina (WILLNOW, op. cit., pag. 266 ss.; MÖLLER-HEILMANN B., op. cit. pag. 217 ss.) individua tradizionalmente tre tipi di decisioni.

Le tre tipologie di decisioni sopra accennate si concretizzano più in specifico nelle sentenze relative a procedimenti in cui siano state violate norme processuali, nelle decisioni emesse per scopi politici ed infine nelle sentenze emesse in seguito ad un accordo tra giustizia e potere esecutivo. Con riferimento alle sentenze relative a procedimenti in cui si rinvenga violazione di norme processuali, occorre sottolineare come ai tempi della DDR l'interpretazione delle norme fosse caratterizzata da un'ampia libertà, in virtù della quale non sempre le norme processuali della DDR possono essere assimilate a quelle dell'attuale Stato di diritto. Infatti,

Come evidente, il *BGH* ha in questa decisione continuato nella sua già intrapresa linea di restringimento dell'ambito applicativo della fattispecie in questione ed a tal proposito in dottrina è stato criticamente osservato come «*sulla base del non legislativamente ricavabile restringimento della fattispecie oggettiva della Rechtsbeugung il BGH vuole lasciar valere [...] quale oggettiva azione tipica della Rechtsbeugung secondo il § 336 StGB solo gli “atti arbitrari” dei giudici, ad esempio “palesi gravi violazioni dei diritti umani”. Si noti l'esagerazione: non inequivoche violazioni di legge, piuttosto “violazioni dei diritti umani”, e neppure solo siffatte, piuttosto solo “gravi violazioni dei diritti umani”, oltretutto non ancora queste, piuttosto solamente “palesi gravi violazioni dei diritti umani” devono per prime (essere sufficienti a) realizzare la fattispecie della Rechtsbeugung!?*»³⁸⁹.

come ha criticamente osservato Willnow «*modi di conduzione del procedimento allarmanti dal punto di vista dello Stato di diritto, i quali tuttavia corrispondevano al diritto processuale della DDR – perlomeno dal punto di vista degli imputati appartenenti alla amministrazione della giustizia della DDR – non rappresentavano gravi violazioni dei diritti umani*» (cfr. WILLNOW, op. cit., pag. 266). Perciò anche in questi casi l'interpretazione del *BGH* esplica il suo “effetto limitante della punibilità”, dal momento che – utilizzando le parole di Möller-Heilmann «in relazione a questo gruppo di casi la mancanza del requisito della grave violazione di legge si manifesta davvero particolarmente, poiché senza questa barriera numerosi casi illegittimi nel senso originario avrebbero potuto senza problemi realizzare la fattispecie oggettiva» (cfr. MÖLLER-HEILMANN B., op. cit. pag. 217).

³⁸⁹ SPENDEL G., *Rechtsbeugung und Justiz*, in *JZ* 1995, pag. 375 ss. «*Aufgrund seiner vom Gesetz nicht gedeckten Einschränkung des objektiven Rechtsbeugungstatbestandes will der BGH als “Gesetzwidrigkeit” i.S.d. § 244 StGB-DDR und damit auch noch richterliche „Willkürakte“ gelten lassen, z. B. „offensichtlich(e) schwere Menschenrechtsverletzungen“.* Man beachte die Überspitzung: nicht eindeutige Rechtsverletzungen, sondern „Menschenrechtsverletzungen“, doch nicht schon solche, sondern nur „schwere Menschenrechtsverletzungen“, aber selbst noch nicht diese, sondern allein „offensichtlich(e) schwere Menschenrechtsverletzungen“ sollen erst den Rechtsbeugungstatbestand erfüllen!?.».

***IX. L'APPLICAZIONE DELLA FATTISPECIE NELLA GIURISPRUDENZA
TEDESCA. RASSEGNA DI CASI DI RECHTSBEUGUNG NON
RIGUARDANTI LA EX-DDR.***

Le considerazioni sinora svolte in relazione ai casi di *Rechtsbeugung* commessa da giudici dei regimi e le cautele riscontrate nella punizione di tali soggetti in virtù della peculiare posizione istituzionale dagli stessi rivestita, non sono certo direttamente trasponibili all'ulteriore analisi relativa alla applicazione della fattispecie di *Rechtsbeugung* nei confronti di giudici operanti nel differente contesto della Germania federale.

E' pertanto con questa consapevolezza che occorre effettuare la disamina dei principali casi di *Rechtsbeugung* che hanno occupato i Tribunali tedeschi negli ultimi anni, considerando inoltre come rispetto agli stessi siano altresì valevoli le riflessioni svolte in relazione alla fattispecie di *prevaricacion*, riflessioni non trasponibili alla punizione dei giudici dei regimi proprio in virtù delle più volte rilevate peculiarità della situazione in cui gli stessi si trovavano ad operare.

Nell'analisi delle decisioni si seguirà il criterio cronologico, che appare il più consono ad una simile trattazione, quantunque si debba sin d'ora premettere come anche nell'ordinamento tedesco (in maniera simile a quanto osservato in relazione alla Spagna) i tribunali abbiano avuto poche occasioni di occuparsi del delitto.

Una importante decisione, in cui il *BGH* ha adottato una concezione dell'illecito innovativa rispetto alla sua tradizionale impostazione, è la sentenza emessa in data 5 dicembre 1996³⁹⁰, che ha deciso sul ricorso di

³⁹⁰ BGH, Urt. v. 5. 12. 1996 – 1 StR 376/96, pubblicato in *JR* 1997, pag. 471 ss.

un giudice avverso la sentenza del *Landesgericht* che lo aveva condannato in primo grado a un anno e tre mesi di reclusione per *Rechtsbeugung* commessa attraverso violazione di norme processuali.

La vicenda per la quale il giudice era stato accusato riguardava R., imputato per frode e falsa testimonianza. Quest'ultimo era stato arrestato in base ad un'ordinanza emessa il 31. 3. 1995 (giovedì santo). In seguito al rifiuto del giudice competente di decidere sulla richiesta di liberazione R. rimase in carcere. Il suo avvocato si rivolse all'attuale imputato – giudice presso il tribunale del luogo di detenzione – suo amico, chiedendogli il rilascio di R. Nonostante non fosse in servizio nel periodo pasquale l'attuale imputato in data 3. 4. 1994 (domenica di Pasqua) emise ordinanza di rilascio, senza preoccuparsi di cercare i giudici competenti per il caso secondo l'organizzazione del tribunale e senza neppure ascoltare il pubblico ministero. Il rilascio avvenne dietro pagamento di una cauzione.

Il *BGH* ha ritenuto che il *Landesgericht* nel condannare l'imputato avesse attribuito alle violazioni processuali da questo commesse più peso di quanto esse avessero in realtà.

Dopo l'ulteriore considerazione che il *Landesgericht* non aveva avuto bisogno di valutare i requisiti soggettivi dal momento che l'accertamento delle violazioni processuali era già sufficiente per la condanna, nell'ambito della sentenza la Corte ha esaminato e confutato tali violazioni considerandole singolarmente.

Occorre preliminarmente sottolineare come la Corte abbia ritenuto che «[...] non ogni violazione di legge deve essere considerata come abuso del diritto, piuttosto questo requisito della fattispecie contiene un

*elemento normativo, atto a comprendere solo elementari lesioni della amministrazione della giustizia attraverso le quali l'agente si allontani consapevolmente ed in maniera grave dal diritto e dalla legge*³⁹¹, con ciò dimostrando di ritenere necessari anche nei confronti di giudici non appartenenti ai regimi i requisiti elaborati nell'ambito della valutazione delle azioni compiute dai giudici della *ex DDR*.

A tal proposito la dottrina tedesca ha infatti rilevato come «*Occorre osservare come i criteri inadeguatamente alti, che a ragione e con enfasi sono stati mantenuti in precedenza in relazione alle accuse di Rechtsbeugung contro giudici della ex-DDR, vengano utilizzati anche “ in ambito normale ”*»³⁹².

Alla luce dei parametri così individuati, la Corte nel caso di specie ha ritenuto che: «*Gli errori giuridici attribuiti all'imputato non hanno secondo una considerazione obiettiva un peso tale da poter essere per ciò solo considerati come elementari violazioni di legge*»³⁹³.

Dopo una simile premessa la Corte procede – nel seguito della sentenza - alla già accennata analisi dei singoli casi, adducendo per ogni violazione giustificazioni tali da confermare il suo punto di vista di partenza, cioè il fatto che nessuna violazione presenti una tale gravità da giustificare l'accusa di *Rechtsbeugung*.

³⁹¹ «[...] ist nicht jeder Rechtsverstoss als 'Beugung' des Rechts anzusehen, vielmehr enthält dieses Tatbestandsmerkmal ein normatives Element und soll nur elementare Verstöße gegen die Rechtspflege erfassen, bei denen sich der Täter bewusst und in schwerer Weise von Recht und Gesetz entfernt»

³⁹² MULLER, op. cit., pag. 363 « Zu beachten ist, dass die unangemessen hohen Massstäbe, die jüngst im Zusammenhang mit den Rechtsbeugungsvorwürfen gegen Richter in der ehemaligen DDR mit Nachdruck aufrecht erhalten wurden, auch „im Normalbetrieb“ angewendet werden [...] »

³⁹³ BGH, Urt. v. 5. 12. 1996, pag. 472 « Die dem Angeklagten angelasteten Rechtsfehler wiegen bei einer objektiver [...] Betrachtung nicht so schwer, dass allein darin schon elementare Rechtsverstöße gesehen werden können ».

In particolare la violazione delle norme sulla competenza – sebbene la Corte consenta a ritenere *«la garanzia del giudice naturale come pilastro portante del processo nello Stato di diritto»*³⁹⁴ - non assume una particolare gravità agli occhi del *BGH*, in quanto esso ritiene che qualsiasi giudice nel condurre un procedimento sia sottoposto alla stesse regole, indipendentemente se sia competente o meno. Da ciò deriva l'ulteriore affermazione secondo cui *«solo in base ad una errata motivazione della competenza non derivano ancora, di regola, per le parti vantaggi o svantaggi tangibili»*³⁹⁵.

Per giustificare l'annullamento dell'ordinanza di carcerazione da parte dell'imputato nonostante non ricorresse alcuno dei casi previsti dal § 115 *StPO* (recante appunto la disciplina dei casi di legittimo annullamento di tali ordinanze) il *BGH* ha fatto ricorso all'elemento soggettivo. Secondo le disposizioni del § 115 *StPO* l'imputato avrebbe dovuto consultarsi con il giudice competente prima di annullare l'ordinanza, precetto a cui l'imputato non si attenne. Un tale modo di agire è stato tuttavia ritenuto lecito sulla base della considerazione che *«alla base del suo comportamento sta probabilmente la aspettativa, che egli non avrebbe potuto durante i giorni di Pasqua in nessun caso parlare con un giudice a conoscenza della questione o degli atti procedurali»*³⁹⁶.

³⁹⁴ *ibi*, pag. 472 « [...] die Gewährleistung des gesetzlichen Richters als Eckpfeiler rechtsstaatlichen Prozessierens [...] ».

³⁹⁵ *ibi*, pag. 472 « Allein aus einer fehlerhaften Zuständigkeitsbegründung erwachsen den Prozessparteien im Regelfall noch keine greifbaren Vor- oder Nachteile »

³⁹⁶ *ibi*, pag. 473 « [...] seinem Verhalten möglicherweise die Erwartung zugrundelag, er werde über die Ostertage [...] jedenfalls keinen mit der Sache oder den Verfahrensakten vertrauten Richter ansprechen können ».

Anche la mancata audizione del pubblico ministero è stata ritenuta lecita in base «*alla urgenza della decisione sull'arresto e alla circostanza, che c'era poca probabilità di raggiungere un pubblico ministero a conoscenza del caso*»³⁹⁷.

Secondo la Corte, infine, la stessa scelta della cauzione quale misura cautelare nonostante essa non fosse compresa tra le misure adottabili ai sensi de § 116 StPO non era in grado di fondare l'accusa di *Rechtsbeugung*, dal momento che «*lo scopo della norma, di garantire l'accesso dello Stato alle garanzie offerte, non era stato in nessun momento seriamente minacciato*»³⁹⁸.

In base alle considerazioni sinora esposte la Corte ha ritenuto pertanto non condivisibile la visione del *Landesgericht*.

Quest'ultimo aveva infatti dedotto dalle circostanze del caso che l'imputato non avrebbe cercato il giudice competente perché sapeva che – secondo il piano di ripartizione del lavoro nel tribunale - a decider la questione sarebbe stato preposto lo stesso giudice che già una volta aveva rigettato la richiesta di scarcerazione. Secondo il *Landesgericht* dunque «*l'imputato avrebbe agito con l'intenzione mirata a impedire – attraverso la pretesa di una propria competenza – la indesiderata decisione di un giudice competente*»³⁹⁹. Sempre al fine di non veder ostacolata la propria decisione non avrebbe inoltre proceduto alla audizione del pubblico ministero, tutto ciò – sempre secondo il

³⁹⁷ *ibi*, pag. 473 « [...] der Eilbedürftigkeit der Haftentscheidung sowie des Umstandes, dass wenig Aussicht bestand, einen mit der Sache vertrauten StA zu erreichen ».

³⁹⁸ *ibi*, pag. 473 « [...] war der Normzweck, den staatlichen Zugriff auf angebotene Sicherheiten zu gewährleisten, hier zu keinem Zeitpunkt ernsthaft gefährdet ».

³⁹⁹ *ibi*, pag. 473 « [...] habe der Angeklagte in der gezielten Absicht gehandelt, durch eigene Zuständigkeitsanmassung eine missliebige Entscheidung eines zuständigen Richters zu verhindern ».

Landesgericht - «perché l'imputato avrebbe voluto fare un piacere all'avvocato suo amico»⁴⁰⁰.

Alla appena esposta visione del *Landesgericht* il *BHG* ha contrapposto la propria, asserendo che «violazioni del diritto processuale nella modalità qui presentatasi, non sono di per sé adatte a provocare concreti concepibili vantaggi o svantaggi per una parte processuale»⁴⁰¹.

Il punto fondamentale della sentenza, che assume preminente rilievo ai fini della presente analisi, è tuttavia quello in cui la Corte fornisce una definizione di portata generale dei casi in cui la violazione di norme processuali integra la fattispecie della *Rechtsbeugung*.

Secondo il *BGH* «[...] la *Rechtsbeugung* viene in considerazione quando il giudice crea non semplicemente il pericolo astratto di una decisione sbagliata, piuttosto, attraverso il suo comportamento, cagiona un vantaggio o un pregiudizio nel senso del § 336 StGB per il fatto di creare il concreto pericolo di una decisione sbagliata. Un tale pericolo deve essere equiparato al vantaggio o pregiudizio verificatisi, poiché il § 336 StGB punisce anche la sbagliata conduzione di una questione giuridica, rendendo con ciò chiaro che un vantaggio o pregiudizio definitivi non devono necessariamente verificarsi. Un tale concreto pericolo di sbagliata applicazione del diritto si verifica in ogni caso quando un giudice attraverso una modalità giuridicamente sbagliata si riserva una competenza perché attraverso la sua decisione in maniera

⁴⁰⁰ *ibi*, pag. 473 « [...] weil der Angeklagte dem ihm befreundeten [...] Rechtsanwalt einen Gefallen habe erweisen wollen »

⁴⁰¹ *ibi*, pag. 474 « Verstöße gegen das Verfahrensrecht in der hier geschehenen Art sind [...] für sich nicht geeignet, konkrete fassbare Vorteile oder Nachteile für einen Verfahrensbeteiligten auszulösen ».

estranea alla questione vuole fare un favore ad una parte oppure persegue ulteriori motivi al di fuori del procedimento»⁴⁰².

La statuizione del *BGH* appare sicuramente innovativa nell'ambito della propria giurisprudenza in materia di *Rechtsbeugung*.

Quantunque difatti la Corte sia partita dal tradizionale assunto secondo cui ai fini della realizzazione della norma è necessaria una violazione elementare del diritto, nell'ambito della sentenza in questione ha attribuito per la prima volta rilevanza a quelli che la stessa Corte definisce come “motivi estranei al procedimento”.

In dottrina è stato notato⁴⁰³ come il *BGH* abbia in tal modo “soggettivizzato” la interpretazione anche dei requisiti oggettivi della fattispecie, imponendo al giudice di merito di tenere sempre in considerazione le motivazioni e gli intenti dell'autore e come ciò si risolva nel «[...] rendere la punibilità in generale dipendente da “motivi” , “intenzioni” e “intenti” dell'autore da analizzare dettagliatamente, nonostante il § 339 StGB richieda nient'altro che il

⁴⁰² *ibi*, pag. 474 « [...] kommt Rechtsbeugung dann in Betracht, wenn der Richter dabei nicht lediglich die abstrakte Gefahr einer falscher Entscheidung schafft, sondern durch sein Verhalten einen Vor- oder Nachteil im Sinne von § 336 StGB dadurch herbeiführt, dass er die konkrete Gefahr einer falscher Entscheidung begründet. Eine solche Gefahr muss dem eingetretenen Vorteil oder Nachteil gleichgestellt werden, weil § 336 StGB auch die fehlerhafte Leitung einer Rechtssache unter Strafe stellt und damit deutlich macht, dass ein endgültiger Vorteil oder Nachteil nicht eintreten muss. Eine solche konkrete Gefahr falscher Rechtsanwendung besteht jedenfalls dann, wenn ein Richter in rechtlich fehlerhaften Weise eine Zuständigkeit an sich zieht, weil er einer Prozesspartei mit seiner Entscheidung sachfremd einen Gefallen tun will oder er sonstige ausserhalb des Verfahrens liegende Motive verfolgt ».

⁴⁰³ Si vedano a proposito: SEEBODE MANFRED, in *Anmerkung* alla sentenza in esame, in JR 1997, pag. 474 ss.; SOWADA, op. cit. in nota 477, pag. 194.

dolo e ulteriori momenti soggettivi acquistino rilevanza unicamente al momento della quantificazione della pena»⁴⁰⁴.

Se la dottrina da ultimo richiamata nota una restrizione dell'ambito della punibilità, Volk⁴⁰⁵ ha commentato l'intervento del *BGH* come un avanzamento della soglia di punibilità stessa, ritenendo che il *BGH* abbia attribuito alle "motivazioni" e alle "intenzioni" dell'autore estranee al procedimento un "nuovo ruolo dogmatico".

A detta dell'Autore – che per illustrare il suo pensiero utilizza alcune espressioni del *BGH* contenute nella sentenza – tali motivazioni e intenzioni del soggetto agente «*costituiscono il 'concreto pericolo di una decisione sbagliata' e questo pericolo viene equiparato al vantaggio o pregiudizio effettivamente verificatosi. Questa identificazione tra pericolo concreto ed effetti favorevoli o pregiudizievoli non dipende dal fatto 'se la decisione adottata a conclusione del caso di specie fosse giuridicamente condivisibile'. Pertanto viene punito anche il giudice che vuole il male e fa il "bene", perché all'esito ha deciso in maniera giusta o almeno accettabile. Strutturalmente in questo caso si tratta di un tentativo di Rechtsbeugung»⁴⁰⁶.*

⁴⁰⁴ SEEBODE, op. cit. sopra, pag. 478 « [...] die Strafbarkeit insgesamt von näher zu ermittelnden "Motiven" und "Intentionen und "Absicht" des Täters abhängig zu machen, obwohl § 339 StGB nichts anders als Vorsatz verlangt und sonstige subjektive Momente lediglich für die Strafzumessung bedeutung haben ».

⁴⁰⁵ Si veda: VOLK K., *Rechtsbeugung durch Verfahrensverstoss, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. vom 5. 12. 1996 – I StR 376/96*, in *NStZ* 1997, pag. 412 ss.

⁴⁰⁶ VOLK, op. cit., pag. 414 «[...] konstituieren die „konkrete Gefahr einer falschen Entscheidung“, und dieser Gefahr wird mit dem tatsächliche eingetreten Vorteil oder Nachteil gleichgestellt. Für diese Identifikation von konkreter Gefahr und vorteilhaftem bzw. nachteiligem Erfolg soll es nicht darauf ankommen, „ ob die schliesslich getroffene Entscheidung in der Sache rechtlich vertretbar war“. Bestraft wird also auch der Richter, der

L'Autore individua pertanto l'avanzamento della soglia della punibilità nel fatto che il tentativo di *Rechtsbeugung* venga equiparato al delitto consumato⁴⁰⁷ e a tal proposito aggiunge: «*dal punto di vista politico-criminale questa strategia del BGH è comprensibile. Un giudice, che si attribuisce una competenza per dar spazio a considerazioni estranee alla causa, non deve poi potersi appellare al fatto di avere all'esito emesso una sentenza giusta*»⁴⁰⁸.

Una serie di acute critiche sono state mosse alle affermazioni del *BGH* nel caso di specie da Sowada, il quale ha in primo luogo contestato la considerazione secondo la quale il mancato rispetto delle regole di competenza non sarebbe una grave violazione dato che, in sostanza, è uguale quale sia il giudice decidente, essendo tali soggetti sottoposti tutti alle medesime regole. L'autore contesta una tale concezione richiamando tra l'altro una sentenza del *Bundesverfassungsgericht*⁴⁰⁹, in cui la Corte aveva chiarito come il giudice non possa essere qualificato come un "distributore automatico di decisioni" ("Rechtsprechungsautomat"), in considerazione del fatto che «*la concretizzazione del diritto nel singolo caso verrebbe [...] più o meno consapevolmente coniata dalla personalità del giudice*»⁴¹⁰.

das Böse will und das „Gute“ schafft, weil er im Ergebnis richtig oder wenigstens akzeptabel entschieden hat. Strukturell handelt es sich hier um einen Versuch der Rechtsbeugung ».

⁴⁰⁷ E' bene ricordare come il tentativo nell'ordinamento tedesco sia disciplinato secondo un criterio soggettivo e non richieda l'accertamento del requisito della idoneità degli atti, essendo sufficiente la direzione univoca della volontà del soggetto agente .

⁴⁰⁸ *ibi*, pag. 415 « *Kriminalpolitisch gesehen, ist diese Strategie des BGH verständlich. Ein Richter, der sich eine Zuständigkeit anmasst, um sachfremden Erwägungen Raum zu geben, soll sich nicht darauf berufen können, im Ergebnis das Richtige getroffen zu haben ».*

⁴⁰⁹ La sentenza è stata pubblicata in *NJW* 1995, pag. 2703 ss.

⁴¹⁰ La citazione è dalla sentenza dekl BVerfG, ma si trova in SOWADA, op. cit., pag. 184 « *die Konkretisierung des Rechts im Einzelfall [...] von der Persönlichkeit des Richters mehr oder weniger bewusst mitgeprägt werde ».*

Fortemente critica è infine la valutazione complessiva che l'Autore fa della sentenza, considerandola quale espressione di una “*strategia di impedimento*” (“*Vermeidungsstrategie*”) ed osserva: «*criminalizzazione e perdita dell'ufficio apparivano probabilmente come eccessivamente afflittive, dal momento che l'imputato aveva solo buone intenzioni e nel caso di specie non è accaduto nulla. La Corte non può risolvere la questione liberamente in maniera così profana. Esso innalza perciò, con complicate considerazioni dogmatiche, una costruzione a regola d'arte*»⁴¹¹.

Le conseguenze fortemente afflittive che la fattispecie della *Rechtsbeugung* implica a discapito del condannato sono state considerate dall'Autore «*come una forza che dal punto di vista psicologico spinge verso una interpretazione restrittiva della fattispecie*»⁴¹².

Rispetto al caso in cui si tratti di annullare la decisione di un giudice nell'ambito del giudizio di impugnazione, difatti, l'Autore nota come nel caso di applicazione del § 339 *StGB* vi siano molte più remore da parte dei giudici, dal momento che si tratta di «*criminalizzare un imputato – che nello stesso tempo è un collega – per il suo comportamento durante*

⁴¹¹ SOWADA, op. cit., pag. 195 « *Kriminalisierung und Amtsverlust erscheinen vielleicht als unangemessen hart, da es der Angeklagte doch [...] nur gut gemeint hat und in der Sache ja auch nichts passiert ist. So profan kann der Senat die Angelegenheit freilich nicht erledigen. Er errichtet deshalb kunstvoll ein Gebäude mit komplizierten dogmatischen Erwägungen [...]* ».

⁴¹² SOWADA C., *Zur Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung bei angemessener richterlicher Zuständigkeit*, in GA 1998, pag. 177 ss. La citazione è a pag. 180 « [...] *in psychologischer Hinsicht als treibende Kraft für eine restriktive Interpretation des Tatbestandes* ».

il servizio e attraverso ciò allontanarlo dal suo ufficio senza possibilità di una risocializzazione dal punto di vista lavorativo»⁴¹³.

Oltre al caso considerato nella sentenza appena esaminata, nel periodo più recente la *Rechtsbeugung* è venuta in considerazione soprattutto in relazione a procedimenti per la violazione del regolamento stradale (*Verkehrsordnung*).

Le motivazioni di una tale tendenza sono state individuate da Schulz⁴¹⁴ in due ordini di considerazioni. Da un lato c'è il particolare rigore con cui gli organi statali perseguono le trasgressioni commesse nell'ambito della circolazione stradale, per cui i giudici che appaiono troppo indulgenti nel punire le violazioni commesse in tale ambito vengono sottoposti a procedimenti penali per *Rechtsbeugung*; dall'altro lato i trasgressori ricorrono molto spesso contro le archiviazioni dei procedimenti per violazione del regolamento stradale, chiedendo la più favorevole formula assolutoria⁴¹⁵.

Anche tra le decisioni in materia ve ne sono alcune (ad oggi essenzialmente tre⁴¹⁶) nell'ambito delle quali il *BGH* ha elaborato una serie di principi generali interessanti ai fini dell'indagine sulla applicazione giurisprudenziale della fattispecie.

⁴¹³ SOWADA, op. cit., pag. 180 « [...] einen Angeklagten, der zugleich Kollege ist, für sein dienstliches Verhalten zu kriminalisieren und hiermit ohne die Möglichkeit einer beruflichen Resozialisierung seines Amtes zu entheben ».

⁴¹⁴ SCHULZ U., *Die Einstellung nach § 47 OWiG als Rechtsbeugung*, in *NJW* 1999, pag. 3471 ss.

⁴¹⁵ *ibi*, pag. 3471.

⁴¹⁶ Si tratta di: *BGH*, Urt. v. 19. 12. 1996 – 5 StR 472/96, in *NJW* 1997, pag. 1455; *OLG* Stuttgart, Beschl. v. 10. 8. 1998 – 4 Ws 159/98, in *NZV* 1998, pag. 510 ss.; *BGH*, urt. v. 3. 12. 1998 – 1 StR 240/98 (LG Bayreuth), in *NJW* 1999, pag. 1122 ss.

La prima (in ordine cronologico) delle decisioni in questione⁴¹⁷ riguarda una giudice imputata per non essersi attenuta alle statuizioni del tribunale di riesame, che aveva annullato la sua sentenza emessa in primo grado.

Nel procedimento a lei affidato la giudice aveva inflitto sanzioni pecuniarie per superamento del limite di velocità, senza tuttavia comminare il previsto ritiro della patente.

Il tribunale di riesame annullò la sentenza relativamente al verdetto di colpevolezza, osservando inoltre come per le infrazioni contestate il ritiro della patente fosse una sanzione obbligatoria, e rinviò poi allo stesso tribunale di primo grado. La giudice inflisse di nuovo una multa, senza prevedere neppure questa volta il ritiro della patente, ritenendo di non essere vincolata all'ordinanza contenente il catalogo delle multe.

Il *BGH* si occupò della questione in seconda istanza e ritenne di confermare la sentenza del *Landesgericht* che aveva assolto l'imputata dall'accusa di *Rechtsbeugung*.

Come evidente, la questione concerne il delicato problema della vincolatività - per il giudice del rinvio - delle statuizioni contenute nel provvedimento adottato dal Tribunale del riesame.

Nel caso di specie la Corte (dopo aver richiamato il consueto principio per cui costituisce *Rechtsbeugung* solo la violazione del diritto quale elementare lesione della amministrazione della giustizia) ritenne che la mancata osservanza delle valutazioni giuridiche del tribunale di riesame non fosse passibile di per sé sola di integrare una *Rechtsbeugung*,

⁴¹⁷ BGH, Urt. v. 19. 12. 1996 – 5 StR 472/96, cit. sopra.

laddove tale inosservanza non fosse accompagnata da un consapevole volontario allontanamento dalla legge.

Nel caso di specie la Corte ritenne inoltre che non si fosse neppure di fronte ad un'ipotesi di mancata osservanza dei principi stabiliti dal Tribunale del riesame. Difatti lo stesso tribunale aveva cassato solo il verdetto relativo alla colpevolezza e pertanto l'imputata sarebbe stata vincolata solo alle statuizioni ad esso collegate, restando libera di decidere il tipo di sanzione. Il *BGH* aggiunse inoltre a conclusione della sentenza, quasi a voler allontanare qualsiasi velleità punitiva: «*anche altrimenti non c'è nessun motivo per cui la imputata attraverso le sue decisioni abbia in qualche modo piegato il diritto*»⁴¹⁸.

Critico rispetto alla vicenda è apparso Rudolphi⁴¹⁹ il quale ha interpretato l'apertura del procedimento per *Rechtsbeugung* quale strategia per sanzionare l'indulgenza manifestata dalla giudicante nella punizione delle infrazioni al codice della strada⁴²⁰ ed ha pertanto condannato una tale prassi.

Le ulteriori due decisioni relative all'ambito in considerazione si riferiscono entrambe alla applicazione del § 47 *OWiG* (*Ordnungswidrigkeitengesetz*), articolo che disciplina i casi in cui è possibile archiviare un procedimento per l'accertamento di violazione regolamentare.

⁴¹⁸ *ibi*, pag. 1455 « *Auch sonst gibt es kein Anhalt dafür, dass die Angeklagte mit ihren Entscheidungen etwa das Recht gebeugt hätte* ».

⁴¹⁹ RUDOLPH K., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19. 12. 1996 – 5 StR 472/96*, in *DriZ* 1997, pag. 244 ss.

⁴²⁰ *ibi*, pag. 245.

La prima sentenza è stata emessa dall'*Oberlandsgericht Stuttgart* il 10 agosto 1998⁴²¹ e riguarda una giudice accusata di *Rechtsbeugung* per aver – nell'ambito di un procedimento relativo ad una violazione del regolamento sul traffico - arbitrariamente archiviato il procedimento invece di assolvere l'imputato. Quest'ultimo aveva infatti proposto ricorso sostenendo che la assoluzione fosse esito imposto dalla applicazione del principio "*in dubio pro reo*".

Il tribunale ha assolto l'imputata e – richiamandosi alla visione del *BGH* - nell'ambito della sentenza ha fatto una serie di affermazioni che appaiono molto significative relativamente alla applicazione della *Rechtsbeugung* nell'ambito delle violazioni del regolamento stradale.

Innanzitutto il tribunale osserva: «*poiché la classificazione della Rechtsbeugung quale delitto è indicativa dell'alto grado di disvalore (della fattispecie stessa, n.d.r.) e la condanna porterebbe in forza di legge alla cessazione dell'impiego come giudice, non sarebbe compatibile con queste conseguenze legislativamente previste il fatto di comprendere nell'ambito di questa norma qualsiasi sbagliata applicazione di legge e qualsiasi errore nella quantificazione della pena. [...] Nell'interesse della certezza del diritto, una rinnovata valutazione degli atti del giudice da parte del pubblico ministero, nell'ambito di procedimenti per Rechtsbeugung dovrebbe essere vincolata a rigide limitazioni*»⁴²².

⁴²¹ OLG Stuttgart, Beschl. v. 10. 8. 1998 – 4 Ws 159/98, cit. alla nota 510.

⁴²² *ibi*, pag. 511 «*Da die Einordnung der Rechtsbeugung als Verbrechenstatbestand die Schiere des Unwerturteils indiziere und eine Verurteilung kraft Gesetzes zur Beendigung des Richterhältnisses führe, sei es mit dieser gesetzlichen Zweckbestimmungen nicht zu vereinbaren, jede unrichtige Rechtsanwendung und jeden Ermessensfehler in den schutzbereich dieser Norm einzubeziehen [...] im Interesse der Rechtssicherheit eine*

Nel caso di specie il tribunale ha ritenuto che fosse palese come l'imputata non avesse realizzato il delitto di cui era accusata, argomentando fondamentalmente in ragione della gravità delle conseguenze che una tale condanna avrebbe portato con sé. Infatti, in via generale, il Tribunale ha osservato come: «[...] una persona coinvolta nel procedimento per l'accertamento di violazioni regolamentari non viene pregiudicata dal punto di vista giuridico da una archiviazione del procedimento in quanto tale. Se una archiviazione del procedimento contraria alle norme processuali (decisa) al posto di una necessaria assoluzione potesse integrare la fattispecie della *Rechtsbeugung*, vi sarebbe una eclatante ed intollerabile sproporzione tra la violazione processuale, come tale non pregiudicante l'interessato, e le conseguenze penali della condanna per il delitto»⁴²³.

In relazione al § 47 *OWiG* in particolare il Tribunale afferma come questa norma attribuisca al giudice un margine di discrezionalità nella decisione sull'archiviazione, e, dal momento che – sempre ai sensi di tale norma – tale decisione è inappellabile né è necessario l'assenso dell'imputato, ciò dimostra che il legislatore ha voluto attribuire al giudice una valutazione che l'imputato deve accettare come tale e non può essere sindacata quanto alla sua correttezza giuridica⁴²⁴.

neuerliche Überprüfung von Rechtsprechungsakten durch die StA [...] im Rahmen von Strafverfahren wegen des Worfurfs der Rechtsbeugung von hohen Schranken abhängig sein müsse ».

⁴²³ *ibi*, pag. 511 « [...] ist ein Betr. im *OWi*-Verfahren [...] durch eine Einstellung des Verfahren als solche in Rechtssinne nicht beschwert. Könnte eine prozessordnungswidrige Verfahrenseinstellung anstelle eines gebotenen Freispruchs den Tatbestand der *Rechtsbeugung* erfüllen, bestünde ein eklatantes und unerträgliches Missverhältnis zwischen dem den Betr. Nicht beschwerenden Prozessverstoss als solchem und der strafrechtlichen Folge der Beurteilung als Verbrechen ».

⁴²⁴ *ibi*, pag.

Da ciò l'*Oberlandesgericht* ricava l'ulteriore considerazione per cui «[...] in considerazione dell'ampio margine discrezionale attribuito al giudice [...]»⁴²⁵ la fattispecie della *Rechtsbeugung* non viene in considerazione, con ciò dimostrando di aderire appieno alla teoria oggettiva nella valutazione dell'illecito.

Le argomentazioni addotte dal tribunale per escludere l'applicazione della *Rechtsbeugung* nel caso di specie – soprattutto quella poggiante sulla sproporzione tra pregiudizio per la parte processuale e conseguenze dell'eventuale condanna a carico del giudice – sono state aspramente criticate in dottrina⁴²⁶. A tal proposito è stato infatti obiettato che «anche nell'ambito delle cosiddette “bagatelle” una *Rechtsbeugung* può pesare in modo grave», dal momento che «[...] riguardo alle violazioni del regolamento stradale, in riferimento ad alcuni divieti di guida o iscrizioni nel registro centrale del traffico non raramente ne va della vita professionale»⁴²⁷.

La decisione dell'*Oberlandesgericht* è stata inoltre criticata anche perché ritenuta «[...] in contrasto con la abituale giurisprudenza del *BGH* sugli elementi della fattispecie del piegamento del diritto. Oggetto della *Rechtsbeugung* possono essere secondo essa anche violazioni di principi fondamentali dello Stato di diritto»⁴²⁸, quale appunto la violazione – nel caso di specie – del principio dell' “*in dubio pro reo*”

⁴²⁵ *ibi*, pag. 511 «[...] angesichts des weiten dem Richter eigeräumten Ermessens [...]»

⁴²⁶ Si veda a tal proposito SCHULZ, op. cit.

⁴²⁷ *ibi*, pag. 3472. « Auch bei Bagatellsachen kann eine Verbiegung des Rechts schwer wiegen », « [...] es bei Verkehrsordnungswidrigkeiten im Hinblick auf etwaige Fahrverbote oder Eintragungen in Verkehrszentralregister nicht selten um die berufliche Existenz geht ».

⁴²⁸ *ibi*, pag. 3472 « [...] im Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung des *BGH* zum Tatbestandsmerkmal der Beugung des Rechts. Gegenstand der *Rechtsbeugung* können danach insbesondere auch Verstöße gegen rechtsstaatliche Grundprinzipien sein ».

Sempre in relazione alla applicazione della *Rechtsbeugung* nell'ambito dei procedimenti riguardanti violazioni regolamentari si inserisce la sentenza emessa dal *BGH* il 3 dicembre 1998⁴²⁹, la quale rappresenta un passo in avanti, dal momento che in essa la Corte, (superando le esitazioni mostrate dall'*Oberlandesgericht* nella sentenza da ultimo commentata) ha riconosciuto la applicabilità del § 339 *StGB* anche nei procedimenti relativi a violazioni regolamentari, individuando tuttavia precisi presupposti che la dottrina tedesca ha qualificato come troppo restrittivi.

Nel caso di specie l'accusa di *Rechtsbeugung* era rivolta nei confronti di un giudice che aveva inflitto in quattro casi multe per eccesso di velocità. Accanto ad esse aveva previsto anche il ritiro della patente, poi però effettivamente non comminato a fronte di un aumento delle sanzioni pecuniarie.

L'*Oberlandesgericht Bayern* aveva annullato le sentenze emesse dall'imputato perché aveva riconosciuto infondato il mancato ritiro della patente, rinviando quindi la decisione allo stesso tribunale.

Il giudice, dovendo decidere di nuovo sulle stesse questioni, dopo brevissimi dibattimenti aveva archiviato i procedimenti in base al § 47 *OWiG*.

Lo stesso giudice era stato quindi condannato dal *Landesgericht Bayreuth* per *Rechtsbeugung* a un anno e tre mesi di reclusione condizionalmente sospesi, poiché il *Landesgericht* aveva ritenuto che dal punto di vista soggettivo le ordinanze di archiviazione fossero state emesse per motivi estranei al procedimento. L'imputato sarebbe infatti –

⁴²⁹ *BGH*, urt. v. 3. 12. 1998 – 1 StR 240/98 (LG Bayreuth), cit. alla nota 510.

a detta del Tribunale – stato irritato dall’annullamento delle sue precedenti sentenze da parte dell’*Oberlandesgericht* ed avrebbe perciò deciso di archiviare ancora prima di iniziare i dibattimenti.

Il *BGH* ha invece assolto l’imputato, ritenendo che i criteri utilizzati dal *Landesgericht* fossero inadeguati a sostenere l’accusa. Infatti secondo la Corte la motivazione addotta dall’imputato per giustificare la archiviazione – cioè il fatto che gli imputati fossero stati già abbastanza puniti per aver subito i procedimenti penali - sarebbe stata adeguata.

Ciò che tuttavia interessa ai fini della presente indagine sono i criteri generali di punibilità per *Rechtsbeugung* stabiliti dalla Corte nell’ambito della sentenza in commento, elaborati dalla stessa altresì analizzando le disposizioni del § 47 *OWiG*.

In riferimento in particolare alla norma appena citata, il *BGH* ha precisato come questa non preveda alcun presupposto per l’archiviazione del procedimento, ma piuttosto ne autorizzi la stessa qualora il tribunale non ritenga necessaria una punizione. Per tale motivo – come già in precedenza aveva osservato l’*Oberlandesgericht Stuttgart* – la norma concede al giudice un ampio spazio discrezionale. Mentre tuttavia l’*Oberlandesgericht* aveva tratto da tali premesse la conclusione che la *Rechtsbeugung* non fosse applicabile nell’ambito di tali decisioni, il *BGH* è giunto ad una diversa valutazione.

La Corte ha infatti proseguito nella valutazione osservando: «*la decisione di opportunità di questo (del tribunale, n.d.r.) viene limitata solamente dalla necessità che la valutazione sia effettuata in maniera doverosa. [...] Al concetto di doverosità viene attribuita semplicemente una funzione “escludente”, cosicché ciò che non concerne i fatti o vi è*

estraneo viene tagliato fuori»⁴³⁰. In altre parole la Corte riconosce come la decisione del giudice sulla opportunità o meno di archiviare non possa essere totalmente discrezionale.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte il *BGH* ha ritenuto quindi applicabile la *Rechtsbeugung* anche ai giudici che abbiano emesso tali decisioni, e precisamente qualora «[...] *la archiviazione è stata emessa senza esercitare il giudizio o per motivi estranei alla questione*»⁴³¹.

Se quindi da un lato è stato giudicato positivamente il riconoscimento della possibilità di applicare la fattispecie della *Rechtsbeugung* in tali casi, dall'altro la necessità di rinvenire “considerazioni estranee alla questione” è stato criticato da più parti in dottrina⁴³².

Vi è stato infatti chi⁴³³ ha osservato come l'utilizzo di tali criteri lasci impuniti i casi di violazione di principi fondamentali, che pure dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della *Rechtsbeugung*.

Proseguendo nella esposizione delle sentenze in base al criterio cronologico, vengono a questo punto in considerazione le decisioni emesse nell'anno 2000⁴³⁴, le quali – tre per la precisione – concernono

⁴³⁰ *ibi*, pag. 1122 « *Dessen Opportunitätsentscheidung wird lediglich durch das Erfordernis pflichtgemässen Ermessens eingegrenzt. [...] Dem Begriff der Pflicht kommt dabei lediglich eine ausschliessende Funktion dergestalt zu, dass Unsachliches und Sachfremdes ausgeschlossen wird* ».

⁴³¹ *ibi*, pag. 1122 « [...] *die Einstellung ohne Ermessensausübung oder aus sachfremden Gründen erfolgt ist* ».

⁴³² Si vedano ad esempio: MULLER E., *Rechtsprechungsüberblick zu den Rechtspflegedelikten* (1997-2001), in *NStZ* 2002, pag. 356 ss.; SEEBODE M., *Anmerkung*, in *JZ* 2000, pag. 319 ss.; SCHULZ, *op. cit.*; HERDEGEN G., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3. 12. 1998 – I StR 240/98*, in *NStZ* 1999, pag. 456 ss.

⁴³³ SCHULZ, *op. cit.*, pag. 3472.

⁴³⁴ Si tratta delle sentenze: OLG Frankfurt a M., *Beschl. V. 5. 2. 2000 – 3 Ws 144/00*, in *NJW* 2000, pag. 2037; BGH, *Urt. v. 20. 9. 2000 – 2 StR 276/00* (LG Wiesbaden), in *NStZ-RR* 2001, pag. 243 ss.; OLG Karlsruhe, *Beschl. v. 10. 11. 2000 – 3 Ws 220/99*, in *NStZ-RR* 2001, pag. 112 ss.

questioni eterogenee, ma il cui risultato è stato univoco: assoluzione per tutti i giudici imputati.

La prima delle tre sentenze è stata emessa dall'*Oberlandesgericht Frankfurt* in data 5 febbraio 2000⁴³⁵ e concerne un giudice accusato di *Rechtsbeugung* per aver interrogato quattro soggetti arrestati solamente due giorni dopo l'esecuzione della misura. Il giudice avrebbe secondo il pubblico ministero violato il § 128 *StPO*, norma che – secondo la dottrina maggioritaria – imporrebbe di condurre l'interrogatorio al più tardi il giorno successivo all'arresto.

L'*Oberlandesgericht* ha ritenuto che l'accusa non fosse sufficientemente fondata. Infatti il tribunale ha specificato come il termine del giorno successivo all'arresto sia frutto esclusivamente dell'interpretazione di dottrina e giurisprudenza. L'accertamento della validità di tale interpretazione non è stato tuttavia compiuto dal tribunale, che non lo ha ritenuto necessario ai fini della decisione, lasciando quindi – come osserva Gubititz – aperta la questione «[...] *se nel comportamento del giudice sia rinvenibile una violazione processuale o meno*»⁴³⁶.

Nell'ambito della sentenza il tribunale ha richiamato infatti la giurisprudenza del *BGH* relativa alla fattispecie della *Rechtsbeugung*, sottolineando come per la sua realizzazione sia necessaria una violazione di legge consapevole. Tale consapevolezza della violazione a carico dell'imputato non era stata – secondo l'opinione dell'*Oberlandesgericht* – sufficientemente accertata. Il tribunale ha

⁴³⁵ OLG Frankfurt a M., Beschl. V. 5. 2. 2000 – 3 Ws 144/00, cit. sopra.

⁴³⁶ GUBITZ M., *Anmerkung zu OLG Frankfurt a M., Beschl. V. 5. 2. 2000 – 3 Ws 144/00*, in *NStZ 2001*, pag. 253 ss. La frase citata è a pag. 254. «[...] *ob in dem Verhalten des Richters ein Verfahrensverstoss vorliegt oder nicht* ».

infatti ritenuto condivisibile l'interpretazione del § 128 StPO compiuta dall'imputato, il quale ha affermato di aver ritenuto legittimo condurre l'interrogatorio due giorni dopo l'arresto dal momento che il caso abbisognava di uno studio approfondito. A favore di quella che il tribunale ha definito «[...] *in nessun modo arbitraria o errata interpretazione dell'imputato*» avrebbe giocato nel caso di specie anche la «*necessaria sufficiente preparazione ai fini di un interrogatorio sensato ed equo*»⁴³⁷.

Una simile conclusione da parte dell'*Oberlandesgericht* è stata duramente criticata da Schaefer⁴³⁸, il quale ha notato come – in relazione alla sentenza appena esaminata e a quella precedentemente emessa sulla stessa questione da parte del *LG Wiesbaden* in cui i giudici erano giunti alle stesse conclusioni – i due tribunali «[...] *avessero voluto risparmiare al giudice imputato una condanna per Rechtsbeugung*»⁴³⁹. L'autore inoltre aggiunge: «*dal punto di vista dello Stato di diritto entrambe le decisioni sono pericolose, infatti favoriscono l'argomentazione secondo cui in presenza di una necessaria e particolarmente accurata preparazione attraverso un vasto studio degli atti richiedente molto tempo, cesserebbero di essere in vigore gli altrimenti validi termini*»⁴⁴⁰.

⁴³⁷ ibi, pag. 2037 « [...] *keineswegs willkürliche oder abwegige Auffassung des Angesch. [...] » ; « [...] die für eine sinnvolle und sachgerechte Vernehmung notwendige ausreichende Vorbereitung ».*

⁴³⁸ SCHAEFER H., *Zur Rechtzeitigkeit der haftrichterlichen Vernehmung*, in *NJW* 2000, pag. 1996.

⁴³⁹ ibi « [...] *dem beschuldigten Haftrichter eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung ersparen wollten ».*

⁴⁴⁰ ibi « [...] *sind die beide Entscheidungen aus rechtsstaatlicher Sicht gefährlich, leisten sie doch der Argumentation Vorschub, bei einer notwendigen, besonders gründlichen*

Ad agosto dello stesso anno il *BGH* si è dovuto confrontare di nuovo con un caso di *Rechtsbeugung*⁴⁴¹, concernente questa volta un giudice che aveva emesso un provvedimento provvisorio su richiesta della figlia, giustificando il proprio operato sulla base della presunta urgenza del provvedimento stesso.

Il giudice era stato condannato in prima istanza dal *LG Wiesbaden* ad un anno di detenzione sospesa condizionalmente per *Rechtsbeugung*, compiuta in violazione delle norme sulle cause di astensione.

Nella decisione sul ricorso del condannato il *BGH* si è richiamato alla propria precedente giurisprudenza in materia di *Rechtsbeugung* ed ha altresì riconosciuto che «*proprio la astensione di un giudice per stretta parentela è regolata in tutti gli ordinamenti processuali. Nel rispetto di questo precetto ogni cittadino confida in modo particolare*»⁴⁴².

La Corte ha ritenuto altresì che il *Landesgericht* avesse accertato anche l'ulteriore necessario requisito della *Rechtsbeugung* per violazione di norme processuali, cioè la presenza di motivazioni estranee alla questione. Accanto alla presenza di tale presupposto, il *BGH* ha tuttavia ritenuto necessario aggiungere che «*la valutazione del Landesgericht sulla lato interiore dell'azione si fonda su una base insufficiente e non considera circostanze essenziali*»⁴⁴³. Infatti, a parere della Corte, la circostanza che l'imputato non avesse nascosto la parentela né tentato di

Vorbereitung durch umfangreiches und zeitaufwendiges Aktenstudium würden die sonst geltenden Fristen ausser Kraft gesetzt ».

⁴⁴¹ *BGH*, Urt. v. 20. 9. 2000 – 2 StR 276/00 (*LG Wiesbaden*), cit. alla nota 529.

⁴⁴² *ibi*, pag. 244 «*Gerade der Ausschluss eines Richters bei naher Verwandtschaft, ist in allen Verfahrensordnungen geregelt. Auf die Einhaltung dieser Bestimmung vertraut jeder Bürger in besonderem Masse* ».

⁴⁴³ *ibi*, pag. 244 «*Die Würdigung des LG zur inneren Tatseite behrnt aber auf eine unzureichenden Grundlage und lässt wesentliche Umstände unberücksichtigt* ».

ritardare la presentazione dell'atto emesso al tribunale competente sarebbero stati indizi in grado di giustificare il fatto che l'imputato avrebbe agito senza dolo, spinto solo dall'urgenza. Grazie a queste ultime considerazioni il *BGH* ha quindi assolto l'imputato, annullando la sentenza di primo grado.

L'ultima decisione su un'accusa di *Rechtsbeugung* nell'anno 2000 è stata invece affrontata dall'*Oberlandesgericht Karlsruhe*⁴⁴⁴, che ha respinto la richiesta di imputazione coattiva avanzata dalle persone offese a seguito dell'archiviazione del procedimento da parte del pubblico ministero.

In particolare la sentenza presenta un certo interesse perché si analizza il bene protetto dal § 339 *StGB* ed inoltre a favore dell'imputato viene invocata dal tribunale la “*Sperrwirkung*” (o “*Haftungsprivileg*”)⁴⁴⁵.

La vicenda alla base del procedimento è la seguente: il giudice imputato aveva condannato un sedicenne a due anni di detenzione condizionalmente sospesi per rapina e lesioni personali. Durante il periodo di sospensione il ragazzo accoltellò, ferendolo a morte, un poliziotto che lo aveva colto in flagrante durante una rapina. Il ragazzo venne dunque condannato a dieci anni di detenzione ed i genitori del poliziotto ucciso sporsero denuncia nei confronti di tutti i responsabili della morte del figlio. In particolare il giudice venne accusato di *Rechtsbeugung* e omicidio colposo omissivo per aver condiviso la sospensione condizionale della pena del ragazzo poi rivelatosi omicida.

⁴⁴⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 10. 11. 2000 – 3 Ws 220/99, cit. alla nota 529.

⁴⁴⁵ Su questa particolare efficacia attribuita al § 339 *StGB* si veda *supra*, cap.

La richiesta di apertura del procedimento è stata rigettata dall'*Oberlandesgericht* basandosi sulla sua inammissibilità. Il requisito per proporre tale richiesta viene infatti individuato dalla relativa norma nell'essere stati colpiti «*direttamente in un proprio bene giuridico*».

Quantunque il bene protetto dal § 339 *StGB* sia primariamente l'amministrazione della giustizia e l'interesse individuale dei cittadini venga in considerazione solo in via secondaria, dottrina e giurisprudenza riconoscono tuttavia unanimemente la qualità di "direttamente colpiti" dalla *Rechtsbeugung* anche a «*coloro che erano parti processuali nel procedimento in cui il diritto è stato piegato*»⁴⁴⁶. Nonostante questa ulteriore precisazione, i genitori del poliziotto non erano comunque legittimati a proporre tale domanda, dal momento che ad essi mancava in ogni caso il requisito da ultimo individuato della partecipazione al procedimento.

Il tribunale ha inoltre osservato come nella domanda giudiziale non fosse stato precisato in che modo l'imputato avrebbe realizzato la fattispecie della *Rechtsbeugung*

Richiamando la relativa giurisprudenza del *BGH* il tribunale ha proceduto poi a ribadire i rigidi presupposti a cui è subordinata la applicazione del § 339 *StGB*, aggiungendo – al termine di una serie di citazioni - una propria considerazione sulla legittimità di una applicazione oculata della norma. La frase contenuta nella sentenza, che mostra con quanta convinzione il tribunale appoggi la restrizione della fattispecie compiuta dal *BGH*, è la seguente: «*scopo del § 339 StGB non è quello di provocare, nell'ambito della giurisprudenza, il sentimento*

⁴⁴⁶ RIESS, in LÖWE-ROSENBERG, *StPO*, 24. Aufl., Rdn. 71 zu § 172.

della incertezza del diritto, piuttosto solo quello di considerare la rottura del diritto»⁴⁴⁷.

A proposito di questa decisione resta infine da notare come i giudici abbiano negato, in conseguenza della mancata realizzazione della fattispecie della *Rechtsbeugung*, altresì la procedibilità per l'accusa di omicidio colposo, in ossequio alla *Sperrwirkung* riconosciuta al § 339 *StGB*⁴⁴⁸.

Un'ulteriore decisione concernente il rifiuto di una istanza di procedimento ai sensi del § 172 *StPO* è stata emessa dal *Kreisgericht Berlin* il 26 ottobre 2001⁴⁴⁹.

In questo caso l'istanza era stata presentata da un avvocato nei confronti di un giudice accusato di aver commesso *Rechtsbeugung* per violazione del "diritto alla libera scelta del difensore" ("*Recht auf freie Verteidigerwahl*") spettante in capo al proprio assistito. Il giudice aveva infatti posto nel procedimento - accanto all'istante (difensore scelto) - un ulteriore avvocato quale difensore d'ufficio.

L'istanza è stata rigettata dal tribunale come inammissibile, dal momento che - in maniera analoga al caso precedente - non è stata riconosciuta al difensore la qualità di persona «*direttamente colpita in un proprio bene giuridico, protetto dal § 339 StGB*»⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ OLG Karlsruhe, Beschl. cit., pag. 113 « *Zweck des § 339 StGB ist es nicht, im Bereich der Rechtsprechung bei den Entscheidungsträgern das Rechtsgefühl der Rechtsunsicherheit zu erzeugern, sondern nur, den Rechtsbruch zu erfassen* ».

⁴⁴⁸ *ibi*, pag. 113.

⁴⁴⁹ KG Berlin, Urt. v. 26. 10. 2001 - 3 WS 406/01, non pubblicato ma rinvenibile nell'archivio informatico di decisioni di proprietà dello „Juristische Seminar“ di Heidelberg.

⁴⁵⁰ *Ibi* « [...] *unmittelbar in einem eigenen, durch 339 StGB geschützten Rechtsgut betroffen* ».

Da ultimo occorre precisare come le più recenti decisioni concernenti la fattispecie della *Rechtsbeugung*⁴⁵¹ riguardino non tanto casi di sua commissione, bensì tale fattispecie venga in considerazione come “ingiuria” in procedimenti intentati nei confronti di soggetti che avevano accusato giudici della commissione di tale delitto. L’analisi di tali casi esula dal presente lavoro, motivo per cui in questa sede basta - a titolo informativo - aggiungere sull’argomento come tutti gli imputati siano stati assolti dai relativi tribunali, che hanno ritenuto l’accusa di *Rechtsbeugung* rientrasse nella libertà di espressione del pensiero.

Con quest’ultimo rilievo si esaurisce l’analisi delle sentenze relative alla *Rechtsbeugung* compiuta negli ultimi anni da giudici della Repubblica federale.

Dalla trattazione è stato deliberatamente escluso un importante caso pur rientrante nell’argomento, la cui analisi – vista la complessità della vicenda e la vastità delle osservazioni della dottrina in merito – verrà affrontata di seguito, in uno specifico paragrafo.

⁴⁵¹ Si fa riferimento a: BayObLG, Beschl. v. 13. 7. 2001 – 1 St RR 75/01, in *NSt-RR 2002*, pag. 40 ss.; Sächsisches Landesarbeitsgericht 5. Kammer, Beschl. v. 8. 1. 2002 – 5 Sa 967/00, in *Bibliothek BAG*; AGH Saarland, Urt. v. 12. 8. 2002 – AGH 2/02, in *MDR 2003*, pag.180; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 2. 10. 2002 – 1 Ss 329/01, in *NJW 2003*, pag. 77 ss.

X. IL “CASO SCHILL”⁴⁵².

La sentenza in esame riguarda un caso che in Germania ha suscitato molto scalpore in ragione delle qualità dell'imputato, giudice presso il Tribunale penale di Amburgo molto noto per il rigore delle sue sentenze. Prima di procedere ad un esame più specifico dei contenuti della decisione occorre però fornire alcuni cenni sui trascorsi dell'imputato e più in particolare sulle circostanze che hanno portato alla pronuncia della sentenza in commento (⁴⁵³).

⁴⁵² Ai fini di una migliore comprensione della vicenda occorrerà brevemente accennare agli antecedenti, basandosi sulla ricostruzione svolta da BERTRAM G., nel suo saggio: “*Schill ante portas!*” – eine “*Hamburgersie*”?, pubblicato in *NJW* 2001, pag. 1108 ss.

Nel 1994 Ronald Schill divenne giudice presso il tribunale penale di Amburgo e subito attirò l'attenzione su di sé per il rigore delle sue condanne. Nel maggio 1999 egli presiedette il processo “*Rote Flora*”, vertente sull'accusa di violenza personale ai danni di un poliziotto a carico di appartenente all'*Autonomenszene* di Amburgo. Nell'ambito del procedimento Schill inflisse due ordini di carcerazione a carico di altrettanti “indisciplinati” spettatori. Nel tardo autunno Schill venne – contro la sua volontà – trasferito presso il tribunale civile, circostanza che venne accolta con sfavore dall'opinione pubblica, che si lamentò di come venisse allontanato un giudice che « si preoccupava più delle vittime che dei delinquenti » (« *Opferschutz höher als Täterschutz achtet* » *HA* v. 19. 11. 1999). Sull'onda di questa scia di popolarità Schill cominciò ad occuparsi di politica, progettando di creare un proprio partito, il *PRO* (*Partei Rechtsstaatlicher Offensive*). Agli inizi di giugno dello stesso anno l'avvocato di uno degli spettatori incarcerati da Schill sparse denuncia contro quest'ultimo e a maggio del 2000 venne aperto il procedimento a carico di Schill per l'accusa di *Rechtsbeugung* e sequestro di persona. A metà luglio dello stesso anno Schill, in vista delle elezioni, fondò il proprio partito, nel cui programma si prevedeva tra l'altro di ridurre, una volta al potere, della metà il numero dei delitti nello spazio di 100 giorni. Ciò fece guadagnare a Schill il titolo di “*Jörg Haider del nord*” (*Der Spiegel*, 19/2000, pag. 74). A seguito dell'apertura del procedimento inoltre il *Richterdienstgericht* sospese Schill dall'ufficio di giudice. La circostanza che il procedimento a carico di Schill si svolse poco prima delle elezioni porta Bertram a ritenere, a conclusione del suo saggio, che si sia trattato di una mossa per eliminare uno scomodo avversario politico in un ambiente – quale Amburgo – in cui da anni era affermata l'egemonia del partito socialista.

(⁴⁵³) Tutte le notizie che verranno fornite sono state tratte dalla ricostruzione effettuata da G. BERTRAM nel suo saggio “*Schill ante portas!*” – eine “*Hamburgersie*”?, in *NJW*, 2001, 1108 ss. Per dare un'idea del clima politico in cui si svolsero le vicende si riporta inoltre la considerazione dell'autore il quale – a conclusione del saggio – afferma che la circostanza che il procedimento a carico di Schill si svolse poco prima delle elezioni fa supporre si sia trattato di una mossa per eliminare uno scomodo avversario politico in un ambiente – quale Amburgo – in cui da anni era affermata l'egemonia del partito socialista.

L'imputato (Ronald Schill) divenne giudice presso il Tribunale penale di Amburgo nel 1994 e subito attirò l'attenzione su di sé per la afflittività delle sue condanne.

Nel maggio 1999 egli presiedette il processo "*Rote Flora*", vertente sull'accusa di violenza personale ai danni di un poliziotto a carico di un appartenente all'*Autonomenszene* di Amburgo, procedimento nell'ambito del quale Schill inflisse due ordini di arresto a carico di altrettanti "indisciplinati" spettatori.

Nel tardo autunno il giudice venne – contro la sua volontà – trasferito presso il Tribunale civile, provvedimento accolto con sfavore dall'opinione pubblica, che si lamentò di come venisse allontanato un giudice che «*si preoccupava più delle vittime che dei delinquenti*»⁽⁴⁵⁴⁾.

Sull'onda della scia di popolarità che seguì a tale avvenimento Schill cominciò ad occuparsi di politica, progettando di creare un proprio partito, il *PRO* (*Partei Rechtsstaatlicher Offensive*).

Agli inizi di giugno dello stesso anno l'avvocato di uno degli spettatori arrestati da Schill sparse denuncia contro quest'ultimo e a maggio del 2000 venne aperto il procedimento a carico di Schill per l'accusa di *Rechtsbeugung* e sequestro di persona (procedimento a conclusione del quale venne emessa la sentenza in commento). A seguito dell'apertura del procedimento inoltre il *Richterdienstgericht* sospese Schill dall'ufficio di giudice, circostanza che non impedì all'imputato (a metà luglio dello stesso anno, in vista delle elezioni) di fondare il proprio partito, nel cui programma si prevedeva tra l'altro di ridurre, una volta al potere, della metà il numero dei delitti nello spazio di 100 giorni

⁴⁵⁴ «*Opferschutz höher als Täterschutz achtet*» HA , 19.11.1999.

(circostanza che gli fece guadagnare il titolo di “ Jörg Haider del nord”) ⁽⁴⁵⁵⁾.

Nonostante, come appena illustrato, il giudice Schill avesse in diverse occasioni pronunciato sentenze particolarmente afflittive, paradossalmente l’occasione che fece sollevare l’accusa di *Rechtsbeugung* a suo carico è da rintracciare in un fatto che a confronto dei suoi precedenti appare una “bagatella”⁴⁵⁶, come si può ricavare dalla ricostruzione delle circostanze, che viene esposta qui di seguito⁴⁵⁷.

Il 19 maggio 1999, durante il dibattimento del processo “*Rote Flora*”⁴⁵⁸ presieduto dal giudice Schill, in aula vi furono dei notevoli disturbi da parte del pubblico. Gli spettatori manifestarono ad alta voce il loro malcontento nei confronti di Schill e rimasero dimostrativamente seduti quando questi annunciò di voler dar lettura del dispositivo della decisione, ragione per cui il giudice ammonì gli spettatori reticenti. Uno degli spettatori non si alzò neppure in seguito all’ammonimento, per cui Schill inizialmente minacciò di emettere un’ordinanza di carcerazione a suo carico ed infine – dal momento che lo spettatore perseverava - gli inflisse 3 giorni di detenzione.

Un altro ascoltatore, nel tumulto cercò di superare la barriera tra pubblico e sala d’udienza, ferendo la guardia che aveva cercato di trattenerlo. Anche contro questo spettatore Schill, dopo l’ammonimento,

⁴⁵⁵ *Der Spiegel*, 19/2000, 74.

⁴⁵⁶ Si veda a proposito MÜLLER I., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4. 9. 2001*, in *StV 2002*, pag. 306 ss.

⁴⁵⁷ La ricostruzione viene fatta sulla base di quella effettuata dal BGH nella sentenza relativa al caso Schill. Tutti i dati riportati in seguito vanno dunque riferiti a BGH, Urt. v. 4. 9. 2001 – 5 StR 92/01 (LG Hamburg), in *NJW 2001*, pag. 3275 ss.

⁴⁵⁸ Si veda nota n. 535.

inflisse tre giorni di detenzione. Le due ordinanze vennero immediatamente eseguite.

Gli avvocati dei due disturbatori dopo circa un'ora dalla emissione delle ordinanze di carcerazione presentarono ricorso contro le stesse. Schill venne a conoscenza dei ricorsi il pomeriggio dello stesso giorno, quando gli atti vennero portati sopra il banco dell'aula in cui stava discutendo un'ulteriore udienza.

Schill non esaminò i ricorsi quel giorno e la mattina seguente non si recò in tribunale, ma presso un negozio di sistemi di sicurezza per acquistare un impianto per il suo appartamento.

Verso mezzogiorno - stando alla testimonianza di un giornalista che aveva telefonato a Schill per informarsi sullo stato del ricorso - il giudice avrebbe dichiarato di *«non dover subito saltare, quando gli avvocati vogliono qualcosa da lui. Una simile questione avrebbe dovuto essere analizzata accuratamente e con calma»*⁴⁵⁹, ma il giornalista non avrebbe pubblicato tale affermazione ritenendola poco interessante.

Quando verso le 14.30 Schill si recò in tribunale e dettò alla segretaria le ordinanze, che questa allegò al fascicolo del dibattimento. Schill non sfruttò l'opportunità di prender in consegna gli atti, ma ordinò che fossero collocati sulla sua scrivania. Dopo di che, fino alle 22 o alle 23, preparò il dibattimento del giorno seguente, senza occuparsi neppure questa volta dei ricorsi. Il 21 maggio i colleghi, durante la pausa pranzo, rimproverarono a Schill di aver trascurato il procedimento relativo ai ricorsi presentati. Schill si difese con la motivazione – non veritiera –

⁴⁵⁹ BGH, Urt. v. 4. 9. 2001, cit. sopra, pag. 3275 « *er müsse ja nicht gleich springen, wenn Anwälte etwas von ihm wollten. So etwas müsse sorgfältig und in Ruhe geprüft werden* ».

che i protocolli relativi non erano ancora stati preparati, dal momento che non aveva potuto rintracciare la segretaria.

Poco dopo le 16 Schill consegnò personalmente gli atti, il protocollo del dibattimento e le motivazioni del ricorso presso l'*Oberlandesgericht Hamburg*, tribunale competente per il riesame.

Un'ora dopo il deposito dei ricorsi il tribunale annullò le ordinanze di carcerazione per motivi formali, perché gli avvenimenti che avevano condotto alla loro emissione non erano stati illustrati nel protocollo dibattimentale. Sulla correttezza materiale delle ordinanze il tribunale non ebbe nulla da obiettare.

Schill sostenne di aver ritardato il procedimento sui ricorsi al fine di lasciar “cuocere a fuoco lento” (“*schmoren*”) i due disturbatori. Il giudice riteneva infatti che il termine di tre giorni previsto dal § 306 II *StPO* per la presentazione dei ricorsi al tribunale di riesame fosse applicabile anche ai ricorsi contro ordinanze di carcerazione e che pertanto egli avesse agito conformemente al dato legale.

Nel mese di maggio del 2000 venne aperto di fronte al *Landesgericht Hamburg* il procedimento penale contro Schill per l'accusa di *Rechtsbeugung* e sequestro di persona.

Il *Landesgericht* condannò Schill alla pena pecuniaria di 12000 Marchi, nonostante il pubblico ministero avesse chiesto la pena detentiva minima (1 anno).

La condanna del tribunale si fondò sulla convinzione maturata dai giudici che Schill – pur consapevole dell'urgenza della questione – avesse ritardato la presentazione dei ricorsi al tribunale del riesame per

evitare che un accoglimento degli stessi avesse potuto pregiudicare le ordinanze di carcerazione.

Inoltre il tribunale ritenne che Schill – ponendo in secondo piano le proprie incombenze personali - ben avrebbe potuto trattare la questione più celermente.

Pertanto il *Landesgericht* rinvenne una *Rechtsbeugung* attraverso elementare violazione della “garanzia del ricorso a vie legali” (“*Rechtsweggarantie*”) spettante ai soggetti condannati, garanzia che era stata pressochè vanificata dal ritardato esame dei ricorsi, compiuto quando la detenzione era già stata quasi completamente scontata.

Il *BGH* intervenne in secondo grado sulla questione, accogliendo il ricorso dell’imputato ed annullando perciò la sentenza del *Landesgericht Hamburg*.

La Corte non pronunciò tuttavia una assoluzione, ma rinviò la questione ad un ulteriore *Landesgericht* (per la precisione lo stesso del primo grado, ma la questione venne trattata da una camera differente) per la decisione definitiva.

Passando più in specifico all’analisi della sentenza in epigrafe, viene in considerazione un caso di *Rechtsbeugung* compiuta attraverso violazione di norme processuali. Dato atto infatti che con l’espressione “abuso del diritto “ la fattispecie comprende anche la violazione di norme processuali, nel caso di specie si contesta all’imputato la tardiva trasmissione al tribunale del riesame dei ricorsi avverso le ordinanze di arresto da lui stesso emesse.

A tal proposito viene in considerazione la violazione del cosiddetto “*Beschleunigungsgebot*”, ossia il principio secondo il quale si deve fare

in modo che tutte le attività necessarie all'interno di un processo vengano svolte nel più breve tempo possibile. Tale principio è stato codificato nell'art. 6 CEDU⁴⁶⁰ e – con particolare riferimento ai casi di arresto – nell' art. 104, III c. GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz*)⁴⁶¹ e art. 5,III c. CEDU⁴⁶².

Come la stessa Corte afferma in un passo della sentenza, tale principio appartiene al novero dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, la cui violazione integra pertanto un atto arbitrario o “elementare violazione“, necessari secondo la costante giurisprudenza del *BGH* per poter applicare il § 339 *StGB*.

Il problema fondamentale affrontato dalla Corte riguarda il fatto se, nel caso di specie, il giudice imputato avesse dovuto inoltrare immediatamente i ricorsi oppure si fosse potuto legittimamente avvalere del termine di tre giorni previsto dal § 306 *StPO* per la presentazione dei ricorsi al tribunale del riesame.

Il fatto che le ordinanze fossero immediatamente esecutive e che quindi gli arrestati potessero veder vanificata l'efficacia dell'accoglimento dei ricorsi qualora essi non fossero stati prontamente presentati, è stata la

⁴⁶⁰ Il testo del primo comma (che interessa ai fini del presente lavoro) è il seguente: *Diritto a un processo equo* «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...] *omissis*»

⁴⁶¹ Il terzo comma di tale norma prevede: «Chiunque sia stato arrestato perché sospettato di aver compiuto una azione penalmente perseguibile, deve essere - al più tardi il giorno successivo all'arresto - presentato al giudice, il quale deve comunicargli i motivi dell'arresto. Il giudice deve improrogabilmente emettere per iscritto una ordinanza di arresto motivata oppure ordinare il rilascio».

⁴⁶² Il terzo comma di tale norma prevede: «Ogni persona arrestata o detenuta [...] deve essere tradotta al più presto dinanzi ad un giudice o ad un altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie e ha diritto di essere giudicato entro un termine ragionevole o di essere messo in libertà durante la procedura. [...]».

motivazione utilizzata dal giudice di primo grado per la condanna dell'imputato.

Il *BGH* ha invece ritenuto di dover annullare la sentenza del giudice di merito perché questo avrebbe compiuto una errata valutazione dei fatti. Il Tribunale avrebbe infatti, a giudizio della Suprema Corte, effettuato una errata valutazione del dato soggettivo. L'imputato non avrebbe a suo avviso ritardato la presentazione dei ricorsi – come sostenuto dai giudici di primo grado – al solo scopo di non vanificare la esecuzione degli arresti, in quanto consapevole della illegittimità delle ordinanze. L'imputato avrebbe, piuttosto, lecitamente qualificato i ricorsi contro le ordinanze quali ricorsi ordinari, sottoposti pertanto al termine di presentazione di tre giorni, non incidendo sulla correttezza di questa valutazione il fatto che le ordinanze fossero immediatamente esecutive. La ragione fondamentale che secondo la Corte impone una tal conclusione è il fatto che si debba garantire al magistrato uno spazio discrezionale per l'organizzazione delle sue attività, il che rientra più in generale nella garanzia dell'indipendenza del giudice.

La sentenza in questione si è imposta all'attenzione della dottrina in primo luogo per la sua grande portata innovativa all'interno della giurisprudenza del *BGH*: all'interno di essa infatti la Corte ha enunciato una nuova potenziale modalità di commissione della *Rechtsbeugung*, precisamente quella che si concretizza nella “violazione dei limiti interni del giudizio” (“*Überschreitung der inneren Schranken des Ermessens*”) ⁴⁶³.

⁽⁴⁶³⁾ Così W. WOHLERS, *Rechtsbeugung durch Handeln aus Sachfremden Erwägungen*, in *GA*, 2002, 48.

Nella sentenza infatti la Corte afferma che - in relazione ad un comportamento del giudice oggettivamente corretto, ma basato su considerazioni estranee alla questione - «*in un tal caso si rispetterebbero i limiti esterni del potere accordato al giudice [...], cosicché un eccesso di potere (“Ermessensüberschreitung”) sarebbe escluso. Tuttavia ricorrerebbe un abuso di potere (“Ermessensmissbrauch”) attraverso il superamento dei limiti interni*»⁴⁶⁴.

La Corte riprende in questo passaggio la distinzione utilizzata in diritto amministrativo tra *Ermessensüberschreitung* ed *Ermessensmissbrauch*, le quali attengono rispettivamente all’ambito oggettivo e a quello soggettivo della violazione⁴⁶⁵.

Tuttavia – come osserva Wohlers - il *BGH* non richiama a tal proposito la dogmatica sviluppata in diritto amministrativo né indica le ragioni per cui un superamento dei limiti interni debba essere punito penalmente.

Nell’esposizione della “nuova modalità di commissione della *Rechtsbeugung*” la Corte richiama infatti semplicemente una sua precedente decisione risalente al 1996⁴⁶⁶.

In dottrina⁴⁶⁷ è stato correttamente osservato come tale richiamo non sia del tutto appropriato, dal momento che nella sentenza citata il *BGH* aveva semplicemente stabilito come il requisito delle ‘*sachfremde Erwägungen*’ (considerazioni estranee alla questione) fosse atto ad

⁽⁴⁶⁴⁾ *BGH*, Urt. v. 4. 9.2001, in *NJW*, 2001, 3277 «*In einem solchen Fall wären zwar die äussere Schranken des dem Richter [...]eingewäumten Ermessens eingehalten, so dass eine Ermessensüberschreitung ausgeschlossen wäre. Es läge jedoch ein Ermessensmissbrauch durch Überschreitung der inneren Schranken des Ermessens vor*».

⁽⁴⁶⁵⁾ Cfr. W. WOHLERS, *op. cit.*, 484; BOTTCHE R., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4. 9. 2001*, in *NStZ*, 2002, 146 ss.

⁽⁴⁶⁶⁾ Si tratta di *BGH*, Urt. v. 5. 12. 1996 – 1 StR 376/96, in *JR* 1997, pag. 471 ss., che è stata commentata al paragrafo precedente.

⁽⁴⁶⁷⁾ Cfr. W. WOHLERS, *op. cit.*, 485.

attribuire a violazioni oggettive - che pure non avessero il requisito di estremamente gravi - la qualità di ‘*elementare Rechtsverstoss*’ (elementari violazioni di legge).

Come è stato illustrato nel paragrafo precedente, infatti, la sentenza del 1996 aveva elaborato il principio per cui il concreto pericolo di una decisione ingiusta creato dal giudice dovesse essere equiparato al danno o vantaggio per la parte processuale effettivamente verificatosi. In particolare, la Corte aveva appunto ritenuto che il concreto pericolo di una decisione ingiusta venisse in considerazione laddove il giudice decidesse basandosi su motivazioni estranee ai fatti di causa⁴⁶⁸.

Nel caso di specie la Corte aveva inoltre sottolineato come l’ipotesi venisse in considerazione qualora, attraverso una modalità giuridicamente sbagliata, il giudice si attribuisse la competenza al fine di favorire una parte del procedimento, richiedendo quindi che una violazione obiettiva del diritto (indicativo di ciò è l’utilizzo dell’espressione ‘attraverso una modalità giuridicamente sbagliata’) ricorresse⁴⁶⁹.

In altre parole la Corte aveva stabilito che violazioni obiettive non tanto gravi da costituire *Rechtsverstoss*, possono diventarlo quando vi siano *sachfremde Erwägungen*⁴⁷⁰, attribuendo con ciò alla violazioni oggettive il carattere di presupposti indispensabili.

⁴⁶⁸ Cfr. *BGH, Urt. v. 5. 12. 1996, cit.*, p.

⁴⁶⁹ *BGH, Urt. v. 5. 12. 1996*

⁴⁷⁰ Cfr. BÖTTCHER, *op. cit.*, 147. Nel senso di dare peso al solo requisito soggettivo, intravedendo perciò la sola punizione del tentativo, senza necessità della realizzazione della fattispecie oggettiva si veda la nota 492 del commento di K. VOLK, *Rechtsbeugung durch Verfahrensverstoss, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. vom 5. 12. 1996 – 1 StR 376/96*, in *NStZ*, 1997, 412 ss.

Il principio allora enunciato era perfettamente in accordo con il dato letterale del § 339 *StGB* e con la giurisprudenza del *BGH* relativa alla *Rechtsbeugung* sviluppatasi fino a quel momento.

Come già più volte rilevato, infatti, tradizionalmente la Corte rinveniva *Rechtsbeugung* solo qualora un pubblico ufficiale si allontanasse “consapevolmente ed in maniera estremamente grave dal diritto e dalla legge”.

Tale definizione racchiudeva tre presupposti per la punibilità: due oggettivi (“allontanamento dal diritto e dalla legge”, “in maniera estremamente grave”) ed uno soggettivo (“consapevolmente”) ⁴⁷¹.

Nella sentenza relativa al caso Schill invece dei tre presupposti ne rimane solo uno, quello soggettivo. Infatti - come osserva Müller – secondo l’affermazione fatta dal *BGH* nella sentenza relativa al caso Schill: «*il solo fatto che qualcosa appaia ‘finalizzato’, deve rendere grande una piccola violazione, addirittura rendere un comportamento conforme al diritto un Rechtsbruch e, poiché esso appare finalizzato, automaticamente (acquista, n.d.r.) l’attributo di ‘elementare’*» ⁴⁷².

Lo stesso Autore osserva inoltre come in tal modo formule che servono a contrassegnare il dolo diretto (quali ad esempio “intento di differimento”, “consapevole sbagliata applicazione del diritto”) vengano

⁴⁷¹ Cfr. MÜLLER I., *Anmerkung zur BGH, Urt. v. 4. 9. 2001 – 5 StR 92/01*, in *StV* 2002, pag. 306 ss.

⁴⁷² Cfr. I. MÜLLER, *op. cit.*, 308 «*Allein die Tatsache, dass etwas gezielt geschah, soll aus dem kleinen Rechtsbruch einen grossen und sogar das rechtskonforme Verhalten zum Rechtsbruch machen, und weil es eben gezielt geschah, automatisch zum “elementaren”*».

assunte quali criteri atti ad integrare un “*elementare Rechtsverstoß*”, ossia vengano ricomprese nella fattispecie oggettiva⁴⁷³.

Nella sentenza relativa al caso Schill il *BGH* ritiene quindi che il mero intento dell’autore possa integrare la fattispecie della *Rechtsbeugung*, senza bisogno di una violazione oggettiva del diritto.

La dottrina⁴⁷⁴ ha osservato a tal proposito come la Corte, per la prima volta, in questa sentenza abbia utilizzato la più volte richiamata teoria della *Pflichtverletzung*⁴⁷⁵.

Va ricordato comunque come – a fronte della grande portata innovativa dei principi enunciati nella decisione – nel caso di specie Schill sia stato assolto perché non si è raggiunta la prova del dolo. Ciò dimostra quale grado di difficoltà presenti la ricerca di una tale prova nella pratica e rende palese inoltre come – alla prova dei fatti – la punizione dei casi di *Rechtsbeugung* per realizzazione della sola fattispecie soggettiva non sia certo scontata.

Al di là delle difficoltà appena accennate, la soggettivizzazione della fattispecie operata dal *BGH* ha incontrato forti critiche in dottrina anche in riguardo alla sua non compatibilità con il dato letterale del § 339 *StGB*⁴⁷⁶. Sempre la mancata fedeltà al dato legislativo è la motivazione della critica svolta da Foht⁴⁷⁷, il quale ritiene tuttavia lodevole il fatto che proprio la mancata considerazione del dato oggettivo consenta al

⁴⁷³ Cfr. I. MÜLLER, *op. cit.*, 308. Sempre sull’argomento v. anche: KÜHL/HEGER, *Anmerkung zur BGH, Urt. v. 4. 9. 2001*, in *JZ*, 2002, 201 ss.; W. WOHLERS, *op. cit.*, 490, il quale parla di una „*Mischelformel*“.

⁴⁷⁴ Cfr. I. MÜLLER, *op. cit.*, 308.

⁴⁷⁵ Tale teoria è stata esposta in precedenza, nell’affrontare il tema del bene giuridico protetto dal § 339 *StGB*

⁴⁷⁶ Cfr. W. WOHLERS, *op. cit.*, 491.

⁴⁷⁷ Cfr. E. FOHT, *Anmerkung zur BGH, Urt. v. 4. 9. 2001– 5 StR 92/01*, in *JR*, 2002, 259.

BGH di punire i giudici che agiscono scorrettamente dal punto di vista soggettivo in ogni caso, «*senza fare distinzione se si tratti di 100 euro o di privazione della libertà*»⁽⁴⁷⁸⁾.

Ad oggi i commenti relativi al caso Schill costituiscono le considerazioni più recenti in relazione al delitto di cui al § 339 *StGB*, dal momento che nessuna delle successive decisioni in materia di *Rechtsbeugung* ha attirato lo stesso interesse da parte degli autori.

Da una lettura attenta dei vari articoli si ricava una generalizzata sfiducia dei commentatori nei confronti del *BGH* ed in alcuni casi addirittura accuse di favoritismi dei giudici verso i propri colleghi. Quest'ultimo atteggiamento è stato da numerosi autori⁽⁴⁷⁹⁾ descritto ricorrendo all' accennato proverbio «*Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus*»⁽⁴⁸⁰⁾.

A conclusione del presente commento occorre dar atto di quali siano stati gli ulteriori sviluppi della vicenda, dal momento che il *BGH* annullò la sentenza di primo grado ma non assolse l'imputato. La Suprema Corte ritenne infatti – come già accennato - di dover rinviare la questione ad un ulteriore giudice di merito, il quale - nell'eventualità in cui accertasse correttamente i presupposti soggettivi della punibilità - avrebbe potuto condannare l'imputato.

⁴⁷⁸ E. FOHT, *op. cit.*, 259 «[...] *es keinen Unterschied macht, ob es um 100 Euro oder um Freiheitsentzug geht* ».

⁴⁷⁹ Cfr. SCHAEFER, *op. cit.*, 735; M. MÜLLER, *op. cit.*, 308.

⁴⁸⁰ Tale vocabolo in lingua italiana non evoca alcun profondo significato, L'espressione si capisce però appieno se si tiene presente che in Germania esiste il proverbio "Una cornacchia non cava l'occhio all'altra" ("*Eine Krähe hackt der anderen kein Auge aus*"), che corrisponde all'italiano "Cane non mangia cane".

Il giudice designato per il rinvio fu una diversa camera dello stesso *Landesgericht Hamburg*, di fronte al quale il 14 dicembre 2001 si aprì il dibattimento.

Il processo si concluse il 21 dicembre con una sentenza di assoluzione, passata in giudicato il 28 marzo 2002.

Nella motivazione della sentenza – emessa dalla dodicesima camera penale sotto la presidenza del giudice Claus Rabe – si legge che, nonostante non si fosse potuta dar prova del dolo dell'imputato, il comportamento del signor Schill «*era stato tuttavia sbagliato*»⁴⁸¹.

Inoltre - sebbene i giudici avessero riconosciuto come l'atteggiamento di Schill costituisse una "obiettiva violazione degli obblighi" ("*objektive Pflichtverletzung*") - essi ritennero fossero presenti "particolari circostanze" ("*besondere Umstände*") in grado di giustificare il comportamento dello stesso.

I giudici hanno altresì ritenuto che – dal momento che nell'ambito del processo "*Rote Flora*" Schill aveva ricevuto delle minacce – ciò avrebbe giustificato il fatto che egli invece di esaminare i ricorsi fosse andato a comperare dei sistemi di protezione per la sua abitazione.

Poco dopo la proclamazione di quest'ultima sentenza Schaefer in un suo articolo ha criticamente osservato come «*in seguito alla revisione del BGH del 4. 9. 2001, (emessa, n.d.r.) dopo che in precedenza un'altra camera del Landesgericht aveva condannato il signor Schill per Rechtsbeugung il 13. 10. 200, ai giudici della dodicesima camera penale non era rimasta altra scelta che decidere per l'assoluzione*»⁴⁸².

⁴⁸¹ Così viene riportato dal quotidiano *Hamburger Morgen Post* del 22.12.2001.

⁴⁸² SCHAEFER, *Überzogenes Rechtsprivileg*, in *NJW* 2002, 734 ss. La citazione è a pag. 734 «[...] nach der vorangegangenen Revisionsentscheidung des BGH vom 4. 9. 2001,

Una tale riflessione rientra tuttavia nell'ambito di un più generale atteggiamento di sfavore della dottrina tedesca nei confronti della giurisprudenza del *BGH* relativa alle *Rechtsbeugung*. Come emerso anche dai commenti riportati in precedenza, gli autori lamentano infatti una presunta maggiore indulgenza dei giudici nei confronti dei propri colleghi rispetto ai "normali cittadini".

Il caso Schill è stato secondo Schaefer una palese dimostrazione di tale tendenza. Egli infatti nel suo commento scrive: «*Quando – come nel caso Schill – sopraggiungono provati ritardi e palesi bugie per dissimulare il vero corso degli avvenimenti, la situazione probatoria in riferimento ai presupposti soggettivi non può più essere dubbia. Altrimenti bisognerebbe chiedersi quali indizi debbano essere ancora prodotti, per poter ritenere integrata la fattispecie della Rechtsbeugung. Nei confronti di chiunque altro ("cittadino normale") i requisiti dal punto di vista soggettivo non sarebbero stati così esagerati*»⁴⁸³.

Le riflessioni svolte in relazione al delitto di *Rechtsbeugung* – come già rilevato per il reato di *prevarication judicial* – hanno posto in evidenza una serie di problemi applicativi, sebbene all'interno della giurisprudenza del *BGH* si possa cogliere una linea evolutiva.

Tale linea evolutiva si concretizza nella adozione – a partire dallo scorso decennio – della teoria intermedia nella valutazione dell'illecito, in

nachdem zuvor eine andere Strafkammer bei LG Herrn Schill wegen Rechtsbeugung am 13. 10. 2000 verurteilt hatte, blieb den Richtern der 12. Strafkammer kaum eine andere Wahl, als auf Freispruch zu entscheiden».

⁴⁸³ SCHAEFER, *ibid.*, 735 «*Wenn – wie im Fall Schill – nachweisbare Verzögerungen und offensichtliche Lügen hinzukommen, um den wahren Ablauf zu verschleiern, kann die Beweislage hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen nicht mehr zweifelhaft sein. Man müsste sonst fragen, welche Indizien noch vorzulegen seien, um den Tatbestand der Rechtsbeugung als erfüllt anzusehen. Bei jedem anderen („Normalbürger“) wären die Anforderungen an der subjektive Seite mit Gewissheit nicht so überspannt worden».*

sostituzione della tradizionale teoria oggettiva, che aveva trovato costante applicazione nei casi di *Rechtsbeugung* commessa dai giudici dei regimi.

La circostanza che negli ultimi anni la applicazione della fattispecie riguardasse soggetti inseriti in un contesto democratico (come tali indipendenti e chiamati ad applicare un diritto “giusto”) ha difatti reso possibile valutare la commissione dell’illecito senza la necessità di tener conto una serie di correlative problematiche, che hanno sempre indirizzato la riflessione nel senso di un estremo garantismo.

E’ stato inoltre rilevato come la giurisprudenza abbia, anche in relazione ai giudici della Repubblica federale, utilizzato gli stessi restrittivi parametri elaborati nei confronti dei giudici dei regimi, tuttavia - grazie al progressivo abbandono della teoria oggettiva pura - i presupposti per la realizzazione del reato appaiono essere meno rigorosi.

In particolare - laddove le riflessioni elaborate nell’ambito del caso Schill fossero portate alle estreme conseguenze - il risultato potrebbe essere quello di un eccessivo ampliamento della punibilità a carico dei giudici, ottenuto in virtù di una estrema soggettivizzazione della fattispecie (in cui la realizzazione dell’illecito potrebbe addirittura prescindere da una oggettiva violazione di legge).

Non è dato individuare, *a priori*, in quale direzione si muoveranno le successive applicazioni giurisprudenziali del delitto, tuttavia le considerazioni *supra* svolte consentono di supporre (oltre che auspicare) che i rigidi presupposti utilizzati per l’accertamento della fattispecie realizzata dai giudici dei regimi venga in futuro sostituita, quantomeno, da una effettiva valutazione delle circostanze di fatto

CAPITOLO III

IL SISTEMA ITALIANO

I. NOTE INTRODUTTIVE. – II. LA TUTELA PENALE – III. LA RESPONSABILITÀ CIVILE – IV. RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE E TIPIZZAZIONE DEGLI ILLECITI A SEGUITO DELLA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO. – V. LA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO COMMESSA DA ORGANI GIURISDIZIONALI NAZIONALI.

I. NOTE INTRODUTTIVE.

Dopo aver affrontato lo studio delle fattispecie che si occupano della repressione penale di quelli che possono essere definiti come “abusi del diritto” da parte dei giudici negli ordinamenti che predispongono una tutela *ad hoc*, l'ultimo capitolo sarà dedicato specificamente alla disamina dell'ordinamento italiano.

In particolare, scopo dell'indagine che verrà condotta in questa sede è verificare quali siano le forme di tutela approntate dal nostro ordinamento nei confronti delle condotte abusive dei giudici, in primo luogo verificando se tra le fattispecie presenti nel codice penale italiano sia rinvenibili una norma che si riferisca alle stesse condotte sanzionate dalla *prevaricacion judicial* e dalla *Rechtsbeugung* (vale a dire: l'abuso del diritto o la pronuncia di una risoluzione ingiusta da parte del giudice).

II. LA TUTELA PENALE.

Le norme penali che vengono in considerazione con riferimento alla specifica attività giudicante nel nostro ordinamento appaiono essenzialmente essere la *Corruzione in atti giudiziari* (art. 319ter c.p.), il *Rifiuto di atti di ufficio. Omissione* (art. 328 c.p.), nonché l'*Abuso di ufficio* (art. 323 c.p.).

Con riferimento alla prima di tali fattispecie occorre subito evidenziare come essa sanzioni condotte eterogenee rispetto a quelle considerate dalle fattispecie analizzate nei capitoli precedenti, poiché si riferisce ad ipotesi di corruzione compiuta nell'ambito di un processo civile, penale o amministrativo per favorire o danneggiare una parte.

Quantunque, pertanto, il contesto e la finalità della condotta incriminata appaiano coincidenti con i requisiti del § 339 StGB e dell'art. 447 CP, la condotta si rivela assolutamente non sovrapponibile, posto che le norme da ultimo richiamate si configurano come reati commessi esclusivamente dal giudice, a prescindere da un accordo intercorso con la parte.

Nell'eventualità in cui ricorresse un accordo tra le parti volto alla commissione di una *Rechtsbeugung* o di una *prevaricacion*, si avrebbe difatti come conseguenza l'applicazione di tali ultime fattispecie in concorso con il delitto di corruzione⁴⁸⁴, posta la assoluta eterogeneità tra i delitti in questione⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Disciplinato nel *Codigo Penal* all'art. 419 (*Cohecho*) e nello *StGB* al § 334 (*Richterbestechung*).

⁴⁸⁵ Sul concorso dei delitti di *prevaricacion* e corruzione in Spagna si v. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 496 ss.; per il concorso tra *Rechtsbeugung* e corruzione si v. invece la dissertazione di TREPPER A., *Richterbestechung (§334 StGB) und Rechtsbeugung 8§ 336 StGB) unter Berücksichtigung auch der Strafrechtsreform*. Borna-Leipzig, 1914., p.

Come difatti nota Spendel, laddove un giudice riceva o accetti la promessa di un beneficio in cambio di un abuso del diritto, entrambi i delitti sono tra di loro indipendenti, posto che la corruzione viene in considerazione a prescindere dal risultato con essa perseguito (l'abuso del diritto), mentre la *Rechtsbeugung* viene in rilievo senza tenere in considerazione il fatto che esista una controprestazione per la condotta di abuso⁴⁸⁶.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, occorre escludere che l'art. 319^{ter} possa essere correttamente inquadrato nella punizione delle condotte di cui si è discusso nei capitoli precedenti, quantunque lo stesso articolo sia – tra i delitti previsti dal codice penale italiano – il più specificamente dedicato alla attività giurisdizionale (riferendosi esplicitamente allo specifico fine di “favorire o danneggiare una parte in un processo civile penale o amministrativo”).

Una tale specificità non è infatti apprezzabile con riferimento agli ulteriori due reati che verranno presi in considerazione, posto che questi ultimi (ad eccezione dell'art. 328 c.p. per alcune peculiarità di cui si parlerà *infra*) si riferiscono genericamente al pubblico ufficiale nello svolgimento del suo ufficio⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ SPENDEL G., *LK*, §336, marg. 126.

⁴⁸⁷ Posto lo specifico riferimento alla attività giudiziaria contenuto nell'art. 319-*ter*, qualche perplessità solleva la sua collocazione nel titolo relativo ai delitti contro la Pubblica Amministrazione piuttosto che nello specifico titolo dedicata alla Amministrazione della giustizia. Nessuna antinomia tra il contenuto della norma e la sua collocazione codicistica ha ritenuto tuttavia di rinvenire Tencati, osservando come «*L'affermazione costituzionale inerente all'indipendenza della Magistratura rispetto ai restanti poteri statuali non deve far dimenticare che anch'essa esercita una funzione sovrana nel cui assolvimento vengono quindi emessi atti sicuramente pubblici [...]: ecco perché, volendo reprimere le attività inquinanti il corretto funzionamento dell'apparato giudiziario, il diritto penale ne ha inserito la disciplina sanzionatoria non già tra i 'delitti contro l'amministrazione della giustizia' bensì tra quelli*

Rispetto alla ulteriore norma del codice penale italiano di cui all'art. 328 c.p. occorre effettuare una preliminare distinzione, dal momento che non è possibile giungere alle medesime conclusioni con riferimento al rapporto della stessa rispettivamente con la norma spagnola e quella tedesca.

Tale circostanza deriva più in generale dalla differente formulazione delle due norme straniere, posto che – come più volte evidenziato – a fronte della maggiore specificità della norma spagnola, il § 339 *StGB* incrimina genericamente l'”abuso del diritto” da parte del giudice, permettendo pertanto la sussunzione, nell'ambito di tale condotta, altresì dei casi di ritardo od omissione di atti di ufficio da parte del giudice.

Alla luce di tali considerazioni è dunque evidente come le condotte sanzionate dall'art. 328 c.p. ricadano nell'ambito della più ampia fattispecie di cui al §339 *StGB*, la quale appunto si riferisce a tutte le condotte del giudice contrarie ai suoi doveri processuali.

Sintomatico di tale circostanza è altresì il caso *supra* analizzato relativo al giudice Schill, il quale era stato imputato a titolo di *Rechtsbeugung* per aver ritardato il deposito di due ricorsi avverso ordinanze di arresto, condotta che nel nostro ordinamento sarebbe inquadrabile nell'art. 328 c.p.⁴⁸⁸.

Con riferimento all'ordinamento spagnolo il discorso è invece differente, posto che in tale ordinamento sono previste, nel capo relativo alla *prevaricacion*, due apposite fattispecie volte alla punizione, rispettivamente, dei casi in cui il giudice rifiuti di giudicare (art. 448

'dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (Cfr. TENCATI A., *La corruzione fonte di responsabilità penali per gli operatori giudiziari*, in *Foro it.*, 1994, V, p. 3 ss.).

⁴⁸⁸ Si veda retro, pag.

CP)⁴⁸⁹ o si renda responsabile di un ritardo malizioso nella amministrazione della giustizia (art. 449 CP)⁴⁹⁰.

Analizzando nello specifico le due norme, si è di fronte ad una condotta sussumibile all'interno dell'art. 448 CP tutte le volte in cui il giudice si rifiuti di decidere, senza addurre una causa legale o sotto il pretesto della oscurità, insufficienza o silenzio della legge.

La necessità di addurre una causa legale è un requisito introdotto dal legislatore in occasione della riforma del 1995, posto che il codice previgente si limitava a punire i giudici che adducessero una delle cause tipizzate dalla norma (oscurità, insufficienza, silenzio della legge) a motivo del rifiuto di giudicare⁴⁹¹.

La previsione della necessità di addurre una “causa legale” ha pertanto risolto il paradosso sottolineato dalla dottrina sotto la vigenza del codice anteriore, secondo cui il giudice che non adducesse alcuna motivazione a fondamento del suo diniego potesse andare impunito, bastando che non allegasse quali ragioni del rifiuto le già più volte richiamate caratteristiche della legge (oscurità, silenzio, insufficienza)⁴⁹².

La stessa delimitazione dell'ambito di applicazione del reato di cui all'art. 448 CP rispetto alla differente fattispecie di *prevaricación*

⁴⁸⁹ Art. 448 «El Juez o Magistrato que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tempo de seis meses a cuatro años».

⁴⁹⁰ Art. 449 «1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, el Magistrato o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior».

⁴⁹¹ Diffusamente sull'argomento, e più in generale sui rapporti tra l'art. 448 e l'art. 446 CP, si v. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 461 ss., nonché gli Autori *ivi* citati.

⁴⁹² Cfr.

commessa nel dettare una risoluzione ingiusta (art. 446 *CP*) si è rivelata problematica, ma la dottrina più recente ha inteso risolvere il problema considerando la peculiarità dei due reati.

E' stato difatti osservato come l'art. 448 sanziona il giudice che si rifiuti di aprire un processo ed esercitare la potestà giurisdizionale a cui è obbligato, mentre con l'art. 446 si punisce il giudice che eserciti la sua potestà, ma in forma contraria al diritto, infrangendo il suo dovere di soggezione esclusiva alla legge⁴⁹³.

In virtù di tali considerazioni, si ritiene che qualora il giudice si limiti ad esprimere la sua volontà di non accogliere la richiesta di parte (e pertanto non emetta una decisione sul merito) si applicherà la norma sul diniego di giustizia. Laddove invece il giudice si addentri nella valutazione della richiesta avanzata dalla parte e la qualifichi in forma giuridicamente scorretta (seppure l'esito sia quello di non ammettere la richiesta), si sia di fronte ad una condotta ricadente nell'ambito dell'art. 446, poiché il fatto di dettare una risoluzione ingiusta prevale sul diniego di giustizia⁴⁹⁴.

La differente fattispecie di cui all'*art. 449 CP* prevede invece, come già accennato, la punizione del giudice che si renda colpevole di un ritardo malizioso nella amministrazione della giustizia, intendendosi per malizioso - ai sensi della stessa norma - il ritardo provocato per conseguire qualsiasi finalità illegittima.

La dottrina spagnola ha sottolineato come tale fattispecie non abbia nulla a che vedere con la attività giurisdizionale, riferendosi piuttosto alla

⁴⁹³ Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 470.

⁴⁹⁴ Si veda in tal senso RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 471.

attività prestazionale della Amministrazione della giustizia, intesa quale servizio pubblico. Pertanto l'ambito soggettivo del delitto non è limitato ai giudici, ma abbraccia altresì i funzionari che intervengono in tale attività procedimentale (il secondo comma della norma stabilisce infatti che laddove la condotta sia imputabile ad un funzionario distinto dal giudice, magistrato o segretario giudiziario, la pena è diminuita della metà)⁴⁹⁵.

A fronte delle peculiarità dei delitti sinora analizzati con riferimento agli ordinamenti stranieri, una particolare attenzione deve essere attribuita all'analisi della norma italiana che punisce il ritardo od omissione di atti di ufficio, principalmente al fine di individuare quali siano i punti di contatto e le divergenze con le fattispecie appena analizzate.

Come già accennato, la fattispecie in questione coincide con l'art. 328 c.p., il quale ha subito una serie di modifiche nel corso degli anni, per effetto prima della L.117/88⁴⁹⁶ ed in seguito della L. 86/90⁴⁹⁷.

Prima delle modifiche da ultimo accennate, la norma conteneva una espressa previsione dei casi in cui la condotta fosse posta in essere da un magistrato, disponendo (nella versione originaria) che *“Se il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, vi è omissione, rifiuto o ritardo quando concorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile”*.

⁴⁹⁵ Si vedano sul punto le riflessioni di RAMOS TAPIA M.I., *op. cit.*, p. 478 ss. La stessa Autrice sottolinea inoltre come l'art. 449 costituisca l'unica fattispecie che prevede il concorso con la responsabilità disciplinare, posto che le condotte sanzionate penalmente costituiscono altresì illeciti disciplinari.

⁴⁹⁶ Si tratta, come noto, della legge introduttiva della responsabilità civile dei magistrati, ossia la Legge 13 aprile 1988, n. 117, in GU del

⁴⁹⁷ L. n. 89 del

A seguito della entrata in vigore della già accennata L.117/88 il comma è stato sostituito dalla formulazione: “*Se il pubblico ufficiale è un magistrato, vi è omissione o ritardo quando siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia*”⁴⁹⁸.

Come noto, l’attuale formulazione della norma (a seguito delle modifiche apportate dall’art. 16 della L. 86/90) non fa invece alcuna menzione ai magistrati. Di fronte a tale mancato richiamo, la dottrina maggioritaria ritiene che ai magistrati debba essere applicata la disciplina generale⁴⁹⁹, mentre altra parte della dottrina ritiene imprescindibile un coordinamento con le ipotesi di diniego di giustizia, quanto meno con riferimento ai casi disciplinati dal secondo comma della norma⁵⁰⁰.

Difatti, con riferimento ai casi da ultimo indicati, (che ricorrono, come noto, nell’ipotesi in cui l’atto non debba essere compiuto senza ritardo per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene e sanità), posti differenti termini stabiliti dalla disciplina civile e da quella penale, si incorrerebbe – in mancanza di tale coordinamento – nella conseguenza paradossale di ritenere applicabile la responsabilità penale in ipotesi in cui non sia ancora decorso il termine per incorrere nella

⁴⁹⁸ Le condizioni in cui si realizza un diniego di giustizia vengono specificamente individuate dall’art. 3 della L.117/88 nei casi in cui l’atto di ufficio non sia stato emesso in seguito al decorso dei termini di legge previsti per il suo compimento e siano altresì decorsi 30 giorni dalla presentazione di un’istanza per ottenere il provvedimento. Il secondo comma della legge prevede altresì la possibilità di prorogare il termine di trenta giorni, mentre l’ultimo comma riduce tale proroga a cinque giorni nel caso in cui l’omissione riguardi un provvedimento che incide sulla libertà personale.

⁴⁹⁹ Cfr. FIANDACA G./ MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Zanichelli, 1999, p. 263.

⁵⁰⁰ Cfr. SEMINARA, 1999, p. 868

civile, in espressa deroga al principio di *extrema ratio* del diritto penale⁵⁰¹.

A fronte delle problematiche evidenziate in relazione alla applicabilità della norma ai magistrati, la disamina di alcuni casi giurisprudenziali si configura quale valido sussidio ai fini della più esatta comprensione della concreta operatività della fattispecie⁵⁰².

La prima delle decisioni in questione⁵⁰³ è intervenuta in un periodo antecedente al referendum che ha disposto la abrogazione dell'art. 55 c.p.c. (contenente, come noto, la disciplina della responsabilità civile del giudice)⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ A tal proposito si vedano le riflessioni di SEMINARA, *loc. ult. cit.*

⁵⁰² Poste le modifiche succedutesi nel tempo in relazione alla fattispecie in questione, quale premessa metodologica occorre chiarire che all'analisi dei casi giurisprudenziali si procederà secondo un criterio cronologico, tenendo in considerazione le differenti versioni della norma sotto la vigenza delle quali le decisioni sono state emesse.

⁵⁰³ Trib. Venezia, I sez. penale, 27 settembre 1974, in *Giur. it.*, 1977, II, p. 25, con nota SPACCAPELO.

⁵⁰⁴ Come noto, a seguito del referendum tale articolo è stato sostituito dalle disposizioni della L. 117/88. Il testo dell'articolo disponeva:

Art. 55 c.p.c.

Responsabilità civile del giudice

Il giudice è civilmente responsabile soltanto:

1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione;

2) quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero.

Le ipotesi previste dal numero 2 possono aversi per avverate solo quando la parte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito.

Con riferimento a tale norma sono sorti diversi problemi di coordinamento. Difatti il codice di procedura civile del 1942 ha inserito l'articolo in questione all'interno del capo relativo al giudice, mentre i codici previgenti collocavano l'azione di responsabilità nei confronti dei magistrati nel libro dedicato ai procedimenti speciali. La nuova collocazione all'interno del capo dedicato specificamente al giudice civile ha pertanto reso dubbia l'esperibilità di tale azione nei confronti dei giudici penali ed amministrativi. La relazione PISANELLI giustificò allora il mutamento di collocazione poiché «*la detta azione non è propriamente un mezzo diretto ad ottenere la riforma o l'annullamento di una sentenza che sia l'effetto di alcune delle accennate colpe del magistrato; con essa la parte soccombente ottiene il risarcimento dei danni cagionati da un fatto delittuoso, ma la sentenza rimane affatto in disparte. [...] l'azione civile contro i detti funzionari compete ai menzionati casi non solo per una sentenza, ma ancora per qualunque altro fatto che ad essi sia imputabile nell'esercizio delle loro funzioni*»

Di conseguenza, la versione dell'art. 328 c.p. che viene in considerazione nella suddetta sentenza è quella che fa riferimento all'art. 55 c.p.c. per l'individuazione dell'omissione o ritardo punibili⁵⁰⁵.

In particolare, la vicenda riguardava un giudice accusato di omissione di atti di ufficio per non aver verbalizzato l'esame testimoniale da lui stesso assunto recandosi presso il soggetto da esaminare.

Nel caso di specie il Tribunale di Venezia ha assolto il giudice per insussistenza del fatto, ritenendo che lo stesso avesse agito come privato e non in qualità di pubblico ufficiale, e che pertanto mancasse l'obbligo di trascrizione, trattandosi del compimento di un atto non ufficiale.

Il Tribunale ha formulato tuttavia delle affermazioni generali sulla applicabilità dell'art. 328 nei confronti dei magistrati, ritenendo che anche laddove l'imputato avesse agito in qualità di pubblico ufficiale non sarebbe stato punibile penalmente né civilmente, posto che l'art. 55 c.p.c., cui l'art. 328 rinvia, si applica solo nei casi di dolo del giudice, e

(il testo della relazione PISANELLI è riportato in SPACCAPELO, *op. cit.*, col. 27, alla nota 7).

⁵⁰⁵ L'art. 328 è stato difatti sostituito dall'art. 13 della L. 117/88, ma prima di tale modifica disponeva:

Art. 328

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a lire due milioni.

Se il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, vi è omissione, rifiuto o ritardo, quando concorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile.

Le problematiche evidenziate in relazione alla applicabilità dell'art. 55 c.p.c. a tutte le categorie di magistrati hanno avuto dei necessari riflessi sulla applicabilità dello stesso art. 328 c.p. ed in dottrina le posizioni al riguardo sono state differenti. BOSCARRELLI, *La tutela penale del processo*, Milano 1951, p.314, ritiene infatti che ai magistrati del pubblico ministero sia applicabile il primo comma dell'art. 328 c.p., senza la limitazione di responsabilità stabilita dal II c. dell'art. stesso, poiché quest'ultimo si riferirebbe solo ai giudicanti (a differenza di quanto avveniva sotto la vigenza del c.p.c. del 1865).

L'irrelevanza del II c. art. 328 viene affermata altresì Da SPACCAPELO, *Il giudice e l'omissione di atti di ufficio*, in *Giur. it.*, 1977, II, col. 26, ma in relazione ai magistrati diversi da quelli civili (in sostanza i magistrati amministrativi e penali, sia requirenti che giudicanti).

«sarebbe ovviamente erroneo ritenere che il dolo di cui all'art. 55 codice di proc. civile si identifichi pleonasticamente con il dolo di cui all'art. 42 codice penale, pur che si consideri che al dolo del giudice in una accezione del tutto diversa da quella penalistica fa riferimento il codice di rito a proposito di quell'istituto della revocazione (art. 395 n. 6, codice di proc. civile), la cui funzione consiste nell'eliminarne la conseguenza sul piano della causa. Ed è certo che qui di siffatto dolo non può assolutamente trattarsi»⁵⁰⁶.

Il commentatore della sentenza ha difatti sottolineato come, nel caso di specie, lungi dal doversi intendere il dolo come semplice volontà dell'omissione, l'elemento avrebbe dovuto essere accertato quale «*prava intenzione di ledere altrui, non ravvisabile nel caso di specie per mancanza di una parte danneggiata*»⁵⁰⁷.

Le notazioni più interessanti della sentenza in esame si riferiscono pertanto alla individuazione del dolo del giudice nell'ambito dell'art. 328 c.p., che si qualifica come distinto da quello degli altri pubblici funzionari, per i quali è sufficiente la consapevolezza di violare un dovere⁵⁰⁸.

Il «dolo del giudice», inteso nella specifica accezione di causa di revisione ai sensi dell'art. 395 c.p.c.⁵⁰⁹ è stato inteso dalla dottrina prevalente quale «*intenzione illecita, volontà del risultato ingiusto, la*

⁵⁰⁶ Cfr. Trib. Venezia, loco cit., col. 30-31.

⁵⁰⁷ Cfr. Trib. Venezia, cit.,

⁵⁰⁸ In tal senso, tra le altre, cfr. Cass. pen., sez. VI, 11 marzo 1974, n. 517.

⁵⁰⁹ La norma in questione dispone: Art. 395 cp.c. Casi di revocazione

Le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate per revocazione:

[...] 6) *se la sentenza è effetto del dolo del giudice accertato con sentenza passata in giudicato.*

quale si configura più specificamente quale violazione cosciente da parte del giudice del suo dovere di imparzialità»⁵¹⁰.

Rispetto a tale tipologia di dolo molto interessanti appaiono le riflessioni formulate nell'ambito della dottrina processual-civilistica da De Stefano, poiché lo stesso ritiene che tutte le condotte tenute dal giudice con dolo rilevante ai fini della revocazione si qualificano altresì come reati.

In particolare l'Autore - a conclusione di una attenta disamina relativa all'individuazione del dolo fondante i casi di revocazione, nell'ambito della quale individua come rilevanti i soli casi in cui il giudice alteri gli elementi oggettivi del fatto - conclude osservando come tali casi ricadano nell'ambito della norma che punisce il falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico (art. 479 c.p.). L'Autore aggiunge inoltre come, nei casi in cui ricorra il dolo specifico di conseguire un vantaggio patrimoniale o procurare un danno, sarà applicabile altresì la norma relativa all'abuso di ufficio⁵¹¹.

Un ulteriore effetto conseguito dal richiamo effettuato dall'art. 328 all'art. 55 c.p.c. è stato, secondo la dottrina, quello di limitare la responsabilità penale del giudice per omissione ai soli casi in cui si sia prodotto un danno alla parte. Ciò in considerazione del fatto che la responsabilità civile è una responsabilità per danni, e siccome - in virtù del più volte richiamato collegamento tra le due norme - la responsabilità penale del giudice si realizza solo allorchè si sia realizzata

⁵¹⁰ Cfr. ATTARDI, *La revocazione*, 1959, Padova, p. 211.

⁵¹¹ Cfr. DE STEFANO G., *Il dolo del giudice*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1953, I, p. 302. Il riferimento al dolo specifico piuttosto che all'evento nel delitto di cui all'art. 323 c.p. è dovuto alla circostanza che l'Autore ha scritto in costanza della normativa previgente. Sul contrasto in dottrina relativo alla applicabilità dell'art. 479 c.p. alle sentenze si v. la nota contenuta a pag. 302 dello stesso lavoro ed i riferimenti ivi contenuti.

la responsabilità civile, non può che concludersi che la tutela penale intervenga solo a fronte di un danno alla parte⁵¹².

Sempre in relazione alla responsabilità dei magistrati, la dottrina ritiene di rinvenire il fondamento della immunità del giudice (intesa nel senso della limitazione della sua responsabilità ai casi di dolo) nella natura stessa della funzione giurisdizionale, non tuttavia in quanto esplicitazione diretta della responsabilità dello Stato⁵¹³, bensì in quanto «*la funzione giurisdizionale postula necessariamente una posizione del giudice che non lo renda in via ordinaria un giudicabile in relazione al modo con cui esercita la sua funzione. Sono sufficienti garanzie il regime delle nullità ed i mezzi di impugnazione. Altrimenti ogni giudice dovrebbe temere, quando al coscienza nulla gli rimprovera, il rigore formale di tutti gli scontenti*»⁵¹⁴.

E' appena il caso di accennare come le riflessioni appena riportate, relative alla necessità di restringere la punibilità del giudice ai casi di dolo, si scontrino tuttavia con le evoluzioni normative apportate dalla L.117/88 (la quale ha, come noto, esteso la responsabilità altresì alle ipotesi di colpa grave) e le statuizioni della Corte di giustizia della comunità europee, sulle quali si tornerà *infra*⁵¹⁵.

Se la versione dell'art. 328 applicata nel caso appena analizzato si riferiva alle condizioni necessarie per esercitare l'azione civile, così

⁵¹²Cfr. in tal senso SPACCAPELO, *op. cit.*, col. 29, nonché ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973, p. 157, il quale ritiene che il capoverso dell'art. 328 c.p. rappresenti una ripetizione del n.2 dell'art. 55 c.p.c.

⁵¹³ In tal senso erano invece orientate le riflessioni di ALBAMONTE A., *Abuso generico d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 1973, II, col. 381.

⁵¹⁴ Cfr. SPACCAPELO, *op. cit.*, col. 30-31.

⁵¹⁵ Le tematiche sono approfondite in relazione al più generale discorso sulla responsabilità civile del giudice nel nostro ordinamento. Cfr. cap. III, par. II.

richiedendo che si producesse necessariamente un danno per la parte, la formulazione della norma è apparsa molto differente a seguito della riforma attuata dalla L.117/88.

Tale norma, come già accennato, ha infatti sostituito il secondo comma della art. 328, disponendo che “*Se il pubblico ufficiale è un magistrato, vi è omissione o ritardo quando siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia*”.

Con tale formulazione si era pertanto inteso richiamare solo il dato temporale di cui alla legge disciplinante la responsabilità civile (non più, dunque, le “condizioni” per l’esercizio della azione civile) e si era altresì risolta la questione relativa alla applicabilità della norma rispetto a tutte le categorie di magistrati, posta l’esplicita formulazione in termini generici adottata dalla norma (che richiede la qualifica di “magistrato” in generale)⁵¹⁶.

Un problema fondamentale della nuova norma, sottolineato dalla dottrina, era il fatto che le disposizioni di cui all’art. 328 cpv finissero per essere applicabili solo ai casi in cui vi fosse una parte interessata a mettere in mora il magistrato, motivo per cui le omissioni che inerissero ad attività giurisdizionali in cui tale parte non fosse rinvenibile erano sottoposte alla alternativa di essere ricomprese nell’ambito del primo

⁵¹⁶ Sul punto si v. MARTINI, *Responsabilità civile dei magistrati*, in *Legislaz. Pen.*, 1988, p.345. *Contra*, nel senso di ritenere che nulla sia mutato rispetto al sistema precedente e pertanto il reato si configurerebbe anche ai sensi del nuovo testo dell’art. 328 solo allorché ricorrano le condizioni per esperire l’azione civile si v. CIRILLO G.P.-SORRENTINO F., p. 173.

comma della norma citata oppure di essere ritenute penalmente irrilevanti⁵¹⁷.

A tal proposito la norma sembrava dunque approntare una duplice tutela, ai sensi della quale «*un'inerzia qualificata del magistrato a fronte di una domanda di giustizia avanzata dalla parte interessata al provvedimento, per ciò solo integrerà il fatto tipico di omissione indebita descritto dall'art. 328 cpv c.p., mentre l'inadempimento di attività giurisdizionali doverose che non debbano però corrispondere ad aspettative di giustizia di una parte processuale privata potrà risultare rilevante ai sensi dell'art. 328 comma 1 c.p., purchè rappresenti, però, una trasgressione al dovere principale del magistrato: garantire l'operatività della funzione a cui si è preposti*»⁵¹⁸.

Nella direzione di ritenere configurabile il rifiuto di atti di ufficio ex art. 328, comma I, indipendentemente dalla esistenza o meno di specifiche sollecitazioni si muoveva anche la sentenza emessa dalla Corte di Cassazione nel 2002⁵¹⁹.

In tale occasione la Corte ha difatti chiarito che il reato previsto dal I comma dell'articolo in questione si configura anche senza tale sollecitazione, «*ogni qual volta dalla indebita e volontaria inerzia del soggetto che dovrebbe provvedervi derivi, pur in assenza di termini previsti come perentori, l'oggettivo pericolo di una lesione del bene tutelato; ciò vale anche nel caso di atti che debbano essere compiuti dal magistrato, senza che occorra anche la presenza di taluna delle*

⁵¹⁷ Di tale problema e dei riflessi delle possibili alternative si occupa MARTINI, *Responsabilità civile dei magistrati*, in *Legislaz. Pen.*, 1988, p. 346 ss.

⁵¹⁸ Cfr. MARTINI, *Responsabilità civile dei magistrati*, cit. p.348.

⁵¹⁹ Cfr. Cass., sez. VI pen., sent. 9 dicembre 2002, in *Riv. Pen.* 2004, p. 60.

condizioni che, ai sensi dell'art. 3 l. 13 aprile 1998 n. 117, danno luogo al diniego di giustizia, dovendosi considerare come di per sé integratrice di un siffatto diniego la condotta del magistrato che consista nel ritardare indebitamente, oltre ogni ragionevole limite e, quindi, con effettivo pericolo di lesione degli interessi della giustizia, atti del proprio ufficio»⁵²⁰.

Nel caso di specie il magistrato era quindi stato condannato per aver ritardato - senza alcuna giustificazione ed in presenza di ripetute sollecitazioni rivoltegli dal capo dell'ufficio - il deposito di 277 sentenze dibattimentali.

Il principio stabilito dalla Corte era tuttavia in controtendenza rispetto a quello enunciato dal tribunale di Perugia in un precedente risalente al 1996⁵²¹, che aveva ad oggetto la condanna di un giudice per aver depositato con circa due anni di ritardo (senza giustificato motivo ed oltre trenta giorni dalla diffida) una sentenza in procedimento per divorzio congiunto.

In tale occasione i giudici di merito avevano infatti osservato come le due norme (art. 328 c.p. e art. 3 L. 117/88) debbano essere interpretate in stretta correlazione. Ciò in quanto, come si legge nella sentenza «*Non si può [...] prescindere da una lettura, per così dire costituzionale della fattispecie criminosa, che, logicamente, per sanzionare penalmente un fatto, richiede che questo assuma una incidenza maggiore o quanto meno pari alla condotta solo civilisticamente rilevante*».

⁵²⁰ Cfr. Cass., sez. VI pen., sent. 9 dicembre 2002, *loc. cit.*

⁵²¹ Si tratta di Trib. Perugia, sent. 22 gennaio 1996, Bonferraro, in *Foro it.*, 1996, II, col. 387, con nota di CIPRIANI.

La necessità di coordinare le due norme così come richiesto dal tribunale di Perugia avrebbe tuttavia come conseguenza il fatto di paralizzare l'applicazione del diniego di giustizia in costanza di procedimento, posto che i soggetti legittimati all'istanza sono le parti processuali, le quali – come correttamente osservato dal commentatore della sentenza - ben si guarderanno dal denunciare il giudice dalla cui decisione dipendono i loro interessi⁵²².

Il caso in esame si configurava infatti come una eccezione, posto che lo stesso appariva *«piuttosto anomalo: trattandosi di un divorzio congiunto, ossia di una domanda che, per quel che è dato pensare, non poteva non essere accolta, le parti non avevano alcun timore nel denunciare il giudice, Se, invece, si fosse trattato di una vera e propria causa, le cose sarebbero andate sicuramente in altro modo, per la semplice ragione che le parti non osano prendere certe iniziative quando sono in attesa del giudizio [...]»*⁵²³.

Alla luce di quanto esposto e dei casi giurisprudenziali analizzati, si può pertanto giungere alla conclusione che tutti i casi di mancato o ritardato compimento di un atto di ufficio da parte di un magistrato siano sanzionabili alla stregua della norma di cui all'art. 228 c.p., non

⁵²² Cfr. CIPRIANI F., *Nuove norme sul rispetto dei termini processuali da parte dei giudici* (art. 9, 6° comma, l. 534/95), in *Foro it.*, 1996, II, col. 389, il quale osserva: «Vero è che sull'istituto del diniego di giustizia non si può fare molto affidamento perché è subordinato, con apparente liberalità, all'istanza di parte, ossia proprio all'istanza di chi non può permettersi di agire».

⁵²³ Cfr. CIPRIANI F., *Nuove norme sul rispetto dei termini processuali da parte dei giudici*, *loc.ult. cit.*

emergendo pertanto in questo ambito un vuoto di tutela nel nostro ordinamento⁵²⁴.

Qualora tuttavia si tratti di sanzionare scorrette applicazione della legge da parte del giudice che non si risolvano in una delle ipotesi summenzionate, determinando piuttosto l'adozione di un provvedimento ingiusto, si ripropone il problema di individuare una norma *ad hoc*.

Tale norma dovrebbe pertanto rappresentare, alla luce della considerazioni *supra* esposte, il *pendant*, nell'ordinamento italiano, della *prevaricacion* commessa emettendo una sentenza ingiusta (*art. 446 CP*), nonché della *Rechtsbeugung* tedesca, limitatamente ai casi in cui l'abuso del diritto non si risolva nella omissione o ritardo di un atto di ufficio.

La norma più affine a quelle appena richiamate, che si presti a sanzionare le condotte come quelle da ultimo descritte (anche se, come verrà chiarito nel proseguo, non in maniera esauriente) nel nostro ordinamento può essere individuata nella fattispecie residuale che disciplina l'abuso di ufficio.

Come noto, anche la fattispecie in questione ha subito una serie di modifiche legislative volte ad ovviare alla originaria vaghezza della formulazione, in particolare con la finalità di evitare un indiscriminato sindacato del giudice penale nell'ambito della discrezionalità amministrativa⁵²⁵.

⁵²⁴ Anche a fronte del mancato richiamo del diniego di giustizia da parte della attuale formulazione dell'art. 328 c.p. è stato difatti osservato come la dottrina maggioritaria ritenga necessario coordinare le due discipline, pertanto le considerazioni svolte sono applicabili anche in relazione alla fattispecie vigente.

⁵²⁵ Rispetto a tale problematica nonché in generale sulla riforma della fattispecie si v., per tutti, ROMANO M., *Art. 323*, in *I delitti contro la P.A.*, *Commentario sistematico*, II ed., Giuffrè, 2006, p. 255 ss. e bibliografia *ivi* richiamata.

Le problematiche che dovranno essere affrontate in questa sede con riferimento al reato da ultimo individuato, concernono tuttavia in particolare la questione relativa agli aspetti dell'attività giurisdizionale su cui la stessa norma influisce.

Per chiarire quale sia la concreta operatività della fattispecie si procederà prima ad un raffronto con le norme di cui al § 339 *StGB* e 446 *CP*, per poi analizzare i casi giurisprudenziali più significativi⁵²⁶.

La prima considerazione che viene in rilievo nel raffronto tra il reato di abuso di ufficio ed i delitti di *prevaricacion* e *Rechtsbeugung*, concerne il bene protetto dalla fattispecie.

E' stato difatti ampiamente illustrato come i delitti di cui al codice penale spagnolo e tedesco siano specificamente volti alla tutela della Amministrazione della giustizia⁵²⁷.

Il delitto di abuso di ufficio invece, piuttosto che nel titolo relativo ai delitti che tutelano il bene giuridico da ultimo individuato, viene incluso dal legislatore italiano nell'ambito dei reati contro la Pubblica amministrazione.

Con riferimento alla concezione penalmente rilevante di Pubblica amministrazione è ormai pacifico come essa si riferisca – a differenza di quella adottata in diritto pubblico – tanto al potere amministrativo che a

⁵²⁶ Come risulterà evidente dalla disamina dei casi giurisprudenziali, la stessa applicabilità della norma rispetto ai magistrati, oltre alle tipologie di condotta nell'ambito della stessa sussumibili, si attecchiano diversamente in considerazione della versione della norma sotto la cui vigenza l'abuso da parte del magistrato è stato commesso.

A fronte di ciò, la disamina dei casi giurisprudenziali verrà pertanto condotta con specifico riferimento alla versione della norma applicabile nel caso concreto, seguendo pertanto – come già in precedenza – il criterio cronologico nell'analisi delle decisioni.

⁵²⁷ Si v. *retro*, cap. I, par. II.

quello legislativo e giudiziario, secondo quanto stabilito dagli artt. 357 e 358 c.p., posti a disciplina delle pubbliche funzioni⁵²⁸.

Secondo la dottrina più recente, pertanto, oggetto di tutela nel titolo II sono tanto la imparzialità che il buon andamento della P.A., le quali vengono tuttavia in rilievo non in sé, bensì quali modi di attuazione della legalità, cui la pubblica amministrazione deve sempre uniformare la propria azione.

Da ciò discende che il vero oggetto di protezione penale nei reati contro la pubblica amministrazione è costituito dalla legale esplicazione dei pubblici poteri, poiché tale ultima definizione si configura come la sola in grado di ricoprire l'intera area di attività della pubblica amministrazione, potendo essere specificata in rapporto alle diverse categorie di autori⁵²⁹.

Le regole che informano l'agire dei pubblici funzionari, dei giudici e dei parlamentari si configurano difatti in maniera sensibilmente differente, dal che discende l'ulteriore circostanza per cui la legalità viene intesa come buon andamento ed imparzialità rispetto alla funzione amministrativa in senso stretto, quale rispetto della legge e della Costituzione per la funzione legislativa, come imparzialità invece per la funzione giurisdizionale⁵³⁰.

⁵²⁸ Cfr. STORTONI L., in CANESTRARI S.-GAMBERINI A.-INSOLERA G.-MAZZACUVA N.-SGUBBI F.-STORTONI L.-TAGLIARINI F. *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, IV ed., Monduzzi, 2006, p. 90

⁵²⁹ Cfr. STORTONI L., *op. ult. cit.*, p. 94-95.

⁵³⁰ Tale concezione, ispirata dalla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, si configura quale efficace risposta alle incongruenze sottolineate da Bricola in relazione alla sistematica adottata dal legislatore penale del 1930. L'Autore sottolineava infatti come l'accentramento di tutela operato dal codice del 1930 ben si conciliasse con l'assetto istituzionale di cui il codice era espressione (inteso quale degradazione della teoria della separazione dei poteri a semplice criterio di distribuzione delle competenze, con conseguente

La giurisprudenza che si è occupata della commissione del delitto da parte di magistrati ha dovuto affrontare il preliminare problema se gli stessi potessero essere annoverati quali soggetti attivi del reato, posto che una minoritaria opinione dottrinale ha escluso tale applicabilità, argomentando che il giudice «*emettendo la sentenza si avvale di un potere che discende direttamente dalla sovranità popolare in una dimensione giuridica che lo trascende rendendo impossibile un riconducimento della volontà espressa nella pronuncia e ragionata nella motivazione alla persona per la ricerca dell'eventuale movente personale*»⁵³¹.

La tesi appena esposta presta il fianco ad una serie di obiezioni di rilievo ed è appunto rimasta isolata in dottrina, tuttavia è stata accolta dalla giurisprudenza in una decisione, che verrà analizzato compiutamente *infra*⁵³².

Ritenuto pacificamente applicabile il delitto in questione ai magistrati⁵³³, la esigua casistica giurisprudenziale mostra – analogamente a quanto già riscontrato in relazione all'art. 328 c.p. nelle sue varie formulazioni -

burocratizzazione del giudice), ma fosse invece in contrasto con la Costituzione laddove la stessa conferisce autonome caratteristiche e autonomi principi alla funzione legislativa, giudiziaria ed amministrativa. Proprio in riferimento alla imparzialità della pubblica amministrazione e alla indipendenza del giudice, l'Autore sottolineava inoltre la differenza intercorrente tra le stesse, differenza di cui riteneva non tenesse conto la dottrina contemporanea laddove individuava nella imparzialità il bene tutelato dal titolo II, posto che l'art. 97 Cost. riferisce la stessa solo alla pubblica amministrazione. Cfr. BRICOLA M., in *Enc. dir.*, voce *Interesse in atti di ufficio*, p.54.

⁵³¹ Cfr. ALBAMONTE A., *Abuso generico d'ufficio*, cit, col. 381.

⁵³² Cfr. cap. III, par. I.

⁵³³ In tal senso è orientata la giurisprudenza assolutamente prevalente, nonché la dottrina quasi all'unanimità. I casi giurisprudenziali verranno analizzati nel proseguo, per la dottrina si v. SEGRETO/DE LUCA, *Delitti dei P.U. contro la P.A.*, III ed., Giuffrè, 1999, p. 480 ss; MARINI/LA MONICA, *Commentario al codice penale*, Utet, 2002, p. 1461 ss.; D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 1995, p. 185

una serie di problemi che presentano profili differenti a seconda della versione della norma che i decidenti sono chiamati ad applicare.

La prima sentenza che viene in considerazione (in ordine cronologico) è stata emessa dalla Corte di Cassazione in periodo anteriore alla prima delle riforme intervenute sulla norma, sotto la vigenza dell'art. 324 c.p. (Interesse privato in atti d'ufficio, abrogato come noto dalla L 86/90)⁵³⁴ e dell'art. 323 c.p. nella sua formulazione originaria⁵³⁵.

La decisione in questione⁵³⁶ concerneva nello specifico la rilevanza penale della violazione dell'obbligo di astensione da parte del giudice di una controversia civile.

Nel caso di specie la Corte ha ravvisato la applicabilità dell'art. 324 (interesse privato in atti di ufficio) nei confronti di un magistrato che aveva emesso un provvedimento giudiziario in una controversia civile segnata da un suo interesse personale, ancorché ciò fosse avvenuto in situazione di asserito grave pregiudizio per l'ordine pubblico. Il magistrato imputato aveva infatti accolto con decreto il ricorso presentato da sua moglie e sua suocera contro il Comune per la sospensione di una precedente ordinanza, pronunciata da un altro giudice in procedimento di danno temuto avente ad oggetto la propria casa di abitazione.

⁵³⁴ **Art. 324 Interesse privato in atti di ufficio**

Il pubblico ufficiale che direttamente o per interposta persona o con atti simulati prende un interesse privato in qualsiasi atto della Pubblica Amministrazione presso la quale esercita il proprio ufficio”.

⁵³⁵ **Art. 323 Abuso d'ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge**

“Il pubblico ufficiale che abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni commette qualsiasi fatto non previsto come reato da una particolare disposizione di legge al fine di recare ad altri un danno o procurargli un vantaggio”

⁵³⁶ Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, in *Giur. it.* 1982, II, col. 462, nota BURSESE

In primo grado l'imputato era stato condannato ad otto mesi di reclusione, multa e interdizione dai pubblici uffici per due anni. La Corte di appello aveva poi confermato la sentenza dichiarando condonata la pena principale e quella accessoria.

La sentenza in questione provvede in primo luogo a specificare come il titolo II si riferisca alla P.A. intesa in senso ampio, comprensiva quindi altresì della attività del giudice⁵³⁷, rilevando come sarebbe *«inconcepibile che l'ordinamento giuridico rinunciasse a tutelare il regolare funzionamento degli organi dello Stato proprio nel settore più delicato dello svolgimento della funzione pubblica e cioè in quello giudiziario: non può essere indifferente per l'ordinamento che il giudice si faccia corrompere o ponga in essere una concussione avvalendosi dei particolari poteri sulla vita e sui beni delle persone che gli sono conferiti»* nonché come *«la rilevanza costituzionale della funzione giudiziaria e la conseguente autonomia dell'ordine giudiziario non comportano un affievolimento delle tutele dell'ordinamento contro i dolosi comportamenti illeciti posti in essere da chi si vede attribuito un amplissimo potere; esigerebbe piuttosto una tutela rafforzata a garanzia sia della collettività sia del singolo cittadino i cui diritti possono essere in maniera particolarmente grave compromessi dal comportamento delittuoso attuato dal giudice»*⁵³⁸.

In considerazione dei principi generali così specificati, la Corte affronta il caso di specie operando un opportuno bilanciamento tra l'esigenza di

⁵³⁷ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, *loc. cit.*, col. 465-466. Tale premessa appariva necessaria data la peculiarità dell'attività giudicante ed il dibattito sorto in dottrina, di cui si è data notizia *supra*, p.

⁵³⁸ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, *loc. cit.*, col. 466.

tutelare l'indipendenza del giudice e quella di sanzionare i provvedimenti ingiusti emessi dallo stesso soggetto nell'esercizio della sua funzione.

A tal proposito i giudici di legittimità rilevano infatti che *«L'indipendenza del giudice nell'espletamento del suo mandato deve essere massima e la sua decisione giudiziale deva scaturire dalla propria coscienza in ossequio alla legge vigente e non mai da motivazioni estranee o da pressioni di piazza. Il provvedimento giudiziario emesso per sedare tumulti di piazza non è attuazione di giustizia ma solo una tragica contraffazione della giustizia. Non può pertanto un giudice invocare pericoli di ordine pubblico per giustificare un provvedimento emesso contra legem»*⁵³⁹.

Come già accennato, il ricorrente aveva difatti invocato - a sostegno della emissione del provvedimento che aveva stabilito la cessazione dell'esecuzione dell'ordinanza di demolizione - la presenza di pericoli per l'ordine pubblico. La Corte non ha quindi ravvisato tali pericoli ed ha stabilito che anche laddove gli stessi fossero stati rinvenibili, essi non avrebbero legittimato l'emissione di un provvedimento giurisdizionale.

Anche l'ulteriore motivo invocato dal ricorrente, concernente la applicabilità dell'art. 51 al caso di specie, è stato respinto dalla Corte.

La difesa dell'imputato aveva difatti ritenuto che *«di fronte alla raffica di delitti e alle numerose illegalità poste in essere, il Grisolia aveva il diritto di difendersi: di fronte ad uno spogliatore che agisce con una ruspa, essendo inadeguati i bastoni o le braccia, si sarebbe dovuto agire con le bottiglie molotov o le mitragliatrici. Il Grisolia ha usato invece*

⁵³⁹ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, *loc. cit.*, col. 468.

un mezzo più innocuo nei confronti degli operai che eseguivano lo spoglio ma più efficace, quello della sospensione dei lavori. Pertanto egli ha agito sulla base dell'art. 51»⁵⁴⁰.

A fronte di tali considerazioni la Corte ha invece riconosciuto la assoluta inapplicabilità dell'art. 51 c.p., ritenendo che si fosse nel caso di specie «sicuramente fuori del caso di adempimento di un dovere attraverso la pesante violazione del dovere dei correttezza imposto a tutti i funzionari e di imparzialità imposto al giudice; si è fuori del campo dell'esercizio di un diritto poiché non può parlarsi di un diritto soggettivo regolarmente usato ma di un grave abuso posto in essere strumentalizzando la pubblica funzione a fini di parte»⁵⁴¹.

Nel caso di specie pertanto i giudici di legittimità hanno confermato la condanna del magistrato ai sensi dell'art. 324 c.p. ritenendo, più in generale, come nel nostro ordinamento la dottrina abbia «escluso l'opportunità di istituire ipotesi di reato "proprio" del magistrato [...] in quanto la specifica previsione di ipotesi criminose per i comportamenti illeciti del pubblico ufficiale copre tutti i possibili comportamenti penalmente sanzionabili che posson esser posti in essere dai magistrati»⁵⁴².

L'affermazione da ultimo riportata appare tuttavia discutibile laddove si considerino le difficoltà applicative della norma nei confronti dei peculiari soggetti attivi considerati, soprattutto sotto la vigenza della attuale formulazione della fattispecie, come verrà specificato *infra*, a conclusione della disamina dei casi giurisprudenziali.

⁵⁴⁰ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, *loc. cit.*, col. 465.

⁵⁴¹ Cfr. Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, *loc. cit.*, col. 469.

⁵⁴² Cfr. Cass. pen. sez. VI, 22 maggio 1980, Grisolia, *loc. cit.*, col. 467.

Ad eccezione di una ulteriore condanna ai sensi dell'art. 324 c.p., emessa nel 1988 dai giudici di legittimità nei confronti di un pubblico ministero che aveva violato il segreto istruttorio per favorire una delle parti in causa nel giudizio civile⁵⁴³, non si rinvencono ulteriori decisioni in applicazione delle norme in esame (nella formulazione pre-riforma del 1990) ai magistrati.

Nella versione successiva alla legge di riforma del 1990 è dato rinvenire invece quattro casi, di cui due concernenti l'attività del pubblico ministero e due quella del giudice.

L'indagine che ci occupa è volta nello specifico ad individuare i profili penali della attività giudicante, motivo per cui le decisioni emesse nei confronti dei pubblici ministeri rilevano in misura minore, tuttavia esse vengono ugualmente in rilievo in considerazione dei principi generali elaborati dalla Corte di Cassazione nell'ambito delle stesse.

Sotto il profilo da ultimo evidenziato, di estremo interesse appare la decisione emessa dalle Sezioni Unite della Corte nel 1990⁵⁴⁴ (che si è

⁵⁴³ Cass. pen., sez. VI, 6 luglio 1988, Di Crecchio, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1468.

⁵⁴⁴ Cass. S.U., 20 giugno 1990, Monaco, in *Cass. pen.*, 1990, I. p.2. La decisione riguarda un sostituto procuratore della Repubblica che ha emesso una ordinanza di cattura nei confronti di un soggetto verso il quale aveva motivi di personale risentimento.

Il tribunale di primo grado (Perugia) rinvenne il reato di interesse privato in atti di ufficio, ritenendo che la cattura di Patrignani sarebbe stata ordinata dal Cascini per rancore personale, originato da un'istanza di ricsuzione proposta dallo stesso Patrignani, quale parte civile, in un processo trattato dal Cascini in funzione di pretore.

La Corte di appello di Perugia il 27 ottobre del 1989 (prima, quindi, della riforma) riqualificò i fatti come abuso innominato di ufficio, ritenendo che il provvedimento di cattura emesso contro Patrignani dovesse essere qualificato del tutto illegittimo alla stregua dei principi enunciati dall'allora vigente codice di rito in tema di misure cautelari incidenti sulla libertà personale. Erano infatti difettati sufficienti indizi di responsabilità ed esigenze di prevenzione sociale, inoltre il comportamento tenuto dal Cascini dopo l'arresto del Patrignani escludeva che la cattura fosse stata disposta al fine di prevenire l'inquinamento delle prove. In considerazione della insolita fretta con cui era stato emesso il provvedimento e di quanto ammesso dal Cascini in un colloquio con la madre del catturato, l'unica spiegazione possibile

occupata, tra l'altro, dello specifico problema della successione di leggi dopo la riforma dell'art. 323 c.p. ad opera della L. 26 aprile 1990, n. 86, la quale ha altresì abrogato l'art. 324 c.p.)⁵⁴⁵, poiché la decisione in questione ha ulteriormente confermato la inclusione dei magistrati quali soggetti attivi del reato di cui all'art. 323 c.p..

Il Pubblico ministero imputato aveva difatti contestato la stessa applicabilità del reato di cui all'art. 323 c.p. all'attività del magistrato, ritenendo preclusa al giudice penale una valutazione *ex post* del concreto esercizio dei poteri discrezionali conferiti al pubblico ministero in tema di misure cautelari.

La Corte di Cassazione a sezioni unite, richiamando altresì quale precedente la sentenza Grisolia *supra* analizzata, fornisce una autorevole soluzione alla questione, ritenendo pienamente applicabile l'art. 323 alla decisione giurisdizionale sulla base della considerazione per cui «*l'atto giurisdizionale illegittimo non assume, nella specie, rilievo quale provvedimento, cioè quale atto processuale che esprime la volontà*

della cattura doveva essere rinvenuta, secondo la Corte, nella finalità di impartire una lezione al Patrignani, in quale per il suo carattere, meritava di essere calmato.

La Corte aveva quindi dichiarato l'estinzione di siffatto abuso d'ufficio compiuto con provvedimento illegittimo volto a procurare un danno all'imputato, in applicazione della amnistia concessa con D.P.R. 865 /86.

La Corte di Cassazione, occupandosi della questione, dichiarò l'estinzione del reato per amnistia, ma condannò l'imputato al risarcimento dei danni civili ai sensi dell'art. 55 c.p.c., ravvisando in capo al pubblico ministero il dolo necessario per l'applicazione di tale ultima fattispecie.

⁵⁴⁵ La legge in questione ha modificato l'art. 323 c.p. introducendo il cosiddetto requisito della doppia ingiustizia, ma senza risolvere il più specifico problema relativo alla indeterminatezza della fattispecie. La fattispecie che ne è risultata è la seguente:

Art 323 Abuso d'ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge

Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, al fine di procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio non patrimoniale o per arrecare ad altri un danno ingiusto, abusa del suo ufficio, è punito, se il fatto non costituisce più grave reato.

autoritativa dello Stato, bensì quale condotta tenuta dal Pubblico Ufficiale per la realizzazione di uno scopo illecito»⁵⁴⁶.

Sulla base di tale premessa la Corte specifica inoltre come non assumano rilievo, ai fini dell'accertamento del reato, «*la previsione ed il mancato esperimento di specifici rimedi giuridici previsti per l'eliminazione del provvedimento dal mondo del diritto»⁵⁴⁷, dal momento che, appunto, non è l'atto in sé a rilevare, quanto la condotta tenuta dal magistrato, condotta il cui disvalore non verrebbe meno anche a seguito della "eliminazione del provvedimento dal mondo del diritto".*

Secondo i giudici di legittimità, pertanto, l'atto assume rilevanza ai fini dell'accertamento del reato solamente nella misura in cui è dalle caratteristiche dello stesso che si può risalire all'accertamento del dolo specifico richiesto per la realizzazione del reato di cui all'art. 323 c.p..

A tal proposito la Corte ha difatti stabilito: «*in tanto il reato può dirsi consumato in quanto la pluralità o gravità dei vizi che inficiano l'atto e l'assenza di una possibile spiegazione alternativa rendono evidente che l'unica ragione dell'atto debba essere individuata nel perseguimento di un fine illecito»⁵⁴⁸.*

Un ulteriore delicato problema, concernente questa volta la ravvisabilità del profilo della "ingiustizia" nella decisione emessa dal magistrato imputato, costituisce l'oggetto dell'ulteriore caso sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità nel 1995⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ Cfr. Cass. S.U., 20 giugno 1990, Monaco, cit., p. 1900.

⁵⁴⁷ Cfr. Cass. S.U., 20 giugno 1990, Monaco, loc., ult., cit.

⁵⁴⁸ Cfr. Cass. S.U., 20 giugno 1990, Monaco, cit., p. 1901.

⁵⁴⁹ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1820.

La vicenda riguardava il giudice Marini, componente di una commissione tributaria di primo grado, che aveva partecipato al collegio giudicante nonostante si dovesse decidere di un procedimento nel quale aveva un interesse personale, ottenendo oltretutto con il suo apporto una sentenza favorevole ai propri interessi (era difatti stato rigettato il ricorso proposto dalla amministrazione nei confronti di una società in cui l'imputato aveva degli interessi).

La peculiarità della questione risiede nel fatto che la decisione emessa fosse conforme a diritto e pertanto non si potesse argomentare a partire dalla illegittimità dell'atto per stabilire il carattere ingiusto del vantaggio ottenuto dall'imputato.

Nel caso di specie, la Corte ha tuttavia rinvenuto un ingiusto vantaggio non patrimoniale, ritenendo che non venisse in considerazione la conformità della decisione alla legge, bensì esclusivamente il fatto che attraverso il contegno abusivo il Marini avesse perseguito il fine di conseguire comunque il rigetto del ricorso proposto dalla amministrazione.

Tale finalità, secondo la Corte era *«di per sé destinata a realizzare un vantaggio ingiusto perché indiretta a provocare una lesione della par condicio civium attraverso un atto – come la decisione giurisprudenziale – la cui conformità al principio della soggezione del giudice soltanto alla legge sancito dall'art. 102 della Costituzione rappresenta valore di per se stesso tutelabile sul piano penale. Sta qui, dunque, l'ingiustizia del vantaggio, nel poter interloquire in causa propria, attraverso l'abuso derivante dalla violazione del dovere di astensione e dai contegni a questa ricollegabili: in grado così di*

pronunciare una decisione comunque ingiusta sul piano formale perché ove al collegio avesse partecipato il soggetto originariamente designato non sarebbe stata comunque garantita – ad ogni costo – la decisione voluta»⁵⁵⁰.

La decisione adottata, quindi, quantunque sul piano sostanziale conforme a diritto, era stata considerata ingiusta sul piano formale, ed il vantaggio ingiusto era stato individuato nella possibilità per il giudice di interloquire in un affare in cui aveva interessi propri, in violazione del principio di *par condicio ciuivium*.

Il principio affermato dalla Corte assume rilevanza sotto molteplici aspetti.

In primo luogo i giudici di legittimità chiariscono infatti come la nuova formulazione della norma, improntata alla verifica di una doppia ingiustizia, non consenta di ritenere la mera violazione del dovere di astensione, di per sé sola, idonea ad integrare gli estremi del reato di cui all'art. 323 c.p..

Pertanto, la linea interpretativa seguita dalla Corte richiede che - nel caso di violazione del dovere di astensione - per ritenere realizzato il reato di abuso di ufficio, alla violazione si debba accompagnare una delle finalità previste dalla norma incriminatrice, in modo tale da dar rilievo al profilo teleologico. E' tale ultimo profilo di dolo specifico difatti quello che trasforma la violazione del dovere di astensione in un vero e proprio sviamento di potere.

Ciò in quanto, come correttamente affermato in sentenza, *«per integrare la fattispecie di cui all'art. 323 c.p., oltre all'abuso, che caratterizza*

⁵⁵⁰ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, cit., p. 3306.

l'elemento oggettivo del reato, occorre altresì il dolo specifico, finalizzato all'ingiusto vantaggio con la conseguenza che non è sufficiente la coscienza e volontà dell'agente di porre in essere una condotta antidoverosa e l'illegittimità, pur macroscopica, dell'atto d'ufficio, ma è necessario che l'abuso sia stato indirizzato a determinare una situazione di vantaggio contraria al diritto»⁵⁵¹.

E' palese come l'orientamento della Cassazione in merito all'art. 323 (nella formulazione post L. 86/90), ritenga non punibile la condotta di un giudice che ponga in essere volontariamente e coscientemente un atto macroscopicamente illegittimo, laddove non si ravvisi una finalità illegittima (volta a procurare un vantaggio o un danno) ulteriore in capo al soggetto agente.

Alla luce di quanto osservato in relazione ai reati di *Rechtsbeugung* e *prevaricación*, invece, gli illeciti sarebbero risultati consumati in presenza dei primi due elementi, ossia l'atto microscopicamente illegittimo e la prova del dolo generico, senza alcuna necessità di rinvenire un ulteriore profilo di dolo specifico. Ai sensi delle norme da ultimo richiamate, infatti, la condotta incriminata si sostanzia nella consapevole e volontaria violazione del diritto da parte del giudice, senza necessità di accertare ulteriori profili di abusività nella condotta del soggetto. Ciò risulta inoltre tanto più comprensibile, quanto più si consideri che tali fattispecie sono costruite sull'abuso del "diritto" più che delle "funzioni" da parte dei pubblici ufficiali⁵⁵².

⁵⁵¹ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, *cit.*, p. 3305.

⁵⁵² In riferimento a tale problematica si richiamano altresì le riflessioni di MANNA, il quale – nell'ambito di una indagine comparatistica sulla disciplina dell'abuso di ufficio - individua due modelli di riferimento per la punizione del reato nei paesi di lingua tedesca. MANNA A.,

A fronte della menzionata peculiarità della norma italiana, un ulteriore interessante profilo delle affermazioni svolte dalla Corte nella decisione in commento si sostanzia nella mancata rilevanza attribuita - ai fini della realizzazione della fattispecie - ai requisiti del provvedimento emesso dal giudice.

Difatti la Corte osserva come «[...] se pure ci si trova di fronte ad un risultato giusto [...], esso non assume rilevanza ai fini della presente vicenda processuale, non essendo certo, richiesto dalla legge anche il requisito della terza ingiustizia. [...] E', quindi, del tutto irrilevante nel caso di specie, non venendo qui in considerazione la conformità della decisione (oltre tutto collegiale e non riferibile solo al Marini) alla legge»⁵⁵³. Una siffatta affermazione rende pertanto palese un'ulteriore rilevante discrasia tra la norma italiana e quelle tedesca e spagnola.

Secondo l'impostazione della Corte, il legislatore italiano non si limiterebbe difatti ad attribuire un valore "preponderante" alla finalità specifica perseguita dall'agente rispetto a quello che è il risultato della sua condotta (ossia il provvedimento dallo stesso adottato), bensì riterrebbe assolutamente irrilevante nell'ambito della fattispecie il carattere legittimo o meno dell'atto emanato dal soggetto.

In tal modo risulterebbero assolutamente non sovrapponibili le norme straniere a quella italiana, posta la costruzione ontologicamente eterogenea delle fattispecie stesse.

Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1201 ss.
Per una analisi della disciplina dell'abuso rilevante a livello penale si v. invece STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Giuffrè, 1976.

⁵⁵³ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, cit., p. 3306.

Laddove difatti (nel § 339 *StGB* e nell'*art. 446 CP*) l'elemento centrale per la valutazione della realizzazione del reato è il provvedimento adottato dal giudice agente, l'*art. 323 c.p.* prescinde da tale elemento, valutando piuttosto la condotta del magistrato e nello specifico la finalità dallo stesso perseguita.

L'ingiustizia afferisce pertanto nella norma italiana alla condotta e alla finalità perseguita dall'agente, mentre nelle norme straniere tale ingiustizia deve essere valutata esclusivamente in relazione al provvedimento adottato dal soggetto agente.

Da ultimo, nella decisione in commento la Corte - nell'apprezzabile sforzo di distinguere chiaramente l'ingiustizia della condotta dall'ingiustizia del vantaggio perseguito dall'agente - analizza con precisione i fatti ed i valori tutelati dalla fattispecie.

In particolare di grande rilievo appare la considerazione svolta dai giudici di legittimità, laddove gli stessi affermano che nel caso di specie rileva *«esclusivamente il fatto che attraverso il contegno abusivo il Marini ha perseguito il fine di conseguire comunque il rigetto del ricorso proposto dalla amministrazione»*⁵⁵⁴.

Fino a questo punto la sentenza non fa dunque che ribadire il concetto sinora illustrato: per la realizzazione di un abuso di ufficio vengono in rilievo solamente la condotta abusiva e l'ingiustizia del vantaggio perseguito. A questo punto tuttavia la Corte fornisce una valutazione totalmente opposta a quella del tribunale di primo grado, la quale

⁵⁵⁴ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, cit., p. 3306.

appunto permette all'organo superiore di ritenere realizzato il delitto nel caso in questione⁵⁵⁵.

Il tribunale di primo grado aveva infatti ritenuto di non ravvisare un vantaggio ingiusto nel caso di specie, poiché il vantaggio (ossia la sentenza) ottenuto dal Marini coincideva con la realizzazione dell'interesse pubblico, essendo quello emanato il provvedimento oggettivamente più corretto da adottare nel caso di specie.

La Corte valuta invece il vantaggio adottando un differente punto di vista, poiché ritiene che la finalità del Marini (ossia quella di conseguire comunque il rigetto del ricorso) fosse atta a realizzare un vantaggio ingiusto poiché «*indiretta a provocare una lesione della par condicio civium attraverso un atto – come la decisione giurisprudenziale – la cui conformità al principio della soggezione del giudice soltanto alla legge sancito dall'art. 102 della Costituzione è un valore di per se stesso tutelabile sul piano penale*»⁵⁵⁶.

L'affermazione concisa della Corte necessita di alcune considerazioni chiarificatrici.

In primo luogo, l'impiego dell'espressione secondo cui la finalità del Marini sarebbe "indiretta" a provocare una lesione della *par condicio civium* sembrerebbe porre in evidenza come la lesione dei tale principio sia solo secondaria, poiché il valore tutelato in via diretta ed immediata è un altro. Tale ultimo valore viene infatti individuato dalla Corte nel principio di soggezione del giudice solo alla legge sancito dall'art. 102 Cost..

⁵⁵⁵ La Cassazione ha difatti annullato la assoluzione in primo grado , rinviando alla corte di appello di Milano per un nuovo giudizio.

⁵⁵⁶ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, cit., p. 3306.

Nel caso di specie pare corretto ritenere che tale valore venga leso poichè il Marini mirava ad ottenere “comunque” il rigetto del ricorso, circostanza che fa supporre come lo stesso giudice nel partecipare al collegio avesse già chiaro quale dovesse essere la decisione. Tale decisione si configurava quindi come un atto adottato sulla base di considerazioni estranee alla questione, piuttosto che come risultato della applicazione delle norme di legge adeguate al caso di specie.

La circostanza che, in definitiva, la decisione adottata dal collegio fosse quella corretta nel caso di specie e quindi non si potesse ravvisare una ingiustizia sostanziale della decisione non rileva in questo caso, poiché la Corte chiarisce come la decisione fosse «*comunque ingiusta sul piano formale perché ove al collegio avesse partecipato il soggetto originariamente designato non sarebbe comunque stata garantita - ad ogni costo – la decisione voluta*»⁵⁵⁷.

L'ingiustizia del vantaggio ottenuto dal Marini viene individuata dalla Corte “a monte “ del provvedimento adottato dal collegio giudicante, e perciò a prescindere dalle caratteristiche di quest'ultimo.

Secondo i giudici di legittimità, difatti, «*sta qui [...] l'ingiustizia del vantaggio, nel poter interloquire in causa propria*»⁵⁵⁸. L'illegittimità del vantaggio ottenuto dal Marini viene quindi identificata dalla Corte nella situazione dallo stesso creata, ossia il fatto che egli, in virtù della partecipazione al collegio giudicante, potesse (a differenza di qualsiasi altro cittadino che si trovasse nella sua stessa situazione) rappresentare all'interno dello stesso i propri interessi.

⁵⁵⁷ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, cit., p. 3306.

⁵⁵⁸ Cass., sez. VI, 14 dicembre 1995, Marini, *loc. ult. cit.*

La modalità attraverso cui è stato adottato il provvedimento è pertanto in grado di rendere formalmente ingiusta la decisione, quantunque essa sia sul piano sostanziale corretta.

Sembra in questa affermazione di poter riecheggiare le formulazioni della teoria intermedia *supra* analizzata, laddove tale teoria dispone che anche una decisione oggettivamente condivisibile possa essere ingiusta qualora il giudicante non abbia deciso solo basandosi sul diritto, bensì su considerazioni estranee alla questione.

Ciò che appare insolito nel caso di specie è il fatto che la Corte ritenga assolutamente ininfluente il carattere della decisione, e tutte le valutazioni si riferiscano all'analisi del dolo specifico del soggetto, rilevando la sentenza solo nella misura in cui è attraverso di essa che il Marini ha ottenuto il vantaggio ingiusto.

La critica che può essere mossa al procedere della Corte è quella di aver sganciato la valutazione da un dato oggettivo, per ancorarla all'elemento del dolo specifico con tutti i problemi di soggettivizzazione della fattispecie che ne derivano, oltre alle enormi difficoltà in punto probatorio.

Da ultimo, si può inoltre rilevare come l'ingiustizia del vantaggio così come delineata dalla Corte sia atta a realizzarsi in realtà in qualsiasi caso in cui un giudice decida in una questione in cui ha interesse, posto che sempre in tali casi verranno potenzialmente svolte valutazioni che prescindono dall'applicazione del diritto da parte del soggetto, realizzando la violazione del principio di soggezione del giudice alla legge di cui all'art. 102 Cost.

Sempre con riferimento a tale principio, di grande rilievo è l'affermazione della Corte *supra* riportata, secondo cui la conformità ad esso della decisione giurisprudenziale è un valore di per se stesso tutelabile sul piano penale.

Tale affermazione sembrerebbe difatti legittimare l'introduzione, nel nostro ordinamento, di reati che sanzionino specificamente la mancata soggezione del giudice al diritto nella adozione delle decisioni, ossia proprio dei reati previsti nell'ordinamento spagnolo e tedesco, genericamente qualificabili come "abusi del diritto".

Le innovative considerazioni svolte dalla Cassazione non sono state tuttavia recepite dal giudice per le indagini preliminari che ha emesso l'ulteriore provvedimento oggetto della presente indagine, il quale ha adottato una impostazione decisamente restrittiva in relazione al reato di abuso di ufficio commesso da un magistrato.

Tale decisione (l'ultima che è dato rinvenire in applicazione dell'art. 323 c.p. nella formulazione *ante* riforma del 1997), è stata emessa nell'ambito del famoso caso giudiziario a carico di Adriano Sofri⁵⁵⁹.

La vicenda riguardava in specifico il giudice Della Torre, presidente della Corte d'Assise di appello di Milano, indagato per abuso d'ufficio in quanto accusato di aver influenzato (convincendo la giuria popolare a condannare Sofri) gli esiti della sentenza emessa da tale organo in data 11 novembre 1995.

Adriano Sofri aveva quindi presentato opposizione avverso la richiesta di archiviazione del PM nei confronti del giudice Della Torre, emessa sulla base dell'insufficienza di prove.

⁵⁵⁹ Ordinanza archiviazione, G.i.p. Brescia, 26 giugno 1997, caso Sofri.

Il gip, dott. Anna Di Martino ha inteso rigettare l'opposizione, sulla base di una serie di motivazioni, opinabili alla luce delle acquisizioni vigenti all'epoca in merito al reato di abuso di ufficio.

Il giudice ha difatti inteso richiamarsi alla teoria elaborata da Albamonte, ritenendo che «*Secondo una minoritaria ma autorevole opinione dottrinale, l'attività giudiziale sfuggirebbe alla previsione di cui all'art. 323 c.p. giacchè la pronuncia del giudice si sottrae al concetto di abuso. (Egli) emettendo la sentenza si avvale di un potere che discende direttamente dalla sovranità popolare in una dimensione giuridica che lo trascende, rendendo impossibile ricondurre la volontà espressa nella pronuncia alla persona per la ricerca dell'eventuale movente personale*». E' già stato ampiamente illustrato – ed è lo stesso giudicante ad ammettere – come la teoria seguita nell'ordinanza di archiviazione fosse assolutamente minoritaria anche all'epoca della decisione in commento e pertanto fosse pacificamente acquisito come la norma di cui all'art. 323 c.p. trovasse applicazione anche nei confronti dei magistrati.

Una ulteriore obiezione è stata sollevata dalla dott.ssa Di Martino altresì in relazione alla modalità di conduzione delle indagini nel caso di specie, ritenendo improprio l'ordine di deporre impartito dal PM ai giudici sui fatti avvenuti in camera di consiglio.

Nel caso di specie il PM aveva difatti sciolto i giurati dal segreto ex art. 201 c.p.p. sulla base della considerazione che “*per il P.U. l'obbligo di astenersi dal deporre ex 201 non è previsto nelle ipotesi in cui – ai sensi dell'art. 331 – vi sia obbligo di denunciare notizie di reato perseguibile*

di ufficio (quale appunto l'art. 323)», ma tale modalità operativa non era stata ritenuta corretta dalla giudicante.

L'obiezione sollevata offre l'occasione per affrontare un problema più generale relativa alla possibilità di condurre indagini per l'accertamento di abusi di ufficio commessi nell'ambito di un organo collegiale, problema che si è posto a seguito della sentenza emessa nel 2004 dalla Corte di Cassazione nell'ambito del caso Carnevale⁵⁶⁰.

In quell'occasione la Corte ha difatti elaborato il principio di diritto secondo cui *«Il giudice penale non può essere richiesto ed ha l'obbligo di astenersi dal deporre come testimone in merito al procedimento formativo della deliberazione collegiale, segreta, in camera di consiglio, limitatamente alle opinioni ed ai voti espressi dai singoli componenti del collegio, fermo restando il sindacato giurisdizionale sulla fondatezza della dichiarazione di astensione. La violazione del suddetto obbligo comporta l'inutilizzabilità della relativa testimonianza».*

La Corte nel caso di specie argomenta a partire dalla convinzione che il segreto della camera di consiglio sia una particolare specie di segreto di ufficio e pertanto ad esso debba ritenersi applicabile il disposto dell'art. 201 c.p.p. in tema di testimonianza⁵⁶¹, il quale sancisce in capo ai soggetti qualificati un obbligo di astensione dal deporre (laddove nel codice di rito previgente i soggetti tenuti al segreto, sia di ufficio che professionale, erano titolari di una semplice facoltà di astensione, mentre

⁵⁶⁰ Cfr. Cass. S.U. penali, 21 maggio 2003, n. 22327

⁵⁶¹ Tale articolo, come noto, dispone:

Art. 201. Segreto di ufficio.

Salvo i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria, i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragione del loro ufficio che devono rimanere segreti

in capo al giudice veniva stabilito il divieto di obbligare il teste a deporre).

Da ciò i giudici di legittimità inferiscono pertanto che - mentre sotto la disciplina previgente i fatti coperti da segreto potevano essere oggetto di testimonianza laddove fossero stati rivelati spontaneamente dal teste, senza alcuna imposizione da parte del giudice - la nuova disciplina, imponendo un obbligo di astensione, non legittima tali conclusioni.

Difatti, il soggetto che rendesse testimonianza commetterebbe il reato di cui all'art. 326 c.p. e la prova in tal modo assunta, violando la legge sostanziale, ricadrebbe nell'ambito dell'art. 191 c.p.c. ed in quanto tale sarebbe inutilizzabile..

Alla base di tale impostazione della Corte stanno tuttavia alcune considerazioni discutibili, sia in ordine alla effettiva illegittimità dell'acquisizione probatoria, sia in merito alla successiva inutilizzabilità della stessa.

In ordine al primo problema, la Corte non sembra infatti tener conto del dato letterale dell'art. 201c.p.c., laddove lo stesso dispone che l'obbligo di astensione dal deporre si applichi salvi i casi in cui si debba procedere per un reato perseguibile di ufficio.

Come efficacemente osservato in dottrina, infatti, *«[...] se la gerarchia degli interessi in conflitto è palesemente risolta - giusta il chiaro dettato dell'art. 201 c.p.p. - nel senso della prevalenza dell'interesse di giustizia su quello della salvaguardia del segreto di ufficio, non si vede*

proprio come nel caso dedotto la collaborazione del magistrato testimone possa considerarsi illecita»⁵⁶².

Rispetto al secondo problema, ossia la asserita invalidità della prova ex art. 191 c.p.p., pur riportando in sentenza l'impostazione prevalente in dottrina (secondo la quale chi parla essendo obbligato a tacere commette un reato, ma la testimonianza rimane valida)⁵⁶³, la Corte la rigetta, ritenendo che il precetto normativo di cui all'art. 201 c.p.p. sia modellato come uno specifico divieto, dunque attesa la genericità e omnicomprensività della formulazione del comma 1 dell'art. 191 c.p.p. (che fa riferimento ai "divieti stabiliti dalla legge", anche, quindi, sostanziale), la prova, anche nella ipotesi da ultimo considerata, oltre che illecita è da ritenersi invalida⁵⁶⁴.

Alla luce di quanto stabilito dai giudici di legittimità, pertanto, appare assolutamente impossibile assumere prove in relazione a possibili abusi perpetrati dai magistrati nell'ambito dei giudizi collegiali, dal momento che l'unica modalità di assunzione di informazioni al riguardo appare preclusa al pubblico ministero.

L'ordinanza in commento, da ultimo, aderisce altresì ad una interpretazione dell'art. 323 c.p. secondo la quale Sofri non può essere qualificato persona offesa, poiché l'abuso di ufficio, ledendo solo la

⁵⁶² Cfr. PERONI F., *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 922.

⁵⁶³ L'atto difatti ricadrebbe sotto due valutazioni, una sostanziale ed una processuale, indipendenti l'una dall'altra, per cui l'atto costituirebbe prova valida ai fini processuali, pur se delittuosa secondo una valutazione sostanziale.

⁵⁶⁴ Sulla questione più diffusamente si v. PERONI F., *Prova illegittima e prova illecita, cit.*, e Autori *ivi citati*, nonché, sempre PERONI F., *Il segreto della camera di consiglio: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 399 ss.

Pubblica Amministrazione, non consente di ritenere tale il soggetto privato.

A tal proposito tuttavia occorre sottolineare come una sentenza di legittimità dell'anno precedente⁵⁶⁵ avesse chiarito in maniera inequivocabile come l'art. 323 c.p., nel caso in cui sia finalizzato a procurare un danno ingiusto, è reato plurioffensivo, che lede altresì gli interessi del soggetto privato esposto all'ingiusto pregiudizio che la strumentalizzazione della funzione o del servizio mira a realizzare⁵⁶⁶.

Alla luce dell'impostazione da ultimo riportata appare dunque illegittimo il mancato riconoscimento della qualità di persona offesa in capo a Sofri nel caso di specie, trattandosi appunto di una palese ipotesi di abuso in danno.

Terminata la disamina dei casi più significativi di applicazione dell'abuso di ufficio nella versione precedente alla ultima riforma che ne ha completamente rimodellato la fisionomia, l'attenzione dovrà essere volta alla analisi delle decisioni emesse in applicazione della norma vigente, che si rivelano interessanti sotto una pluralità di profili.

La definizione delle condotte tipiche di abuso compiuta dalla legge 16 luglio 1997, n. 234, nonché la trasformazione dell'illecito in un delitto di evento, hanno difatti necessariamente influito sulla applicabilità del reato⁵⁶⁷, sebbene il dato più rilevante ai fini della presente indagine sia

⁵⁶⁵ Cass. pen., sez. VI, 19 dicembre 1996, Craxi, in Giur. it., 1998, col. 132.

⁵⁶⁶ In tal senso si v. anche Cass. sez. VI pen. 3 marzo 1999, Inchingolo, ove si stabilisce che nel caso di abuso finalizzato a procurare un danno ingiusto il privato è persona offesa legittimata a proporre opposizione.

⁵⁶⁷ Ai fini di una più agevole lettura delle considerazioni che seguiranno, si riporta il testo della norma vigente:

Art. 323 Abuso d'ufficio

l'introduzione della necessaria patrimonialità del vantaggio, che ha spiegato rilevanti effetti sulla realizzazione del reato nei casi nevralgici di abusi commessi dai magistrati.

Proprio l'elemento da ultimo richiamato ha svolto un ruolo fondamentale nella prima delle decisioni che vengono in considerazione in applicazione della norma vigente, emessa sempre dal giudice Di Martino, in qualità questa volta di GUP del Tribunale di Brescia⁵⁶⁸.

Il procedimento riguardava il pubblico ministero Poppa, il quale si riteneva avesse condotto le indagini relative ad un procedimento a lui affidato in modo da favorire gli indagati, suoi amici.

Nella sentenza in esame, il giudice Di Martino si è in primo luogo occupato di definire precisamente quale sia l'esatto significato di "vantaggio patrimoniale" da attribuire all'evento previsto dalla nuova formulazione dell'art. 323 c.p., considerando entrambe le teorie (economica e giuridica) e ritenendo che – data la configurazione dell'abuso di ufficio quale reato di evento – esso debba essere definito secondo la prima concezione e pertanto la verifica di un vantaggio ingiusto presupponga un effettivo incremento patrimoniale.

Nella sentenza viene altresì analizzata quella che il giudice ritiene sia la attuale configurazione dell'abuso di ufficio commesso dal magistrato,

Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, **in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente** procura a sé o ad altri un **ingiusto vantaggio patrimoniale** ovvero arreca ad altri un **danno ingiusto** è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno il carattere di rilevante gravità.

⁵⁶⁸Trib. Brescia, sent. non luogo a procedere, 11 marzo 1998, n. 162, Poppa, in *Riv. Pen.* 1998, I, 498.

definita come il «*contrasto tra il comportamento del giudice e le norme processuali o gli altri canoni normativi a cui egli deve ispirare la propria condotta, accompagnato dalla intenzione, oggettiva e concreta, del perseguimento di finalità del tutto illecite ed estranee allo scopo dell'atto giurisdizionale*». In questi casi infatti, secondo Di Martino, si ritiene «*interrotto il rapporto di riferibilità alla funzione di giustizia*» della condotta del giudice.

Il giudice, alla luce delle considerazioni svolte, ritiene pertanto che dopo la riforma del 1997 «*la condotta meramente favoritoria tenuta da un magistrato penale (inquirente o giudicante) nell'esercizio dei poteri funzionali non paia più costituire reato. Invero, avuto riguardo all'incidenza precipua del processo penale sui diritti personalissimi dell'individuo, quali la libertà personale, l'onore e la riservatezza, deve convenirsi che i vantaggi direttamente ed immediatamente acquisiti dal privato in conseguenza dell'uso distorto delle funzioni giudiziarie non abbiano connotati di tipo patrimoniale. Non c'è che non veda come le utilità guadagnate dal soggetto attinto da una "ingiusta" sentenza di assoluzione o da un "ingiusto decreto di archiviazione, in quanto riguardanti immediatamente le sfere dei diritti di libertà, dell'immagine e della reputazione, non possano costituire quell'effettivo incremento di danaro o cose e rapporti giuridici dotati ex se di valore economico. Trattasi di utilità prive di contenuti di intrinseca patrimonialità [...]*»⁵⁶⁹.

A sostegno del suo assunto il giudice estensore ha citato la decisione della Corte di Cassazione adottata sotto la vigenza della norma del 1990 di cui *supra* si è diffusamente trattato (caso Marini), proprio per

⁵⁶⁹ Cfr. Trib. Brescia, sent. non luogo a procedere, 11 marzo 1998, p. 500.

sottolineare come il vantaggio così come definito dalla sentenza richiamata (ossia la possibilità di decidere in cosa propria, in violazione del principio di cui all'art. 102 Cost.) non avendo alcun riflesso patrimoniale, non rientri nell'ambito di applicazione del nuovo art. 323 c.p..

A tal proposito la giudicante sostiene infatti «[...] può ricavarsi con tranquillante certezza che il vantaggio consistente nel mero ottenimento di una sentenza o di un provvedimento favorevoli non abbia di regola contenuti immediatamente economici, pertanto non rientrando più nell'area del penalmente rilevante»⁵⁷⁰, ciò con buona pace pertanto del principio stabilito dal precedente della Cassazione, in base al quale “la conformità della decisione giurisdizionale al principio di soggezione del giudice solo alla legge è un valore di per se stesso tutelabile sul piano penale”.

E' sorprendente come la giudicante nel caso di specie richiami la decisione relativa al caso Marini per confutare tutte le affermazioni in essa contenute, senza porsi alcun problema in termini di coerenza, giungendo persino ad affermare che «il risultato (sicuramente dannoso per il buon andamento dell'amministrazione della giustizia) che ottiene il privato “favorito” è di genere non patrimoniale, in quanto essenzialmente consistente nell'avere la garanzia di un procedimento non imparziale».

Laddove si ritenesse di poter adottare una simile impostazione, si dovrebbe giungere a ritenere che l'abuso di ufficio sia norma

⁵⁷⁰ Cfr. Trib. Brescia, sent. non luogo a procedere, 11 marzo 1998, p. 501.

assolutamente eterogenea rispetto al § 339 StGB e all'art. 446 CP, poiché esplicitamente si afferma che le condotte dagli stessi sanzionate, alla luce della nuova formulazione dell'art. 323 c.p., non rientrano più nell'area del penalmente rilevante.

La nuova norma si applicherebbe difatti nei soli casi in cui il soggetto avesse ottenuto un vantaggio patrimoniale.

Quale sia il bene giuridico tutelato da una siffatta norma sfugge tuttavia all'interprete, poiché la dott.ssa Di Martino esplicitamente afferma che il risultato nel caso di specie è quello di porre in essere un procedimento palesemente parziale, e alla luce di ciò nega la punibilità poiché non si è verificato un vantaggio patrimoniale per il soggetto favorito.

Ancora più discutibile appare l'affermazione secondo cui il risultato è "sicuramente dannoso per la amministrazione della giustizia", poiché tale impostazione rende esplicito come il reato di abuso di ufficio sia inapplicabile nel caso in cui la lesione interessi la sola amministrazione della giustizia, senza alcun riflesso sui privati.

Ciò avviene – come testimoniato dal caso in esame - con riferimento all'abuso "in vantaggio", ma un tale meccanismo risulta applicabile altresì all'abuso in danno, posto che anche in tale caso la giurisprudenza è unanime nel riconoscere che – posta la plurioffensività della norma in tali casi - per la realizzazione dell'evento sia necessario che il danno riguardi tanto l'amministrazione della giustizia che il soggetto privato.

Ciò è più in generale il portato della nuova costruzione della fattispecie, la quale richiede la verifica di una doppia ingiustizia.

In tal senso particolarmente sintomatiche sono espressioni quali «*in tema di abuso di ufficio l'evento deve essere ingiusto in sé e non come*

riflesso della violazione di norme o dell'omessa astensione⁵⁷¹», nonché «non si ha pluralità di offese (e non sussiste dunque il reato) quando l'effetto dannoso si riverberi solo sulla sfera della pubblica amministrazione⁵⁷²».

Trattandosi di un problema di ordine generale, quello appena accennato sarà un argomento che verrà tuttavia approfondito *infra*, all'atto di analizzare le successive sentenze.

A commento della presente decisione basti aggiungere come la sentenza prosegua con l'analisi della condotta tenuta dal magistrato nel caso di specie, ma a tale indagine si premetta la ulteriore considerazione di ordine generale in base alla quale *“è principio affermato che il merito della attività giurisdizionale non è sindacabile in sede penale, poiché l'ordinamento prevede una serie di rimedi avverso le decisioni del giudice”*.

Tale argomento è palesemente lo stesso sollevato dal ricorrente nel caso Monaco ed altri (trattato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1990), ed era già stato respinto dalla Corte in quella occasione.

Il giudice ha affrontato altresì, da ultimo, il problema della esclusione dell'eccesso di potere dall'ambito del reato ed ha a tal proposito dovuto riconoscere che l'attività giurisdizionale – a differenza di quelle amministrativa in senso stretto - è una discrezionalità tecnica e come tale più vincolata, ma pur in considerazione di ciò il giudice ha ritenuto che la riforma debba aver avuto una “qualche incidenza” sul sindacato

⁵⁷¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 1998, Rossomandi, in *Giust. pen.*, 1999, col.635

⁵⁷² Cfr. Cass. pen., sez. VI, 20 settembre 2005, n. 39259.

accordato al giudice su questo profilo, pur senza specificare quale possa essere tale incidenza.

L'impressione che deriva dalla lettura della sentenza appena commentata è quella di aver optato nel caso di specie per l'accertamento di una assoluta impunità, senza tuttavia fornire una base solida a motivazioni di per sé sicuramente opinabili.

Sempre il problema relativo all'accertamento di un abuso a vantaggio di una parte è l'oggetto di una ulteriore sentenza della Corte di Cassazione⁵⁷³, in cui i giudici di legittimità si sono occupati del caso relativo al giudice Rossomandi il quale - nella sua qualità di presidente del Tribunale di Rimini - aveva trattato una causa di separazione personale tra coniugi e nella fase di adozione dei provvedimenti temporanei ed urgenti aveva ommesso di astenersi, pur sussistendo gravi ragioni di convenienza in ragione dei rapporti dallo stesso intrattenuti con uno dei coniugi e quindi, assegnando la casa coniugale a quest'ultimo, gli aveva procurato un ingiusto vantaggio patrimoniale con danno della moglie. La decisione era stata inoltre adottata in violazione dell'art. 155 c.c., che dispone espressamente che l'abitazione familiare spetta di preferenza al coniuge cui vengono affidati i figli, perciò il giudice nel caso di specie avrebbe dovuto assegnare l'alloggio alla donna, posto che il figlio maggiorenne aveva optato per vivere con la stessa.

⁵⁷³ Cass. pen., sez. IV, 14 dicembre 1998, Rossomandi, cit.

In primo grado il giudice imputato era stato assolto, ma poi la Corte di appello aveva riformato la decisione, condannandolo a quattro mesi di reclusione.

La Corte di Cassazione ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna pronunciata in appello, ritenendo il fatto non sussistente in base ad una serie di puntuali considerazioni.

In primo luogo la Corte di Cassazione ha ribadito la necessità che, accanto alla ingiustizia della condotta, sia chiaramente ravvisabile l'ingiustizia dell'atto adottato. Proprio in relazione a ciò, le affermazioni più interessanti della sentenza si rinvengono laddove i giudici di legittimità definiscono la ingiustizia dell'atto emesso dal giudice imputato, in considerazione della sua particolare natura.

A tal proposito la Corte ha infatti affermato che *«Il provvedimento giurisdizionale [...] comporta per sua natura, da una parte l'accertamento e l'apprezzamento delle circostanze di fatto rilevanti ai fini della decisione, dall'altra l'individuazione e l'applicazione delle relative regole di diritto. Queste operazioni, nell'ordinamento giuridico italiano, sono caratterizzate in linea generale dal principio del libero convincimento del giudice (essendo di eccezione le previsioni di prove legali) e dalla mancanza del vincolo del precedente (diversamente da altri ordinamenti che ammettono il vincolo dello stare decisis). Se si considera questo peculiare contesto deliberativo, a presidio del quale sono d'altronde poste le garanzie costituzionali dell'autonomia e della indipendenza del giudice, si comprende che la Corte di Appello abbia cercato un riferimento certo e rigido, da usare come metro di valutazione della decisione. Il sindacato penale posto in atto ai sensi*

dell'art. 323 deve infatti fondarsi sulla individuazione di un provvedimento incontestabilmente dovuto, rispetto al quale possa affermarsi come caratterizzato altrettanto incontestabilmente in termini di illegittimità il difforme provvedimento adottato»⁵⁷⁴.

Sottese a tale riflessione possono rinvenirsi una serie di preoccupazioni garantistiche della Corte, la quale invoca il principio del libero convincimento del giudice e di indipendenza dello stesso quali ragioni giustificatrici dell'utilizzo di un criterio particolarmente restrittivo nella valutazione della ingiustizia del provvedimento giurisdizionale.

Il problema appare esattamente coincidente con quello affrontato negli ordinamenti spagnolo e tedesco, laddove gli stessi si sono occupati di definire gli elementi della ingiustizia punibile ai sensi delle rispettive norme.

In particolare, le considerazioni svolte dalla Corte di Cassazione nel caso in esame per la valutazione del requisito dell'ingiustizia, sembrano riecheggiare la teoria definita "oggettiva", laddove specificano che il sindacato penale debba fondarsi sulla valutazione di un provvedimento incontestabilmente dovuto, a fronte del quale il difforme provvedimento adottato appaia incontestabilmente illegittimo.

Ciò, in altre parole, equivale a ritenere che sia illegittima la decisione adottata, solo laddove la questione dovesse incontestabilmente essere risolta in maniera univoca. Non a caso difatti l'assoluzione piena dell'imputato si basa sulla considerazione che la norma applicata dal giudice imputato *«lungi dal porre una regola assoluta che rappresenti*

⁵⁷⁴Cfr. Cass. pen., sez. IV, 14 dicembre 1998, Rossomandi, *cit.*, col. 639.

una automatica conseguenza, esige una valutazione di necessità, o anche della semplice opportunità, di imporre al coniuge titolare del diritto reale o personale di godimento dell'immobile il sacrificio della sua situazione soggettiva per soddisfare l'interesse del figlio minore o maggiorenne alla conservazione dell'habitat domestico».

Nel caso di specie pertanto la Corte ha ritenuto di non ravvisare la ingiustizia del provvedimento adottato dal giudice, posto che lo stesso appariva *«fondato sul potere di apprezzamento e di scelta che la legge attribuisce all'organo giudicante»*, nonché *«dotato di una motivazione molto sintetica e probabilmente incompleta, ma non priva di plausibilità»*.

Molto probabilmente la questione avrebbe potuto essere risolta in maniera diversa laddove si fosse adottata la teoria intermedia nella valutazione della ingiustizia della decisione e a fronte di un provvedimento condivisibile si fossero tenute in considerazione le modalità attraverso le quali lo stesso, nel caso di specie, era stato adottato.

Probabilmente, tuttavia - anche laddove fosse stata ravvisata l'ingiustizia del vantaggio ottenuto dal soggetto favorito - nel caso in questione l'abuso di ufficio non sarebbe stato integrato in tutti i suoi elementi, poiché non si sarebbe potuta sostenere la patrimonialità del vantaggio stesso (dal momento che - come sottolineato dalla difesa del ricorrente - la controversia in sede civile era stata risolta bonariamente secondo le richieste della moglie).

L'elemento di grande rilievo ravvisabile nella decisione in esame è la circostanza che per la risoluzione della questione ad essa sottoposta la

Corte abbia dovuto tenere in considerazione l'ingiustizia della sentenza adottata dal giudice imputato, così riconoscendo come tale elemento sia assolutamente rilevante al fine di valutare la ingiustizia del danno o vantaggio procurati alla parte.

Ciò è solo in apparente controtendenza rispetto alla decisione emessa dalla stessa Corte nel caso precedentemente analizzato (relativo all'omessa astensione del giudice Marini) poichè le diverse esigenze di valutare la legittimità della decisione nel caso di specie rispetto alla decisione di cui *supra* derivano dalla modalità di commissione dell'abuso di ufficio.

Nel caso Marini si trattava infatti di una mancata astensione in un procedimento in cui l'imputato vantava un interesse personale. Nel caso di specie, invece, la decisione riguardava l'applicazione scorretta di una norma di legge e pertanto non si poteva ravvisare (come avveniva nel primo caso) una violazione del principio di cui all'art. 102 Cost., violazione che invece era – come *supra* illustrato – alla base dell'ingiustizia del vantaggio ottenuto dal Marini (vantaggio che, come si ricorderà, consisteva nell'aver potuto decidere in causa propria).

Nel caso Rossomandi, difatti, la valutazione concerneva il ben più delicato problema della individuazione dei requisiti in base ai quali ritenere legittima la interpretazione della norma di legge applicata dal giudicante. Una tale indagine non poteva dunque prescindere dalla valutazione dell'atto in cui tale applicazione si era risolta, ossia la sentenza giurisdizionale.

In questa sede occorrerà inoltre aggiungere alcune perplessità sollevate dalla sentenza relativa al caso Marini, laddove la Corte considerava

come un terzo elemento la sentenza emessa dal giudice, della quale non si richiedeva l'ingiustizia.

La Corte in tale occasione aveva difatti richiesto soltanto la valutazione dell'ingiustizia della condotta (omessa astensione), nonché del vantaggio ottenuto. Tuttavia, per determinare la ingiustizia del vantaggio la Corte - pur premettendo l'affermazione secondo cui la decisione è un terzo elemento e non entra nella valutazione - aveva finito per entrare nella valutazione del provvedimento, laddove ha stabilito che l'ingiustizia atteneva alle posizione di privilegio rivestita dal giudice, (che poteva giudicare in una cosa propria), tanto che aveva concluso ravvisando la ingiustizia "formale" della sentenza.

Sembra pertanto che la Corte, pur negando fermamente la rilevanza della decisione, abbia tuttavia utilizzato la stessa nella valutazione della ingiustizia del vantaggio, così confondendo i piani dell'indagine e confutando con il *modus procedendi* nell'accertamento dell'ingiustizia le premesse di partenza.

Tutte le osservazioni sinora svolte vengono suffragate dall'analisi di una ulteriore, recente sentenza della Corte di Cassazione⁵⁷⁵, relativa al caso di un Procuratore aggiunto della Repubblica imputata di abuso di ufficio per aver ritardato ed omesso la trasmissione di atti relativi a procedimenti penali, nonché interferito in procedimenti assegnati ad altri magistrati, con ciò cagionando un danno ingiusto a carico del Procuratore della Repubblica dello stesso distretto, del quale la stessa avrebbe intralciato ed inibito l'esercizio dei doveri e delle prerogative dell'ufficio.

⁵⁷⁵ Cass. pen. sez. VI, 20 settembre 2005, in *Juris Data*.

La sentenza in esame ribadisce infatti che *«il reato di cui all'art. 323, quando commesso "in danno", ha natura necessariamente plurioffensiva: devono essere lesi gli interessi costituzionalmente tutelati (art. 97 Cost.) della pubblica amministrazione (buon andamento ed imparzialità) e quelli di un extraneus, o anche di un dipendente della stessa P.A., purchè questo sia toccato nella sua personale condizione giuridica derivante dal rapporto di impiego (ad es. prospettive di carriera, mansioni, retribuzione). Non si ha pluralità di offese (e non sussiste dunque il reato) quando l'effetto dannoso si riverberi solo sulla sfera della pubblica amministrazione».*

Nel caso di specie, anche qualora si fosse voluto ammettere che l'immagine del Capo della Procura di Perugia fosse stata offuscata dalla condotta dell'imputata, la Corte osserva che *«tale lesione si sarebbe prodotta comunque in danno non di una posizione giuridica soggettiva distinguibile dall'ufficio ma della stessa pubblica amministrazione attraverso il perturbamento dell'esercizio dei poteri organizzativi e direttivi riconducibili all'organo posto al vertice della stessa».* Nel caso di specie è stato pertanto escluso l'estremo del danno ingiusto.

Anche in relazione alla differente valutazione dell'accaduto in termini di realizzazione di un ingiusto vantaggio patrimoniale che la condotta dell'imputata avrebbe alla stessa procurato (sotto il profilo della elisione degli effetti dannosi conseguenti agli esiti dei procedimenti penali e disciplinari a suo carico interessati dalle contestate sue interferenze), la Corte nel caso di specie li esclude poiché li ritiene non economicamente valutabili.

Appare dunque palese come la attuale configurazione della fattispecie di abuso di ufficio renda molto difficoltoso sussumere al suo interno condotte abusive dei magistrati che si risolvano in un danno alla sola Amministrazione della giustizia, prescindendo dalla realizzazione di un vantaggio o danno per una soggetto privato. La sentenza da ultimo richiamata è difatti esplicita nel ritenere necessario, ai fini della realizzazione del reato, che il danno concerna la posizione giuridica del danneggiato intesa quale sua specifica posizione soggettiva, distinguibile dall'ufficio dallo stesso svolto.

La lesione della pubblica amministrazione (o, più in specifico, della amministrazione della giustizia) non sembra potersi ritenere tutelata “in sé” dall'art. 323 c.p., dal momento che – come osservato - laddove la condotta posta in essere non coinvolga una posizione soggettiva che si può definire “privata” si deve escludere la realizzazione del reato.

In una prospettiva *de lege ferenda*, è interessante rilevare come in Parlamento sia stata presentata una proposta di legge (che alla data del 27 luglio 2005 risultava all'esame della Commissione giustizia della Camera)⁵⁷⁶ volta ad introdurre nel codice penale l'articolo 323 *ter*, denominato “*Abuso di ufficio in atti giudiziari*”⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Si tratta della Proposta di legge n. 1225, d'iniziativa dei deputati Anedda, Alboni, Cola, D'Alia, Lusana, Francesca Martini, Mazzoni, Patria Tanzilli, Zanettin, presentata in data 5 luglio 2001.

⁵⁷⁷ L'art. 44 della proposta di legge stabilisce infatti: Dopo l'art. 323-bis c.p. del codice penale è inserito il seguente:

Art. 323-ter. Abuso d'ufficio in atti giudiziari. Se il fatto indicato nell'articolo 323 è commesso da un magistrato in un procedimento civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da due a sei anni.

Se dal fatto deriva la ingiusta condanna di taluno alla reclusione non superiore a cinque anni, la pena è della reclusione da tre a dieci anni; se deriva l'ingiusta condanna alla reclusione superiore a cinque anni o all'ergastolo, la pena è della reclusione da cinque a diciotto anni.

La fattispecie in questione si richiama espressamente alla condotta di abuso di ufficio disciplinata all'articolo precedente, ma prevede una pena ordinaria più elevata rispetto all'ipotesi di cui all'art. 323 c.p., previsione che, secondo quanto si legge nella relazione di accompagnamento alla proposta, *«si pone in sintonia con l'indirizzo legislativo – già manifestato con la legge n. 86 del 1990, che introdusse la corruzione in atti giudiziari – di punire più severamente i fatti delittuosi che offendono l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, quando siano commessi da soggetti appartenenti all'ordine giudiziario»*.

Le perplessità maggiori che vengono in considerazione rispetto ad una costruzione della fattispecie come quella adottata nel disegno di legge concernono la concreta operatività di una norma siffatta.

A fronte dell'integrale richiamo operato alle condotte tipizzate all'art. 323 c.p. è difatti lecito supporre che la nuova norma andrà incontro alle difficoltà applicative – come *supra* evidenziate – cui soggiace l'abuso di ufficio nella sua ipotesi base.

Posti quelli che sembrano essere gli orientamenti attuali relativamente alla applicazione della norma di cui all'art. 323 c.p. alla attività dei giudici, resta da analizzare quali siano le forme di responsabilità cui soggiace il magistrato che nel nostro ordinamento contravvenga ai doveri del suo ufficio, al fine di valutare se quelle che in altri ordinamenti sono condotte penalmente rilevanti, nel sistema italiano ricevano una qualche tipologia di sanzione o siano assolutamente lecite.

L'analisi prenderà pertanto a riferimento le diverse ipotesi di responsabilità civile e disciplinare, per concludere con una breve analisi

della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario compiuta attraverso una decisione giurisdizionale.

III. LA RESPONSABILITÀ CIVILE⁵⁷⁸.

La responsabilità civile del giudice era originariamente disciplinata dagli artt. 55, 56 e 74 c.p.c.⁵⁷⁹, poi abrogati a seguito di referendum nel novembre 1987⁵⁸⁰ e sostituiti dalla legge 117/88⁵⁸¹, che costituisce l'attuale punto di riferimento per la materia in esame.

⁵⁷⁸ Come notazione preliminare alla trattazione occorre precisare come la responsabilità civile del magistrato ponga una lunga serie di complesse problematiche non affrontabili in questa sede, nella quale l'indagine sarà limitata agli aspetti strettamente afferenti la materia della attività interpretativa del giudice e della sua rilevanza ai fini risarcitori. In generale sulla tematica della responsabilità civile si v., tra gli altri, GIACOBBE/NARDOZZA, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Giuffrè 1996; GIULIANI/PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, 1995.

⁵⁷⁹ Gli articoli in questione erano così formulati: Art. 55, "Responsabilità del giudice" *Il giudice è civilmente responsabile soltanto: 1) quando nell'esercizio delle sue funzioni è imputabile di dolo, frode o concussione; 2) quando senza giusto motivo rifiuta, omette o ritarda di provvedere sulle domande o istanze delle parti e, in generale, di compiere un atto del suo ministero. – Le ipotesi previste dal numero 2 possono aversi per avverate solo quando l'aparte ha depositato in cancelleria istanza al giudice per ottenere il provvedimento o l'atto, e sono decorsi inutilmente dieci giorni dal deposito.*

Art. 56 "Autorizzazione" *La domanda per la dichiarazione di responsabilità del giudice non può essere proposta senza l'autorizzazione del ministro di grazia e giustizia. – A richiesta della parte autorizzata la corte di cassazione designa, con decreto emesso in camera di consiglio, il giudice che deve pronunciare sulla domanda. – Le disposizioni del presente articolo e del precedente non si applicano in caso di costituzione di parte civile nel processo penale o di azione civile in seguito a condanna penale.*

Art. 74 "Responsabilità del pubblico ministero" *Le norme sulla responsabilità del giudice e sull'esercizio della azione relativa si applicano anche ai magistrati del pubblico ministero che intervengono nel processo civile, quando nell'esercizio delle loro funzioni sono imputabili di dolo, frode o concussione.*

⁵⁸⁰ L'abrogazione è avvenuta a seguito di d.P.R. 9 dicembre 1987, n. 497.

⁵⁸¹ L 13 aprile 1988, n. 117. A tal legge si deve, tra l'altro, l'introduzione nell'art. 131 c.p.c. di un terzo comma, il quale dispone: *Dei provvedimenti collegiali è compilato sommario processo verbale, il quale deve contenere la menzione della unanimità della decisione o del dissenso, succintamente motivato, che qualcuno dei componenti del collegio, da indicarsi nominativamente, abbia eventualmente espresso su ciascuna delle questioni decise. Il verbale, redatto dal meno anziano dei componenti togati del collegio e sottoscritto da tutti i*

La disciplina previgente, all'art. 55 n. 1, si occupava specificamente degli illeciti compiuti dal magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale, stabilendo che il giudice potesse essere ritenuto civilmente responsabile solo quando nell'esercizio delle sue funzioni fosse imputabile di dolo, frode o concussione. Il successivo art. 56 c.p.c. richiedeva inoltre la previa autorizzazione del Ministro di Grazia e Giustizia per la proposizione dell'azione contro il magistrato.

Il codice di procedura civile prevedeva pertanto una responsabilità diretta del giudice, e fu sottoposto alla Corte Costituzionale il problema se, nel silenzio della legge, si potesse ipotizzare una concorrente responsabilità dello Stato.

La Corte si pronunciò sulla questione con la nota sentenza del 1968⁵⁸², in cui sancì chiaramente l'applicabilità dell'art. 28 Cost. (che stabilisce la responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato) anche nei confronti dei magistrati, nonostante la peculiare posizione occupata dagli stessi⁵⁸³ e pertanto dichiarò applicabile tale norma anche nelle

componenti del collegio stesso, è conservato a cura del presidente in un plico sigillato presso la cancelleria dell'ufficio. Tale previsione era stata introdotta chiaramente al fine di rendere identificabili i giudici su cui dovesse ricadere la responsabilità nel caso in cui l'atto lesivo dei diritti del terzo fosse una decisione collegiale. Tale disposizione è tuttavia stata dichiarata costituzionalmente illegittima (con la sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 19 gennaio 1989) nella parte in cui dispone che «è compilato sommario processo verbale» anziché «può, se uno dei componenti dell'organo collegiale lo richieda, essere compilato sommario processo verbale». Tale pronuncia ha reso pertanto praticamente inoperante la disposizione nella pratica.

⁵⁸² Corte Cost., sent. 14 marzo 1968, n. 2, in *Giur. it.* 1968, I, col. 912 ss., con nota di DUNI.

⁵⁸³ Nella sentenza si legge infatti: «l'art. 28 non impedisce che la responsabilità dei "dipendenti" e dei "funzionari", tra i quali devono ritenersi ricompresi quanti – come i magistrati – svolgano attività abituale al servizio dello Stato, sia variamente disciplinata secondo le diverse categorie prese in considerazione, gli artt. 55 e 74 codice di proc. civile, limitando la responsabilità del giudice e del Pubblico Ministero ai soli casi di dolo, frode o concussione e di ingiustificata omissione o ritardo, non escludono l'estensione della responsabilità civile allo Stato negli stessi casi. Tale estensione deve anzi ritenersi operante proprio in virtù dell'art. 28 della Costituzione, norma che tuttavia non garantisce il

ipotesi di cui agli artt. 55 e 74 del codice di procedura civile, interpretando in tal modo le norme come attributive di una responsabilità allo Stato in tutti i casi in cui fosse riscontrabile responsabilità in capo al magistrato.

La Corte si spinse anzi oltre, stabilendo che - sebbene il diritto al risarcimento nel caso di danni cagionati dal giudice per colpa grave, lieve o addirittura senza colpa non trovasse garanzia nella norma costituzionale - nulla impediva alla giurisprudenza di trarlo eventualmente da norme o principi contenuti in leggi ordinarie.

A fronte delle caratteristiche della disciplina previgente così delineate, il legislatore del 1988 ha ribaltato il sistema di responsabilità, attribuendo la stessa in via principale in capo allo Stato⁵⁸⁴, e stabilendo inoltre che - prima di poter agire nei confronti del giudice - si debbano esaurire i mezzi di impugnazione dati contro il provvedimento che si assume dannoso.

L'unica ipotesi di responsabilità diretta presente nella legge è difatti quella sancita all'art. 13 della stessa (ossia la responsabilità per danni cagionati da un fatto costituente reato), sebbene anche in questi casi sia necessaria una previa costituzione di parte civile nel processo penale o una sentenza di condanna nei confronti del magistrato⁵⁸⁵.

risarcimento del danno da parte dello Stato quando il giudice e il Pubblico Ministero siano esenti da responsabilità», cfr. Corte Cost., sent. 14 marzo 1968, n. 2, loc. cit., col. 912.

⁵⁸⁴ Il comma I dell'art. 2 della legge in questione dispone infatti che “*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.*”

⁵⁸⁵ L'art. 134, rubricato “*Responsabilità civile per i fatti costituenti reato*” dispone infatti: *I. Chi ha subito un danno in conseguenza di un fatto costituente reato commesso dal magistrato*

Le principali problematiche della disciplina vigente afferiscono tuttavia all'individuazione dei casi in cui il magistrato è chiamato a rispondere, posto che l'art. 2 della legge disciplina una serie ben delimitata di ipotesi in cui sorge la responsabilità civile.

In particolare, l'articolo in questione stabilisce che la responsabilità civile è limitata ai casi di dolo e colpa grave del magistrato.

La definizione delle ipotesi costituenti colpa grave viene fornita al comma terzo, laddove si identifica la stessa con «*la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile*», «*l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrovertibilmente esclusa dagli atti del procedimento*», «*la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento*» nonché «*l'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione*»⁵⁸⁶.

Per quanto concerne le prime ipotesi, ossia il fatto doloso del magistrato, è opinione comune in dottrina che le stesse ipotesi configurino altrettanti

nell'esercizio delle sue funzioni ha diritto al risarcimento nei confronti del magistrato e dello Stato. In tal caso l'azione civile per il risarcimento del danno ed il suo esercizio anche nei confronti dello Stato come responsabile civile sono regolati dalle norme ordinarie.

2. All'azione di regresso dello Stato che sia tenuto al risarcimento nei confronti del danneggiato si procede altresì secondo le norme ordinarie relative alla responsabilità dei pubblici dipendenti.

⁵⁸⁶ L'art. 2, comma III della legge dispone infatti: Costituiscono colpa grave:

- a) *la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;*
- b) *l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrovertibilmente esclusa dagli atti del procedimento;*
- c) *la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;*
- d) *l'emissione di un provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione.*

reati⁵⁸⁷ (sebbene, in base ai rilievi *supra* svolti in relazione alla sussumibilità delle condotte del giudice nell'ambito del vigente art. 323 c.p., possano sorgere alcuni dubbi in proposito).

La stessa Corte di Cassazione, nell'ambito di una fondamentale pronuncia in merito all'individuazione dei requisiti soggettivi di cui alla responsabilità civile, ha affermato che «*quella del comportamento doloso del giudice che non integri reato costituisce un'ipotesi del tutto residuale, stante la difficoltà di individuare uno spazio di "dolo civile", ossia un ambito di configurabilità di una condotta tenuta con la coscienza e volontà di violare i doveri di ufficio non riconducibile ad una delle fattispecie di reato ipotizzabili nel caso di comportamento doloso del magistrato*»⁵⁸⁸.

I casi realmente problematici della disciplina in questione rimangono comunque quelli di colpa grave del giudice, posto che sono tali ultime ipotesi a possedere una specifica autonomia e ad essere incriminabili solo alla stregua della responsabilità civile (oltre eventualmente disciplinare, ma nei limiti che verranno individuati *infra*).

Una notazione preliminare alla trattazione della tematica è che lo stesso art. 2 della legge, al secondo comma, espressamente stabilisce come «*nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove*».

⁵⁸⁷ Cfr. NARDOZZA G., *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, 1996, p. 103.

⁵⁸⁸ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, Vitalone, in *Foro it.*, I, 2001, col. 3556 con nota di SCARSELLI.

A tal proposito, la Corte di Cassazione ha chiarito come la previsione in esame costituisca «una clausola generale di salvaguardia, che interagisce con le previsioni di cui al 1° e 3° comma limitandone la portata a garanzia della indipendenza della funzione giurisdizionale, nel suo più pregnante momento della ricostruzione del precetto normativo e dell'accertamento dei fatti»⁵⁸⁹.

Motivando a partire dalla collocazione di tale disposto nell'ambito dell'art. 2 della legge (volto appunto a definire i casi di responsabilità per dolo o colpa grave) la Corte ha stabilito inoltre come la stessa clausola debba essere interpretata nel senso di svolgere la specifica funzione di «delimitare l'ambito della colpa rilevante»⁵⁹⁰.

Il più volte richiamato requisito della “colpa grave” sembra richiamare lo stesso concetto utilizzato nell'art. 2236 c.c. in relazione alla attività dei professionisti.

La dottrina che ha paragonato le due ipotesi ha tuttavia sottolineato come tra le stesse incorra una insopprimibile differenza: nel caso del professionista difatti si tratta di valutare la colpa nell'esercizio di una attività di natura tecnica od operativa, mentre per l'attività del giudice si pone in maniera problematica la possibilità di individuare una decisione che sarebbe oggettivamente stata più corretta rispetto a quella dallo stesso adottata⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, *loc. cit.*, col. 3567.

⁵⁹⁰ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, *loc. ult. cit.*

⁵⁹¹ In questa considerazioni riecheggiano tutti i problemi individuati in relazione all'individuazione della ingiustizia della decisione *supra* affrontati con riferimento alle norme penali. Sempre in relazione alle differenze tra la previsione di cui all'art. 2 L.117/88 e art. 2236 c.c. si sottolinea inoltre come nell'ultimo caso tra la parte danneggiata ed il professionista incorra un rapporto contrattuale, ipotesi assolutamente non riscontrabile tra il giudice e la parte danneggiata.

La stessa Corte di Cassazione ha infatti affermato a tal proposito la necessità – perché possa configurarsi responsabilità in capo al giudice - di un *quid pluris* rispetto alla colpa grave di cui all'art. 2236 c.c., necessità che scaturirebbe dal «*carattere accentuatamente valutativo dell'attività giurisdizionale, spesso connotata da opzioni tra più interpretazioni possibili, e nella conseguente necessità che essa si profili, ai fini della responsabilità del giudice, come “non spiegabile”, ossia priva di supporti idonei a rendere l'errore commesso comprensibile, anche se non giustificato*»⁵⁹².

La Cassazione non si è tuttavia limitata ad affermazioni di ordine generale in ordine ai requisiti soggettivi della normativa in commento, procedendo invece ad una puntuale analisi degli stessi. Ciò al fine di individuarne la concreta portata e procedere ad un opportuno coordinamento degli stessi con la clausola di esclusione di cui al primo comma.

Con riferimento al requisito *sub a)* - relativo alla grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile – la Corte ha difatti stabilito che lo stesso possa essere rinvenuto nei soli casi in cui il giudice abbia mostrato una «*totale mancanza di attenzione nell'uso degli strumenti normativi, una trascuratezza così marcata da non poter trovare alcuna plausibile giustificazione e da apparire espressione di assoluta incuria e mancanza di professionalità*»⁵⁹³.

Coordinata con la clausola di salvaguardia di cui al primo comma, la grave violazione di legge così individuata viene infine a sostanziarsi in

⁵⁹² Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, *loc. cit.*, col. 3568.

⁵⁹³ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, *loc. cit.*, col. 3569.

quella che la Corte definisce una «*violazione evidente, grossolana e macroscopica della norma, ovvero – secondo una tipologia elaborata dalla dottrina – nell’interpretazione del suo significato in termini contrastanti con ogni criterio logico, nell’adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, nella manipolazione arbitraria del testo normativo, nello sconfinamento nel diritto libero, mentre resta nell’area di esenzione da responsabilità la lettura della legge secondo uno dei significati possibili, sia pure il meno probabile e convincente, quando dell’opzione interpretativa seguita si dia conto e ragione nella motivazione*⁵⁹⁴».

Le considerazioni della Corte *supra* riportate sembrano riecheggiare quelle che sono le determinazioni della teoria oggettiva nella valutazione dell’ingiustizia della decisione ai fini penali. Difatti anche in questo caso la responsabilità è esclusa laddove il giudice abbia deciso secondo uno dei significati possibili della norma, il quale può apparire altresì come il meno probabile e convincente.

La negligenza inescusabile che dà luogo a responsabilità – si legge in un ulteriore passo della sentenza – non consiste infatti nella «*mera non conformità della decisione a diritto*», bensì essa viene in considerazione laddove la decisione «*non trovi alcun aggancio nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale né abbia, in mancanza di detti referenti, una qualsiasi plausibile giustificazione sul piano logico*»⁵⁹⁵.

Una tale limitazione delle ipotesi di responsabilità trova giustificazione nella necessità di coordinare la tutela dei danneggiati civili con il

⁵⁹⁴ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, *loc. cit.*, col. 3569.

⁵⁹⁵ Cfr. Cass., sez. I civ., sent. 20 settembre 2001, *loc. ult. cit.*

principio di indipendenza del giudice, che sarebbe pressoché vanificato laddove un margine troppo ampio di responsabilità permettesse di promuovere azione civile nei confronti dello stesso in tutti i casi in cui la decisione giurisdizionale venisse riformata da un giudice di grado superiore⁵⁹⁶. Su questa problematica si innesta infatti il più ampio dibattito relativo alla individuazione di criteri distintivi tra i casi in cui l'errore del giudice è occasione per una semplice impugnazione del provvedimento ed i casi in cui tale errore è invece altresì fonte di responsabilità civile.

Sembra che nella sentenza *supra* riportata la Corte di Cassazione abbia inteso fornire una serie di criteri, atti a salvaguardare primariamente l'esigenza di indipendenza del giudice.

I criteri così come formulati dai giudici di legittimità in ottica garantista rischiano tuttavia di essere travolti dalla valutazione compiuta da un organo sopranazionale, che agisce a livello europeo ed alla cui giurisdizione il nostro Stato è soggetto: la Corte di Giustizia delle Comunità europee.

L'intervento di tale organo, si inserisce nell'ambito di un più ampio processo evolutivo della responsabilità degli Stati per violazione de diritto comunitario commessa da propri organi, di cui si parlerà diffusamente *infra*⁵⁹⁷.

In questa sede vengono in rilievo specificamente le determinazioni adottate dalla Corte di Giustizia, la quale, in sede di rinvio pregiudiziale, si è trovata a dover valutare la compatibilità della legge n. 117 del 1988

⁵⁹⁶ Nello stesso senso si v. le riflessioni di SCARSELLI G., *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, in *Foro it.*, 2001, I, col. 3560.

⁵⁹⁷ Cfr. cap. III, par. III.

con il principio di responsabilità extracontrattuale dello Stato nei confronti dei cittadini per errori commessi dai giudici nazionali nell'applicazione del diritto comunitario.

In particolare, alla Corte è stata sottoposta la seguente questione pregiudiziale:

«[...] se osti all'affermazione di una tale responsabilità (dello Stato membro, n.d.r.) e sia quindi incompatibile con i principi del diritto comunitario una normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori dei giudici che:

- *esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove resa nell'ambito dell'attività giudiziaria,*
- *limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo e colpa grave del giudice»⁵⁹⁸.*

A tal proposito la Corte di Giustizia, con sentenza emessa in data 13 giugno 2006 nel procedimento C-173/03⁵⁹⁹, ha stabilito che le summenzionate restrizioni operate dalla normativa italiana sono in contrasto con il diritto comunitario.

In particolare, per quanto concerne la esclusione della attività di interpretazione di norme di diritto, il Governo italiano si era difeso eccependo la *«perfetta conformità della normativa ai principi del diritto comunitario, dal momento che essa realizzerebbe un giusto equilibrio tra la necessità di preservare l'indipendenza del potere giudiziario e gli imperativi di certezza del diritto, da un lato, e la concessione di una*

⁵⁹⁸ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, punto 20, rivenibile sul sito <http://curia.europa.eu>.

⁵⁹⁹ Si tratta della decisione richiamata alla nota precedente.

tutela giurisdizionale effettiva ai singoli nei casi più evidenti di violazioni del diritto comunitario imputabili al potere giudiziario, dall'altro lato»⁶⁰⁰.

La Corte di giustizia a tal proposito ha riconosciuto invece come *«considerate la specificità della funzione giurisdizionale nonché le legittime esigenze della certezza del diritto, la responsabilità dello Stato, in un caso del genere, non è illimitata. Come la Corte ha affermato, tale responsabilità può sussistere solo nel caso eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente»⁶⁰¹* aggiungendo però subito dopo come la *«necessità di garantire ai singoli una protezione giurisdizione effettiva dei diritti che il diritto comunitario conferisce loro»* osti *«a che la responsabilità dello Stato non possa sorgere per il solo motivo che una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado risulti dall'interpretazione delle norme di diritto effettuata da tale organo giurisdizionale»⁶⁰².*

I giudici comunitari hanno successivamente osservato che *«l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti – nazionali e/o comunitarie – al fine di decidere la*

⁶⁰⁰ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. cit.*, punto 28.

⁶⁰¹ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. cit.*, punto 32.

⁶⁰² Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. cit.*, punto 33.

controversia che gli è sottoposta. Dall'altro lato, non si può escludere che una violazione manifesta del diritto comunitario vigente venga commessa, appunto, nell'esercizio di una tale attività interpretativa [...]»⁶⁰³ ed in considerazione di ciò ha ritenuto che «escludere in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato a causa del fatto che la violazione del diritto comunitario deriva da un'operazione di interpretazione delle norme giuridiche effettuata da un organo giurisdizionale equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza Köbler (sentenza che ha stabilito il principio generale della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario commesse attraverso decisioni giurisdizionali nazionali, n.d.r.)»⁶⁰⁴.

Anche con riferimento alla limitazione della responsabilità ai casi di dolo o colpa grave, la Corte ritiene tale necessità contrasti con il diritto comunitario, laddove quest'ultimo per il sorgere della responsabilità in questione richiede il solo requisito della “manifesta violazione del diritto vigente”⁶⁰⁵.

I giudici comunitari non escludono pertanto la possibilità che il diritto nazionale «precisi i criteri relativi alla natura o al grado di una violazione, da soddisfare affinché possa sorgere la responsabilità dello stato per violazione del diritto comunitario imputabile a un organo

⁶⁰³ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. cit.*, punti 34 -35.

⁶⁰⁴ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. cit.*, punto 36.

⁶⁰⁵ Il principio in questione, come più avanti verrà approfonditamente spiegato, è stato stabilito per la rima volta nella Sentenza *Köbler contro Austria*, del 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss., con nota di SCODITTI.

*giurisdizionale nazionale»*⁶⁰⁶, tuttavia la Corte stabilisce chiaramente che «*tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di una manifesta violazione del diritto vigente»*⁶⁰⁷, che è appunto la condizione richiesta a livello comunitario perchè sorga tale responsabilità.

I risvolti della decisione della Corte di Giustizia sul sistema della responsabilità civile dei giudici, quantomeno laddove la stessa sorga in seguito a violazione del diritto comunitario (poiché negli altri casi la L. 117/88 continuerebbe ad operare in base agli ordinari presupposti), aprono delle prospettive ampiamente problematiche. Su tale questione si tornerà tuttavia *infra*, nell'ultimo paragrafo, laddove si tratterà più in specifico la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario cagionata da decisioni giurisdizionali.

Dal momento che la responsabilità da ultimo menzionata afferisce specificamente allo Stato, preliminarmente occorre infatti analizzare una ulteriore forma di responsabilità, riconducibile al magistrato in quanto persona fisica, che consegue alla violazione dei suoi doveri funzionali: la responsabilità disciplinare.

A tale trattazione sarà pertanto dedicato il paragrafo successivo.

⁶⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. cit.*, punto 44.

⁶⁰⁷ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, sent. 13 giugno 2006, *loc. ult. cit.*

IV. RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE E TIPIZZAZIONE DEGLI ILLECITI A SEGUITO DELLA RIFORMA DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO.

La peculiare tipologia di responsabilità in questione è stata originariamente disciplinata dal RD. Lgs. 31 maggio 1946, n. 511, comunemente denominato “Legge sulle guarentigie della magistratura”. In particolare, il decreto – lungi dall’operare una tipizzazione delle varie tipologie di illecito - all’art. 18 prevedeva genericamente la applicazione di una sanzione disciplinare in capo a *«Il magistrato che manchi ai suoi doveri, o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell’ordine giudiziario»*.

A fronte di una siffatta previsione normativa, la concreta individuazione delle tipologie di illecito disciplinare era stata affidata alla prassi della Sezione disciplinare del Consiglio Superiore della Magistratura, nonché alla valutazione delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione (di fronte alle quali si svolgeva il secondo grado del giudizio disciplinare)⁶⁰⁸.

Con riferimento a tale prassi e a fronte di un iniziale periodo in cui la responsabilità era stata intesa in funzione essenzialmente di controllo e disciplina del giudice (ponendo l’accento sul decoro formale e sul comportamento personale del magistrato), a partire dalla metà degli anni ’80 la sezione disciplinare del CSM ha ripensato la responsabilità disciplinare in funzione professionale. Nell’ottica di un tale ripensamento, l’accento è stato essenzialmente posto sull’operosità,

⁶⁰⁸ L’art.18 ha altresì resistito al vaglio di legittimità costituzionale, operato dalla Corte Costituzionale con sentenza 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. Cost.*, 1981, p. 843 ss.

sull'impegno e sulle capacità professionali e funzionali del magistrato e fondamentale corollario di tale impostazione è stata l'inclusione degli atti e provvedimenti giurisdizionali tra i fatti disciplinarmente rilevanti⁶⁰⁹.

Ciò ha comportato una importante acquisizione, dal momento che la sindacabilità degli stessi era stata precedentemente esclusa sulla base del rilievo che l'«*esercizio della funzione giurisdizionale, cioè di formazione e manifestazione del convincimento, [...] è censurabile unicamente nelle previste sedi di impugnazione*»⁶¹⁰.

Sulla scia del nuovo *trend*, già a partire dalla 1986, le Sezioni Unite civili della Suprema Corte avevano dunque elaborato il principio di diritto per cui «*il comportamento del magistrato può essere censurabile disciplinarmente anche con riguardo ad atti e provvedimenti resi nell'esercizio delle funzioni, e quindi nell'attività interpretativa ed applicativa di norme di diritto, quando riveli scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza, idonee a riverberarsi negativamente sul prestigio del magistrato stesso e dell'Ordine giudiziario*»⁶¹¹.

In applicazione di tale principio la Corte aveva pertanto ritenuto disciplinarmente responsabile un pretore che aveva emesso un provvedimento formulato in maniera equivoca e per tale caratteristica aveva generato una serie di equivoci⁶¹².

⁶⁰⁹ Cfr. CACACE S., *Ruolo del giudice e responsabilità disciplinare*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 31.

⁶¹⁰ Cfr. Cass., sez. unite, 14 gennaio 1981, n. 308, in *Foro it.*, 1981, I, col. 2361.

⁶¹¹ Cfr. Cass., sez. unite, sent. 24 luglio 1986, n. 4754, in *Foro it.*, 1986, I, col. 2413.

⁶¹² Il riferimento è a Cass., sez. unite, 7 agosto 1996, n. 7226, in *Danno e resp.*, 1997, p. 26 ss. Nel caso di specie, il ricorrente era titolare di una licenza di vendita, che era stata sospesa a

In tale occasione era stata ribadita la sindacabilità dei provvedimenti giurisdizionali ai fini della responsabilità disciplinare, anche al di fuori dei casi in cui essi costituiscono provvedimento abnorme (che era invece l'unica ipotesi ritenuta disciplinarmente valutabile dal ricorrente).

Accanto all'accertamento dell'illiceità del comportamento tenuto dal magistrato, la Corte sottolineava tuttavia come – ai fini della responsabilità disciplinare - dovessero essere rinvenuti gli ulteriori elementi richiesti dall'art. 18, ossia la *«menomazione del prestigio dell'Ordine giudiziario e della fiducia che il corpo sociale deve riporre nella condotta obiettiva e diligente del magistrato»*, con ciò sottolineando come – a dispetto del trend segnalato nel senso di una professionalizzazione dell'attività del magistrato - tale tipologia di responsabilità rivelasse un nucleo essenzialmente pubblicistico, di lesione del prestigio e della affidabilità del magistrato nei confronti dei consociati.

Sintomatica di tale orientamento è altresì la posizione assunta dalla Corte in una pronuncia emessa nel 2001, laddove la stessa aveva osservato che *«l'art. 18 r.d.leg., richiedendo ai fini dell'assoggettabilità del magistrato a sanzioni disciplinari che la di lui condotta, in ufficio o fuori, sia tale da renderlo immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o da compromettere il prestigio dell'ordine giudiziario, integra una fattispecie normativa caratterizzata,*

seguito di apertura di un procedimento penale nei confronti della stesso. Il ricorrente, nelle more del procedimento penale, aveva chiesto al pretore di essere autorizzato a riprendere la attività. Il provvedimento emesso da quest'ultimo affrontava il merito della questione ritenendo sussistenti il *fumus boni juris* ed il *periculum in mora* per le ragioni del ricorrente, ma poi si risolveva in una formale ed apparente declaratoria di non luogo a procedere. Sulla base della equivocità di siffatto provvedimento il ricorrente aveva poi ripreso la attività.

sotto il profilo dei comportamenti ad essa sottesi, da un'ampiezza e un'indeterminatezza tali da lasciare all'interprete un cospicuo margine di valutazione discrezionale nell'adattamento della previsione legale al caso concreto e, soprattutto, da far sì che non ogni comportamento scorretto o contrario alla legge assuma rilievo disciplinare, ma solo quelli che, oltre ad essere connotati da dolo o colpa, abbiano l'idoneità ad incidere negativamente sui suddetti irrinunciabili interessi pubblici»⁶¹³.

Al di là della considerazione in sé, particolare interesse assume ai fini della presente analisi l'ulteriore corollario che la Corte ricava da una tale impostazione, ritenendo che *«anche la trasgressione di norme del rito penale o simili – malgrado l'obbligatorietà delle stesse espressamente sancita dall'art. 124 c.p.p. pur quando la loro inosservanza non comporti nullità o altra sanzione processuale – non è di per sé sufficiente ad integrare illecito disciplinare, occorrendo pur sempre che ne risultino compromessi l'immagine e la credibilità del magistrato o il prestigio dell'ordine giudiziario, ossia che da quella violazione emerga una figura di magistrato poco commendevole per diligenza, ponderazione, equilibrio e preparazione professionale oppure una maniera raffazzonata, approssimativa e troppo disinvolta di amministrare giustizia»⁶¹⁴.*

Da tale considerazione si ricava infatti come la responsabilità disciplinare (così come disciplinata dalla abrogata legge sulle guarentigie) non permettesse agevolmente di sanzionare le condotte che

⁶¹³ Cfr. Cass. sez. unite, 3 ottobre 2000, n. 1052, in *Foro it.*, 2001, I, col. 2314.

⁶¹⁴ Cfr. Cass. sez. unite, 3 ottobre 2000, n. 1052, *loc. ult. cit.*.

sono state *supra* individuate come difficilmente sussumibili nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 323 c.p..

I requisiti consistenti nella lesione del prestigio e della credibilità del magistrato appaiono infatti quali criteri valutativi vaghi, che introducono nell'ambito della valutazione rimessa all'interprete elementi estranei al semplice accertamento della violazione di legge da parte del magistrato, e come tali atti ad escludere la responsabilità in ipotesi problematiche già dal punto di vista della sussumibilità all'interno della fattispecie penale (costruita quest'ultima, come noto, sulla semplice violazione di norme di legge a cui si accompagni un evento di danno o vantaggio).

Sempre a proposito della sindacabilità di atti giurisdizionali, la Suprema Corte aveva avuto modo di precisare come fossero passibili di responsabilità disciplinare tanto i casi di "*ignoranza della norma*" (posto che tali ipotesi non sono "a monte" qualificabili come interpretazioni della norma) quanto i casi in cui il provvedimento del giudice fosse reso «*con obiettivo sconfinamento in attribuzioni riservate all'autorità amministrativa [...] ove il provvedimento stesso sia accompagnato da un atteggiamento soggettivo di consapevolezza di quello sconfinamento, o comunque di accettazione della sua eventualità, in modo da suscitare l'immagine di un magistrato insofferente dei limiti che l'ordinamento pone alle sue funzioni*»⁶¹⁵.

La genericità del precetto di cui all'art. 18 della Legge sulle guarentigie ha reso inoltre possibile sindacare la violazione dei doveri funzionali del

⁶¹⁵ Cfr. Cass. sez. unite, 7 luglio 1989, in *Foro it, Rep.*, 1988, voce *Ordinamento giudiziario*, n. 99.

magistrato nel caso di mancata emissione di provvedimenti volti a modificare misure incidenti sulla libertà personale degli imputati.

In particolare, una tale possibilità di valutazione ha condotto la Sezione disciplinare del CSM a ritenere che «*in materia di libertà personale, l'obbligo di vigilanza sul personale amministrativo, che fa carico al magistrato, si...estende anche al valutare l'idoneità della soluzione adottata dall'ufficio*»⁶¹⁶, osservando che nel caso di specie (concernente un gip che non aveva avuto conoscenza della scadenza di termini di custodia cautelare rispetto ad alcuni imputati e non aveva pertanto tempestivamente provveduto alla liberazione) l'utilizzo da parte dell'ufficio di un sistema cartaceo di schede nominative risultava del tutto inadeguato rispetto all'esigenza di assicurare il periodico tempestivo controllo delle situazioni che avrebbero richiesto l'intervento del magistrato.

Le inevitabili negative conseguenze di una impostazione come quella *supra* riportata, che poneva a carico del magistrato un generico obbligo di vigilanza in materia di libertà personale degli imputati è stato censurato dalla Cassazione, la quale ha deciso la questione in qualità di giudice di secondo grado⁶¹⁷.

In tale occasione i giudici di legittimità hanno difatti annullato la condanna del gip, ritenendo che lo stesso non fosse investito dei poteri necessari per emettere i provvedimenti di cui all'art. 306 c.pc., in quanto

⁶¹⁶ L'affermazione, contenuta nella decisione emessa dalla Sezione disciplinare del CSM in data 24 luglio 2002, è riportata nella sentenza della corte di Cassazione, sez. unite civ., 12 dicembre 2003, n. 19097, in *Foro it.*, I, col. 3148.

⁶¹⁷ Il riferimento è alla sentenza citata alla nota precedente.

nel caso di specie non era materialmente in possesso degli atti del procedimento.

Ribaltando perciò la visione del CSM, la Cassazione ha ritenuto che la lesione del diritto della libertà possa essere posta a carico del magistrato solo laddove lo stesso avesse concretamente il potere di provvedere sulla questione, non essendo ravvisabile un dovere generico di vigilare autonomamente e di ufficio sui termini di efficacia di un provvedimento cautelare senza avere la disponibilità del relativo fascicolo⁶¹⁸.

Sempre con riferimento al ritardo del magistrato, ma con specifica attenzione ai casi di deposito della sentenza, l'orientamento prevalente della sezione disciplinare del CSM e delle sezioni unite della Cassazione andava nel senso di ritenere che *«non è il ritardo in sé che contrasta con i doveri funzionali, ma è la condotta neghittosa di cui quel ritardo costituisca effetto e manifestazione senza possibili giustificazioni»*⁶¹⁹. Pertanto *«il ritardo del magistrato nel deposito dei provvedimenti è rilevante da un punto di vista disciplinare e, quindi, sanzionabile solo quando appaia indice di negligenza e di mancanza di laboriosità»*⁶²⁰. A tal proposito infatti, *«deve ritenersi che il limite oggettivo della ragionevolezza del ritardo e della sua giustificabilità è sempre un elemento implicito di valutazione, per quanto possa a volte non essere esplicitato nelle massime ovvero nelle stesse motivazioni delle singole decisioni»*⁶²¹.

⁶¹⁸ Cfr. FUZIO R., *A proposito dei doveri officiosi del g.i.p. e responsabilità disciplinare per ritardo nella scarcerazione per decorrenza termini*, in *Foro it.*, 2004, I, col. 3152.

⁶¹⁹ Cfr. CSM, Sezione disciplinare, sent. 10 giugno 2005, in *D&G*, 2005, p. 93.

⁶²⁰ Cfr. CSM, Sezione disciplinare, sent. 10 giugno 2005, *loc. ult. cit.*

⁶²¹ Cfr. CSM, Sezione disciplinare, sent. 10 giugno 2005, *loc. ult. cit.*

Alla luce di tale impostazione, pertanto, deve ritenersi che la semplice violazione di termini ordinatori per il deposito delle sentenze non fosse un elemento di per sé sufficiente a far sorgere la responsabilità disciplinare⁶²².

La breve esposizione *supra* svolta di alcuni punti essenziali della disciplina previgente è premessa funzionale ad una disamina della attuale regolamentazione della materia, risultante dalla riforma dell'ordinamento giudiziario compiuta con la legge delega n. 150, emanata in data 25 luglio 2005⁶²³.

La definizione degli illeciti disciplinari ha subito un lungo *iter*, che si è snodato dalla previsione dei principi e criteri direttivi ad opera della legge delega n. 150/05 (all'art. 2, 6° comma), alla disciplina vera e propria predisposta attraverso il D. Lgs. 109 /06, modificato ad opera della recente L. 269/96⁶²⁴.

⁶²² A tal proposito interessanti appaiono le riflessioni elaborate da CIPRIANI sotto la vigenza della disciplina abrogata. L'Autore riteneva infatti che - a seguito dell'emanazione dell'art. 9, 6° comma, L. 20 dicembre 1995, n. 534 (legge sulla riforma del processo civile)- il mancato rispetto dei termini ordinatori potesse acquistare rilevanza disciplinare. Ciò in quanto l'articolo in questione prevedeva espressamente che «*Il dirigente dell'ufficio, nell'esercizio dei poteri previsti dagli art. 14 e 16 r.d.leg. 31 maggio 1946 n. 511, deve, in particolare, sorvegliare sulla scrupolosa osservanza, da parte dei magistrati, dei doveri di ufficio, compresi quelli relativi all'osservanza dei termini previsti dal codice di procedura civile e dalle altre leggi vigenti*», in tal modo attribuendo pertanto rilievo disciplinare a tali inosservanze. Cfr. CIPRIANI F., *Nuove norme sul rispetto dei termini processuali da parte dei giudici* 8art. 9, 6° comma, l. 534/95), in *Foro it.* 1996, II, col. 387 ss.

⁶²³ «*Delega al Governo per la riforma dell'ordinamento giudiziario di cui al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, per il decentramento del Ministero della giustizia, per la modifica della disciplina concernente il Consiglio di presidenza della Corte dei conti e il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nonché per l'emanazione di un testo unico*, L. n. 150 del 25 luglio 2005, in *GU* n. 175 del 29 luglio 2005.

⁶²⁴ «*Sospensione dell'efficacia nonché modifiche di disposizioni in tema di ordinamento giudiziario*», L. 24 ottobre 2006, n. 269, in *GU* n. 248 del 24 ottobre 2006. E' necessario a tal proposito sottolineare come i dibattiti che hanno preceduto, accompagnato e seguito l'emanazione della legge esulino dalla presente trattazione, la quale si incentrerà pertanto esclusivamente sull'analisi delle disposizioni che concernono gli illeciti disciplinari.

Durante i lavori preparatori della legge delega, diverse polemiche aveva suscitato l'emendamento presentato dal senatore Luigi Bobbio, volto a qualificare come illecito disciplinare «*l'attività di interpretazione di norme di diritto che palesemente e inequivocabilmente sia contro la lettera e la volontà della legge o abbia contenuto creativo*»⁶²⁵.

L'emendamento in questione non è tuttavia stato accolto ed il testo definitivo della legge, lungi dal prevederlo, contiene invece una disposizione che si muove in senso decisamente opposto: prevede infatti che – fermo quanto previsto dai numeri 3, 7 e 9 dell'art. 2, comma 6 della legge stessa - «*non può dar luogo a responsabilità disciplinare l'attività di interpretazione di norme di diritto in conformità all'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale*».

Anche con riferimento a questa ultima disposizione la dottrina ha sollevato perplessità, tra cui emerge la considerazione che la circostanza di ancorare la liceità alle previsioni del solo art. 12, in materia penale, potrebbe paradossalmente portare alla liceità della interpretazione analogica, posto che il divieto di analogia è stabilito al diverso art. 14 delle preleggi, non richiamato⁶²⁶.

La previsione criticata è stata tuttavia trasfusa nel decreto legislativo di regolamentazione degli illeciti disciplinari (approvato in data 23 febbraio 2006), mantenendo il discusso riferimento all'art. 12 delle preleggi.

⁶²⁵ Particolarmente severa era stata la valutazione dell'emendamento da parte di Manna, il quale aveva rilevato tra l'altro come, volendo interpretare l'emendamento in termini di integrazione all'art. 12 preleggi (quale scelta, tra i vari criteri utilizzabili, di quelli letterale e storico) l'operazione compiuta non sarebbe consentita al Governo per mezzo di un decreto

⁶²⁶ Cfr. SGUBBI F., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario. Alcuni riflessi della riforma sulla pratica penale*, in *Foro it.*, 2006, V, col.41.

La Relazione di accompagnamento al decreto sottolineava in proposito come tale esenzione riprendesse «*opportunamente l'impostazione di principio già introdotta nel nostro ordinamento dalla legge sulla responsabilità civile dei magistrati*»⁶²⁷, sebbene sia noto come la clausola di esclusione contenuta nella legge da ultimo menzionata non contenga un analogo problematico riferimento all'art. 12.

Tenendo forse opportunamente conto delle obiezioni sollevate in dottrina, il legislatore (con la l. 269/06) ha ritenuto infine di modificare l'art. 2, comma secondo del decreto, eliminando il più volte menzionato richiamo allo specifico articolo delle preleggi ed introducendo l'esenzione dalla responsabilità disciplinare, oltre che per la attività di interpretazione, altresì per quella di valutazione del fatto e delle prove.

Il secondo comma nella attuale formulazione recita pertanto: «*Fermo quanto previsto dal comma 1, lettere g), h), i), l), m), n), o), p), cc) ed ff), l'attività di interpretazione delle norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare*».

A fronte di tale previsione, è palese come le attività descritte dalla norma (che sono le stesse che nell'ordinamento tedesco e spagnolo possono dar luogo a responsabilità penale laddove integrino gli estremi dei reati analizzati nei capitoli precedenti), nell'ordinamento italiano siano sottratte al sindacato del giudice disciplinare, a meno che non integrino gli estremi degli illeciti specificamente disciplinati nelle lettere richiamate.

⁶²⁷ Cfr. *Relazione* di accompagnamento al decreto legislativo 109/06, rinvenibile sul sito www.giustizia.it.

Al fine di valutare la concreta operatività della clausola di esclusione (e quindi i limiti di rilevanza disciplinare delle condotte) occorrerà pertanto valutare la concreta portata di tali illeciti.

Preliminarmente ad una siffatta analisi (volta – come accennato - a definire gli estremi delle condotte che ricadono nella sfera della responsabilità disciplinare), è necessario tuttavia osservare come nella stessa Relazione al decreto di disciplina degli illeciti si legga che «*le fattispecie individuate sono in gran parte già focalizzate dalla giurisprudenza del Consiglio superiore della magistratura e dalla Suprema Corte di Cassazione*»⁶²⁸.

A tale proposito occorre richiamare quanto in precedenza osservato con riferimento alla prassi della sezione disciplinare del CSM e della Cassazione relativa all'art. 18 della legge sulle guarentigie, posto che nell'ambito di tale disamina erano emersi alcuni punti fermi.

In particolare era stato rilevato come, dopo una iniziale esclusione della sindacabilità dell'attività interpretativa in sede disciplinare, i giudici ammettessero la valutazione di tale attività, laddove la stessa si risolvesse in “*errore macroscopico nell'applicazione della legge*”, «*cosciente violazione della legge, ignoranza della norma, evidente impreparazione del giudice unita a leggerezza, superficialità, carenza di adeguato studio ed approfondimento*», nonché – più in generale – quando rivelasse “*scarsa ponderazione, approssimazione, frettolosità o limitata diligenza*”.

⁶²⁸ Cfr. *Relazione* di accompagnamento al decreto legislativo 109/06, rinvenibile sul sito www.giustizia.it.

Le acquisizioni della giurisprudenza disciplinare sotto il vigore dell'abrogata normativa richiedevano pertanto - ai fini della sindacabilità della attività interpretativa svolta dal giudice - che lo stesso avesse operato con profili di assoluta negligenza. Da ultimo, ai sensi dell'abrogato articolo 18, per la punibilità di tali condotte a titolo di illecito disciplinare era necessario che le condotte in questione provocassero una perdita di prestigio per l'Ordine giudiziario o la perdita di fiducia dei cittadini nei confronti dei magistrati.

Definiti gli orientamenti della precedente prassi giurisprudenziale, l'attenzione può essere volta ad individuare quali siano le condotte sottratte alla "immunità" e pertanto disciplinarmente sanzionabili, ai sensi della nuova disciplina legislativa.

Come già accennato, le condotte in questione si risolvono in quelle previste dalle lettere *g), h), i), l), m), n), o), p), cc)* ed *ff)*⁶²⁹ di cui al comma 1 dell'art. 2 D. Lgs. 109/06.

⁶²⁹ In particolare le condotte sanzionate sono le seguenti:

- g) la grave violazione di legge, determinata da negligenza inescusabile;*
- h) il travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile;*
- i) il perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria;*
- l) l'emissione di provvedimenti privi di motivazione, ovvero al cui motivazione consiste nella sola affermazione della sussistenza dei presupposti di legge senza indicazione degli elementi di fatto dai quali tale sussistenza risulti, quando la motivazione è richiesta dalla legge;*
- m) l'adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;*
- n) la reiterata grave inosservanza delle norme regolamentari o delle disposizioni sul servizio giudiziario adottate dagli organi competenti;*
- o) l'indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti;*
- p) l'inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità;*
- cc) l'adozione intenzionale di provvedimenti affetti da palese incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita ed inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico o argomentativi;*

Con riferimento in particolare all'illecito di cui alla lettera m), si deve rilevare come - nella originaria formulazione del decreto - lo stesso sanzionasse la adozione di provvedimenti nei casi non consentiti dalla legge che avessero leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali, in ossequio a quanto previsto dall'art. 2, comma 6, lett. c), n. 3 della legge 150/05⁶³⁰.

In dottrina era stato osservato come nella pratica penale la censura mossa ai provvedimenti cautelari in sede di riesame o ricorso per Cassazione concerna nella quasi totalità dei casi la mancanza dei requisiti legali. Tali ipotesi rientrerebbero pertanto a pieno titolo nell'illecito come *supra* descritto e, non richiedendo un coefficiente soggettivo specifico, la conseguenza sarebbe che ogni ipotesi di annullamento di provvedimento cautelare darebbe luogo ad un giudizio disciplinare.

Era stata pertanto accolta con favore l'introduzione, nello Schema di decreto delegato adottato nella seduta del 28 ottobre 2005 dal Consiglio dei ministri⁶³¹, del requisito della negligenza grave ed inescusabile del magistrato in tali ipotesi, pur paventando un eccesso di delega⁶³².

ff) l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave ed inescusabile negligenza.

⁶³⁰ La legge delega espressamente richiedeva di prevedere che costituissero illeciti disciplinari: «[...] l'adozione di provvedimenti non consentiti dalla legge che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali;» (Art. 2, c. 6, lett. c)

⁶³¹ Cfr. *Schema di decreto legislativo recante: "disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati e delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicazione, nonché modifica della disciplina in tema di incompatibilità, dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, in attuazione degli articoli 1, comma 1, lettera f) e 2, commi 6 e 7, della legge 25 luglio 2005, numero 150* (approvato dal Consiglio dei ministri nella seduta del 28 ottobre 2005, esame preliminare)., in www.giustizia.it.

⁶³² Cfr. SGUBBI F., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, cit.*, col. 41.

E' da valutare positivamente quindi la circostanza che il requisito in questione – a dispetto del legittimo dubbio di eccesso di delega – sia stato trasfuso nel testo definitivo del decreto ed abbia resistito altresì al vaglio della legge 269/06 (la quale, come noto, ha apportato modifiche anche consistenti al decreto in questione).

Tra le modifiche di maggior rilievo determinate dal testo normativo da ultimo citato si annovera infatti la abrogazione dell'illecito previsto dalla lettera i) del decreto 109/06, il quale sanzionava il magistrato laddove si riscontrasse “il perseguimento di fini estranei ai suoi doveri ed alla funzione giudiziaria”, in ossequio alla previsione della legge delega volta a sanzionare appunto «*il perseguimento di fini diversi da quelli di giustizia*»⁶³³.

La eccessiva genericità della clausola era stata criticata in dottrina sulla scorta dell'osservazione che la stessa avrebbe potuto lasciare aperta la strada ad indagini di “foro interno, assai pericolose”⁶³⁴.

Osservazione pienamente condivisibile, in virtù della quale si accoglie con favore la abrogazione di siffatta disposizione, che rischiava realmente di introdurre un criterio di valutazione della condotta del magistrato pericolosamente soggettivo, totalmente svincolato dall'esistenza di un provvedimento illegittimo.

L'ulteriore, importante modifica operata dalla legge 269/06 in materia di illeciti disciplinari è la riscrittura della lettera ff) del decreto.

L'originaria formulazione dell'illecito sanzionava: «*l'adozione di provvedimenti al di fuori di ogni previsione processuale ovvero sulla*

⁶³³ Cfr. art. 1, comma 6, lett. C, n. 3 L. 150/05.

⁶³⁴ Cfr. ROSI E., *Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1507.

base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza ovvero di atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali».

La corrispondente previsione della legge delega disponeva invece che dovesse costituire illecito disciplinare «*l'adozione di provvedimenti abnormi ovvero di atti e provvedimenti che costituiscano esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi, ovvero ad altri organi costituzionali».*

La legge delega richiamava pertanto espressamente la categoria del provvedimento abnorme, accostandola ai casi di provvedimenti espressione di un potere non riservato all'organo giurisdizionale (casi, questi ultimi, che appaiono coincidere con le ipotesi di scuola utilizzate per la definizione della diversa categoria dei provvedimenti inesistenti).

Sicuramente la tematica è ampia e non è questa la sede per una trattazione puntuale ed esauriente dell'argomento, stante oltretutto la complessità dello stesso.

Si può tuttavia rilevare come, appunto in ragione delle difficoltà definitorie delle categorie in esame, difficilmente condivisibile apparisse la scelta del legislatore di ricollegare una sanzione disciplinare ad ogni caso di provvedimento abnorme.

Una tale scelta legislativa appariva difatti iniqua in considerazione, da un lato, della obiettiva incertezza di alcuni settori del codice di rito, mentre dall'altro lato ciò avrebbe potuto significare la scomparsa della figura nella giurisprudenza della Suprema Corte⁶³⁵.

⁶³⁵ Cfr. SGUBBI F., *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, cit.*, col. 41.

Inoltre la legge delega individuava un parametro assolutamente vago per stabilire quando si fosse in presenza di un provvedimento disciplinarmente rilevante, posto che appunto la categoria della abnormità è stata elaborata in origine quale deroga al principio di tassatività delle impugnazioni, quindi come categoria necessariamente ampia⁶³⁶.

Da accogliere con favore, pertanto, la definizione adottata nel testo del decreto, laddove lo stesso elimina il riferimento alla generica categoria del “provvedimento abnorme”.

La definizione “provvedimenti adottati al di fuori di ogni previsione processuale” (utilizzata nell’originario testo del decreto) riecheggiava tuttavia la definizione che alla categoria della abnormità (in particolare nella sua versione strutturale) aveva fornito la Suprema Corte⁶³⁷.

Tale previsione è stata sostituita dalla legge 269/06 con l’espressione «*provvedimenti non previsti da norme vigenti*», la quale sembra poter ricomprendere la abnormità laddove le violazioni concernano norme processuali, ma che introduce la rilevanza, altresì, della violazione di norme sostanziali.

⁶³⁶ Anche considerando la recente collocazione dogmatica della categoria della abnormità quale eccezione al principio di tassatività vigente in tema di invalidità nel processo penale, le conclusioni in ordine alla ampiezza della categoria ed alla inopportunità del richiamo della stessa nel testo del decreto rimangono invariate. Sulla concezione della invalidità come una nuova specie di invalidità e sugli ineliminabili elementi di elasticità ed incertezza nell’accertamento della stessa si v. CAIANIELLO M., *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. pen.*, 2005, 3957 ss.

⁶³⁷ Rispetto al profilo definitorio, il riferimento è alla nota sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite penali, Di Battista, del 12 febbraio 1998, in *Cass. pen.*, 1998, 1607 ss.; nonché, più di recente, alla decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite penali del 31 maggio 2005, nell’ambito della quale la Corte traccia una breve genesi storica dell’istituto. In dottrina, sul concetto di abnormità si v. anche CATALANO M., *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1240 ss.; CAIANIELLO M., *Sulla abnormità della sentenza*, cit.; SANTALUCIA, *L’abnormità dell’atto processuale penale*, Cedam, 2003.

Il successivo riferimento della previsione ad atti e provvedimenti che costituiscono esercizio di una potestà riservata dalla legge ad organo legislativo o amministrativi ovvero ad altri organi costituzionali (che richiamava la diversa categoria della invalidità) è stata eliminata.

La norma attuale pertanto prevede che costituisca illecito disciplinare «l'adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti ovvero sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile diligenza».

L'illecito che risulta si configura pertanto (nella prima delle ipotesi richiamate) nella mera «adozione di provvedimenti non previsti da norme vigenti», senza che la norma richieda uno specifico coefficiente soggettivo, per cui è ipotizzabile gli stessi siano configurabili anche sulla base di colpa lieve.

Le ulteriori ipotesi di illecito specificano invece solo l'elemento soggettivo, sanzionando la «adozione di provvedimenti [...] sulla base di un errore macroscopico» nonché la «adozione di provvedimenti sulla base [...] di grave e inescusabile diligenza».

La norma così strutturata si presta pertanto a sanzionare una vasta gamma di ipotesi, in cui il legislatore avrebbe correttamente agito specificando che il provvedimento emesso debba assumere un connotato di illegittimità, piuttosto che richiedere implicitamente tale requisito nello stabilire che il fondamento dei provvedimenti stessi debba essere rinvenuto in un errore macroscopico o nella grave e inescusabile diligenza.

D'altro canto i contorni dell'illecito da ultimo descritto, (ossia la «adozione di provvedimenti sulla base di grave e inescusabile negligenza»), appaiono difficilmente delimitabili rispetto a quelli

dell'illecito previsto dalla lettera g) della stessa norma, (che concerne la *grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile*).

Difficilmente confutabile è difatti l'assunto secondo il quale, in tutti i casi in cui un provvedimento viene emesso al di fuori della previsione di norme vigenti si è in presenza di una grave violazione di legge, per cui appare arduo individuare ipotesi in cui residui uno spazio applicativo autonomo alla ipotesi sub ff).

Non si comprende inoltre la necessità di prevedere l'illecito di cui alla lettera m) (ossia la «*adozione di provvedimenti adottati nei casi non consentiti dalla legge, per negligenza grave e inescusabile, che abbiano leso diritti personali o, in modo rilevante, diritti patrimoniali*»), laddove le ipotesi dallo stesso sanzionate non sembrano essere che una specificazione della condotta già ricadente nella più ampia norma di cui alla lettera ff).

Una delle interpretazioni adeguatrici dell'illecito da ultimo menzionato potrebbe consistere nel richiedere che il provvedimento non previsto da norme vigenti debba essere “adottato sulla base di un errore macroscopico ovvero di grave ed inescusabile diligenza”. La formulazione del precetto (in virtù della posizione della disgiuntiva “ovvero” all'interno del periodo) non sembra tuttavia consentire allo stato una tale interpretazione, se non forzando il dato letterale.

Ricade inoltre nell'ambito degli illeciti disciplinari, in deroga alla clausola che elude la rilevanza disciplinare della attività interpretativa, la adozione intenzionale della sentenze cosiddette “suicide”, che il decreto definisce attraverso la perifrasi «*provvedimenti affetti da palese*

incompatibilità tra la parte dispositiva e la motivazione, tali da manifestare una preconstituita e inequivocabile contraddizione sul piano logico, contenutistico e argomentativo».

Da ultimo, sottratto al principio della irrilevanza disciplinare della attività di valutazione del fatto sancita dal comma 2 dell'art. 2 è il *«travisamento dei fatti determinato da negligenza inescusabile»*, definito come illecito disciplinare dalla lettera h) dello stesso articolo.

A conclusione della disamina relativa agli illeciti disciplinari concernenti le attività di interpretazione delle norme da parte del giudice emerge una ultima notazione di carattere esclusivamente tecnico: non si comprende perché il comma 2 dell'art. 2 debba far salvi gli illeciti di cui alle lettere o) e p), posto che gli stessi ineriscono ad attività che non sembrano poter coincidere o solo interferire con quella di interpretazione. Si tratta infatti delle ipotesi di *«indebito affidamento ad altri di attività rientranti nei propri compiti»* (lett. o) e di *«inosservanza dell'obbligo di risiedere nel comune in cui ha sede l'ufficio in assenza dell'autorizzazione prevista dalla normativa vigente se ne è derivato concreto pregiudizio all'adempimento dei doveri di diligenza e laboriosità»* (lett. p).

A meno di non ritenere che il magistrato possa commettere tali illeciti per errata interpretazione delle norme attributive della competenza o del servizio, non si coglie difatti il collegamento tra gli illeciti in questione e le attività di cui all'art. 2 del decreto.

D'altronde, laddove si volesse individuare tale collegamento nella interpretazione delle disposizioni sulla competenza, si porrebbe il problema del mancato richiamo di altre ipotesi, pure potenzialmente

realizzabili tramite errata interpretazione di norme sulla competenza (si pensi agli illeciti di cui alla lettera b) ed e), relative rispettivamente alle situazioni di incompatibilità ed alla interferenza nella attività di altro magistrato⁶³⁸.

Con riferimento inoltre ai comportamenti del magistrato che si concretizzano nella tardiva adozione di un provvedimento, il decreto prevede una ipotesi specifica, volta a sanzionare «*il reiterato grave ed ingiustificato ritardo nel compimento degli atti relativi all'esercizio delle funzioni*», stabilendo espressamente che «*si presume non grave, salvo che non sia diversamente dimostrato, il ritardo che non eccede il triplo dei termini previsti dalla legge per il compimento dell'atto*».

Tale ipotesi richiede pertanto – in ossequio alla giurisprudenza disciplinare *supra* brevemente analizzata – il requisito della mancata giustificazione del ritardo, nonché detta un criterio di esclusione della gravità di detto ritardo, sebbene rimanga affidata alla giurisprudenza l'individuazione dei casi concreti in cui la gravità e la mancanza di giustificazione siano ravvisabili.

Come in precedenza rilevato⁶³⁹, la giurisprudenza aveva adottato requisiti molto rigidi per il riconoscimento della rilevanza disciplinare del ritardo, ragione per cui appare ragionevole prevedere che anche sotto la nuova disciplina l'individuazione dei presupposti della condotta punibile sarà rigorosa⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Gli illeciti in questione sanzionano rispettivamente:

b) l'omissione della comunicazione, al Consiglio

⁶³⁹ In sede di analisi della giurisprudenza sviluppatasi sotto la disciplina vigente, cfr. *infra*, p.

⁶⁴⁰ Cfr. in argomento le riflessioni di DI PAOLA, *Magistrati: ritardi sì, giustizia negata no*, in *D&G*, 2005, p. 88 ss.

Con particolare riferimento alla norma penale sull'abuso di ufficio, vengono infine specificamente in considerazione due particolari tipologie di illecito disciplinare, posto che le stesse sanzionano condotte astrattamente riconducibili nell'alveo della norma penale.

Il riferimento è in primo luogo alla ipotesi disciplinarmente rilevante di cui alla lettera c), che si sostanzia nella «*consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge*». Tale condotta può infatti rilevare ai sensi dell'art. 323 c.p., ma solo laddove essa produca un danno o un vantaggio, secondo i criteri *supra* analizzati⁶⁴¹. La norma disciplinare interviene quindi in questo settore in un momento antecedente all'intervento penale, non richiedendo la verifica di un evento.

Il secondo degli illeciti considerati è quello disciplinato alla lettera a) del decreto, il quale sanziona i comportamenti che - violando i doveri di cui all'art. 1 - arrecano ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti.

I doveri richiamati si concretizzano, ai sensi del richiamato art. 1, nella «*imparzialità, correttezza, diligenza, laboriosità, riserbo ed equilibrio*», nonché «*rispetto della dignità della persona nell'esercizio delle funzioni da parte del magistrato*».

E' con riferimento in particolare alla violazione dei doveri di «*imparzialità*» e «*diligenza*» che vengono in considerazione le condotte menzionate come astrattamente riconducibili all'ambito di applicazione dell'abuso di ufficio, le quali -

⁶⁴¹ Cfr. cap. III, par. I.

posto che il legislatore delegato non richiede un coefficiente soggettivo specifico - potranno potenzialmente essere sanzionate a livello disciplinare anche laddove la violazione dei doveri da parte del magistrato consegua a semplice colpa da parte dello stesso.

A ciò si aggiunge inoltre la considerazione che la condotta sanzionata disciplinarmente si riduce genericamente ad una violazione dei doveri, senza specificare chiaramente le modalità attraverso cui tali doveri possano essere violati.

A fronte delle osservazioni sinora svolte, si può cogliere come la tipizzazione degli illeciti disciplinari - sia per quanto concerne l'attività di interpretazione delle norme da parte del giudice che per le ipotesi da ultimo menzionate - non abbia condotto a definire criteri precisi per l'individuazione delle condotte disciplinarmente rilevanti.

Tale tendenza si mostra con particolare evidenza in relazione agli illeciti commessi dai magistrati nell'esercizio delle funzioni in generale (di cui alla ipotesi da ultimo analizzata in riferimento all'abuso di ufficio), la cui genericità rischia di vanificare la stessa opera di tipizzazione degli illeciti, posto che la stessa si pone come norma di chiusura del sistema potenzialmente atta a sussumere nel suo alveo una serie di condotte impossibile da determinare *a priori*.

Da tali premesse discendono di conseguenza una serie di importanti corollari.

In primo luogo, la formulazione vaga ed imprecisa degli illeciti previsti quali eccezioni alla generale irrilevanza disciplinare della attività interpretativa del giudice fa sì che il sindacato a fini disciplinari di tale attività acquisti dimensioni considerevoli.

In particolare, sembra di poter affermare come le attività di abuso del diritto sanzionate negli ordinamenti spagnolo e tedesco alla stregua di illeciti penali acquistino nel nostro ordinamento valenza a titolo disciplinare.

Tale valenza è rinvenibile tuttavia solamente nella attuale fisionomia della responsabilità disciplinare, posto che - come già in precedenza rilevato - la disciplina previgente postulava la necessità di rinvenire, accanto alla violazione del diritto, la lesione del prestigio e del decoro dell'Ordine giudiziario, ponendo pertanto l'accento più sulla condotta contraria a logiche corporative di tutela del prestigio che alla violazione del diritto in sé.

Come già *supra* accennato, tale considerazione si inquadra nel più ampio fenomeno di rinnovamento dell'assetto della responsabilità disciplinare, che sembra muovere nella direzione di una "professionalizzazione" dell'Ordine, abbandonando logiche corporative di tutela del prestigio dell'Ordine stesso, in favore della maggiore efficienza e produttività della amministrazione della giustizia.

Nell'ottica da ultimo segnalata sembra di poter inquadrare altresì la mancata trasfusione nel testo definitivo del decreto della previsione di cui all'art. 2 dello Schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri.

L'articolo da ultimo citato prevedeva infatti la irrilevanza disciplinare del condotta, laddove la stessa non incidesse «*negativamente, in*

concreto, sulla credibilità, il prestigio ed il decoro del magistrato o sul prestigio della istituzione giudiziaria»⁶⁴².

In tale assunto si poteva cogliere un retaggio della vecchia impostazione, coerentemente non accolto dalla vigente versione del decreto.

A fronte della mancata trasposizione dell'art. 2 nel testo del decreto originariamente approvato, una specifica clausola di irrilevanza disciplinare della condotta è stata in seguito introdotta ad opera della L. 269/06, nella quale è tuttavia assente qualsiasi riferimento a valori quali l'onore ed il decoro, sancendo piuttosto – in ossequio al principio di offensività – che «*l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza*»⁶⁴³.

La collocazione di tale previsione all'art. 3-bis (immediatamente successivo all'articolo disciplinante gli illeciti al di fuori dell'esercizio delle funzioni) piuttosto che in un articolo specifico precedente le varie tipologie di illecito (quindi anche quelle nell'esercizio delle funzioni) potrebbe tuttavia far dubitare rispetto alla applicabilità dell'esclusione in parola agli illeciti da ultimo menzionati.

Al di là delle problematiche di ordine pratico, in ogni caso, rimane l'importanza del principio di cui la norma è espressione, il quale è chiaramente orientato ad introdurre una valutazione della condotta in termini di offensività piuttosto che di lesione di valori quali la dignità ed il decoro.

Da segnalare tuttavia come l'espressione «*scarsa rilevanza*» sia una clausola generale di una ampiezza tale da rendere probabilmente quasi

⁶⁴² La soppressione di tale articolo era stata esplicitamente richiesta dalla Commissioni giustizia di Camera e Senato.

⁶⁴³ Cfr. art. 3-bis D.Lgs. 109/06, introdotto ex art. 1, comma 3, lettera e) L. 269/06.

impossibile la valutazione delle condotte, laddove non si chiarisca con precisione quale sia il termine di paragone rispetto al quale tale rilevanza debba essere valutata.

Da ultimo, con riferimento alla tutela degli abusi del giudice in prospettiva disciplinare, occorre rilevare alcuni punti di debolezza della attuale disciplina.

La tipizzazione degli illeciti non consente infatti, a fronte delle già più volte rilevate incongruenze e della vaghezza di alcuni precetti, di individuare con precisione le condotte punibili.

Con riferimento specifico all'ambito di indagine del presente lavoro, ossia la attività giudicante propriamente intesa, non è infatti dato rinvenire regole di condotta chiare a cui il giudice debba ispirarsi e se da un lato deve essere accolta con favore la eliminazione del riferimento all'art. 12 preleggi nella individuazione dell'attività interpretativa lecita, occorre sottolineare come a ciò non si tuttavia conseguito un corrispettiva delimitazione degli ambiti esclusi dalla clausola di salvaguardia.

La formulazione vaga ed in alcuni casi contraddittoria delle condotte che si sottraggono alla clausola di salvaguardia è difatti tale da neutralizzare in gran parte la valenza garantista della clausola stessa.

Occorre inoltre aggiungere come molte delle problematiche rilevate nella applicazione della responsabilità civile saranno probabilmente sollevate in ambito disciplinare, stante la identità di criteri definitivi utilizzati.

La vaghezza ed ambiguità dei criteri è già grave nell'ambito della responsabilità civile, ma si rivela in tutto il suo potenziale di criticità

laddove essa venga in rilievo in una materia (quale la responsabilità disciplinare dei giudici) che meriterebbe invece un grado di certezza e tassatività pari a quelle richieste in ambito penale, posto che, riprendendo una espressione di Manna, «*nell'ambito dell'illecito punitivo non vi è area più vicina al diritto penale che non sia quella relativa all'apparato sanzionatorio dei magistrati*»⁶⁴⁴.

La necessità di prevedere maggiori garanzie viene in rilievo altresì in considerazione del fenomeno *supra* rilevato, secondo cui la attuale fisionomia della responsabilità disciplinare ha fatto assurgere tale tipologia di responsabilità a terreno privilegiato per la valutazione di condotte di abuso di ufficio da parte del magistrato.

La delicatezza degli interessi sottesi ad una simile valutazione richiederebbe difatti la previsione di specifiche garanzie, che la attuale fisionomia della responsabilità disciplinare non fornisce.

In senso anzi opposto ad una maggiore razionalizzazione della disciplina sembrano muoversi alcune innovazioni apportate dalla riforma sul piano del procedimento disciplinare a carico dei magistrati.

Se da una lato la previsione della obbligatorietà della azione disciplinare in capo al Procuratore generale della Corte di Cassazione⁶⁴⁵ e la applicazione delle norme del codice di procedura penale nella impugnazione dei provvedimenti disciplinari di fronte alla

⁶⁴⁴ La considerazione è di MANNA, in *Riforma dell'ordinamento giudiziario e scelta della «modernità» nella teoria dell'interpretazione*, in *Cass. pen.* 2004, p. 1852. L'Autore affronta nel suo contributo altresì la interessantissima problematica della distinzione tra illecito penale ed illecito disciplinare, che per quanto attenga alla materia di cui si tratta non può essere approfondito in questa sede poiché richiederebbe considerazioni e riflessioni che esulano dalla presente trattazione.

⁶⁴⁵ Innovativamente introdotta ex art. 14, comma 3 D. Lgs. 109/06.

Cassazione⁶⁴⁶ hanno infatti introdotto elementi di simmetria con il procedimento penale, discutibile appare la scelta dell'organo competente a decidere l'impugnazione.

Tale organo è stato infatti individuato dalla L. 269/06 nella Corte di cassazione a sezioni unite civili.

Ciò in riforma della previsione contenuta nel testo originario del decreto che, proprio in considerazione delle norme da adottare per la decisione (quelle del codice di rito penale) si riferiva alla sezioni unite penali della Corte⁶⁴⁷.

La modificazione apportata ex L. 269/06 ha quindi prodotto una sfasatura all'interno della disciplina, attribuendo la competenza a decidere su una materia che sempre più si conforma al rito penale (di cui adotta altresì le norme procedurali) ad una sezione della Corte ontologicamente dedita alla soluzione di controversie civili.

Dopo aver provveduto alla analisi delle tipologie tradizionali di responsabilità in cui può incorrere il giudice in alternativa ai profili penali della sua attività, nel paragrafo che segue l'attenzione si incentrerà sulla ulteriore tipologia di responsabilità che è emersa a carico del giudice negli ultimi anni e che è stata già richiamata in precedenza, con riferimento alla responsabilità civile: la responsabilità dello Stato

⁶⁴⁶ Innovazione introdotta con l'art. 24 del decreto modificando la disciplina previgente, la quale individuava l'organo competente per le impugnazioni nella Cassazione a sezioni unite civili ed imponeva l'utilizzo delle norme del codice di procedura civile.

⁶⁴⁷ A tale proposito, nella relazione di accompagnamento al decreto si leggeva infatti: «L'art. 24 [...] stabilisce, in maniera innovativa, che il [...] ricorso debba essere effettuato nelle forme e nei limiti stabiliti (non più dal codice di procedura civile, ma) dal vigente codice di procedura penale, e che debba essere indirizzato (non più alle Sezioni Unite Civili, bensì) alle Sezioni Unite penali. In tal modo, il giudice di legittimità non dovrà più valutare, con gli strumenti del processo civile, una decisione assunta sulla base di istituti affini al processo penale»

per violazione del diritto comunitario da parte di organi giurisdizionali nazionali.

V. LA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO COMMESSA DA ORGANI GIURISDIZIONALI NAZIONALI.

Oggetto del presente paragrafo è la particolare tipologia di responsabilità extracontrattuale che si è affermata negli ultimi anni a livello europeo ed ha – al pari della responsabilità civile *supra* analizzata – come destinatario lo Stato, il quale è tenuto a risarcire ai cittadini gli eventuali danno agli stessi provocati da violazioni del diritto comunitario commesse da un organo dello Stato.

La tipologia di responsabilità in questione si inquadra pertanto nell’ambito della più generale responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto comunitario commessa da organi nazionali, affermata per la prima volta dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella famosa sentenza *Francovich*⁶⁴⁸.

A livello comunitario non esiste una base normativa per la responsabilità in questione, posto che l’unico articolo del Trattato che si occupa della

⁶⁴⁸ Sentenza *Francovich e Bonifaci contro Repubblica italiana* del 19 novembre 1991 dalle cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, 1991, p. 5350 ss. In tale sentenza per la prima volta è stata affermata la responsabilità dello Stato membro per mancata trasposizione di una direttiva e lo stato ha subito una condanna al risarcimento dei danni arrecati ai singoli a causa dell’inerzia.

materia⁶⁴⁹ si riferisce alla responsabilità degli organi comunitari, senza menzionare gli Stati membri⁶⁵⁰.

La dottrina ha tuttavia cercato di individuare una specifica base normativa nel principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 *TCE*⁶⁵¹.

La mancata previsione espressa di una responsabilità degli Stati membri è stata infatti interpretata dalla dottrina e giurisprudenza non come espressione della volontà del legislatore di escludere una tale responsabilità, bensì quale lacuna derivante dall'originaria configurazione delle Comunità europee come struttura volta a garantire essenzialmente gli interessi economici degli Stati membri. L'evoluzione delle Comunità nel senso della protezione e del conferimento di diritti ai cittadini comunitari anche al di fuori dell'ambito economico giustificerebbe pertanto la individuazione di una specifica responsabilità in capo agli Stati, laddove gli stessi non adempiano ai doveri derivanti dall'ordinamento comunitario⁶⁵².

Come accennato, la fondamentale pronuncia che ha segnato il riconoscimento della responsabilità in capo agli Stati è la decisione resa

⁶⁴⁹ Il riferimento è all'art. 288, paragrafo 2 *TCE*, relativo ai danno causati dalle istituzioni comunitarie o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni.

⁶⁵⁰ La disciplina della responsabilità delle istituzioni comunitarie ha dovuto inoltre essere elaborata a livello giurisprudenziale, posta la genericità della previsione normativa sul punto. I principi elaborati dalla giurisprudenza in tale occasione sono stati poi trasposti alla responsabilità degli Stati membri, la quale – come già accennato – non trova alcuna previsione normativa espressa.

⁶⁵¹ Secondo quanto disposto da tale articolo, difatti, gli Stati devono impegnarsi a garantire la applicazione delle norme giuridiche di creazione comunitaria ed a tutelare i diritti che derivano dalle stesse.

⁶⁵² Cfr. DE MARIA S., *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 883.

nel 1991 dalla Corte di Giustizia nel caso *Francovich e Bonifaci contro Repubblica italiana*⁶⁵³.

In tale occasione la Corte aveva riconosciuto la responsabilità della Repubblica italiana per mancata trasposizione di una direttiva comunitaria che attribuiva diritti agli individui, condannandola a risarcire il danno subito dal cittadino pregiudicato dalla mancata trasposizione.

In particolare, i giudici comunitari in tale occasione avevano specificato i requisiti necessari per il riconoscimento di una responsabilità in capo allo Stato, individuandoli nelle tre seguenti condizioni: il risultato prescritto dalla direttiva deve implicare l'attribuzione di diritti a favore dei singoli; il contenuto di tali diritti deve poter essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva; deve esistere un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi⁶⁵⁴.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte si era limitata a sancire la responsabilità scaturente dall'inerzia del legislatore nazionale, senza alcun accenno agli altri organi statali dalla cui attività potesse derivare una violazione del diritto comunitario.

Tale accenno, seppure in forma di *obiter dictum*, venne effettuato dalla Corte nell'ambito della sentenza *Factortame III*⁶⁵⁵.

In tale occasione i giudici comunitari stabilirono infatti che il principio della responsabilità degli Stati per danni causati ai singoli «*ha valore in*

⁶⁵³ Sentenza *Francovich e Bonifaci*, cit.

⁶⁵⁴ Sentenza *Francovich e Bonifaci*, cit., punto

⁶⁵⁵ Sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, del 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Foro it.*, 1996, IV, 185 e 322, con nota di CATALANO.

referimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione»⁶⁵⁶.

A partire da tale affermazione della Corte, la dottrina ritenne pertanto possibile l'estensione della responsabilità dello Stato altresì per violazioni compiute da organi giurisdizionali, prospettando tuttavia già a livello teorico una serie di problematiche legate alla peculiarità della funzione giudicante⁶⁵⁷.

Tra le varie perplessità manifestate dagli Autori che si sono occupati della questione degna di menzione è la riflessione di Anagnostaras, secondo il quale una delle principali debolezze di un qualsiasi sistema che preveda l'imposizione di una qualunque tipologia di responsabilità per errori dei giudici risiede nel fatto che, inevitabilmente, esso prevede la attribuzione della facoltà di determinare la esistenza o meno degli errori ad un corpo (quello giudiziario) cui appartengono gli stessi soggetti il cui errore deve essere valutato. Ciò determinerebbe pertanto l'impossibilità di assicurare un procedimento assolutamente imparziale⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ Sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame III*, cit, punto 32.

⁶⁵⁷ Particolarmente lucide sono le considerazioni di ANAGNASTARAS, il quale analizza i fondamenti teorici per l'imposizione di una responsabilità extracontrattuale allo Stato, focalizzando le obiezioni nei confronti della previsione di una tale responsabilità rispetto a tre argomenti fondamentali: il principio di sovranità pubblica, l'imposizione di una ulteriore pressione in capo ai giudici ed il principio di indipendenza del potere giudiziario, nonchè il principio di *res judicata* e la necessità di evitare la indiretta modificazione di questioni già decise. Cfr. Analiticamente su tali questioni ANAGNASTARAS G., *The principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*, in *European public law*, 2001, p. 284 ss. Per ulteriori considerazioni in relazione la principio in questione si v. anche TONER H., *Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame III*, in *Yearbook of european law*, 1997, p. 165 ss.

⁶⁵⁸ Cfr. ANAGNASTARAS G., *The principle of State Liability cit.*, p. 295.

Nonostante l'individuazione delle problematiche accennate, la responsabilità derivante da violazioni commesse da organi giudiziari è stata espressamente riconosciuta dalla Corte di Giustizia nel 2003, con la sentenza *Köbler contro Austria*⁶⁵⁹, a cui sono seguite negli anni successivi ulteriori decisioni, che hanno ulteriormente specificato l'ambito ed i requisiti della responsabilità in questione⁶⁶⁰.

In particolare la responsabilità dello Stato per violazione compiuta da un organo giurisdizionale è stata fatta derivare dal principio secondo cui «*se nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato la cui responsabilità sorgerebbe in caso 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, tale principio deve valere a maggior ragione nell'ordinamento giuridico comunitario, in quanto tutti gli organi dello Stato, ivi compreso il potere legislativo, sono tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli*»⁶⁶¹.

Tenendo tuttavia presenti i principi di indipendenza e certezza del diritto che vengono in considerazione rispetto alla attività giudicante, la Corte nel caso *Köbler* ha elaborato una rigida definizione dei presupposti in

⁶⁵⁹ Sentenza *Köbler contro Austria*, cit. sub nota

⁶⁶⁰ Tali decisioni verranno puntualmente analizzate nel proseguo.

⁶⁶¹ Cfr. Sentenza *Köbler contro Austria*, cit., punto 32.

grado di far sorgere responsabilità, che si pone come un bilanciamento tra le opposte esigenze di garanzia e responsabilità⁶⁶².

Nel caso di specie i giudici comunitari si sono occupati di una azione di responsabilità esercitata dal Sig. *Köbler* contro la Repubblica d'Austria, per violazione di una disposizione del diritto comunitario da parte di una sentenza del *Verwaltungsgerichtshof*, giudice supremo amministrativo⁶⁶³.

Nell'ambito del giudizio svoltosi di fronte alla Corte di giustizia, la Commissione ha sottolineato come tutti gli ordinamenti prevedano limitazioni poste dai diritti nazionali alla responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali e come tali limitazioni siano necessarie al fine

⁶⁶² In considerazione delle caratteristiche dell'illecito in questione ALPA ha osservato come lo stesso si configuri alla stregua di «*un illecito tipico nell'ambito dell'area generale della responsabilità dello Stato*», cfr. ALPA G., *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. repubblica d'Austria*, in *NGCC*, 2005, II, p. 3.

⁶⁶³ Il sig. *Köbler*, professore universitario austriaco, aveva chiesto la attribuzione delle indennità speciale di servizio prevista per i professori universitari, ai sensi dell'art. 50 *bis* della legge sulle retribuzioni austriaca. Egli sosteneva che, anche se non poteva far valere quindici anni di anzianità di servizio in qualità di professore nelle università austriache, avrebbe posseduto di contro l'anzianità di servizio richiesta se la durata del suo servizio nelle università di altri Stati membri delle Comunità fosse stata presa in considerazione. Egli aveva affermato che la condizione di un'anzianità di servizio di quindici anni maturata unicamente in università austriache – senza che si tenesse conto di quella maturata in università di altri Stati membri – costituiva, a decorrere dall'adesione della Repubblica d'Austria alle comunità, una discriminazione indiretta ingiustificata in diritto comunitario.

Nella controversia scaturita dall'azionamento di tale pretesa da parte del sig. *Köbler* il *Verwaltungsgerichtshof* ha sottoposto alla corte di Giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, che ha poi ritirato e con sentenza emessa nello stesso giorno ha respinto il ricorso del sig. *Köbler* in quanto l'indennità speciale di anzianità di servizio costituiva un premio di fedeltà che giustificava obiettivamente una deroga alle disposizioni di diritto comunitario relative alla libera circolazione dei lavoratori.

Il sig. *Köbler* ha quindi presentato ricorso per risarcimento danni nei confronti della Repubblica d'Austria, sostenendo che la sentenza del *Verwaltungsgerichtshof* avrebbe violato disposizioni del diritto comunitario direttamente applicabili, così come interpretate dalla Corte nelle sentenze in cui aveva dichiarato che un'indennità speciale di anzianità di servizio non costituisce un premio di fedeltà.

La Repubblica d'Austria si era opposta alla richiesta di risarcimento ritenendo che la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non potesse giustificare una tale richiesta di risarcimento da parte dello Stato.

di salvaguardare l'autorità di cosa giudicata delle decisioni finali, nonché la certezza del diritto⁶⁶⁴.

In considerazione di ciò - a parere della Commissione - una "violazione sufficientemente caratterizzata del diritto comunitario" (necessaria secondo la giurisprudenza del caso *Francovich* perché si abbia responsabilità) sussisterebbe solo allorché il giudice nazionale abusi manifestamente del suo potere o disconosca palesemente il senso e la portata del diritto comunitario⁶⁶⁵.

Il governo del Regno Unito ha invece sottolineato come «*nel caso in cui potesse sussistere la responsabilità dello Stato per un illecito del potere giudiziario, di modo che la Corte potesse essere indotta a pronunciarsi su una questione pregiudiziale vertente su tal punto, la Corte avrebbe non solo il potere di pronunciarsi sull'esattezza delle decisioni degli organi giurisdizionali supremi, ma anche quello di valutare il carattere serio e scusabile degli errori che questi potrebbero avere commesso. E' evidente che le conseguenze di tale situazione sui rapporti, d'importanza vitale, tra la Corte ed i giudici nazionali non sarebbero benefiche*»⁶⁶⁶.

A fronte di tali considerazioni, tuttavia - come accennato - la Corte ha inteso riconoscere una responsabilità in capo agli Stati, sulla base della riflessione per cui lo Stato deve essere considerato nella sua unità, senza che rilevi a quale organo sia riconducibile la violazione del diritto comunitario nel caso specifico.

⁶⁶⁴ Sentenza *Köbler contro Austria*, cit., punto 19.

⁶⁶⁵ Sentenza *Köbler contro Austria*, cit., punto 19.

⁶⁶⁶ Sentenza *Köbler contro Austria*, cit., punto 27.

La maggiore obiezione che i giudici comunitari hanno dovuto affrontare nel caso di specie concerneva tuttavia il fatto che la previsione di una siffatta responsabilità avrebbe privato l'organo nazionale di indipendenza, posto che tale organo si configurava nel caso *Köbler* come di ultima istanza.

A fronte di tale obiezione la Corte – ribadendo l'importanza del principio dell'autorità di cosa definitivamente giudicata – ha chiarito come la responsabilità non sia in alcun modo atta a pregiudicare siffatta indipendenza per due ordini di ragioni.

In primo luogo, l'autorità di cosa giudicata della decisione non viene messa in discussione, dal momento che il «*procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità di cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata dalla decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato in danno*»⁶⁶⁷.

Rispetto allo specifico problema della minaccia alla indipendenza del giudice, la Corte ha precisato altresì come la responsabilità non riguardi

⁶⁶⁷ Sentenza *Köbler contro Austria*, cit., punto 39.

personalmente i giudici, bensì lo Stato, e pertanto come tale non paia atta a pregiudicare l'indipendenza dei magistrati⁶⁶⁸.

Con riferimento inoltre agli organi competenti a garantire i diritti dei singoli nei confronti dello Stato - in mancanza di una apposita disciplina comunitaria - la Corte ha precisato che spetta a ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire siffatta tutela⁶⁶⁹.

Le considerazioni più rilevanti della decisione in esame riguardano tuttavia, come anticipato, i requisiti per la sussistenza della responsabilità.

A tal proposito i giudici comunitari - pur ritenendo validi i presupposti elaborati in via generale nella sentenza *Francovich* - hanno tuttavia stabilito come, nel caso di organi giurisdizionali, occorra tener conto della specificità della funzione dagli stessi svolta, nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto.

Pertanto, alla luce di ciò, il secondo dei requisiti richiesti in generale (la violazione del diritto comunitario grave e manifesta) nel caso di organi giurisdizionali assume connotati particolari.

La Corte ha infatti stabilito che la responsabilità possa sussistere «*solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente*»⁶⁷⁰, elencando altresì gli specifici elementi che il giudice nazionale (investito della domanda di risarcimento danni da parte del privato pregiudicato dall'azione dello Stato) deve tenere in considerazione nella decisione circa la sussistenza della responsabilità.

⁶⁶⁸ Sentenza *Köbler contro Austria, cit.*, punto 42.

⁶⁶⁹ Sentenza *Köbler contro Austria, cit.*, punto 46.

⁶⁷⁰ Sentenza *Köbler contro Austria, cit.*, punto 53.

Secondo quanto si legge nella sentenza «*fra tali elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma CE*»⁶⁷¹.

Da ultimo, la Corte stabilisce che «*in ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia*»⁶⁷².

Alla luce di siffatti criteri, la violazione del diritto comunitario commessa dal *Verwaltungsgerichtshof* nel caso *Köbler* è stata ritenuta non manifesta ed è pertanto stata negata la responsabilità dello Stato nel caso di specie.

Dalle considerazioni elaborate dai giudici comunitari nel caso specifico si possono tuttavia ricavare una serie di criteri applicabili in generale, alla ricorrenza dei quali si deve ritenere escluso il carattere manifesto della violazione.

In particolare tali casi ricorrono, da una parte, qualora il diritto comunitario non disciplini esplicitamente il punto in diritto controverso o la questione non trovi una soluzione nemmeno nella giurisprudenza della Corte e tale soluzione non sia ovvia⁶⁷³, nonchè, dall'altra, la detta

⁶⁷¹ Sentenza *Köbler contro Austria, cit.*, punto 55.

⁶⁷² Sentenza *Köbler contro Austria, cit.*, punto 56.

⁶⁷³ Sentenza *Köbler contro Austria, cit.*, punto 122.

violazione non presenti un carattere intenzionale ma risulti dall'erronea interpretazione di una sentenza della Corte⁶⁷⁴.

La violazione manifesta del diritto comunitario, laddove sia compiuta dai giudici, sembra pertanto richiedere una gravità maggiore rispetto a quella ravvisabile da parte degli organi legislativi ed esecutivi, poiché la Corte chiarisce – nel caso di specie – che la responsabilità sorge solo nel caso eccezionale della violazione grave e manifesta.

Come osservato nel paragrafo dedicato alla responsabilità civile, la legge 117/88 è stata ritenuta in contrasto con il diritto comunitario nella parte in cui la stessa esclude l'attività interpretativa delle norme e limita la responsabilità ai casi di colpa grave.

La Corte ha infatti stabilito che, laddove si realizzi una violazione manifesta del diritto comunitario alla stregua dei criteri individuati, tale violazione è già di per se stessa sufficiente a far sorgere la responsabilità, pertanto la normativa italiana richiederebbe requisiti troppo restrittivi.

Alla luce di ciò, appare pertanto imprescindibile valutare in che cosa i criteri elaborati dalla Corte divergano rispetto alle ipotesi di responsabilità civile nell'ordinamento italiano.

E' innanzitutto palese come i criteri elaborati dalla Corte di giustizia non prevedano la determinazione di un elemento soggettivo specifico in capo all'agente, richiedendo la valutazione della semplice scusabilità o inescusabilità dell'errore commesso dal giudicante.

Già il parametro in questione appare pertanto problematico, posto che – se si escludono le indicazioni relative al grado di chiarezza della norma

⁶⁷⁴ Sentenza *Köbler contro Austria*, cit., punto 123.

da interpretare – la Corte non indica puntualmente quali siano i criteri da utilizzare per la valutazione della scusabilità dell'errore.

In particolare, posto che viene criticata la limitazione della responsabilità ai casi di colpa grave e negligenza inescusabile, sembra lecito ritenere che l'errore potrà potenzialmente apparire inescusabile anche laddove lo stesso sia commesso con colpa lieve.

Anche le ulteriori sentenze emesse in applicazione del principio di responsabilità per errori giudiziari riprendono i profili sinora esposti.

In particolare, specifica rilevanza assume la decisione emessa dalla Corte nel caso *Commissione contro Italia*⁶⁷⁵, laddove lo Stato italiano ha subito una condanna per violazione del diritto comunitario a causa della interpretazione di una norma interna da parte dei giudici nazionali.

Nel caso di specie, l'interpretazione che i tribunali amministrativi, le corti di merito e la stessa Cassazione fornivano dell'art. 29, comma 2, legge 428/1990 (disciplinante le modalità di rimborso dei tributi riscossi in violazione del diritto comunitario) rendevano infatti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto di ripetizione da parte dei cittadini⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Sentenza *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, rinvenibile sul sito www.curia.eu.int.

⁶⁷⁶ La normativa italiana, che all'art. 29, comma 2 della legge 428/1990 dispone il rimborso di talune imposte e diritti doganali riscossi in violazione al diritto comunitario, ad eccezione del caso in cui il relativo onere sia trasferito a terzi, veniva infatti interpretata dai giudici nazionali in modo tale che la traslazione sui terzi costituisse una presunzione invocabile dalla amministrazione italiana, la cui prova contraria sarebbe spettata al ricorrente. Tale prova contraria, ritenuta dalla Commissione di estrema difficoltà, avrebbe pertanto reso impossibile ottenere il rimborso dovuto. Ai giudici italiani è stato contestato, quindi, il fatto che non avessero mai richiesto alla Corte di Giustizia, attraverso rinvio pregiudiziale, l'interpretazione della norma comunitaria e di conseguenza, la compatibilità della norma nazionale con quest'ultima. La Commissione – azionando una procedura di infrazione contro lo Stato italiano – ha pertanto chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla portata della sistematica omissione del rinvio da parte delle corti italiane, che, nel caso della Corte di Cassazione, integra una violazione dell'obbligo sancito dall'art. 234 comma 3.

Il caso in questione, pertanto, appare peculiare proprio perché la norma nazionale non è stata ritenuta per il suo disposto oggettivo in contrasto con il diritto comunitario, bensì la Corte ha condannato l'Italia per l'interpretazione contraria ai principi comunitari effettuata dalle Corti nazionali, in particolare dalla Cassazione.

Quantunque non riportate nella sentenza definitiva, particolare interesse rivestono le conclusioni dell'Avvocato generale relative al caso in questione, poiché lo stesso ha stabilito una serie di importanti principi.

In primo luogo l'Avvocato generale ha infatti osservato come *«Un'interpretazione e applicazione del diritto comunitario non corretta da parte dei giudici nazionali ha come conseguenza che ai singoli viene negato il godimento dei diritti derivanti dal diritto comunitario e che possono insorgere regole e prassi incompatibili con il diritto comunitario. [...] Esaminando le cose nell'ottica dell'applicazione uniforme del diritto comunitario, non si può parlare di immunità di uno Stato membro dal procedimento per violazione del Trattato, neppure qualora la violazione degli obblighi comunitari debba ascriversi ad un'erronea interpretazione e applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali⁶⁷⁷»*.

In tal modo è stato quindi ribadito con forza il principio secondo cui la responsabilità può sorgere anche a seguito di una pronuncia giurisdizionale, fornendo altresì la *ratio* di un tale principio, rinvenibile nella necessità di assicurare la applicazione corretta del diritto comunitario.

⁶⁷⁷ Sentenza *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, cit., punto 60.

L'Avvocato generale ha quindi concluso stabilendo che «*una giurisprudenza nazionale non compatibile con le disposizioni o i principi di diritto comunitario può giustificare l'avvio di un procedimento per violazione del trattato [...] . Ciò non significa tuttavia ancora che qualsiasi pronuncia giurisdizionale erronea possa dar luogo ad un procedimento. E' pertanto necessario precisare ulteriormente e sulla base di quali presupposti siffatta azione sia ricevibile o meno*»⁶⁷⁸.

Si afferma quindi il principio generale per cui la interpretazione delle norme da parte dei giudici nazionali può fondare un'azione di responsabilità nei confronti dello Stato, laddove tale interpretazione non sia conforme ai principi comunitari.

Dal momento che lo stesso Avvocato generale comprende in che misura un siffatto principio possa incidere sulla posizione dei giudici nazionali, si premura di precisare che la responsabilità possa sorgere solo laddove vi siano una serie di presupposti, tra i quali annovera lo «*status della decisione giudiziaria considerata*»⁶⁷⁹, la «*sistematicità del fenomeno*»⁶⁸⁰, nonché l'«*effetto delle decisioni giudiziarie nazionali sulla realizzazione dello scopo della normativa comunitaria considerata*»⁶⁸¹.

Alla luce delle considerazioni sinora esposte, pertanto, appare palese come a carico dei giudici nazionali venga individuato un vero e proprio

⁶⁷⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale *Geelhoed*, presentate il 3 giugno 2003 nella causa C-129/00, rinvenibili sul sito ww.curia.eu.int, punto 61.

⁶⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale *Geelhoed*, *cit.*, punto 63.

⁶⁸⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale *Geelhoed*, *cit.*, punto 64.

⁶⁸¹ Conclusioni dell'Avvocato generale *Geelhoed*, *cit.*, punto 65.

obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario, disattendendo il quale sorge la responsabilità dello Stato nei confronti del cittadino⁶⁸².

Come già anticipato, tuttavia, la Corte nella decisione definitiva non ha adottato le conclusioni elaborate dall'Avvocato generale, sancendo piuttosto genericamente che «*la portata delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali si deve valutare tenendo conto dell'interpretazione che ne danno i giudici nazionali*»⁶⁸³.

Lo Stato italiano è stato quindi condannato non per la interpretazione giurisprudenziale in sé (in quanto contraria al diritto comunitario), bensì per non aver modificato l'art. 29, comma 2, legge 428/90, a fronte della genericità di una tale norma, che rendeva possibile una interpretazione contraria al diritto comunitario.

In conclusione, pertanto, l'inadempimento sembra ricadere sugli organi legislativi nazionali piuttosto che su quelli giudiziari e pertanto la decisione non ha l'impatto dirompente che avrebbe potuto avere laddove la condanna fosse stata motivata sulla base delle considerazioni dell'Avvocato generale.

L'effetto pratico è stato tuttavia quello di una condanna per lo Stato italiano e la ragione di tale condanna risiede inequivocabilmente nella interpretazione che delle norme hanno fornito le Corti nazionali.

A quale organo formalmente la violazione sia stata imputata rileva infatti limitatamente ai fini della attuale disamina, poiché ciò che residua

⁶⁸² Cfr. in relazione alla necessità che tra i metodi di interpretazione seguiti nel sistema giuridico il giudice dia precedenza al metodo che gli consente di dare alla disposizione un significato compatibile con il diritto comunitario, CRESCIMANNO V., *Brevi considerazioni sull'inadempimento dello Stato per (interpretazione in) contrasto con il diritto comunitario di legge con esso (in astratto) compatibile*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 226 ss.

⁶⁸³ Sentenza *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, cit., punto 30.

è la concreta possibilità per la Corte di giustizia di condannare lo Stato membro delle Comunità per l'interpretazione del diritto comunitario effettuato dai giudici nazionali.

La possibilità di sindacare la interpretazione del diritto fornita dai giudici nazionali è inoltre tanto più invasiva, laddove si consideri che la Corte di giustizia – come già più volte ribadito – ha asserito che le limitazioni che la legge italiana pone alla sindacabilità della attività interpretativa dei giudici ai fini risarcitori sono in contrasto con il diritto comunitario e come tali inapplicabili.

Gli scenari che un sindacato della Corte di giustizia sull'operato dei giudici nazionali schiude sono molteplici e sicuramente di non facile lettura.

Laddove infatti i giudici comunitari sono mossi dalla necessità di assicurare la corretta applicazione e l'effettività del diritto comunitario, gli effetti sugli equilibri interni degli Stati membri sono molto complessi.

Sintomatico della sempre maggiore incisività del sindacato della Corte di Giustizia è altresì il “caso *Kühne & Heitz*”⁶⁸⁴, nell'ambito del quale la Corte, oltre a condannare lo Stato olandese al risarcimento dei danni, ha altresì statuito che la decisione emessa dagli organi amministrativi olandesi in pregiudizio del cittadino ricorrente dovesse essere modificata⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Sentenza *Kühne & Heitz NV* contro *Productschap voor Pluimvee en Eiren*, del 13 gennaio 2004, nella causa C-453/00, rinvenibile sul sito www.curia.eu.int.

⁶⁸⁵ La vicenda riguardava una società olandese di esportazione di pollame, la *Kühne & Heitz*. A seguito di una riclassificazione da parte delle autorità doganali olandesi delle merci da essa trasportate secondo le tariffe doganali comuni, l'autorità amministrativa competente aveva richiesto alla società il rimborso di una ingente somma di denaro. La *Kühne & Heitz* aveva

In tale occasione infatti la Corte di giustizia ha stabilito la retroattività del proprio giudicato che fornisce la interpretazione corretta delle norme comunitarie.

Per non violare il principio di certezza della *res judicata*, tuttavia, la Corte ha stabilito che il giudicato nazionale può essere modificato solo in presenza di determinati presupposti, ossia qualora l'organo amministrativo: «*disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; la decisione in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale [...] e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza*»⁶⁸⁶.

A fronte dei presupposti individuati in funzione garantista, il principio enunciato nella decisione si pone come innovativo e foriero di effetti potenzialmente relevantissimi: la Corte di Giustizia assume difatti sostanzialmente la posizione di organo di ultima istanza, alla cui giurisprudenza le Corti nazionali sono tenute ad uniformarsi anche oltre

quindi deciso di proporre ricorso avverso tale richiesta di fronte alle autorità amministrative competenti, che la avevano rigettata. A seguito della pronuncia di una sentenza della Corte di Giustizia che decideva un caso analogo in favore del ricorrente, la società chiedeva quindi alle autorità amministrative di rivedere il proprio giudicato, sulla base della legge olandese che consente agli organi in questione di tornare sul proprio giudicato a seguito di riconoscimento di un errore di diritto. A seguito del rifiuto delle Autorità nazionali, la società ha quindi adito la Corte di Giustizia di pronunciarsi riguardo all'efficacia delle sentenze comunitarie, sul loro effetto sulla decisione definitiva nazionale e quindi sulla modificabilità di quest'ultima a seguito di un'apronuncia comunitaria.

⁶⁸⁶ Dispositivo della Sentenza *Kühne & Heitz NV contro Productschap voor Pluimvee en Eieren*, cit.

i limiti del giudicato interno. In materia di sindacato sulla attività interpretativa delle Corti nazionali tale principio rischia pertanto di aprire scenari assolutamente imprevedibili.

La portata dirompente della decisione appena esaminata è stata tuttavia quasi interamente ridimensionata da una recentissima sentenza della Corte di Giustizia⁶⁸⁷, nella quale i giudici comunitari hanno riaffermato con forza il principio dell'autorità di cosa giudicata.

La decisione in questione ha preso origine dalla domanda pregiudiziale di un giudice austriaco, il quale aveva sottoposto alla Corte la questione se il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 TCE (posto a fondamento della decisione *Kühne & Heitz*) imponesse ad un giudice nazionale di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato, qualora risultasse che la stessa fosse stata emessa in violazione del diritto comunitario.

Nel caso in questione la Corte ha ribadito – come accennato – la importanza del principio di cosa giudicata, da ciò facendo discendere la conseguenza che *«il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione»*⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Il riferimento è alla Sentenza *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*, del 16 marzo 2006, nella causa C- 234/04, in *Guida al dir.*, 2006, p. 109 ss.

⁶⁸⁸ Sentenza *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*, *cit.*, punto 21. In relazione alla intangibilità del giudicato, già SCODITTI nel commento alla sentenza *Köbler* aveva sottolineato come il provvedimento del giudice nazionale non subisse alcuna modifica a seguito della pronuncia della Corte di giustizia, anzi proprio la validità ed efficacia della decisione del giudice interno si ponessero quali presupposti per l'attribuzione del risarcimento al cittadino pregiudicato da tale provvedimento. Cfr. SCODITTI, «*Francovich*» presa sul

I giudici comunitari hanno tuttavia in tale occasione ribadito due condizioni che il sistema di ricorsi giurisdizionali approntato dallo Stato membro per la salvaguardia dei diritti derivanti ai privati dall'applicazione delle norme comunitarie deve soddisfare.

Tali condizioni si sostanziano nel far sì che le modalità approntate dallo Stato «*non siano meno favorevoli di quelle che riguardano analoghi ricorsi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)*»⁶⁸⁹.

Sembra pertanto di poter concludere che il ricorrente potrebbe astrattamente sindacare le “modalità di ricorso” e laddove le stesse non rispondessero a tali principi si darebbe la possibilità di una revisione. Tale ipotesi rimane tuttavia solo una possibilità teorica, posto che nel caso di specie la Corte ha ritenuto la stessa non fosse prospettabile, non avendo la ricorrente sollevato alcuna obiezione in relazione a tale aspetto⁶⁹⁰.

Con riferimento al principio enunciato nella sentenza *Kühne & Heitz* la Corte aggiunge inoltre come esso non sia tale da mettere in discussione le conclusioni a cui si deve giungere nel caso di specie, ponendo tuttavia solo genericamente l'accento sulla differenza tra le ipotesi in questione, laddove utilizza l'inciso: «*anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza (Kühne & Heitz, n.d.r.) siano trasferibili in un contesto*

serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale, in *Foro it.*, 2004, IV, col. 5.

⁶⁸⁹ Sentenza *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*, cit., punto 22.

⁶⁹⁰ Sentenza *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*, cit., punto 22.

che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato», per poi decidere nel caso di specie in applicazione di un differente principio.

I giudici comunitari nel caso Kapferer osservano infatti che «*occorre ricordare che tale medesima sentenza (Kühne & Heitz, n.d.r.) subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva, che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione [...]. Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di irrvio risulta che la suindicata condizione non ricorre*»⁶⁹¹.

La Corte, pertanto, ha evitato di sancire chiaramente la impossibilità di infrangere il principio del giudicato nel caso di decisione giurisdizionale, limitandosi a riconoscere come, in ogni caso, le condizioni richieste per modificare la decisione nel caso di specie non ricorressero.

Più puntuali erano state invece le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano⁶⁹², il quale aveva ritenuto di specificare la ontologica differenza intercorrente tra il provvedimento amministrativo oggetto della decisione *Kühne & Heitz* e la decisione giurisdizionale che veniva in considerazione nel caso di specie.

Secondo quanto si legge nelle conclusioni relative al caso Kapferer, difatti «*tale causa (Kühne & Heitz, n.d.r.) riguardava esclusivamente l'eventuale revocabilità di provvedimenti amministrativi divenuti*

⁶⁹¹ Sentenza *Rosmarie Kapferer contro Schlank & Schick GmbH*, cit, punto 23.

⁶⁹² Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, presentate il 10 novembre 2005 nella causa C-234/04, rinvenibili sul sito www.curia.eu.int.

definitivi ma adottati in violazione del diritto comunitario. Una questione quindi di diversa natura e portata rispetto a quella che coinvolge il principio della res judicata, cioè un principio fondamentale che contraddistingue le sole decisioni giurisdizionali»⁶⁹³.

Una altrettanto specifica e puntuale distinzione, nonché una precisa affermazione della operatività del principio di *res judicata* non è stata effettuata dalla Corte, la quale – come illustrato – si è limitata a ribadire come non fossero rinvenibili nel caso di specie i presupposti applicativi per la modifica della decisione nazionale come elaborati nella sentenza *Kühne & Heitz*.

Alla luce degli sviluppi rilevati con riferimento alla tipologia di responsabilità sinora illustrata (e quantunque debba essere tenuta in considerazione la cautela dimostrata dalla Corte di Giustizia nell'ultima decisione esaminata), si possono svolgere alcune conclusive riflessioni.

In particolare, l'aspetto di maggior rilievo concerne la individuazione delle linee evolutive della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, soprattutto in considerazione di quelle che sono le modalità di sviluppo dell'ordinamento comunitario in generale.

La normativa comunitaria si configura difatti in larga parte alla stregua di diritto giurisprudenziale, che deve la sua evoluzione alle continue acquisizioni della Corte di giustizia in occasione della risoluzione dei casi sottoposti alla sua giurisdizione.

Posta una tale premessa, l'apertura della Corte al sindacato sulle decisioni dei giudici nazionali può essere interpretata come l'inizio di

⁶⁹³Conclusioni dell'Avvocato generale *Tizzano, cit.*, punto 25.

una potenziale tendenza evolutiva, i cui sviluppi – come *supra* evidenziato – non è dato prevedere *a priori*.

Ancora una volta, pertanto, l'analisi deve concludersi con la presa d'atto dell'insufficienza delle conoscenze attualmente a disposizione, nell'attesa che i futuri sviluppi della giurisprudenza della Corte definiscano in modo più netto i lineamenti della responsabilità di quello che (in altro contesto) è stato efficacemente definito come "Stato-giudice"⁶⁹⁴, per poi valutare – correlativamente - in che misura tale responsabilità influisca sul giudice persona fisica.

⁶⁹⁴ Il termine viene utilizzato da Picardi nel saggio (relativo alla responsabilità civile di cui alla legge 117/88) *Dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giust. civ.*, 1989, II, p. 449 ss.

BIBLIOGRAFIA

ABELLANET GUILLOT F., «*La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995*», in *RJC*, 1998/3, p. 387 ss;

ALBAMONTE A., *Abuso generico d'ufficio*, in *Giust. pen.*, 1973, II, 381 ss.;

ALPA G., *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. repubblica d'Austria*, in *NGCC*, 2005, II, 3 ss.;

ÁLVAREZ GARCÍA F., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Barcelona, 1987;

ANAGNASTARAS G., *The principle of State Liability for Judicial Breaches: The Impact of European Community Law*, in *European public law*, 2001, 284 ss.;

ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1973;

ATTARDI, *La revocazione*, 1959, Padova;

BEHRENDT, *Die Rechtsbeugung*, in *JuS* 1989, 945 ss.;

BELLO LANDROVE F., «*Los Elementos de injusticia e injusticia manifesta en el delito de prevaricación*», in *RGLJ*, luglio-dicembre 1977, 249 ss.;

BEMMANN G., «*Wie muss der Rechtsbeugungsvorsatz beschaffen sein?*», in *JZ* 1973, 548 ss.;

BEMMANN G., *Zu aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, in *JZ* 1995, 124 ss.;

BEMMANN G., *Zur aktuellen Problemen der Rechtsbeugung*, in *JZ* 1995, 123 ss.;

BEMMANN/ SEEBODE/ SPENDEL, *Rechtsbeugung – Vorschlag einer Gesetzreform*, ZRP 1997, 307 ss.;

BENEYTEZ MERINO L., in CONDE-PUMPIDO-FERREIRO (a cura di), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid, 1997;

BERHENDT, *Die Rechtsbeugung*, in *JuS* 1989, 945 ss.;

BERTRAM G., “*Schill ante portas!*” – eine “*Hamburgernsie*”?, pubblicato in *NJW* 2001, 1108 ss.;

BLEI, *Strafrecht. Besonderer Teil 2*, V ed., München, 1992 ;

BOCKELMANN P., *Strafrecht. Besonderer Teil/3*, München, 1980;

MAURACH/SCHRODER/MAIWALD, *Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 2, Heidelberg, 1991;

BOIX REIG/ JUANATEY DORADO, in VIVES ANTÓN, (a cura di), *Comentarios al Código Penal de 1995*, tomo I e II, Valencia, 1996;

BOSCARELLI, *La tutela penale del processo*, Milano, 1951;

BOTTCHER R., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4. 9. 2001*, in *NStZ*, 2002, 146 ss.;

BRICOLA M., in *Enc. dir.*, voce *Interesse in atti di ufficio*;

BUSTOS RAMÍREZ J., *Manual de Derecho Penal. PE*. II ed., Barcelona, 1991;

CACACE S., *Ruolo del giudice e responsabilità disciplinare*, in *Danno e resp.*, 1997, 31 ss.;

CAIANIELLO M., *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. pen.*, 2005, 3957 ss.;

CANESTRARI S.-GAMBERINI A.-INSOLERA G.-MAZZACUVA N.-SGUBBI F.-STORTONI L.-TAGLIARINI F. *Diritto penale, lineamenti di parte speciale*, IV ed., Monduzzi, 2006;

CATALANO M., *Il concetto di abnormità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1240 ss.;

CIPRIANI F., *Nuove norme sul rispetto dei termini processuali da parte dei giudici 8art. 9, 6° comma, l. 534/95*, in *Foro it.* 1996, II, 387 ss.;

COBO DEL ROSAL (a cura di), *Curso de Derecho Penal español.PE II*, Madrid 1997;

COBO DEL ROSAL M., *Examen critico del pàrrafo 3. del artículo 119 del CP espanol*, in *RGLJ*, 1962, 250 ss.;

CONDE-PUMPIDO FERREIRO (a cura di), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, 1990;

CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *Derecho Penal PE*, Madrid, 1990;

CÓRDOBA RODA J , *De nuevo sobre la sentencia del caso Gómez de Liaño*, in *El Mundo*, 1 novembre 1999;

CÓRDOBA RODA J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963;

CRESCIMANNO V., *Brevi considerazioni sull'inadempimento dello Stato per (interpretazione in) contrasto con il diritto comunitario di legge con esso (in astratto) compatibile*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, 226 ss.;

CUELLO CONTRERAS J., «*Jurisprudencia y prevaricación*», in *La Ley*, 1993-1,1035 ss.;

D'AVIRRO A., *L'abuso d'ufficio*, Giuffrè, 1995;

DAMIÁN MORENO J., *Los Jueces de Paz*, Madrid, 1987;

DE MARIA S., *Recenti sviluppi della giurisprudenza comunitaria in materia di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 883 ss.;

DE OTTO I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, 1989;

DE STEFANO G., *Il dolo del giudice*, in *Riv. it. dir. proc.*, 1953, I, 302 ss.;

DI PAOLA, *Magistrati: ritardi sì, giustizia negata no*, in *D&G*, 2005, 88 ss.;

DIEZ-PICAZO L., *La Jurisdicción en España. En sayo de valoración constitucional*, IEE, Madrid, 1994 ;

DIEZ-PICAZO L.M., *El régimen constitucional del Poder judicial*, Civitas, Madrid, 1991;

DREHER E./TRÖNDLE H., *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, XXXXVI ed., München, 1993 ;

ENGISCH K., *Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken*, München, 1963;

FEIJOO SÁNCHEZ B., *La imprudencia en el Código Penal de 1995 (cuestiones de lege data y de lege ferenda)*, in *CPC*, n. 62, 1997, 314 ss. ;

FERNÁNDEZ ESPINAR G., *La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva*, in *La Ley 1993*, 864 ss.;

FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Madrid, 1956;
FIANDACA G./ MUSCO E., *Diritto penale, parte speciale*, vol. I, Zanichelli, 1999;

FOHT E., *Anmerkung zur BGH, Urt. v. 4. 9. 2001– 5 StR 92/01* , in *JR*, 2002, 259 ss.;

FORNASARI G., *I reati contro l'amministrazione della giustizia nell'esperienza tedesca*, *Ind. Pen.* 2002, 855 ss.;

FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale* (Collana *Casi, fonti e studi per il diritto penale*), Padova, 2005;

FUZIO R., *A proposito dei doveri officiosi del g.i.p. e responsabilità disciplinare per ritardo nella scarcerazione per decorrenza termini*, in *Foro it.*, 2004, I, 3152 ss.;

GARCIA ARAN M., *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990;

GARCÍA ARÁN M./MAGALDI M.J., *Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal*, in *DJ*, Ministerio de Justicia, 1983;

GIACOBBE/NARDOZZA, *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Giuffrè 1996;

GIBERNAT ORDEIG E., *Un tobogán suicida*, in *El Mundo*, 17 ottobre 1999;

GIMENO SENDRA J. V., *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, 1981;

GIULIANI/PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè, 1995;

GOMEZ DE LA SERNA P., *De la inamovilidad y responsabilidad de los magistrados y jueces*, *RGLJ*, IX, 1857, 12 ss.;

GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, VII ed., Madrid, 1865;

GONZÁLEZ CUSSAC J., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, II ed., Valencia, 1997;

GRITSCHNEDER, *Rechtsbeugung. Die späte Beichte des Bundesgerichtshof*, in *NJW* 1996, 1239 ss.;

GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA A., *El Código Penal de 1870 concordato y comentado*, t. IV, Salamanca, 1891;

GUBITZ M., *Anmerkung zu OLG Frankfurt a M., Beschl. V. 5. 2. 2000 – 3 Ws 144/00*, in *NStZ 2001*, 253 ss.;

HERDEGEN G., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3. 12. 1998 – 1 StR 240/98*, in *NStZ 1999*, 456 ss.;

HUPE A., *Der Rechtsbeugungsvorsatz: eine Untersuchung zum subjektiven Tatbestand der § 336 StGB unter besonderer Berücksichtigung des richterlichen Haftungsprivilegs*, Berlin, 1995;

JAÉN VALLEJO M., *Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales*, in *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, tomo I, Parte General*, Madrid, 1997;

JAKOBS G., *Derecho Penal, Parte General* (traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano de Murillo), Madrid, 1995;

JUANES PECES Á., *Delitos de los Funcionarios Públicos*, in *La Ley*, n. 4629, 1998, 2 ss.;

KRAUSE H., «*Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsbeugungsvorsatz*», in *NJW 1977*, 285 ss.;

KÜHL/HEGER, *Anmerkung zur BGH, Urt. v. 4. 9. 2001*, in *JZ*, 2002, 201 ss.;

LACKNER/ KÜHL, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen.*, München, 1999;

LEHMANN, *Recht muss Recht bleiben – Zur Verurteilung eines Richters des obersten Gerichts der DDR durch Richter des BGH*, in *NJ 1996*, 561 ss.;

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA J., *Derecho Penal, PE*, Madrid, 1992;

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y OTROS, *Codigos Penales españoles*, Akal, Madrid, 1988;

MACCHI V., “*Dizionario Tedesco-Italiano, italiano-Tedesco*”, Sansoni editore, Milano, 1995;

MAIWALD, *Rechtsbeugung im SED – Staat*, NJW 1993, 1881 ss.;

MANNA A., *Profili storico-comparatistici dell’abuso d’ufficio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1201 ss.;

MANNA A., *Riforma dell’ordinamento giudiziario e scelta della «modernità» nella teoria dell’interpretazione*, in *Cass. pen.* 2004, 1849 ss.;

MARIN CASTAN F., *Control democratico y legitimacion del Poder Judicial*, *PJ*, num. spec. XI, 106 ss.;

MARINI/LA MONICA, *Commentario al codice penale*, Utet, 2002;

MARTÍNEZ PÉREZ C., *Lo objetivo y subjetivo en el delito de prevaricación judicial (a propósito de la sentencia del TS sobre el caso Barreiro)*, in *ADPCP* 1991, 363 ss.;

MARTINI, *Responsabilità civile dei magistrati*, in *Legislaz. Pen.*, 1988, 346 ss.;

MARX, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters gemäss §336 StGB*, in *Juristenzeitung*, 1970, 249 ss.;

MINISTERIUM DER JUSTIZ/AKADEMIE DER STAATS- UND RECHTSWISSENSCHAFT DER DDR (a cura di), *Strafrecht der DDR, Kommentar* 2. ediz., Berlino ovest, 1987;

MOHRBOTTER K., *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Spruchrichters und Staatsanwalt für den Inhalt der Entscheidung*, in *JZ* 1969, 491 ss.;

MOHRBOTTER, *Zur strafrechtliche Verantwortlichkeit des Spruchrichters und Staatsanwalts fuer den Inhalt der gesetzlichen Entscheidung*, in *JZ* 1969, 491ss.;

MÖLLER-HEILMANN B., *Die Strafverfolgung von Richtern und Staatsanwälten der ehemaligen DDR wegen Rechtsbeugung*, Frankfurt am Main, 1999;

MONTERO AROCA J., *La función jurisdiccional y el «status» de jueces y magistrados*, *DJ*, 1985, vol. I, 93 ss.

MOVILLA ALVAREZ C., *Responsabilidad del juez*, *PJ*, num. Spec. V, 159 ss.;

MULLER E., *Rechtsprechungsüberblick zu den Rechtspflegedelikten (1997-2001)*, in *NStZ* 2002, 356 ss.;

MÜLLER I., «*Der Vorsatz der Rechtsbeugung*», in *NJW* 1980, 2390 ss.;

MÜLLER I., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 4. 9. 2001*, in *StV* 2002, 306 ss.;

MÜLLER I., *Anmerkung zur BGH, Urt. v. 4. 9. 2001 – 5 StR 92/01*, in *StV* 2002, 306 ss.;

MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal PE*, X ed., Valencia, 1993;

MUÑOZ CONDE F., *El tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial*, in *El País*, 4 novembre 1999;

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E., *La prevaricación del funcionario publico*, Civitas, Madrid, 1980;

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E./HUERTA TOCILDO S., *Derecho Penal. PG, II ed.*, Madrid, 1986;

PACHECO J.F., *El Codigo penal concordato y comentado*, t. I, Madrid, 1881;

PAEFFGEN H.U., «"Ermessen" und Kontrolle», in *Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren*, in *Festschrift für Peters*, Heidelberg, 1984, 61 ss.;

PERONI F., *Il segreto della camera di consiglio: profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 399 ss.;

PERONI F., *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 922 ss.;

PICARDI N., *Dalla responsabilità del giudice alla responsabilità dello Stato-giudice*, in *Giust. civ.*, 1989, II, 449 ss.;

PREDIERI Y G. DE TERRIA (dirs.), *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980;

PUIG PENA F., *Derecho penal, III*, Madrid, 1955;

QUERALT J.J., *Derecho Penal, Parte especial, II*, Barcelona, 1987;

QUINTANO RIPOLLES A., *Comentarios al Código Penal, t. III, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1946;

QUINTANO RIPOLLÉS A., *Curso de Derecho Penal, Tomo II, Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963;

QUINTERO OLIVARES G., *La Justicia Penal en España*, Pamplona, 1998;

QUINTERO OLIVARES G., *Los delitos contra la Administración de Justicia, RJC*, num. straordinario, 1980, 191 ss.;

RADBRUCH G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche JZ*, 1946, 107 ss.;

RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *SJZ* 1946, 105 ss.;

RAMÓN FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, 2002;

RAMOS TAPIA M.I. “*El delito de prevaricación judicial*”, Valencia, 2000;

RODRÍGUEZ DEVESA J.M./ SERRANO GÓMEZ A., *Derecho Penal español*.PE, XIV ed., Madrid, 1995;

ROGGEMANN H., *Richterstrafbarkeit und Wechsel der Rechtsordnung*, in *JZ* 1994, 773 ss.;

ROMANO M., *I delitti contro la P.A.*, *Commentario sistematico*, II ed., Giuffrè, 2006;

ROSI E., *Gli illeciti disciplinari*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1507 ss.;

ROXIN C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, VI ed., Berlin/New York, 1994;

RUDOLPH K., *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19. 12. 1996 – 5 StR 472/96*, in *DriZ* 1997, 244 ss.;

RUDOLPHI H. J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, in *ZStW* 1970, 627 ss.;

SANCHEZ TEJERINA I., *Derecho Penal español*, Salamanca, 1937;

SANTALUCIA, *L’abnormità dell’atto processuale penale*, Cedam, 2003;

SARSTED W., *Fragen zur Rechtsbeugung*, in LUTTGER (a cura di) *Festschrift für Heinitz*, Berlin, 1972, 427 ss.;

SCARSELLI G., *La responsabilità del giudice nei limiti del principio di indipendenza della magistratura*, in *Foro it.*, 2001, I, 3560 ss.;

SCHAEFER H., *Zur Rechtzeitigkeit der hafrichterlichen Vernehmung*, in *NJW* 2000, 1996 ss.;

SCHAEFER, *Überzogenes Rechtsprivileg*, in *NJW* 2002, 734 ss.;

SCHMIDT-SPEICHER U., *Hauptprobleme der Rechtsbeugung*, Berlin, 1982;

SCHOLDERER F., *Rechtsbeugung im demokratischen Rechtsstaat: Zur Rekonstruktion des § 336 StGB für die Gegenwart*, Baden-Baden, 1993;

SCHROEDER, *Der Rechtsfertigungsgrund der Entscheidung von Rechtssachen*, in *GA* 1993, 389 ss.;

SCHRÖNKE/ SCHRÖDER, *StGB- Kommentar*, 25. Aufl. 1997;

SCHULZ U., *Die Einstellung nach § 47 OWiG als Rechtsbeugung*, in *NJW* 1999, 3471 ss.;

SCODITTI, «*Francovich*» *presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro it.*, 2004, IV, 5 ss.;

SEEBODE M., *Anmerkung*, in *JZ*, 2000, 319 ss.;

SEEBODE, *Das Verbrechen der Rechtsbeugung*, Neuwied, 1969;

SEEBODE, *Rechtsbeugung und Rechtsbruch*, in *JR* 1994, 1 ss.;

SEEMANN, *Die Haftungsprivilegierung des Richters im Rahmen des § 336 StGB*, Giessen, 1991;

SEGRETO/DE LUCA, *Delitti dei P.U. contro la P.A.*, III ed., Giuffrè, 1999;

SGUBBI F. , *La legge di riforma dell'ordinamento giudiziario. Alcuni riflessi della riforma sulla pratica penale*, in *Foro it.*, 2006, V, 8 ss.;

SOWADA C., *Zur Strafbarkeit wegen Rechtsbeugung bei angemessener richterlicher Zuständigkeit*, in *GA* 1998, 177 ss.;

SPACCAPELO, *Il giudice e l'omissione di atti di ufficio*, in *Giur. it.*, 1977, II, 26 ss.;

SPENDEL G., *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin, 1974;

- SPENDEL G., «*Richter und Rechtsbeugung*», in *Festschrift für Peters*, Tübingen, 1974, 166 ss.;
- SPENDEL G., *Leipziger Kommentar*, X ed., Berlin, 1988;
- SPENDEL G., *Rechtsbeugung und Justiz*, in *JZ* 1995, 375 ss.;
- SPENDEL G., *Zur strafrechtliche Verantwortlichkeit des Richters. Die Vorsatzform bei der Rechtsbeugung*, in LUTTGER (a cura di), *Festschrift fuer Heinitz*, 445 ss.;
- STANKE, *Die Rechtsbeugung*(§ 336 RStGB), tesi di Würzburg, 1924;
- STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, Giuffrè, 1976;
- TENCATI A., *La corruzione fonte di responsabilità penali per gli operatori giudiziari*, in *Foro it.*, 1994, V, 3 ss.;
- TOMAS Y VALIENTE F., *Poder Judicial y Tribunal Constitucional*, *PJ*, n. Spec. XI dedicato a «*El Poder Judicial en el conjunto de los poderes el Estado y de la Sociedad* », 1986, 13 ss.;
- TONER H., *Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame III*, in *Yearbook of european law*, 1997, 165 ss.;
- TORÍO LÓPEZ A., *Delitos de imprenta. Questionario de la reforma*, in *Estudios jurídicos en homenaje al professor Aurelio Menéndez*, tomo IV, Madrid;
- TREPPER A., *Richterbestechung (§334 StGB) und Rechtsbeugung 8§ 336 StGB) unter Berücksichtigung auch der Strafrechtsreform*. Borna-Leipzig, 1914;
- TRÖNDLE/ FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48° ed., Munchen, 1997;
- VARELA CASTRO L., *Sobre la legitimidad del Poder Judicial*, *PJ*, num. Spec. XI, 1986, 81 ss.;
- VASSALLI *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001;

- VIADA S., *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890;
- VIADA Y VILASECA S., *Código Penal reformado de 1870*. Tomo II, IV ed., Madrid, 1890;
- VINCIGUERRA S., *Il codice penale tedesco*, Cedam, 1994;
- VIVES ANTON T.S., *La responsabilidad del juez en el proyecto de Ley Organica del Poder Judicial*, DJ, num. 45-46, 339 ss.;
- VOLK K., *Rechtsbeugung durch Verfahrensverstoss, Zugleich Besprechung von BGH, Urt. vom 5. 12. 1996 – 1 StR 376/96*, in *NStZ* 1997, 412 ss.;
- VORMBAUM T., *Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils*, Berlin, 1987;
- WARDA G., *Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, Colonia/Bonn/Munich, 1962;
- WASSERMANN, *Rechtsblindheit? – Müssten Roland Freisler und Hilde Benjamin straffrei bleiben?*, in *NJW* 1995, 2965 ss.;
- WEBER, *Die Verfolgung des SED-Unrechts in den neuen Laender*, in *GA*, 1993, 195 ss.;
- WOHLERS W., *Rechtsbeugung durch Handeln aus Sachfremden Erwägungen*, in *GA*, 2002, 48 ss.;
- ZUGALDÍA ESPINAR J.M., *El tobogán de la ciencia penal y el caso Liaño*, in *El País*, 27 ottobre 1999;