

LA VITTIMA DEL PROCESSO

I danni da attività processuale penale

a cura di Giorgio Spangher



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0715-1

Il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca ha finanziato la presente pubblicazione nell'ambito del Progetto di ricerca di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN 2012) "I danni da attività giudiziaria penale".

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

*Il Responsabile Scientifico della Ricerca,
i Responsabili delle singole Unità
e tutti i Partecipanti
ringraziano
la Professoressa Roberta Aprati
per il lavoro scientifico dedicato alla ricerca
nella fase di progettazione e di attuazione*

INDICE

pag.

INTRODUZIONE

Premessa. Colpevole o innocente? Riflessioni sul metodo e sugli obiettivi della ricerca (<i>Giorgio Spangher</i>)	3
Il Progetto di Ricerca di Rilevante Interesse Nazionale finanziato (PRIN 2012): "I danni da attività giudiziaria penale"	5
I Componenti del Progetto di Ricerca	17

Parte I

I POSSIBILI RIFERIMENTI NORMATIVI

Sezione I

IL QUADRO INTERNO

Danni da processo penale: profili costituzionali (<i>Guido Corso</i>)	23
Atto lecito dannoso (<i>Guido Alpa</i>)	33
L'esportabilità del modello amministrativo per l'indennizzo del danno da attività giudiziaria (<i>Paola Maggio</i>)	39
L'onore perduto dell'assolto (<i>Fabrizio Ramacci</i>)	65

Sezione II

IL QUADRO SOVRANAZIONALE E COMPARATO

La riparazione dei danni da attività giudiziaria nel diritto dell'Unione europea (<i>Enzo Cannizzaro</i>)	73
---	----

pag.

Brevi considerazioni ricostruttive sulla riparazione delle violazioni nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani (*Nicola Napoletano*)

83

I "danni da attività giudiziaria" nella giustizia penale statunitense (*Vittorio Fanchiotti*)

95

La riparazione dei "danni da processo penale" nell'esperienza giuridica tedesca (*Antonella Massaro*)

125

Parte II

I DANNI PROCESSUALI NELLA DINAMICA DEL PROCEDIMENTO

Sezione I

LE INDAGINI E L'UDIENZA PRELIMINARE

Indagini preliminari, danno da esposizione mediatica e tempi ragionevoli: fattispecie e rimedi (*Sergio Lorusso*)

137

Le possibili forme di indennizzo del danno subito dalla vittima nel corso delle indagini preliminari (*Francesca Delvecchio*)

145

La restituzione dei beni sequestrati: imputato vittima e danno non risarcibile (*Donatella Curtotti*)

157

Sezione II

LE MISURE CAUTELARI

La riparazione per il danno da ingiuste misure cautelari (personali e reali) nella prospettiva europea (*Antonio Balsamo*)

169

La "vittima del processo" per ingiusta e illegale detenzione (*Giorgio Spangher*)

181

La reintegrazione nel posto di lavoro perduto per l'ingiusta detenzione (*Pasquale Bronzo*)

193

Il danno da misura cautelare reale (*Fabrizio Galluzzo*)

207

pag.

Sezione III

LA FASE DIBATTIMENTALE

Icone e boschi narrativi. Formule assolutorie, logiche del dubbio, meccaniche della presunzione di innocenza, interesse a impugnare: traslazioni, incidenze, danni da processo (*Giuseppe Di Chiara*)

219

La rifusione delle spese processuali sostenute dall'assolto (*Lucia Parlato*)

229

Sezione IV

L'ESECUZIONE

L'"efficace" ricorso alla sospensione della esecuzione della pena detentiva tra istanze di decarcerizzazione e incongruenze normative (*Luigi Kalb*)

245

Assegnazione e trasferimento dei detenuti: un danno da *deportatio*? (*Gaspere Dalia*)

257

Il danno da esecuzione della pena (*Felice Pier Carlo Iovino*)

271

Homelessness e misure alternative al carcere: un rapporto problematico (*Girolamo Daraio*)

281

Confische, tutela dei terzi e rimedi (*Donatello Cimadomo*)

303

Parte III

LE NUOVE FRONTIERE

Sezione I

IL DANNO DA IRRAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

Il danno da mancato pagamento. La ricerca empirica, la retrovia legislativa e le prospettive di riforma (*Teresa Bene*)

317

Il danno da irragionevole durata del processo: quali prospettive per una estensione del diritto all'indennizzo? (*Katia La Regina*)

325

X	La vittima del processo. I danni da attività processuale penale	
		<i>pag.</i>
	Sezione II	
	IL DANNO AI DIRITTI DELLA PERSONALITÀ	
	Il danno alla privacy. Le notizie non collegate all'imputazione (<i>Luigi Ludovici</i>)	341
	Processo mediatico e violazione del segreto istruttorio (le notizie processuali) (<i>Guido Colaiaacovo</i>)	351
	La tutela dell'identità personale (tra oblio e storicità del fatto) (<i>Antonella Marandola</i>)	359
	Sezione III	
	IL DANNO ALLA LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA	
	Il danno da collasso delle aziende. Sequestri e mancate confische: una sequenza infranta (<i>Roberta Aprati</i>)	373
	Il danno da misura cautelare interdittiva (<i>Fabrizio Galluzzo</i>)	389
	Sezione IV	
	I NUOVI FATTI LESIVI	
	Le motivazioni delle sentenze. Profili di offensività e assenza di tutela (<i>Francesca Sassano</i>)	397
	Il danno da errore del legislatore. Il caso della sent. n. 32/2014 e l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nella legge "Fini-Giovanardi" (<i>Marco Gambardella</i>)	409
	Danno da giudicato ingiusto. Il giudicato sull'errore di diritto (<i>Angelo Alessandro Sammarco</i>)	427
	Sezione V	
	LE NUOVE VITTIME DEL PROCESSO	
	La vittima del processo penale: un nuovo processo di vittimizzazione (<i>Gemma Marotta</i>)	437
	L'assolto. Considerazioni psicologiche sulla vittima del processo (<i>Francesco Avallone</i>)	445
	L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile (<i>Giuseppe Di Chiara</i>)	451

	Indice	XI
		<i>pag.</i>
	Il terzo. La tutela del soggetto estraneo alle vicende processuali (<i>Fran-cesco Vergine</i>)	463
	Il condannato. Il danno da esecuzione della pena detentiva (<i>Fabio Fio-rentin</i>)	473
	Conclusioni (<i>Giorgio Spangher</i>)	489
	Gli Autori	493

L'ESPORTABILITÀ DEL MODELLO AMMINISTRATIVO PER L'INDENNIZZO DEL DANNO DA ATTIVITÀ GIUDIZIARIA

Paola Maggio

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La responsabilità pubblica da atto lecito. – 3. Il contributo della giurisprudenza costituzionale. – 4. Il lento superamento della visione patrimoniale della “lesione” indennizzabile. – 5. Uno sguardo oltre i confini nazionali: il supporto di alcuni modelli comparati. – 6. La Corte di giustizia nel pendolarismo responsabilità colpevole/risponsabilità oggettiva. – 7. Analisi economica del diritto e indennizzo da processo. – 8. Tassatività dell’indennizzo o catalogo aperto? – 9. L’applicazione del principio di affidamento in tema di prevenzione antimafia. – 10. La fattispecie indennitaria quale paradigma duttile entro cui iscrivere il danno da processo. – 11. Ulteriori ipotesi di danno da processo in prospettiva *de lege ferenda*. – 12. Danno indennizzabile e abuso del processo.

1. Premessa

Lo svolgimento del procedimento penale comporta indubbi sacrifici dei diritti dei soggetti coinvolti e rende complessa l’individuazione di attività lecite (al contempo indennizzabili) da ritagliare con millimetrica precisione rispetto alle già esistenti ipotesi di responsabilità da illecito (responsabilità civile del magistrato, responsabilità disciplinari, responsabilità penale degli attori processuali, forme e casi di “abuso del processo”).

Proprio per questo motivo la postulazione di un modello indennitario “aperto” per il “danno” derivante da attività processuale (*lato sensu* lecita) si propone di sfruttare moduli già sperimentati in altre branche del diritto (diritto amministrativo e diritto civile), seguendo l’evoluzione che ha progressivamente sganciato le forme di responsabilità per danni dello Stato dal presupposto soggettivo della colpa, per approdare a imputazioni di tipo oggettivo calibrate sul nesso eziologico fra comportamento e danno, in coerenza con processi omologhi a livello europeo.

A tal fine è necessario tratteggiare le differenze fra attività lecita indennizzabile e attività illecita risarcibile così come comprendere se le fattispecie prodotti-

ve di "danno lecito" possano corrispondere a un catalogo aperto ovvero debbano ispirarsi a un'elencazione tassativa. In tale ultimo caso sorgerebbe l'esigenza di un ulteriore sforzo esegetico volto ad indicare – *de iure condendo* – i luoghi del danno e a negare, al contempo, il ricorso a formule "astratte" che si richiamino a criteri puramente equitativi.

Potrebbe dunque ipotizzarsi un indennizzo generale per le conseguenze dell'atto processuale lecito che sfrutti modelli già esistenti ispirandosi a esempio alla disciplina per la riparazione sulla ingiusta detenzione, *ex art. 314 c.p.p.*, ovvero alla Legge Pinto in tema di irragionevole durata, ovvero ancora alla disciplina delle spese processuali, senza escludere la possibilità di prospettare l'istituzione di un fondo di garanzia statale cui attingere per la refusione dei vari casi di indennizzo da processo (danno da immagine o a altre forme di stress da attività procedimentale).

Obiettivo dell'analisi è comprendere se la delineata responsabilità per danno da processo debba essere governata dalla regola dell'integrale riparazione della "lesione" subita, ovvero debba essere concepita come una misura di solidarietà pubblica. In quest'ultimo caso, ancor prima di un'espressa regolamentazione della materia, potrebbe venire in gioco il "principio di compensazione" quale paradigma di proporzionalità dell'azione pubblica attraverso cui distribuire equilibratamente, in base a forme di tutela dell'"affidamento" del privato, vantaggi e oneri conseguenti alla sua azione. La soluzione prescelta implica ricadute di non poco momento sul piano applicativo anche in ordine all'individuazione del giudice competente a liquidare l'indennizzo e al procedimento da attuare.

2. La responsabilità pubblica da atto lecito

Tenendo sempre presente la sostanziale differenza tra l'attività della pubblica amministrazione e quella *stricto sensu* processuale penale, l'idea di un atto lecito riferibile allo Stato, ma al contempo idoneo a originare l'obbligo di un indennizzo, riconduce all'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale registratosi nell'ambito del diritto amministrativo.

La fattispecie della "responsabilità da atto e fatto legittimo" ha rappresentato uno strumento di responsabilizzazione diretta dello Stato, attuato attraverso il superamento delle tradizionali categorie civilistiche sulla responsabilità da danno. Si è progressivamente passati dalla configurazione astratta di una responsabilità "speciale" di diritto pubblico, caratterizzata dall'irrelevanza della colpa, all'estensione della disciplina civilistica della responsabilità, seppure limitata in un primo momento al "risarcimento" dei soli danni materiali e alle sole situazioni soggettive di interesse legittimo.

Il dibattito mostra ricorrenti contaminazioni del parametro indennitario con quello risarcitorio extra contrattuale o precontrattuale così da porre l'accento sulla

tutela "dell'affidamento" del privato o sulla delineazione di una sorta di "colpa di apparato" per l'attività lecita della P.A.

Già negli studi di Santi Romano si era posto l'accento sul conflitto fra i vari diritti in rilievo nonché sul concetto centrale di particolare "*sacrificio che non è compreso nei limiti normali del diritto individuale*" che deve essere risarcito, ovvero convertito in un'indennità (S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Legge*, Roma, 1903, ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, rist. 1990, p. 191). Questa posizione, approfondita dal Romano nella recensione critica a uno scritto in materia processuale penale (A. ROCCO, *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari e la responsabilità dello Stato per atti d'impero*, Napoli, 1906, p. 125 ss.), superava la concezione "assistenzialistica" di stampo francese dalla quale Rocco faceva derivare il diritto alla riparazione degli errori giudiziari, postulando una vera e propria responsabilità dello Stato.

Romano negava infatti che l'intervento statale "riparativo" fosse assimilabile soltanto a ragioni di "pubblica assistenza", analoghe a quelle che ricorrono in casi di incendi o pubbliche calamità, facendo discendere dalla stessa essenza della responsabilità dello Stato la giustificazione teorica dell'indennizzo.

L'ambito amministrativo è di estremo interesse poiché mostra la difficoltà di delineare uno sfondo "giuridico positivo" o "equitativo" della responsabilità da atto lecito e, al contempo, profila la complessità dell'individuazione del titolo psicologico dell'imputazione.

In questo contesto, l'allargamento della responsabilità ha subito anche il condizionamento degli sviluppi della normativa e della giurisprudenza in tema di danni civili, e, in particolare, della responsabilità oggettiva per lo svolgimento di attività dannose o rischiose consentite, con approdi verso concezioni fondate su meccanismi di puro accertamento del nesso causale fra condotta e danno. L'aumento del rischio, correlato alla rivoluzione industriale, ha infatti amplificato i pericoli collegati alle attività pubbliche e a situazioni che spesso sfuggono al controllo umano. Da ciò la necessità di superare la tradizionale imputazione colposa dell'illecito. Il percorso storico mostra la sussistenza di una costante dicotomia fra la responsabilità c.d. civile della pubblica amministrazione per atto illecito e la responsabilità della medesima per atti o attività legittime, distinta dalla prima e ricondotta in un alveo peculiare di "incerta e quasi indefinita collocazione" (A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 27).

Un ruolo fondamentale è stato senz'altro giocato dalle categorie civilistiche, seppure con richiami cangianti talvolta alla responsabilità contrattuale, talaltra alla responsabilità extra contrattuale, per giungere sino allo sfruttamento dello schema della responsabilità precontrattuale (da A. BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, f. 9, p. 939) o, infine, a quello della responsabilità da "contatto" amministrativo qualificato (E. CASSETTA-F. FRACCHIA,

Responsabilità da contatto: profili problematici, in *Foro it.*, 2001, III, c. 18).

L'accostamento con la responsabilità extracontrattuale ha peraltro trovato conferma sul piano normativo in particolare nell'art. 30, co. 2, del Codice del processo amministrativo, il quale, disciplinando l'azione risarcitoria, fa riferimento al "danno ingiusto" derivante dall'illegittimo esercizio dell'azione amministrativa o al mancato esercizio di quella obbligatoria.

Molto diffusa è senz'altro la configurazione di una "responsabilità speciale di diritto pubblico" quale modello che nasce in contrapposizione allo schema civilistico e trova le sue origini proprio nell'istituto indennitario delle espropriazioni (E. FOLLIERI, *Il modello della responsabilità per lesione degli interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, I, p. 26). In questa lettura il risarcimento dei danni (*rectius*, l'indennizzo) rappresenta una sorta di surrogato dell'annullamento che consegue all'illegittimità dell'atto amministrativo, a prescindere dal criterio di imputazione soggettiva dolosa o colposa. Si tratta di una soluzione basata sulla singolare posizione autoritativa della pubblica amministrazione, che sfugge alle dinamiche proprie del rapporto privatistico.

3. Il contributo della giurisprudenza costituzionale

Uno dei campi elettivi in cui si è tradizionalmente manifestata la responsabilità per atto lecito della P.A. è stato quello dell'espropriazione per pubblica utilità.

Già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, il tema della fattispecie indennitaria ha acquistato significato contribuendo a un vero e proprio avanzamento del concetto di responsabilità da atto lecito, svincolato dall'art. 28 Cost. sulla responsabilità dei funzionari e dei dipendenti dello Stato (G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 203 ss.) e letto invece in raccordo con l'art. 42, co. 3, Cost., cui si assegnava una portata ben maggiore del suo stesso dato letterale. Il riferimento alla "proprietà" oltrepassava infatti i diritti reali e si estendeva, in genere, ai diritti patrimoniali dell'individuo.

Il fondamento costituzionale della disciplina, contenuto nell'art. 42, co. 3, Cost. – nonché nell'art. 1, Prot. I, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – ha individuato nell'indennizzo il presidio offerto dal sistema al proprietario espropriato per la patita ablazione del diritto.

La progressiva consacrazione di "un principio di intangibilità del patrimonio" di tipo relativo, ha visto prevalere l'interesse pubblico, con il conseguente sorgere del diritto a una giusta indennità (R. ALESSI, *Voce Responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, 1968, p. 627). In tale configurazione la base giuridico-positiva offerta dall'art. 42 Cost. si è abbinata alle ragioni solidaristiche di equità

che tradizionalmente giustificano l'indennizzo, in modo da conferire una maggiore valenza normativa al concetto di responsabilità.

Su queste premesse si sono fondate le sentenze della Consulta in ordine ai vincoli di inedificabilità posti nei piani regolatori (Corte cost., 29.5.1968, n. 55, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838) e sulla possibilità concessa ai comuni di reiterare i vincoli scaduti (l. n. 1187/1968), sancendo in tali ultimi casi l'obbligo di indennizzare il proprietario a seguito della reiterazione del vincolo (Corte cost., 20.5.1999, n. 179, in *Giur. cost.*, 1999, p. 1750). Assai significativo al proposito è stato anche il richiamo alla possibilità generale di "ricavare dall'ordinamento le regole per la liquidazione di obbligazioni indennitarie, nella specie obbligazioni di ristoro del pregiudizio subito dalla rinnovazione o dal protrarsi del vincolo" (Corte cost., 18.12.2001, n. 411, in *Giur. cost.*, 2001, p. 3943). Ciò, evidentemente, anche in assenza di uno specifico intervento del legislatore determinativo di criteri e parametri per la liquidazione delle indennità (M. BORGO, *Le problematiche connesse all'indennizzo da reiterazione del vincolo – Indennizzo o risarcimento?*, in *Riv. amm.*, 2004, p. 49 ss.).

Nei percorsi interpretativi della Consulta si sono sviluppate le linee teoriche prevalenti sulla sussistenza della responsabilità della P.A. quando "l'interesse protetto sia stato sacrificato": vale a dire quando si sia verificata "un'interferenza negli interessi garantiti al soggetto dall'ordinamento giuridico". Non potrebbe dunque parlarsi di un danno ristorabile dinanzi a un diritto "soggetto a limiti di carattere generale; vale a dire limiti che senza ulteriore intervento costitutivo di autorità colpiscono tutti i diritti della categoria" (A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, c. 938 ss., ora pubblicati negli *Scritti di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1990, p. 457 s.).

Negli sviluppi giurisprudenziali successivi l'indennizzabilità dei vincoli conformativi ha beneficiato dei sempre più estensivi paradigmi adottati dalla giurisprudenza europea che tende a dilatare la nozione di "bene" sottoposto alla garanzia dell'art. 1, Prot. I, Cedu, sino a ricomprendervi qualsiasi interesse patrimoniale oggetto di un diritto o anche solo di una legittima aspettativa (Corte Edu, Iatridis c. Grecia, 25.3.1999, § 54; Corte Edu, Silvestri c. Italia, 9.6.2009, § 70; Corte Edu, Plalam Spa c. Italia, 18.5.2010, § 36; Grande Camera, Kopecky c. Slovacchia, 28.9.2004, § 52; Corte Edu, Dragon c. Francia, 28.9.2004, § 68) e in taluni casi anche altri interessi legati alla tutela di altri diritti fondamentali (cfr. Corte Edu, M.C. c. Italia, 3.9.2013, § 38; Corte Edu, D.A. c. Italia, 14.1.2016, § 34, in tema di obbligo degli Stati di indennizzare le vittime di trasfusioni di sangue infetto).

Tale ampliamento dello spettro oggettivo di operatività della tutela indennitaria nella prospettiva della Cedu ha consentito di riferirsi all'integrità del patrimonio dell'individuo rispetto ad ingerenze privative da parte dello Stato e ha originato significative aperture anche da parte della stessa Consulta verso il criterio della riparazione "integrale" del pregiudizio (Corte cost., 10.6.2011, n. 181, in *Giur.*

cost., 2011, p. 2319). Tutti elementi, questi, assai utili a irrobustire il percorso di definizione di una responsabilità da attività lecita processuale, legata all'imposizione di un "vincolo negativo" posto alla base del già esistente meccanismo indennitario, contemplato dalla Legge Pinto per l'irragionevole durata del processo penale.

4. Il lento superamento della visione patrimoniale della "lesione" indennizzabile

Il parallelismo con la responsabilità amministrativa da atto lecito espone tuttavia la prospettazione di un indennizzo per l'attività processuale penale a due evidenti obiezioni: l'esistenza di un vincolo di tipo generale di soggezione dei cittadini alla giurisdizione penale (in presenza di un reato); il nesso fra l'indennizzo nel diritto amministrativo e la nozione di espropriazione di cui all'art. 42 Cost., che mostra un retroterra "patrimoniale", in apparenza, poco esportabile nel contesto di nostro interesse.

Sotto altro profilo, la prevalenza dell'interesse generale (nel nostro caso all'accertamento penale) su quello individuale e le difficoltà economiche di un sistema che non riesce nella pratica a far fronte materialmente alle ipotesi di indennizzo già esistenti, unitamente a un quadro giurisprudenziale generalmente restrittivo, sembrano scoraggiare oltremodo futuribili ampliamenti degli indennizzi (L. SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, 2014, in www.iuspublicum.com).

Tali constatazioni dovrebbero indurci subito ad abbandonare il percorso ermeneutico intrapreso, se non fosse però che il progresso evolutivo dei contenuti della fattispecie indennitaria dimostra che essa può rappresentare un paradigma utile alla nostra ricerca.

Infatti, il sacrificio cui corrisponde il diritto all'indennizzo può riguardare anche il pregiudizio o la limitazione di diritti non patrimoniali come la salute, l'integrità psico-fisica o il diritto di essere curati, ovvero può rappresentare in genere un corrispettivo per le "molestie" conseguenti all'attività pubblica.

Basti, in questa sede, il richiamo alle enunciazioni della Consulta sull'indennizzo di diritti danneggiati da attività lecita della P.A., diversi dai diritti a contenuto patrimoniale ma meritevoli comunque di ristoro, per suffragare ulteriormente l'ipotizzabilità di una categoria più generale.

Ci si riferisce, in particolare alla celebre declaratoria d'illegittimità della norma contenuta nella l. n. 51/1966 sulla vaccinazione obbligatoria antipolio, nella parte in cui non prevedeva un'equa indennità a favore dei soggetti che, al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 2043 c.c., avessero subito danni dal vaccino (Corte cost., sent. 22.6.1990, n. 307, in *Giur. cost.*, 1990, p. 1874).

In tale *decisum* sono stati definiti i contorni del danno da trattamento colposo e dell'indennizzo da trattamento incolpevole ed è venuto a maturazione un processo di "dematerializzazione" dei beni da tutelare, assai utile alla nostra ricostruzione teorica.

In particolare si è ritenuto che, quando il danno sia imputabile a comportamenti colposi relativi alle misure di attuazione della norma o alla materiale esecuzione del trattamento sanitario, non si richiede una specifica previsione di indennizzo perché per questo soccorre la tutela risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. L'indennizzo deve essere invece previsto dalla legge per l'ipotesi in cui il danno derivi da un trattamento incolpevole, "nei limiti di una liquidazione equitativa che pur tenga conto di tutte le componenti del danno stesso". Il rimedio trova infatti giustificazione nel corretto bilanciamento dei valori, chiamati in causa dall'art. 32 Cost., in relazione alle stesse ragioni di solidarietà nei rapporti tra ciascuno e la collettività.

Nella stessa direzione, peraltro, si sono protesi gli esiti della successiva declaratoria di incostituzionalità della l. n. 210/1992 che aveva tentato di colmare la lacuna legislativa venutasi a creare appunto in tema di vaccinazione obbligatoria, prevedendo un "indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati" (Corte cost., sent. 18.4.1996, n. 118, in *Giur. cost.*, 1996, p. 1006; Cass., sez. I, 19.5.2014, n. 10947, in *Foro it.*, 2015, I, c. 120). Per l'indennizzo del diritto alla salute, in assenza di una previsione interna al disposto costituzionale nell'art. 32 Cost., si è tratto argomento dalla posizione eminente occupata nella costellazione dei diritti fondamentali, con un significativo aggancio al principio di solidarietà che anche la dottrina più sensibile ha spesso posto a fondamento costitutivo della responsabilità civile (S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, rist. inalt., p. 195).

È in tale senso – a nostro parere – che il substrato solidaristico della responsabilità da atto lecito si presta ad assumere una valenza capace di ricomprendere tutte le disposizioni costituzionali che tutelino valori processuali, altri e diversi dal patrimonio, quali la libertà personale, il diritto di difesa, l'equità processuale, di volta in volta soggetti a provvedimenti di tipo ablativo, eliminatorio o restrittivo. L'indennizzo da attività lecita processuale assumerebbe così il senso di uno strumento volto alla risoluzione dei conflitti sorti.

Del resto, il campo della casistica indennitaria è oramai talmente ampio (e frammentato) da consentire ulteriori estensioni, funzionali a svincolare l'indennizzo da una visione rigidamente "patrimoniale" (G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003).

Oltre alle ipotesi in cui si sacrificano "autoritativamente" diritti costituzionalmente garantiti, rientrano nella fattispecie indennitaria anche quelle situazioni che possono essere rimate, pur non soggiacendo a una compressione autoritativa dell'esercizio del diritto. Con la differenza che laddove il diritto all'indennizzo abbia una copertura costituzionale, l'attribuzione dello stesso ha luogo a titolo di

diritto soggettivo. Viceversa, quando l'indennizzo è previsto dalla legge pure al di fuori dei casi previsti in Costituzione esso può configurarsi nella forma del mero interesse legittimo. Da ciò è sorta l'ulteriore distinzione fra indennità (nel caso del diritto) e indennizzo nel caso dell'interesse legittimo (A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, II, Napoli, 1989, p. 1166).

La possibilità di bilanciare i diritti fondamentali con gli interessi pubblici contrapposti segna comunque un ulteriore appiglio ermeneutico, peraltro stimolato dallo spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario al giudice amministrativo in importanti materie (Cass., sez. un., 28.12.2007, n. 27187, in *Foro it.*, 2008, I, c. 766; Cass., sez. un., 29.4.2009, n. 9956, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2876; Cass., sez. un., 5.3.2010, n. 5290, in *Giur. it.*, 2010, p. 1034) caratterizzate tutte proprio dall'incidenza dell'azione pubblica su diritti fondamentali (Corte cost., 9.5.2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, p. 1424).

Si potrebbe dunque affermare che la descritta esigenza compensativa tenda a giuridicizzarsi all'interno del principio di "compensazione", ovvero di uno dei principi fondamentali che regolano l'azione amministrativa, imponendo di ristabilire l'equilibrio fra diritti egualmente rilevanti.

Giova però precisare che il "dovere indennitario" di natura pubblicistica, fondato sul principio solidaristico, ha finito per giustificare la discrezionalità del legislatore nell'individuazione dell'ammontare degli indennizzi svincolandoli dal danno effettivo. La stessa Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di determinare discrezionalmente l'entità del "risarcimento" nei limiti della non irrisorietà (Corte cost., 10.6.2011, n. 181, cit., p. 2319).

Solidarietà ha significato, in altri termini, amplificazione del potere legislativo nel definire il contenuto della garanzia con la conseguente legittimità di indennizzi parziali, ovvero non idonei a riparare l'intero pregiudizio subito, a esempio, in materia di espropriazioni, vaccinazioni obbligatorie (Corte cost., 26.4.2012, n. 107, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1123) o ingiusta detenzione, mediante il poco condivisibile bilanciamento dei diritti fondamentali con altri interessi "economici" legati al contenimento della spesa pubblica.

Maggiormente apprezzabili appaiono invece gli apporti della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di superare queste visioni riduttive e affermare, invece, la necessaria correlazione tra misura riparatoria e pregiudizio effettivamente subito, anche relativamente alla tutela del diritto alla vita e alla salute (Corte Edu, I, Scordino c. Italia, 29.7.2004, confermata da Corte Edu, Grande Chambre, Scordino c. Italia, 29.3.2006; M.L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, p. 60 ss.).

Superando la discrasia fra le lesioni patrimoniali e non patrimoniali, si imporrebbe in effetti un obbligo di piena riparazione per tutti i diritti fondamentali toccati dall'azione amministrativa, con la conseguenziale illegittimità delle norme che determinano indennizzi non corrispondenti al danno patito, come accade ad esempio nelle ipotesi di danni da vaccinazioni obbligatorie o, appunto, da ingiusta

detenzione (Cass., sez. III, 17.9.2014, M, in *CED Cass.*, n. 260329; Cass., sez. IV, 1.4.2014, S., *ivi*, n. 259237).

Allo stesso modo merita rimeditazione l'orientamento della Corte costituzionale, in materia di diritti fondamentali non patrimoniali, che ha rimesso al legislatore la possibilità di determinare discrezionalmente l'entità dell'indennizzo, con il solo limite della sua non irrisorietà (Corte cost., 24.10.2007, n. 348, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3475; Cass. civ., sez. un., 28.10.2009, n. 22753, in *Urb. e app.*, 2010, I, p. 79).

L'indennizzo da attività lecita della pubblica amministrazione ha trovato peraltro consacrazione legislativa con l'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/1990 sulla revoca del provvedimento amministrativo, a mente del quale se la revoca "comporta pregiudizi in danno dei soggetti interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere all'indennizzo".

Il tenore della norma, che risale al testo originario della legge e prevede l'obbligo di un indennizzo in caso di recesso della pubblica amministrazione dall'accordo con il privato quando questo abbia subito "eventuali pregiudizi" (art. 11), si è arricchito per il caso della revoca, cioè per una tipica violazione "dell'affidamento" del privato (S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005, p. 312 ss.) da parte della pubblica amministrazione, in virtù dell'art. 21-*quinquies* introdotto nella legge sul procedimento dalla l. 11.2.2005, n. 15.

Il fondamento normativo ha consolidato la teoria "dell'ablazione" sul presupposto che il provvedimento che, pur legittimamente, disattende un "affidamento" va assimilato a un atto ablativo e per conseguenza va indennizzato.

Secondo la giurisprudenza, in questo caso, non si può parlare di responsabilità per atto lecito, ma di vera e propria responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., perché è la pubblica amministrazione che, con un suo atto, poi ritenuto illegittimo, ha tratto in inganno il privato violando il suo affidamento nella legittimità dello stesso atto. Corollario di tale impostazione è che si tratti di un normale caso di responsabilità della P.A. nei confronti del cittadino, autonomo rispetto al provvedimento annullato e, perciò, di competenza del giudice ordinario in quanto violazione di un diritto soggettivo (Cass., sez. un., 23.3.2011, n. 6596, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2388).

Il dato incide evidentemente sulla questione della giurisdizione, ancora vivacemente dibattuta (F.G. SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss. In giurisprudenza, fra le affermazioni più recenti, Cons. Stato, sez. VI, 14.4.2015, n. 1914, in *App. & Contr.*, 2015, f. 5, p. 86) e mostra da tale angolazione il carattere "fluido" (e spesso divisivo) della fattispecie indennitaria, confermando come l'ampliamento del "paradigma della responsabilità della P.A. da atto lecito" esponga il modello a contaminazioni con la responsabilità da atto illecito (G. CORSO, *La responsabilità*, cit., p. 203 ss.).

5. Uno sguardo oltre i confini nazionali: il supporto di alcuni modelli comparati

Il diritto all'indennizzo di un'attività pubblica di tipo lecito trova affermazione nei sistemi francese, tedesco e spagnolo che rinsaldano l'idea di un principio generale da intendersi alla stregua di una sorta di "collante" rispetto alla nozione comune da adottare a livello dell'Unione.

Nelle sentenze degli organi giurisdizionali europei si riflettono forme di contaminazione fra i tre prototipi statuali. Più precisamente, si assiste al superamento delle tradizionali impostazioni nazionali in tema di responsabilità per colpa, a tutto vantaggio di un'impostazione di tipo oggettivo, direttamente discendente dal tipo di attività (di volta in volta) realizzata dal soggetto pubblico.

Del resto, le strade seguite dai menzionati ordinamenti nazionali paiono tutte caratterizzate da un paradigma evolutivo comune, ossia il lento superamento delle immunità originariamente riconosciute ai poteri statuali, legate all'idea del *princeps legibus solutus*, in virtù di processi di democratizzazione e di esigenze di tutela economica dei danneggiati.

Nella caratterizzazione pubblicistica del modello francese di responsabilità della P.A. (G. BIGOT, *La responsabilità dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, in *Scienza e politica*, 2010, 42, p. 1 ss.) si rispecchia anzitutto il principio dell'*égalité devant le charges publiques*, in ossequio all'art. 13 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo (R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993, p. 215). La categoria (di matrice giurisprudenziale) è caratterizzata da una forte impronta solidaristica che consente di porre rimedio ai vuoti di tutela esistenti in materia di attività lecite della pubblica amministrazione con riguardo a tutte le situazioni di ingiustizia sostanziale determinate dal superamento dalla "soglia di tolleranza" che il cittadino è disposto a sopportare a cagione di un'attività pubblica (A. CRISMANI, *Le indennità*, cit., p. 245).

Nella scelta spagnola, influenzata da retaggi storici di tipo "reattivo" rispetto a un'essenza statale totalitaria, si riscontrano meccanismi di "iper-responsabilizzazione" dell'ente pubblico, con corrispondenti presidi di "ipercompensazione" del danno (R. BRIANI, *Problemi, tendenze e prospettive della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione in Spagna*, in *Dir. publ.*, I, 2006, p. 247 ss.).

L'art. 106, co. 2, Cost. spagnola del 1978 riconosce un diritto all'indennizzo quale "conseguenza del funzionamento dei servizi pubblici" e anche il funzionamento normale del servizio, senza colpa, garantisce il diritto al ristoro economico. In questo modo, è venuta meno la necessità di verificare la sussistenza dell'elemento psicologico e lo schema risulta sostanzialmente fondato sulla lesione inferita al danneggiato. Tale lesione, peraltro, deve qualificarsi in termini giuridici ed eccedere i normali livelli di "sopportabilità" degli oneri sociali comuni (F. GARRI-

DO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, XI ed., Madrid, 2002, I, p. 316; Tribunal supremo, 7.4.1989, Tribunal supremo 5.6.1989, e Tribunal Supremo, 18.7.1989, sul sito www.poderjudicial.es).

La presenza di formule "estese" ha indotto la dottrina spagnola a segnalare la possibilità di un accostamento con modelli di responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione o di autentica "socializzazione della responsabilità" (A. NIETO, *La relacion de causalidad en la responsabilidad administrativa*, in *Rev. esp. D.cho Adm.*, 1986, p. 427 ss.). Il rischio è infatti quello di generare eccessi riparatori, cui non potrebbe porre un reale freno il ricorso ad uno schema rigorosamente eziologico o causale. Ciò ha determinato la necessità di un ritorno alla colpa amministrativa quale elemento "fondante" e al contempo "limitante" l'eccessiva proliferazione dei casi di responsabilità della pubblica amministrazione (F. PANTALEÓN PRIETO, *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)*, in *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. da J.A. Moreno Martínez, Madrid, 2000, p. 450).

In Germania, già nei §§ 74 e 75 del codice generale prussiano del 1794 (*Enleitung zum preußischen Allgemeinen Landrecht*), si rinveniva una disciplina positiva del diritto all'indennizzo che assegnava prevalenza al "bene comune" sui diritti o privilegi individuali e imponeva la corresponsione di un *quantum* economico verso chiunque fosse stato costretto a un "sacrificio di un proprio diritto o privilegio nell'interesse comune". Il principio giusnaturalistico di *Aufopferung* che metteva insieme il concetto di giustizia distributiva con la regola *dulde un liquidiere (sopporta e fatti liquidare)*, ancora oggi presente nel sistema, ha trovato realizzazione soprattutto nell'istituto dell'espropriazione ed ha esaltato i concetti di eguaglianza *ex art. 3 GG*, e legalità, *ex art. 20 GG*. La previsione di un indennizzo per l'espropriazione, che è ammessa solo "per il bene della collettività", è considerata applicazione di un principio più generale – il sacrificio speciale (*Sonderopfer*) – imposto al singolo dalla pubblica amministrazione nell'interesse pubblico. Un sacrificio che, tuttavia, dà diritto a una riparazione in applicazione dell'eguaglianza dei cittadini di fronte agli oneri pubblici (*Lastengleichheit*), ogniquale volta incida sull'incolumità fisica, la salute, la vita (H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 16, München, 2006, pp. 773-781), dovendo essere compensato alla stregua dell'art. 2 GG posto a tutela di tutti i diritti fondamentali, incluso il libero sviluppo della personalità (P. BADURA, *Staatsrecht*², München, 1996, pp. 133, 187, 282 e 285).

Ciò spiega la commistione spesso presente nella giurisprudenza tedesca fra istituti assai diversi quali responsabilità, espropriazione e sacrificio (M. CARRÀ, *L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee*, in *La responsabilità pubblica*, cit., p. 31 ss.). Ed è altrettanto significativo ai nostri fini che anche la Corte suprema tedesca abbia tentato di limitare la portata di questa ampia clausola di responsabilità, recuperando il concetto di colpa e iniziando ulteriori estensioni dell'indennizzo (*Bundesverfassungsgericht* 19.10.1982, in www.dejure.org).

L'impostazione costituzionalmente orientata della responsabilità da attività lecita (G. CORSO, *La responsabilità*, cit., p. 226) ravvisa infatti, nella *l'égalité devant les charge publiques* invocata dalla giurisprudenza francese e nella *Lasten-gleichheit* del diritto tedesco le varianti del principio di eguaglianza, che impongono il pieno ristoro del cittadino sottoposto a un sacrificio particolare (*Sonderopfer*).

I tre modelli (francese, spagnolo e italiano) si "incrociano" negli esiti giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea, con risultati non del tutto intrinsecamente coerenti rispetto all'essenza oggettiva o colposa del modello di responsabilità.

Anzi, potrebbe affermarsi che negli ultimi anni il contesto europeo abbia fatto mutare le identità dei singoli approcci nazionali in tema di responsabilità della pubblica amministrazione e del conseguente indennizzo sia per gli inquadramenti generali degli istituti (utili pure a profilare in concreto fondi di garanzia per dare attuazione alla responsabilità da atto lecito processuale), sia con riguardo alla definizione del coefficiente soggettivo di questa responsabilità.

6. La Corte di giustizia nel pendolarismo responsabilità colpevole/responsabilità oggettiva

La fattispecie "europea" della responsabilità da atto lecito senza colpa rappresenta senza dubbio il punto di fusione del modello francese sull'assenza di un fatto illecito dell'Unione e in attuazione dell'uguaglianza dei cittadini, e il modello tedesco, condizionato dalla *Sonderopfertheorie*.

In tale dimensione, il privato non può subire un pregiudizio equivalente a un'espropriazione a seguito di un intervento, pure lecito, del potere "normativo" senza che ciò integri un diritto all'indennizzo.

I precedenti della Corte di giustizia tratteggiano una responsabilità "oggettiva" della P.A. (Corte giust. CEE, III, 30.9.2010, causa C-314/09, Grand Stadt c. Strabag AG e altri, commentata da S. CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della p.a.*?, in *Giur. it.*, 2011, p. 664 ss.), di modo che la responsabilità della Comunità conseguente a un atto lecito sussiste purché si accerti l'esistenza di un danno "anormale" e "speciale" (sent. 13.6.1972, cause riunite 9/71 e 11/71, Compagnie d'approvisionnement ecc. c. Commissione; 6.12.1984, causa 59/83, Biovilac c. Comunità; sent. 15.6.2000, causa 237/98, Darsch Consult c. Consiglio e Commissione).

In una nota sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee si era affermata la responsabilità delle istituzioni comunitarie, anche in assenza di comportamento illecito dei suoi organi, purché fossero "cumulativamente soddisfatte le condizioni relative all'effettività del danno, al nesso di causalità tra il danno e il comportamento delle istituzioni comunitarie, e al carattere anormale e

speciale del danno in questione" (Trib. di primo grado delle Comunità europee, Grande sezione, 14.12.2005, T-69/00, Fiamm Technologies c. Consiglio e Commissione). Rilevava incisivamente l'affermazione del tribunale di primo grado secondo cui "i diritti nazionali della responsabilità consentono ai singoli (...) di ottenere in via giudiziale il risarcimento di taluni danni, anche in assenza di un'azione illecita dell'autore del danno", seppure "in settori specifici e secondo modalità diverse" (Trib. di primo grado delle Comunità europee, Grande sezione, 14.12.2005, T-69/00, Fiamm Technologies c. Consiglio e Commissione, cit., § 159).

Le determinazioni dei giudici europei sono state dirompenti rispetto a scenari interni come quello italiano, ancora legati a una visione della responsabilità "colpevole" dell'amministrazione che hanno tentato di limitare l'incidenza degli affermati principi dell'organo dell'Unione al settore degli appalti pubblici (Cons. Stato, sez. V, 18.2.2013 n. 966, in *Foro amm.*, 2014, p. 88), evitando estensioni ad altri casi di responsabilità dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, 10.1.2012, n. 14, in *Giurisdiz. amm.*, 2012, I, p. 8482).

Le descritte tendenze restrittive, tuttavia, non offuscano la netta rimeditazione dell'architettura globale della responsabilità da atto lecito dovuta alle influenze europee.

Da un lato, infatti sembra oramai superato lo schema tradizionale che inquadrava la responsabilità per lesione di interessi legittimi da attività provvedimentale nella responsabilità aquiliana di cui all'art. 2043 c.c. (con la conseguente necessità di individuare tutti gli elementi dell'illecito extracontrattuale, ivi compreso quello soggettivo), dall'altro lato, soprattutto sui fronti nazionali, il riferimento alla colpa pare soprattutto finalizzato a porre un argine all'eccesso di risarcibilità delle ipotesi dannose. Del resto, l'indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, sez. IV, 12.1.2005, n. 43, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1651), che ritiene la colpa sussistente *in re ipsa* nella stessa illegittimità processualmente accertata dell'atto amministrativo, finisce per operare una presunzione assoluta dell'elemento psicologico, implicita nell'adozione ed esecuzione del provvedimento illegittimo ed indipendente dalla natura del vizio che inficiava il provvedimento.

Differente è la scelta delle sezioni unite della Corte di cassazione di rifarsi al concetto di "colpa di apparato" nel caso in cui "l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione" (Cass., sez. un., 22.7.1999, n. 500, cit., p. 2487), che tenta di configurare la responsabilità della pubblica amministrazione come extracontrattuale, in applicazione dei principi generali (art. 2697 c.c.), onerando il privato della dimostrazione dell'elemento soggettivo della colpa.

Nella giurisprudenza interna si riscontra altresì il ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici, legato all'affermazione secondo cui l'illegittimità del provvedimento amministrativo costituisce solamente uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare in uno ad altri, quali il grado di chiarezza della nor-

mativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico della questione. Sicché, si è determinato un sostanziale alleggerimento dell'onere probatorio incombente sul privato in forza del quale, accertata l'illegittimità del provvedimento, spetta all'amministrazione provare l'assenza di colpa, facendo ricorso all'errore scusabile (Cons. Stato, sez. V, 6.12.2010, n. 8549, in *Foro amm.*, 2010, p. 2681; Cons. Stato, sez. V, 18.11.2010, n. 8091, *ivi*, p. 2374).

In questo caso, pur rimanendo fedeli alla qualificazione extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, si è introdotto il c.d. principio dispositivo con onere acquisitivo.

Di avviso contrario, l'orientamento giurisprudenziale che delinea la responsabilità della pubblica amministrazione in termini di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30.12.2014, n. 6421, in *Foro amm.*, 2014, p. 3120; Cons. Stato, sez. V, 6.8.2001, n. 4239, in *Foro it.*, 2002, III, c. 1 ss. con commenti di E. CASETTA-F. FRACCHIA, *La responsabilità da contatto: profili problematici* e di V. MOLESCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*). In questa dimensione il rapporto tra il privato e l'amministrazione non si risolve nell'estraneità reciproca e nella mera violazione del principio del *neminem laedere*, ma si inquadra in un insieme di norme procedurali che lo disciplinano e che conformano lo svolgimento del procedimento amministrativo, nonché l'emanazione del provvedimento conclusivo. In questo senso, il danneggiato è onerato, ex art. 1218 c.c., della mera prova del titolo del suo diritto e del danno subito, potendo limitarsi semplicemente ad allegare la colpa dell'amministrazione. Quest'ultima, per esonerarsi da responsabilità, dovrà invece fornire la prova, anche per presunzioni (art. 2727 c.c.), della mancanza dell'elemento psicologico e, in particolare, dovrà provare la circostanza che l'illegittimità del provvedimento è riconducibile all'oscurità o al repentino mutamento dell'assetto normativo per contrasto giurisprudenziale nella sua interpretazione.

Nell'ambito amministrativo, il profilo della sussistenza o meno della colpa in sede di accertamento della responsabilità lecita della pubblica amministrazione, permane dunque come fortemente problematico (Cons. Stato, sez. IV, 7.4.2015, n. 1170, in *Danno e respons.*, 2015, p. 763; Cons. Stato, sez. V, 27.4.2006, n. 2359, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1659; Cons. Stato, sez. IV, 11.10.2006, n. 6059, in *Dir. giust.*, 2006, f. 43 p. 89). Coesistono infatti differenti statuti della responsabilità della pubblica amministrazione: uno statuto generale, fondato sulla responsabilità colposa con l'onere della prova invertito, in cui all'amministrazione è dato di provare l'errore scusabile (Cons. Stato, 29.5.2008, n. 2564, in *Giur. it.*, 2009, p. 1004); uno statuto particolare, esistente solo nel settore degli appalti pubblici, fondato invece sulla responsabilità oggettiva (Cons. Stato, sez. VI, 15.9.2015, n. 4283, in *Foro amm.*, 2015, p. 2277).

7. Analisi economica del diritto e indennizzo da processo

La responsabilità da attività lecita è tuttora dominata dalla contrapposizione fra la concezione della responsabilità "speciale" della P.A. e quella dell'istituto fondato sul paradigma civilistico, con influenze che provengono dalla responsabilità per l'esercizio illecito della funzione pubblica, ed altrettanti condizionamenti derivanti dalla responsabilità dell'imprenditore da rischio ovvero dalle molteplici fattispecie di responsabilità oggettiva (G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., p. 226 ss., e le critiche di L. VIOLA, *Analisi economica del diritto e responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 10, p. 3399).

Una responsabilità capace quindi di assumere varie sembianze e prescindere dalla colpa laddove le conseguenze sfavorevoli all'individuo siano accettate come "prezzo" per la maggiore tutela di altrettanti diritti della collettività: talvolta essa può essere legata a considerazioni equitative che l'ordinamento compie riconoscendo un indennizzo per il sacrificio di un diritto; in altri casi, può altresì essere ricondotta a ragioni di mera sovvenzione ed essere svincolata da qualsiasi imputabilità e ascrivibilità ad un'attività dell'amministrazione.

In questo universo di riferimenti, è merito delle opzioni interpretative costituzionalmente orientate (G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., p. 226 ss.) aver sottolineato l'inidoneità dei principi civilistici a garantire adeguatamente il cittadino, ed avere evidenziato al contempo come attraverso la "specialità del diritto pubblico" sia possibile espungere dallo schema aquiliano qualsiasi indagine sulla colpa per giungere così a consolidare il paradigma generale della responsabilità da atto legittimo (N. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 65).

Sul versante delle matrici civilistiche della responsabilità notevoli apporti provengono dalle categorie dell'analisi economica del diritto, utilizzate al fine di ampliare lo spettro della responsabilità da atto lecito (L. VIOLA, *Analisi economica*, cit., p. 3399 che si rifà al suggestivo testo di G. CALABRESI, *Il dono dello Spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti con il diritto*, Milano, 1996 (trad. di Rodotà)).

Lo spunto centrale è qui offerto dal noto caso americano *Friedman* (*Friedman v. New York*, 282, N.Y.S. 2 858, Misc. 2d 448), in cui la *Court of Claims* di New York, adattò le norme in materia di responsabilità civile alla "potenza gravitazionale" rappresentata dalla Costituzione (G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., p. 64, che richiama il concetto di "forza gravitazionale" di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, p. 90).

Questa visione riconosce al diritto una funzione "promozionale" di alcuni valori fondamentali previsti dalle Carte costituzionali (G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., pp. 108 e 109, spec. nt. 47). Pertanto, la fattispecie risarcitoria non è più limitata al restrittivo bilanciamento "utilitaristico" dei diritti ma ri-

sulta allargata anche alla considerazione delle garanzie fondamentali riconosciute dalla Costituzione e da altri obiettivi di equità sociale e giuridica. In tal modo il modello indennitario si dilata superando i rigidi comparti posti tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva.

Pure questo approccio risulta utile a consolidare l'idea di responsabilità da atto lecito quale fondamento della fattispecie indennitaria, che giunge a ipotizzare anche un "fondo speciale per risarcire le vittime", potendo ben coniugarsi con il diverso sforzo esegetico di promuovere una ricostruzione "costituzionalmente orientata" della fattispecie risarcitoria, intesa in termini oggettivi (G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., p. 203 ss.).

Il punto di partenza comune è costituito dal riconoscimento del particolare intreccio tra diritto costituzionale e diritto civile che "convergono" nel produrre un effetto di allargamento della responsabilità della P.A. da attività lecita (G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., p. 226).

Sono suscettibili di indennizzo "le restrizioni di diritti fondamentali, in diretta applicazione delle stesse previsioni costituzionali che riconoscono i diritti" (si pensi, per es., al "giusto processo").

Come affermato dalla giurisprudenza francese in materia di "*rupture de l'égalité devant les charges publiques*" (rottura che impone la corresponsione di un indennizzo, secondo i dettami della *responsabilité sans faute*) o, infine, dalla giurisprudenza tedesca in tema di "*Lastengleichheit*", un analogo risultato può essere raggiunto "nell'ordinamento italiano per l'effetto congiunto degli artt. 3 e 53 Cost.": vale, cioè, anche nel nostro sistema un "principio equitativo secondo cui i sacrifici patrimoniali preordinati al vantaggio altrui, anche se legittimamente imposti, vengano sopportati da quelli che del vantaggio usufruiscono" (L. VIOLA, *Analisi*, cit., p. 3399).

A differenza della tesi costituzionalmente orientata (G. CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., p. 225), l'esigenza costituzionale di una giusta ripartizione degli oneri pubblici non filtra nella sistematica risarcitoria attraverso il modulo della responsabilità oggettiva, bensì attraverso meccanismi non dissimili da quelli sperimentati nell'esperienza statunitense. Il danno particolare subito dal privato, non viene cioè lasciato lì dove cade (quasi come costituisse effetto di "atti di Dio", secondo l'impostazione ottocentesca (G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., p. 86), ma viene indennizzato, in applicazione di specifiche disposizioni costituzionali e/o di legge (art. 42, co. 3, Cost.; art. 44, T.U. 8.6.2001, n. 327), che riconoscono diritti fondamentali (come per le lesioni del diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*) oppure di costruzioni giurisprudenziali (come la "*rupture de l'égalité devant les charges publiques*" francese) direttamente applicative dei principi costituzionali di eguaglianza e di equa partecipazione dei cittadini alle spese pubbliche (L. VIOLA, *Analisi*, cit., p. 3340).

In tal modo si raggiunge una sorta di una socializzazione degli oneri derivanti

dagli interventi pubblici nell'interesse della collettività, secondo movenze non dissimili dal fondo sociale di garanzia, preconizzato da Guido Calabresi come equo temperamento delle due opposte posizioni del danneggiante/titolare di un diritto costituzionalmente garantito e del danneggiato/incolpevole.

A questo punto le incertezze teoriche riguardo alla responsabilità da atto lecito processuale penale paiono agevolmente sormontabili sia attraverso il prisma dell'analisi economica del diritto (Viola), sia soffermandosi sulla responsabilità oggettiva da rischio (Corso), con un ulteriore consolidamento della prospettata fattispecie indennitaria.

8. Tassatività dell'indennizzo o catalogo aperto?

Tali approdi dogmatici in tema di responsabilità da atto lecito indennizzabile lasciano però aperto il quesito concernente il rispetto della legalità-tipicità per i danni da processo.

A prima vista, infatti, la responsabilità della P.A. per i danni cagionati con attività lecita sembrerebbe ancora dominata da un principio di stretta osservanza della legge: le fattispecie indennitarie, nel diritto amministrativo, sono quelle espressamente previste (indennizzo da espropriazione, indennizzo per attività sanitaria, indennizzo per la revoca da atto amministrativo illegittimo, ecc.). In ragione di ciò, solo *de iure condendo* potrebbero profilarsi nuove ipotesi di responsabilità da danno processuale penale con conseguenti indennizzi.

Aderendo invece a un paradigma indennitario più generale (S. CICCARELLO, voce *Indennità* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, pp. 99-106), si potrebbe estendere la clausola anche a casi analoghi (G. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, p. 113 ss.).

Si tratta di un punto molto controverso poiché chi sostiene la tassatività delle ipotesi di indennizzo da attività lecita ritiene che essa non sia invocabile al di fuori dell'espressa previsione normativa (R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, p. 74); viceversa, le opinioni favorevoli rendono invocabile un obbligo indennitario generale al di là della tipizzazione, cioè anche nel silenzio della legge (A.M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo*, cit., p. 938; G. MICARI, *P.A., Danno da ritardo "mero" ed atipicità degli atti leciti dannosi*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 121).

Evidentemente tale ultima opzione offre maggiori spunti per le variegate ipotesi scaturenti dalla nostra ricerca, ma si espone subito all'alea di amplificare i poteri dell'interprete nell'individuazione delle ipotesi indennitarie. Tra i due prospettati orientamenti, peraltro, si individuano molteplici sfumature o graduazioni.

Attualmente, il principale riferimento legislativo nel settore processuale penale può senz'altro rinvenirsi nella legge Pinto e nelle sue successive modifiche (specialmente il d.m. 20.7.2012, n. 140, *Regolamento recante la determinazione dei*

parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le professioni regolarmente vigilate dal Ministero della giustizia, ai sensi dell'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 conv. con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27), che hanno chiarito come nell'esercizio di attività giudiziale civile, amministrativa, tributaria e penale (quest'ultima disciplinata dall'art. 12) costituisca un elemento di valutazione negativa in sede di liquidazione del compenso l'adozione di condotte dilatorie tali da ostacolare la definizione del procedimento in tempi ragionevoli (L. MATTINA, *Violazione della ragionevole durata del processo: il "quantum" dell'equa riparazione "ex lege" Pinto*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 822 ss.).

Il precedente, nonostante le sue molteplici zone d'ombra, rappresenta un prototipo essenziale per individuare nuovi meccanismi di ristoro del danno processuale.

La base normativa può essere valorizzata alla luce degli apporti giurisprudenziali offerti dalla Consulta ai fini del superamento del principio di tassatività del danno (Corte cost., 22.6.1990, n. 307, in *Resp. civ. e prev.*, 1991, p. 73), proprio in materia di tutela della salute (vaccinazioni) o in tema di espropriazioni (sulla determinazione dell'indennizzo).

Rilevanti apporti provengono dalla giurisprudenza di merito con riguardo a situazioni esulanti dalle previsioni di legge in materia di danni da opere pubbliche (Cass. civ., sez. un., 22.6.1971, n. 1959, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2210; Cass., 15 maggio 1971, n. 1404, *ivi*, 1972, I, c. 185; Cass., sez. un., 17.4.2009, n. 9147, in *Foro amm. CdS*, 2009, pp. 2275-2279) o in materia di vaccinazioni (App. Campobasso, 12.6.2006, in *Danno e resp.*, 2007, p. 2346) nelle quali si è fatto costante ricorso all'analogia.

Nel contesto europeo, peraltro, il frequente richiamo alla responsabilità oggettiva si è accompagnato pure alla delineazione dei presupposti e degli elementi costitutivi dell'istituendo meccanismo indennitario, correlato: a) al comportamento derivante da fatto lecito da parte dell'istituzione europea; b) alla causazione di un danno reale, certo, anormale e speciale; c) al nesso di causalità tra il danno e il comportamento; d) al pregiudizio al diritto di proprietà in un'accezione assai ampia; e) al bilanciamento tra i sacrifici sopportabili e i vantaggi connessi alla soddisfazione "di un interesse economico generale" (Corte giust. CE, Grande Sezione, 9.9.2008, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, Fiamm e altri c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione, cit.; Trib. I grado CE 14.12.2005, causa T-135/01, Fedon & Figli e a. c. Consiglio e Commissione, *ivi*, II-29).

Muovendo da logiche di bilanciamento fra l'art. 42 e l'art. 97 Cost. sono stati ampiamente valorizzati il diritto di proprietà, il diritto alla salute in termini di interesse fondamentale della collettività e dell'individuo tutelato dal principio di solidarietà, e la visuale ablativa del bene salute provocato da un intervento del potere (artt. 32 e 38 Cost.).

In tal senso la figura rimediale, ispirata al buon andamento e all'imparzialità

dell'amministrazione pubblica, si presta ad assumere il valore di una sorta di fatti-specie generale contro il malfunzionamento della macchina pubblica; inoltre, nel momento stesso in cui si giunge ad affermare la rottura del rapporto di necessaria corrispondenza tra obbligo legale e indennizzo, si possono rivalutare pure le potenzialità applicative del principio del "legittimo affidamento", già chiamato in causa a proposito della revoca dell'atto amministrativo.

L'"affidamento", inquadrato nei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza, rappresenta infatti uno dei corollari del principio di uguaglianza, capace di garantire la certezza delle posizioni giuridiche consolidate dei privati (M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio di legittimo affidamento*, in M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 171), in una rinnovata connotazione del principio di solidarietà cui rapportare i poteri dell'amministrazione pubblica.

A quest'idea di "affidamento", pertanto, si potrebbe fare richiamo sin tanto che non si provveda all'enucleazione di una compiuta disciplina della responsabilità da attività processuale lecita (S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 136 ss.), che assegni all'indennizzo il ruolo di tutela minima del rapporto instaurato con il privato.

9. L'applicazione del principio di affidamento in tema di prevenzione antimafia

Del resto, l'emersione giurisprudenziale di un "principio generale di tutela dell'affidamento" ha già fatto la sua comparsa nel settore della prevenzione antimafia, che rappresenta un punto di intersezione esemplare (amministrativo/penale) della problematica in oggetto. In un precedente relativo all'interpretazione del termine "utilità conseguite", quale limite del "rimborso" spettante a un'impresa interdotta a seguito dell'informativa prefettizia ai sensi dell'art. 11, d.p.r. n. 252/1998, la scelta dei giudici di merito è stata quella di conferire al termine "utilità", di cui al co. 2 dell'art. 11, d.p.r. n. 252/1998, un significato diverso e molto più pregnante rispetto al suo dato letterale. In particolare, si è ritenuto di estendere la nozione "anche a quei vantaggi generali che l'esecuzione del programma finanziato aveva di mira, che sono da accertarsi da parte della pubblica Amministrazione in termini di effettività", sul presupposto che "ogni attività della pubblica Amministrazione che importa erogazione di provvidenze economiche è finalizzata a scopi di interesse pubblico e questi ultimi si sostanziano in benefici collettivi, immediatamente o mediamente riconducibili all'esercizio del potere" (TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, 15.2.2013, in *Giur. it.*, 2013, p. 1688, con nota di A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita*, *ivi*, p. 1690 ss.).

A nostro parere, questa soluzione esalta la duplicità di contenuti della figura indennitaria (E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1963, p. 49), che è invocabile sia nei casi in cui al decremento patrimoniale del soggetto faccia riscontro un incremento patrimoniale da parte dell'ente pubblico (ove l'indennità funge da corrispettivo di un'utilità concreta a questo attribuita, eliminando un arricchimento altrimenti ingiustificato), sia nei casi in cui al sacrificio economico del singolo non corrisponda alcuna utilità economica da parte del soggetto pubblico.

Potrebbe così superarsi l'impostazione in base alla quale il principio indennitario troverebbe applicazione solo nelle ipotesi in cui si deve ristabilire l'equilibrio patrimoniale mentre non sembrerebbe invocabile quando si tratti esclusivamente di un decremento "patrimoniale" del privato cui non corrisponda un vantaggio economico del soggetto pubblico.

La "responsabilità" è posta a carico dell'agente che causa un danno e non necessariamente a carico di chi si giova dell'azione (G. DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, p. 541). Beneficiario dell'azione, inoltre, non è (sempre) l'ente stesso bensì la collettività il cui interesse è curato dall'amministrazione, scindendosi in tal modo il collegamento tra la responsabilità da atto lecito e l'arricchimento dell'ente e distinguendo quest'ultimo dal danno che possa derivare dall'azione.

Questi ragionamenti hanno indotto a ravvisare nell'art. 11, d.p.r. n. 252/1998 l'emersione di un più generale "principio equitativo di tutela dell'affidamento", comune a quanto prescritto dall'art. 2041 c.c. e dall'art. 21 *quinquies*, co. 1 *bis*, l. n. 241/1990, ed espressivo dell'esito del bilanciamento con le esigenze d'interesse pubblico a carattere autoritativo che possono consentire la revoca di atti ampliati. Si riconosce l'indennizzo limitatamente al danno emergente, ovvero all'utilità effettivamente conseguita dalla amministrazione e alla situazione di buona o mala fede dell'*accipiens*.

Un ragionamento che riafferma e rafforza la tendenza espansiva dell'obbligo indennitario quale strumento diretto a un riequilibrio parziale, non meramente simbolico, del pregiudizio subito (A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., p. 279), confortando ancora una volta l'esportabilità del modello indennitario sul versante del processo penale (oltre che, nello specifico, della prevenzione penale), per tutte le lesioni derivanti da atti leciti.

10. La fattispecie indennitaria quale paradigma duttile entro cui iscriverne il danno da processo

Nel processo penale e nei sub-procedimenti a esso collegati, un provvedimento legittimamente emanato (anche se, naturalmente, censurabile con impugnazioni o altri strumenti appositi) può danneggiare il soggetto interessato a causa di disfunzioni eterogenee.

Prassi giudiziarie lassiste, iter burocratici complessi, sovraffollamento di processi pongono accanto alle ipotesi tradizionali già individuate dal legislatore (l'ingiusta detenzione, l'irragionevole durata del processo, l'errore giudiziario, il dolo o la colpa grave del singolo magistrato), numerose altre fattispecie di "danno processuale", che meritano valorizzazione anche al di là delle ipotesi degli utilizzi disfunzionali dell'atto ("abusi" del processo).

Basti qui il richiamo a un precedente in tema di sorveglianza nel quale, con un ragionamento fortemente ispirato da logiche indennitarie, si è censurato il fatto che un soggetto avesse sofferto una misura coercitiva facilmente evitabile con la concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali (Trib. Sorv. Roma ord. 22.8.2013, n. 4222, in *Cass. pen.*, 2013, p. 1067, annotata da F. GALLUZZO, *Anche la detenzione domiciliare, se ingiusta, deve essere risarcita*).

In questa interessante decisione, stigmatizzando il decorso eccessivo del tempo dovuto alla congestione dei tribunali per il mancato deposito della relazione che i servizi sociali avrebbero dovuto svolgere all'esito dell'attività di osservazione dell'interessato, si è ritenuto sussistente un "danno" derivante dalla – evitabile – limitazione della libertà personale, riverberatosi sulla vita lavorativa del detenuto e sulle sue relazioni sociali e familiari.

In tal modo si è estesa l'area della risarcibilità-indennizzabilità del danno da processo ben oltre le ipotesi non strettamente rientranti in seno alla previsione degli artt. 314-315 c.p.p. (G. DALIA, *La riparazione per l'ingiusta detenzione*, in G. DALIA-P. TROISI, *I rimedi al danno da processo*, Milano, 2013, pp. 90-92), perché non sussistevano i presupposti della detenzione cautelare e del proscioglimento con sentenza irrevocabile, né la durata del procedimento era irragionevole ai sensi dei tassativi limiti della c.d. legge Pinto (oggi ancora più stringenti che nel passato).

Orbene, l'interesse in gioco, mediante un'interpretazione estensiva, potrebbe involgere altre situazioni, quali il risarcimento delle spese legali affrontate dall'imputato prosciolto, il risarcimento per i danni derivanti da confische o sequestri poi revocati (http://www.benisequestraticonfiscati.it/Joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=198&Itemid=2), il risarcimento per i danni di immagine, alla vita lavorativa, alla vita di relazione che l'imputato abbia subito per il solo fatto di essere stato sottoposto ad un processo, per quanto legittimamente instaurato e condotto.

D'altra parte, la giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. un., 30.5.2006, n. 25084, Pellegrino, in *Cass. pen.*, 2007, p. 2366), con riguardo all'ambito delle misure cautelari personali coercitive, ha da tempo elaborato una nozione di ingiusta detenzione riparabile che ricomprende tutte le ipotesi di custodia cautelare risultate *ex post* erronee e, come tali, lesive del diritto alla libertà personale (Cass., sez. un., 22 gennaio 2009, Novi, in *CED Cass.*, n. 242293). Ed analogamente la Consulta, in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva il diritto alla riparazione per la custodia cautelare che risultasse superiore alla misura della pena inflitta, ha lasciato aperta

la porta per l'ampliamento del novero delle fattispecie risarcitoria, affermando che l'istituto della riparazione "si presta, quanto a modalità applicative, ad essere esteso ad ogni ulteriore ipotesi si riveli costituzionalmente imposta" (Corte cost., 20.6.2008, n. 219, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2456, con nota di M.G. COPPETTA, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?*).

I segnali manifestati sono dunque convergenti in ordine al possibile accoglimento di una nozione costituzionalmente orientata del diritto all'indennizzo da attività lecita che consenta di dilatare gli strumenti normativi attualmente esistenti.

Più complesse sembrano invece le scelte volte ad amplificare la portata attuale della disciplina delle spese processuali (cfr. ord. Cass. 9 ottobre 2015, n. 20313, in *www.altalex.it*), magari attraverso il ricorso al principio dell'"affidamento".

La giurisprudenza tende invero a comprimere gli esiti sottolineando la peculiarità portata degli artt. 91 e 92 c.p.p. rispetto al diritto al risarcimento del danno, o ai casi di "lite temeraria" (Cass., sez. IV, 26.2.2015, n. 15209, in *CED Cass.*, n. 26314).

Significativa del dato è la recente proposta di riforma in materia che tende a rimodulare l'istituto, estendendo la refusione delle spese processuali anche a favore dell'imputato prosciolto (cfr. d.d.l. n. 2153, a firma di G. Albertini, A.S. n. 2153, in materia di rimborso delle spese di giudizio sostenute dall'imputato prosciolto).

Di certo sembrano oramai maturi i tempi perché l'indennizzo da attività processuale reclaims una più ampia sfera di azione che aggiunga alla creazione di un catalogo dei c.d. danni da attività giudiziaria derivanti dall'esercizio lecito dell'attività giudiziaria, l'individuazione di un procedimento unico, idoneo ad abbracciare le fattispecie già disciplinate e quelle in via di profilarsi, mostrandosi capace di assicurare il rispetto del principio di tassatività e certezza in ordine agli esiti della richiesta risarcitoria e alla quantificazione della stessa (F. GALLUZZO, *Anche la detenzione domiciliare*, cit., p. 4222).

11. Ulteriori ipotesi di danno da processo in prospettiva *de lege ferenda*

Se le più recenti prese d'atto legislative consentono di allungare la lista delle fattispecie di danno da processo, sforzi catalogativi (non esaustivi) lasciano ipotizzare indennizzi variegati e molteplici.

Arreca infatti un danno processuale l'azione del pubblico ministero che non utilizzi i filtri esistenti (archiviazione, richiesta di non luogo a procedere), portando in giudizio contenuti di indagine incompleti, ovvero non sfrutti appieno il potere di iscrizione/cestinazione della *notitia criminis* (Cass., sez. VI, 8.2.2016, M.A., in *Giur. it.*, 2016, p. 723, con nota di A. MARANDOLA, *Il danno da iscrizione della notizia di reato*, *ivi*, p. 724.; Corte cost., 23.7.2015, n. 184, in *Giust. pen.*,

2015, I, p. 238; si veda pure l'art. 32 del d.d.l. n. 2067, recante *Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi*. A.S. 2067). Allo stesso modo, si potrebbe prefigurare la refusione del danno causato dal mancato deposito da parte del p.m. degli atti utili al contraddittorio cautelare o dalla parziale trasmissione di attività d'indagine, mascherata da tentativi (anche giudiziali) di recupero successivo dell'atto che violino il principio della parità delle armi (Cass., sez. I, 12.3.2014, n. 27879, in *Proc. pen. giust.*, 2015, I, p. 35 ss., con nota di I. GUERINI, *Potere istruttorio d'ufficio del giudice e prove inutilizzabili*).

Innumerevoli ipotesi di danno da processo si annidano poi nelle delicate intersezioni fra pubblicità, segreto processuale e stress da esposizione mediatica, con un nodo assai complesso legato alla tutela della *privacy* delle parti e dei terzi coinvolti nelle intercettazioni, ogniquale volta le conversazioni intercettate tra due indagati, in un procedimento penale vengano "pubblicizzate" artificiosamente magari coinvolgendo soggetti estranei (M.E. CATALANO, *Prassi devianti e prassi virtuose in materia di intercettazioni*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, I, p. 1 ss.). In un caso – inquadrato in termini di abuso del processo – la Cassazione civile ha, a esempio, espressamente sanzionato "la prevedibile (e avvenuta) divulgazione pubblica come provvedimento avente una oggettiva funzione divulgativa e mediatica di propalazione di notizie proceduralmente irrilevanti" (Cass. civ., sez. un., 24.9.2010, n. 20159, in *CED Cass.*, n. 614115).

Seguendo il ragionamento sin qui proposto, si potrebbero fare rientrare nell'ambito del danno: la pur ampia nozione di illegalità della detenzione funzionale alla integrazione del rimedio di cui all'art. 314 c.p.p., la mancata individuazione di termini minimi della custodia cautelare, le condotte relative al compimento di pseudo-investigazioni integrative, nonché il diniego della concessione di termini a difesa.

Solo a fini ulteriormente esemplificativi potrebbe ipotizzarsi un indennizzo per la mancata ammissione della lista testi che contravvenga ai criteri codicistici, per il cattivo utilizzo dei filtri di ammissibilità delle domande, per le ipotesi di perizia sovrabbondante in incidente probatorio o di erronea declaratoria di utilizzabilità degli atti in udienza preliminare. Potrebbe persino venire in rilievo il profilo della mancata correlazione tra accusa e sentenza, sia in generale, sia in sede di giudizio abbreviato, contestabile dall'imputato esclusivamente nel corso del giudizio di appello, in palese violazione degli assunti europei (Cass., sez. VI, 14.2.2012, n. 10093, in *CED Cass.*, n. 251961).

Nel paradigma indennitario sarebbero riconducibili anche le violazioni delle tempistiche di decisione o altre condotte omissive idonee a integrare forme di responsabilità da atto lecito.

Si pensi, a esempio, all'omissione di misure di protezione della vittima di reati di tipo sessuale, da parte del p.m. che non tenga conto delle apposite sollecitazioni della polizia giudiziaria. In tali casi si realizzerebbero evidenti intersezioni del

danno con l'illecito disciplinare e con la responsabilità civile, strumenti che, tuttavia, sono spesso privi di reale effettività (F. BIONDI, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, in *Quest. giust.*, 2015, III, p. 65).

Come si comprende, il salto concettuale dall'inquadramento dogmatico-generale di un indennizzo per l'attività processuale lecita all'individuazione delle singole fattispecie concretamente "compensabili" rappresenta uno degli aspetti più delicati e complessi della questione.

Una nozione d'indennizzo troppo ampia rischia infatti di rimanere meramente teorica o descrittiva, posto che, parallelamente, indennizzare tutte le attività processuali finisce per ingenerare il rischio contrario di non risarcirne alcuna, con l'ulteriore paradosso di sconfinamenti (o sovrapposizioni) continui con le ipotesi di "abuso del processo".

12. Danno indennizzabile e abuso del processo

Anche tali ultime riserve possono però essere agevolmente superate. Nel campo del diritto amministrativo, infatti, il rimedio indennitario si sostituisce e si confonde spesso con quello risarcitorio mostrandosi come uno strumento più duttile, laddove sussistano indici tali da fare ritenere sussistenti gli elementi costitutivi dell'illecito. Da questo punto di vista le coincidenze con le varie forme di "abuso del processo" potrebbero connotare l'indennizzo in un'ottica marcatamente sanzionatoria (ma non di per ciò stesso escluderne la postulabilità).

Peraltro, l'"abuso del processo" (E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 9) costituisce una categoria polisemica in cui si iscrivono generalmente le deviazioni funzionali degli istituti giuridici riconducibili al modello indennitario da danno.

La responsabilità da atto lecito processuale (dalla quale sorge l'obbligo dell'indennizzo) non implica, invece, usi necessariamente "disfunzionali" della macchina processuale o di un singolo atto del processo, potendo configurarsi pure dinanzi a una piena rispondenza dell'atto agli schemi legislativi che, tuttavia – ed è questo il punto di maggiore interesse – necessitano l'attivazione di forme di ristoro per il sacrificio "fisiologicamente" (e non dunque solo "patologicamente") sofferto dal singolo.

V'è però da chiedersi se la categoria dell'abuso, riferita al metodo accusatorio fondato sul contraddittorio orale nella formazione della prova (che deve dispiegarsi non solo nella fase del giudizio, ma anche nelle fasi preparatorie, della raccolta e selezione del materiale da offrire al giudice per la formazione orale della prova), non finisca per identificare l'epicentro del processo "giusto" (nel senso imposto dall'art. 111 Cost.) nel processo "corretto" (V. GAROFOLI, *I canoni deon-*

tologici come reazione agli abusi nel e del processo penale, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 142).

Una tale impostazione omnicomprensiva potrebbe infatti spostare l'attenzione dai termini oggettivi, funzionali o strutturali (relativi all'effettività e all'idoneità tecnica di determinati mezzi di azione o difesa, esperibili nel contraddittorio paritario, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale) ai termini soggettivi e comportamentali (relativi cioè ai principi etici o deontologici di lealtà, di buona fede e di probità) che impongono a tutti i soggetti istituzionalmente coinvolti – parti, difensori, giudici, pubblici ministeri – precisi doveri di comportamento processuale, la cui eventuale violazione è sempre suscettibile di controllo e di accertamento, esponendoli magari all'irrogazione di adeguate sanzioni (P. COMOGLIO, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1698).

Tale obiezione non sembra assumere contenuti limitanti rispetto all'ipotizzata categoria indennitaria, in quanto pure dalla violazione di doveri di condotta possono scaturire obblighi risarcitori.

Il tema delle "distorsioni" funzionali del processo riconduce semmai alla sovrapposizione del rimedio indennitario rispetto ai molteplici meccanismi sanzionatori già esistenti ed utili a disincentivare le condotte abusive, ovverossia all'area del penalmente rilevante, agli illeciti civili, al pregiudizio dei canoni deontologici con conseguente incidenza sul versante della risposta *lato sensu* disciplinare, sino al poco convincente impiego della categoria degli abusi in materia di sanzioni processuali (Cass., sez. un., 29.9.2011, n. 155, Rossi, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2438).

Da questo punto di vista, è innegabile che le interferenze fra il danno da processo e l'abuso del processo potrebbe determinare una sorta di "abuso degli abusi".

In realtà, l'obiettivo di fondo della ricerca era quello postulare la piena esportabilità del modello indennitario-amministrativo per i "sacrifici" inferti dall'agere pubblico nella sede processuale penale.

Ciò appare plausibile anche in assenza di una deviazione funzionale dell'atto processuale penale oppure di fronte a comportamenti semplicemente omissivi o che, pur non assurgendo al rango di veri e propri illeciti, comportino comunque l'insorgere di un diritto al ristoro economico per il cittadino.

Proprio per questo, eventuali sovrapposizioni dei concetti di danno e abuso non dovrebbero preoccupare più di tanto: l'indennizzo si affiancherebbe in termini di effettività ai rimedi già esistenti e troverebbe fondamento nell'esistenza di un principio generale di responsabilità da attività (processuale) lecita.

In un momento segnato dall'interazione tra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali, il *due process of law* sospinge in chiave antiformalistica i percorsi degli interpreti, consentendo di tratteggiare, accanto forme di tutele meramente "apparenti", meccanismi concretamente capaci di porre rimedio alle lesioni effettive dei diritti individuali.

A tal fine lo strumento "indennitario" può servire a ovviare ai vuoti di tutela e

ad assicurare al danneggiato da una violazione da parte di una pubblica autorità un'equa soddisfazione attraverso una procedura unica che consenta di isolare le fattispecie di danno, la fonte di responsabilità, la concreta quantificazione e l'irrogazione dell'indennizzo.

In questa direzione il passaggio dalla configurazione dogmatica dell'indennizzo da processo alla sua regolamentazione concreta rappresenta una vera "sfida" per gli studiosi, inducendo a "sfruttare" ogni piega della tutela dell'"affidamento" connessa agli istituti già esistenti e ad auspicare, a breve, ulteriori interventi legislativi magari attraverso l'istituzione di un fondo generale di garanzia, alimentato da forme di assicurazione obbligatoria, per superare il regime di irrisorietà dei ristori economici attuali.

Ed è proprio dall'inadeguatezza dei meccanismi di tutela oggi presenti che trae linfa l'auspicio verso una compiuta disciplina degli indennizzi per le lesioni inferite dalla macchina processuale al fine di meglio scardinare presupposti e procedimento.

L'ONORE PERDUTO DELL'ASSOLTO

Fabrizio Ramacci

Senza girarci troppo intorno, devo dire subito che è quanto meno opportuna l'omologazione dell'ambito di tutela riservato al privato nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione rispetto a quello, nettamente più limitato, di cui esso gode nei confronti dell'amministrazione della giustizia ordinaria, civile e penale.

L'osservazione delle fonti di comunicazione mostra con evidenza la sperequazione esistente nel numero dei casi di mala-amministrazione portati all'attenzione della collettività rispetto a quelli di mala-giustizia. Inoltre, mentre la mala-amministrazione si incarna regolarmente nel nome e cognome dell'amministratore o del funzionario responsabile, o presunto tale, la mala-giustizia si ammanta di riserbo ed è raro che si faccia il nome di un responsabile. Eppure, eccessi di potere, ingiustificati ritardi e decisioni sconcertanti avvengono in ambedue i settori dell'apparato statale e, per quanto riguarda l'etica dell'ufficio, l'accettazione di favori che all'evidenza non hanno altro motivo che quello di una *captatio benevolentiae* non è meno indecente ai fini disciplinari dell'intascare denaro sonante per l'esercizio, in un certo modo, della funzione.

Stando così le cose, fermando per il momento l'attenzione sul versante della responsabilità penale, si può riscontrare che l'effettività di alcune norme incriminatrici, mentre è ben definita per quanto riguarda l'attività della pubblica amministrazione, è pressoché sfuggente rispetto all'amministrazione della giustizia. Eppure, l'abuso d'ufficio e l'omissione o il ritardo di un atto di ufficio sono implicitamente (art. 323 c.p.) o esplicitamente (art. 328 c.p.) rilevanti anche nei confronti degli amministratori di giustizia e, soprattutto, dovrebbe essere usata maggiore vigilanza sulla rivelazione di segreti d'ufficio anche nella forma dell'agevolazione colposa della conoscenza del segreto (art. 326 c.p.), norma che costituisce garante del segreto il titolare dell'ufficio e lo vincola alla necessaria sorveglianza. Inoltre, sono troppo frequenti i casi in cui gli inquisitori, che in qualità di magistrati non possono essere separati dai giudici, costruiscono un c.d. teorema probatorio e poi selezionano i fatti che a quello possono essere di sostegno e tralasciano di considerarne altri, che invece risultano con quel teorema inconciliabili; quando