

Archivio Penale è una rivista di Classe A Anvur soggetta a peer review

ISSN 0004-0304

e-ISSN 2384-9479

## ORIENTAMENTI

---

**PAOLA MAGGIO**

### **L'indennizzo del danno da processo penale\***

**SOMMARIO:** 1. La responsabilità da processo: un approccio problematico. - 2. L'apporto della dottrina amministrativistica nella delineazione di un modello indennitario applicabile al processo penale. - 3. *Segue.* Il contributo della giurisprudenza costituzionale in tema di espropriazione. - 4. Gli incerti confini della nozione di responsabilità da atto lecito. - 5. Il lento superamento della visione patrimoniale della "lesione" indennizzabile. - 6. L'indennizzo per legge dell'atto lecito revocato. - 7. Uno sguardo oltre i confini nazionali: il supporto di alcuni modelli comparati. - 8. *Segue:* fattispecie ablativa e obbligo di indennizzo. - 9. La giurisprudenza della Corte di Giustizia nel pendolarismo responsabilità colpevole/responsabilità oggettiva. - 10. Analisi economica del diritto e indennizzo da processo. - 11. Tassatività delle ipotesi o catalogo aperto? - 12. L'applicazione del principio di affidamento in tema di prevenzione antimafia. - 13. La fattispecie indennitaria: paradigma elastico entro cui iscrivere il danno da processo. - 14. Ulteriori ipotesi di danno in prospettiva *de lege ferenda* - 15. Danno indennizzabile e "abuso del processo".

1. Nella delineazione di un modello indennitario riferibile al danno da processo penale deve adottarsi necessariamente un approccio problematico.

La caratteristica essenziale dell'attività giurisdizionale di accertamento del fatto di reato, obiettivo pubblico del processo, comporta indubbi sacrifici dei diritti dei soggetti coinvolti e rende complessa l'individuazione di attività lecite (e al contempo indennizzabili) da ritagliare con millimetrica precisione rispetto alle già esistenti ipotesi di responsabilità da illecito (responsabilità civile del magistrato, responsabilità disciplinari, eventuali profili di responsabilità penale degli attori processuali, intersezioni concettuali con 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* lecite) deve necessariamente passare attraverso analoghi moduli già sperimentati in altre branche del diritto (diritto amministrativo e diritto civile), seguendo un'evoluzione che ha progressivamente sganciato le forme di responsabilità per danni dello Stato dal presupposto soggettivo della colpa, per approdare - non senza contrasti - a imputazioni di tipo oggettivo calibrate sul nesso eziologico fra comportamento e danno, in coerenza con omologhi processi a livello europeo.

Appare, tuttavia, preliminare contrassegnare differenze d'ambito fra attività lecite indennizzabile e attività illecite risarcibile così come comprendere, nel

\*Il contributo si inserisce nell'ambito del Programma di Ricerca Scientifica di Rilevante Interesse Nazionale (Prin 2012), "I danni da attività giudiziaria penale", coord. prof. Giorgio Spangher.

prosieguo, se le fattispecie produttive di “danno lecito” possano corrispondere a un catalogo aperto ovvero debbano ispirarsi a un’elencazione tassativa. Tale ultimo quesito è di particolare rilevanza in quanto si riflette sulla necessità di tipizzare – oltre alle singole ipotesi di danno da processo – anche il *quantum* dell’indennizzo, prevedendolo in misura fissa, ovvero sia variabile, per ciascuna delle molteplici situazioni lesive. In effetti, riferendosi a una fattispecie generale e astratta di “danno processuale” discendente da un principio generale di responsabilità da atto lecito processuale, si potrebbe prescindere dalla formulazione di ipotesi tassative e accludere sia le fattispecie derivanti da condotta attive sia le fattispecie di tipo omissivo. Aderendo invece a una prospettazione improntata alla tassatività, 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.

Un altro aspetto attiene poi alla possibilità di profilare 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 danno che definiremo di *stress* da attività procedimentale). Si tratta, in definitiva, di comprendere se la delineata responsabilità per danno da processo debba essere governata dalla regola dell’integrale riparazione del “danno” subito 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”, vantaggi e oneri conseguenti alla sua azione.

La strada prescelta comporterà ricadute di non poco momento sul piano applicativo anche in ordine all’individuazione del giudice competente a liquidare l’indennizzo e ai caratteri del procedimento di liquidazione.

2. Pur con la premessa della 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, emerge a chiare lettere dall’ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi nel campo del diritto amministrativo.

La questione della tutela indennitaria è infatti storicamente sussumibile proprio nella fattispecie della «responsabilità da atto e fatto legittimo» che ha rappresentato uno strumento di responsabilizzazione diretta dello Stato, attuata attraverso il superamento delle tradizionali categorie civilistiche sulla responsabilità da danno. Queste ultime, infatti, rendevano particolarmente ardua l'identificazione della responsabilità della Pubblica Amministrazione o dei suoi agenti per i danni arrecati a terzi nel "legittimo" esercizio delle proprie funzioni. La difficoltà essenziale risiedeva nella configurazione della natura sovrana dello Stato, poco compatibile con il concetto di responsabilità degli atti commessi in base a questa posizione di imperio<sup>1</sup>, ma si ricollegava anche al disagio nella delineazione del coefficiente soggettivo della colpa in capo alla P.A.<sup>2</sup>

Il lungo percorso di studi mostra come dalla configurazione astratta di una responsabilità "speciale" di diritto pubblico, caratterizzata dall'irrelevanza della colpa, si sia progressivamente passati 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<sup>3</sup>. Ma, in realtà, tutto il dibattito in materia mostra ricorrenti contaminazioni del parametro indennitario con quello risarcitorio extracontrattuale o precontrattuale così da porre l'accento sulla tutela dell'affidamento del privato ovvero sulla delineazione di una sorta di «colpa di apparato» per l'attività, pure lecita, della P.A.<sup>4</sup>

Bisogna in effetti risalire ai primi decenni del secolo scorso per accorgersi di quanto fervente e stratificata sia stata la discussione nel campo del diritto amministrativo sulla generale responsabilità della P.A. per le conseguenze derivanti da atti "leciti"<sup>5</sup>. L'antico interrogativo nella scienza amministrativistica concerneva, in particolare, la possibilità di profilare una responsabilità «diretta dello Stato» quando, pur non venendo in rilievo «né un'illegalità specificamente commessa dal funzionario né la formale illegalità di un atto che è

---

<sup>1</sup> A esempio, MANTELLINI, *Lo Stato e il Codice Civile*, I, Firenze, 1880, 59, negava la possibilità di "personalizzare" l'attività statale in modo da rendere l'uomo obbligato a rispondere civilmente del danno a lui imputabile.

<sup>2</sup> Si vedano le analisi di: CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988, 1085; SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4049.

<sup>3</sup> SORACE, *Il risarcimento dei danni da provvedimenti amministrativi lesivi di interessi legittimi. Comparando*, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, 2005, 262.

<sup>4</sup> Cfr. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, 2009.

<sup>5</sup> T.A.R. Reggio Calabria, 15 febbraio 2013, in *Giur. It.*, 2013, 7, 1688, con nota di CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*.

venuto in antitesi col diritto del privato», si riscontrava invece una lesione patrimoniale che il privato soffriva per causa dello Stato, il quale, «spiegando l'attività propria per il raggiungimento dei suoi fini, arrecò quel danno»<sup>6</sup>.

Al proposito emergono da subito due tendenze contrastanti: da un canto, un lento ma inesorabile processo di affermazione di forme sempre più late di responsabilità pubbliche; dall'altro, il tentativo, ricorrente e costante, di restringere i concreti esiti applicativi degli indennizzi, sia per ragioni di natura squisitamente economica sia per la generale prevalenza assegnata all'interesse generale rispetto a quello individuale in settori di azione statale di grande rilievo.

Forte risonanza in questo percorso ha avuto il modello francese che ha sempre correlato tale forma di responsabilità e il conseguente indennizzo da espropriario non già a un diritto del proprietario espropriato, ma a una sorta di concessione graziosa del potere sovrano. L'idea, venuta a maturare sin dal 1700 e poi sfociata nell'accoglimento dei *cahiers de doléance* nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 – transitati con successivi passaggi negli artt. 544 e 545 del Codice napoleonico –, ha visto cioè nella responsabilità della P.A. una forma di responsabilità speciale, proiezione di quel “principio di eguaglianza” che implica una riparazione per ogni pregiudizio arrecato, anche quando lo stesso pregiudizio sia imposto da ragioni superiori<sup>7</sup>.

Nel nostro Paese è prevalsa, invece, una tendenza a misconoscere la responsabilità da illecito della P.A., sia perché essa avrebbe importato un sindacato nel merito dell'azione amministrativa sia perché anche l'eventuale illegittimità (e non illiceità) dell'atto, espressione del pubblico potere non avrebbe di per sé potuto fondare una responsabilità diretta o indiretta (*culpa in eligendo* o *in vigilando*) dell'Amministrazione.

Tali echi si rinvergono nelle posizioni dogmatiche originariamente tendenti a confutare forme di responsabilità “pubblica” sovrapponibili al modello civilistico e più propense a profilare, per contro, una sorta di “specialità” della responsabilità della P.A. da confinare in un canale “ibrido” e parallelo rispetto a quella da ascrivere in capo ai privati.

Già agli inizi del '900, nella prospettazione di Vittorio Emanuele Orlando

---

<sup>6</sup> Una tale ricostruzione è proposta anzitutto da CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Dir. Amm.*, 2009, 203 ss. In argomento CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, 2012, 4 ss.

<sup>7</sup> V. *Infra* § 4. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris Hanczy, Berger – Levraut, 2a ed. 1896, I, 670 ss.; TRAVI, *Recensione a Georges Teisser, La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 2009, (Collections de la Faculté Jeann- Monnet), 301, rist. 1906, su iniziativa dell'Università di Parigi, XI, *Dir. pubbl.*, 3, 2009, 1022.

ritroviamo richiami al «criterio di equità», in base al quale il privato non avrebbe dovuto sopportare in via esclusiva «l'effetto dannoso di un'attività che lo Stato ha spiegato nell'interesse generale<sup>8</sup>», in un contesto, tuttavia, ancora legato a un approccio giuridico-positivo, conforme al panorama normativo dell'epoca che faticava a rinvenire le fonti «formali» di tale responsabilità.

Eppure il concetto unitario di matrice civilistica di responsabilità si andava a poco a poco scomponendo e sgretolando in base alla considerazione della peculiare posizione dello Stato che non poteva essere assimilato ai privati, con il conseguente sorgere di obblighi di «indennizzi» elargiti, appunto, secondo equità, in base a regole speciali<sup>9</sup>.

L'individuazione di un profilo differenziale tra questa forma di responsabilità e la classica responsabilità da atto illecito faceva sorgere non pochi problemi soprattutto in ordine al coefficiente soggettivo. In un contesto nel quale, in assenza di un'espressa previsione legislativa, la responsabilità aquiliana contemplata nell'art. 1151 c.c. del 1865 riproduceva «interamente l'istituto romano che si concretava nell'*actio legis Aquiliae*» e considerava essenziale l'elemento della colpa, lo Stato agiva «con perfetta coscienza dell'azione che esso compiva» (non quindi con negligenza o imperizia), in quanto tutore di interessi generali, mediante azioni imposte dal fine stesso cui esso è giuridicamente preordinato.

La mancanza dell'elemento subiettivo della colpa nell'azione statale induceva dunque a confutare la delineazione di una responsabilità di tal fatta<sup>10</sup>, seppure si lasciasse aperto il campo alla possibilità di una diversa impostazione nel prosieguo del dibattito e si profilasse «nella futura evoluzione del diritto» l'ipotesi di «un mutamento nel fondamento giuridico della responsabilità, anche per il diritto comune, mutamento di cui il diritto attuale lascia intravedere i primi indizi». Gli scritti di V. E. Orlando, pur cogliendo perfettamente la tendenza nel diritto privato «all'attenuazione e all'eliminazione dell'elemento della colpa come fondamento dell'istituto»<sup>11</sup>, negavano comunque una responsabilità da atto lecito, stante il diritto allora vigente.

Differente l'approccio di Santi Romano che, nonostante l'assenza di un'espressa normativa pubblicistica, contribuiva certamente a meglio indivi-

<sup>8</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, 4a ed. riv., Firenze, 1910, 384-385.

<sup>9</sup> Percorsi di questo tipo, in ordine all'illecito aquiliano, si rinvengono in CAZZETTA, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto civilistico* (1865-1914), Milano, 1991, 130 ss.

<sup>10</sup> V. E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 386-387.

<sup>11</sup> V.E. ORLANDO, *Principi di diritto amministrativo*, cit., 387 ss., richiamava le deroghe legali in materia di responsabilità per infortuni sul lavoro o di responsabilità per fatto dei propri commessi (art. 1153 c.c. del 1865).

duare le caratteristiche essenziali della responsabilità di diritto pubblico per fatti leciti.

Nel campo del diritto pubblico il principio *qui iure suo utitur neminem laedit* si deve accogliere in un senso specialissimo, non coincidente con quello che esso riceve nel diritto privato. In quest'ultimo contesto si hanno infatti diritti di grado e consistenza analoghi; nel diritto pubblico, invece, i diritti dei singoli, anche perfetti, debbono cedere di fronte al preponderante interesse statale. L'accento posto dall'Autore sul conflitto fra i vari diritti in rilievo influenzerà molto la futura evoluzione giurisprudenziale imperniandola sul concetto centrale di particolare «sacrificio che non è compreso nei limiti normali del diritto individuale»<sup>12</sup>, ma deve essere risarcito, ovvero, in altri termini, convertito in un'indennità.

Questo punto rappresenta uno dei pilastri teorici essenziali al fine della delimitazione della responsabilità del danno da attività lecita processuale: l'imposizione cioè del sacrificio al singolo - oltre il normale limite del diritto - determina il sorgere dell'obbligo indennitario. Persino per l'agire pubblico si impone la corresponsione di un indennizzo a ragione del sacrificio patito dal cittadino<sup>13</sup>.

Va sottolineato soprattutto il fatto che questa posizione sia stata approfondita dal Romano nella recensione critica a uno scritto in materia processuale penale: «La riparazione alle vittime degli errori giudiziari» di Arturo Rocco<sup>14</sup>. In questa sede Romano si contrappose alla 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.

Non sarebbe stato infatti possibile assimilare l'intervento statale «riparativo» soltanto a ragioni di «pubblica assistenza», analoghe a quelle che ricorrono in casi di incendi o pubbliche calamità, ma era la stessa essenza della responsabilità dello Stato a fungere da giustificazione teorica dell'indennizzo<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato e riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, in *Legge*, Roma, 1903, ora in ID., *Scritti minori*, Milano, 1950, ristampa, 1990, 191.

<sup>13</sup> Secondo S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 51-52, se l'ente pubblico agisce nei limiti del suo diritto, il sacrificio del diritto imposto specularmente al privato, pur legittimo, impone la corresponsione di un indennizzo: «questo non è effetto di un atto illecito, ma condizione perché un atto sia lecito».

<sup>14</sup> S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato*, cit., 190, nella recensione alla prima stesura del lavoro di A. ROCCO, «La riparazione alle vittime degli errori giudiziari», in *Riv. Pen.*, 1902, LVI; ID., *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari e la responsabilità dello Stato per atti d'impero*, Napoli, 1906, 125 ss.

<sup>15</sup> Cfr. ROCCO, «La riparazione alle vittime», cit., 107, secondo cui «come lo Stato spinto da una doverosa necessità...interviene per attenuare le più svariate calamità che colpiscono i cittadini, ...a maggior ragione deve intervenire a prò delle vittime degli errori giudiziari, cui un tale e disgraziato concorso di

Tale responsabilità esulava dallo schema classico dell'illecito colposo del singolo funzionario o dal rapporto di stretta rappresentanza fra questi e l'ente<sup>16</sup>, impernandosi, invece, su un concetto più ampio ed elastico di «volontà degli enti pubblici».

In questo modo Romano superava il classico rilievo secondo cui nelle «funzioni obiettive e statuali, fra cui è da comprendersi la punitiva e la giurisdizionale, non si ha una determinazione giuridicamente libera di volontà, ma, invece, l'esercizio di un'attività necessaria che, appunto per questo suo carattere di necessità, esclude la responsabilità<sup>17</sup>».

Secondo l'Autore, la condanna, così come la carcerazione preventiva, costituiscono dichiarazioni di volontà dello Stato, a prescindere dalla situazione del soggetto singolo che compie l'atto, o dei motivi che lo hanno determinato. Egli sviluppava e consolidava la propria concezione della responsabilità da atto lecito guardando alla carcerazione preventiva, ove si ha espressione ampia del potere discrezionale di convenienza e opportunità del ricorso alla cautela. Qui lo Stato, per esercitare il proprio diritto "preventivo" o "repressivo" del delitto, sacrifica in modo peculiare la libertà dei cittadini.

Viene meglio esplicitato il concetto di "conflitto fra diritti" da cui sorgono la responsabilità e il conseguente obbligo di un indennizzo: il riconoscere che il diritto più debole deve concepirsi come limitato dal più forte non fa venir meno l'utilità tecnica del concetto di conflitto. Tale concetto sottolinea la rilevanza dei limiti straordinari o eccezionali in cui il diritto più forte si fa valere vincendo il più debole. Al contempo, straordinaria ed eccezionale è la modificazione che questo subisce, in modo che tale modificazione implichi quel «particolare sacrificio»<sup>18</sup>, più sopra richiamato.

Dal punto di vista dogmatico sono dunque la straordinarietà, l'eccezionalità e la particolarità del sacrificio a fare sorgere l'obbligo dell'indennizzo, mentre è bene adoperare la parola limite nel suo significato tecnico, cioè al fine di designare quelle limitazioni che derivano da «determinazioni del contenuto normale del diritto, dalla sua normale sfera di efficacia che non restringono, per-

---

circostanze a nessuno imputabile, condusse alla miseria, e lese nel massimo dei beni, dopo la vita che l'ordinamento giuridico tutela: la libertà». Una concezione della responsabilità di tipo previdenziale e assistenziale emergeva già in VACCHELLI, *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione e il diritto comune*, Milano, 1892, 106 ss.

<sup>16</sup> Per RANELLETTI, *Responsabilità degli enti pubblici per gli atti illeciti dei loro commessi*, in *Foro It.*, 89, II, 1898, la responsabilità dello Stato si fondava sulla colpa del funzionario e sul rapporto di rappresentanza.

<sup>17</sup> Così, espressamente, S. ROMANO, *Responsabilità dello Stato*, cit., 188.

<sup>18</sup> S. ROMANO, *Responsabilità*, cit., 190 ss.



ciò, in senso stretto, il diritto stesso, ma lo definiscono soltanto»<sup>19</sup>.

La ricostruzione di Santi Romano merita attenzione sotto differenti profili. Essa aprirà un varco concettuale alle letture costituzionalmente orientate del danno da processo, poiché proprio la differenza tra il limite del diritto (che inerisce al regime giuridico del diritto soggettivo, e addirittura alla sua definizione) e il *sacrificio* del diritto (che colpisce il singolo titolare del diritto, senza toccare gli altri) preannuncia la distinzione che la Corte costituzionale, oltre sessant'anni dopo, utilizzerà per discriminare i vincoli urbanistici da indennizzare<sup>20</sup> dalle limitazioni della proprietà dei beni paesaggistici da non indennizzare<sup>21</sup>.

In secondo luogo, poi, il descritto percorso ermeneutico configura la responsabilità da atto lecito al di là dell'angusto regime della tassatività: come l'Autore sottolinea, infatti, «anche nei casi in cui la legge tace», l'obbligo dell'indennità potrebbe sussistere<sup>22</sup>.

Infine, essa consente di superare l'eccezione «sofistica» (ma sempre ricorrente) secondo cui una responsabilità dello Stato non può essere ammessa laddove lo Stato nella sua azione repressiva piuttosto che sacrificare interessi individuali, manifesti il generale «interesse a perseguire i colpevoli», in modo che l'eventuale persecuzione di innocenti rappresenti solo una deplorabile «accidentalità», che porta al sacrificio cumulativo e contemporaneo di tutti gli interessi coinvolti<sup>23</sup>.

Come osservava Santi Romano, è proprio l'interesse dello Stato a intraprendere un accertamento processuale – anche nei confronti di chi dovesse in ultima analisi rivelarsi del tutto estraneo all'ipotesi accusatoria di partenza – a ingenerare quel «conflitto» fra diritti che giustifica di per sé l'obbligo dell'indennità<sup>24</sup>.

Tratto comune degli scritti di S. Santi Romano e V. E. Orlando è la considerazione della responsabilità della P.A. da atto lecito quale premessa rispetto a quella della responsabilità da illecito, per cui quest'ultima viene affrontata con argomentazione *a maiori ad minus*.<sup>25</sup>

<sup>19</sup> S. ROMANO, *Responsabilità*, cit., 191.

<sup>20</sup> Corte cost., n. 55 del 1968.

<sup>21</sup> Corte cost., n. 56 del 1968.

<sup>22</sup> Secondo S. ROMANO, *Principi di diritto*, cit., 52, l'art. 29 dello Statuto imponeva l'indennizzo per la cessione di tutti i diritti di proprietà e, una volta che veniva ammesso per questa, «le esigenze dell'interpretazione vietano che lo si escluda per gli altri diritti».

<sup>23</sup> L'obiezione era già palesata da ROCCO, *La riparazione alle vittime*, cit., 95-97.

<sup>24</sup> Ancora S. ROMANO, *Responsabilità*, loc. ult. cit.

<sup>25</sup> «A maggior ragione gli enti pubblici rispondono del danno arrecato per mezzo dei loro atti amministrativi illegittimi»: ciò «si può dedurre (...) da un argomento *a fortiori*», S. ROMANO, *Il diritto pubblico*

Questo dato è storicamente dimostrativo della difficoltà di una corretta impostazione dogmatica della materia e trova conferma negli scritti di un altro maestro del diritto amministrativo: Federico Cammeo, secondo cui, prima di trattare la questione se l'amministrazione sia responsabile per i fatti illeciti dei suoi funzionari, bisogna ricordare che essa può essere tenuta al risarcimento anche di danni prodotti legittimamente.

Viene così a suggellarsi una sorta di connessione fra i due casi; poiché se esiste responsabilità per fatti leciti, *a fortiori*, deve esserne una per gli illeciti. La responsabilità per i fatti leciti (indipendentemente da ogni condotta irregolare, contraria al diritto degli organi dell'amministrazione) assorbe cioè quella per i fatti illeciti e rende inutile il ricercare se un fatto è illegittimo o colposo, una volta che, «se pur legittimo e incolpevole, l'obbligo del risarcimento sussiste ugualmente»<sup>26</sup>.

Tale ultimo aspetto è un altro dei cardini della ricostruzione che si vuole qui prospettare, giacché il presupposto dell'esistenza di responsabilità da atto lecito - estensibile ai nostri fini all'attività processuale penale - consente di superare agevolmente le inevitabili coincidenze con la responsabilità da atto illecito o le commistioni, sempre possibili, con eventuali forme di "abuso" del processo.

In molti casi, secondo Cammeo, «la responsabilità per fatti leciti sussiste in base ad un principio *generale*, analogo a quello per cui in diritto privato è stabilita la responsabilità senza colpa». In base a tale principio, l'amministrazione per raggiungere i suoi scopi finisce spesso per sacrificare all'interesse collettivo gli interessi individuali. Merita precisare che il sacrificio lieve può gravare come onere sull'individuo sacrificato, viceversa, quando esso risulti grave è opportuno «indennizzarne il sacrificio col pubblico denaro: ossia ripartire l'onere su tutta la collettività, dando il pubblico denaro che proviene a mezzo dei tributi»<sup>27</sup>.

Un ulteriore spunto di interesse negli scritti di Cammeo è il tentativo di superamento della necessaria tassatività delle fattispecie di danno. L'Autore, infatti, dopo aver richiamato i casi numerosi in cui la legge prevede «l'obbligo del risarcimento» (espropriazione, servitù elettriche o telefoniche, servitù militari, requisizioni, distruzione di vigneti, distruzione di animali infetti ecc.), mediante l'«estensione» del principio della responsabilità per danni legittimi «a casi non previsti», enuclea taluni presupposti la cui sussistenza, a ben vedere, po-

---

*italiano*, Milano, 1914, ried. 1988, 294.

<sup>26</sup> CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (rist. ed. del 1914), Padova, 1992, III, 1358-1359.

<sup>27</sup> CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1359-1360.

trebbe orientare pure la prospettata delimitazione di un modello indennitario generale per il danno da processo penale.

Anzitutto, «il danno risarcibile deve procedere da un sacrificio speciale imposto al cittadino da un atto discrezionale dell'autorità amministrativa», e non da una legge che impone un sacrificio generale per tutti i cittadini. In secondo luogo, l'interesse leso deve consistere in un vero e proprio diritto. Inoltre, l'utilità sacrificata deve essere importante. E ancora, il sacrificio non deve essere conseguenza della condotta dell'interessato<sup>28</sup>. Infine, l'indennità deve essere calcolata detratti i vantaggi che l'operato dell'amministrazione arreca al danneggiato<sup>29</sup>.

Tali parametri, con le innegabili differenze e gli opportuni distinguo, sono utili a orientare la configurazione del "danno da processo", soprattutto riguardo al difetto di tassatività delle ipotesi di danno.

I concetti espressi da Cammeo saranno sviluppati da Bracci, seppure mediante il richiamo all'esistenza di un principio di giustizia distributiva (presente, come vedremo, soprattutto nelle elaborazioni francesi e tedesche<sup>30</sup>), che si impone nell'azione dello Stato il quale, pur esercitando attività lecite dirette a conseguire pubblici interessi, impone oneri approssimativamente uguali a tutti i cittadini. Tuttavia, ogni volta che si realizzi una lesione in termini di eguaglianza dell'onere sofferto a causa dell'attività dello Stato si impone il "risarcimento"<sup>31</sup>.

Tali riflessioni, poco fondate su basi giuridico-positive, furono criticate da quanti ne negavano una piena legittimazione normativa: Giovanni Salemi, in un'importante monografia edita nel 1912<sup>32</sup>, svincolava, a esempio, la questione della responsabilità dall'atto amministrativo e la ancorava, invece, alla «situazione giuridica posteriore al medesimo ed originata o da quest'atto ovvero da altri fatti naturali od umani posteriori ad un atto legittimo».

In tal modo si faceva richiamo a una precisa norma giuridica, l'art. 29 dello Statuto del Regno che «considerava l'indennità come un mezzo indispensabile per tutte le forme di cessione della proprietà, richiesta dall'interesse pub-

<sup>28</sup> Nell'esempio si richiamava il caso delle merci infette da distruggere.

<sup>29</sup> CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 1364-1367.

<sup>30</sup> Largamente ispirata alla concezione tedesca era pure la ricostruzione di VACCHELLI, *La responsabilità civile*, cit., 106 ss.

<sup>31</sup> BRACCI, *Le pensioni di guerra. I. Il fondamento giuridico, Contributo allo studio della responsabilità dello Stato*, Roma, MCMXXV, 84 ss.

<sup>32</sup> SALEMI, «*La così detta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*», Milano, 1912, analizza gli studi italiani, francesi e soprattutto tedeschi, distinguendo fra «dottrine che negano il diritto all'indennità» (cap. IV, sez. I), «dottrine che si fondano su una considerazione equitativa» (cap. IV, sez. I, § 2), e dottrine e giurisprudenza che sostengono il diritto all'indennità (cap. IV, sez. II).

blico»<sup>33</sup> e non già a un mero principio (inesistente) di «una responsabilità per atti legittimi».

Allo stesso tempo, si prescindeva dal rispetto della necessaria tassatività: sebbene l'art. 29 dello Statuto menzionasse una «giusta indennità conformemente alle leggi», ciò non implicava che l'indennità, perché potesse essere pretesa, dovesse essere di volta in volta prevista normativamente<sup>34</sup>. Si irrobustiva, infine, il fondamento “costituzionale” del diritto all'indennizzo (fortemente correlato al diritto di proprietà o a altri diritti soggettivi patrimoniali), negandose ne la corresponsione quando il titolare ne avesse fatto un uso contrario alla legge ed ai regolamenti<sup>35</sup>.

3. Oltre alla difficoltà di delineare lo sfondo “giuridico positivo” o “equitativo” della responsabilità da atto lecito, uno dei punti più problematici dell'istituto risiede certamente nel titolo psicologico dell'imputazione. Non appare dunque casuale che il vistoso allargamento di questa responsabilità abbia subito il condizionamento degli sviluppi della normativa e della giurisprudenza in tema di responsabilità civile e, in particolare, della responsabilità oggettiva per lo svolgimento di attività dannose o rischiose consentite, con approdi a concezioni fondate su meccanismi di puro accertamento del nesso causale fra condotta e danno.

Nei codici del XIX secolo, infatti, la responsabilità per colpa esauriva la materia della responsabilità civile extracontrattuale. L'obbligo di risarcire il danno gravava su colui che cagionava illecitamente la lesione e la responsabilità fungeva da sanzione, minacciata proprio al fine di prevenire questo tipo di illecito.

L'aumento del rischio, correlato alla rivoluzione industriale, amplificava i pericoli collegati alle attività pubbliche e a situazioni che spesso sfuggono al controllo umano. Da ciò la necessità di superare la tradizionale imputazione col-

<sup>33</sup> Secondo SALEMI, «*La così detta responsabilità*», cit., 175-176, poiché si tratta di «un principio generale e fondamentale», non c'è «bisogno di singoli e continui richiami per la sua applicazione». «Non è necessario che la legge, su cui si fonda l'atto amministrativo che dispone del bene privato, stabilisca in modo esplicito l'obbligo di pagare un indennizzo, perché questo si intenda compreso nella riserva d'indole generale usata dall'atto amministrativo verso i diritti del privato».

<sup>34</sup> Secondo SALEMI, «*La così detta responsabilità*», cit., 176-177, una sorta d'interpretazione autentica è contenuta nell'art. 438 c.c. del 1865 che autorizza l'espropriazione della proprietà privata solo «per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata e premesso il pagamento di una giusta indennità». In quest'articolo «si ripetono migliorati i concetti dell'art. 29 e si stabilisce l'obbligo generale dell'indennità, senza farlo dipendere da alcuna legge particolare».

<sup>35</sup> SALEMI, «*La così detta responsabilità*», cit., 177-183. Il caso deciso dalla Cassazione di Roma riguardava la copertura di uno scolo di acque luride, quello deciso dalla Cassazione di Palermo si riferiva della distruzione di un canneto nocivo alla salute pubblica.

posa dell'illecito, espressa nel brocardo «nessuna responsabilità senza colpa», a tutto vantaggio di un sistema di previdenza sociale e di una modifica dei principi sulla responsabilità civile idonea ad addossare all'imprenditore la responsabilità dei danni derivanti dai rischi che egli arrecava nella società. Allo stesso modo, i danni cagionati a terzi estranei al processo produttivo diversi dai lavoratori (per esempio i danni provocati da incidenti stradali) davano dato luogo a forme di responsabilità da circolazione di autoveicoli e alle forme di responsabilità oggettiva contemplate nel codice civile<sup>36</sup>.

Lo Stato e gli enti pubblici cumulano spesso i ruoli di garanti (di tutore, di precettore, di padrone, di committente, di proprietario di cose, di autoveicoli, di animali), di ciascuna delle figure contemplate dagli artt. 2047-2053 c.c., molte delle quali rispondono a titolo di responsabilità oggettiva mentre in altre il regime della colpevolezza e della sua prova è regolato in modo peculiare rispetto a quanto stabilito in via generale dall'art. 2043 c.c. A tale proposito 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»<sup>37</sup>.

In quest'ambito, un ruolo fondamentale hanno senz'altro giocato le categorie civilistiche, seppure con richiami cangianti talvolta allo schema della responsabilità contrattuale<sup>38</sup>, talaltra della responsabilità extracontrattuale<sup>39</sup> per giungere sino allo sfruttamento dello schema della responsabilità precontrattuale o, infine, a quello della responsabilità da "contatto" amministrativo qualificato<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Il codice del 1942 disciplina una serie di ipotesi di responsabilità oggettiva per rischio: la responsabilità dei padroni e committenti (art. 2049 c.c.), la responsabilità del proprietario di un autoveicolo per i danni cagionati da cose (artt. 2053 e 2054 co. 4 c.c.), la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose (art. 2050 c.c.). Essa stimola chi vi è soggetto (l'imprenditore, il datore di lavoro, il proprietario della cosa o dell'animale ecc.) a ridurre il rischio: il rischio socialmente ingiustificato che non può essere eliminato o mitigato da un sistema di responsabilità per colpa. Su questo versante, TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1961, ried., 2015, 307 ss. Un'analisi attenta della letteratura comparata in materia si deve a SMORTO, *Il criterio di imputazione della responsabilità civile. Colpa e responsabilità oggettiva in civil e common law*, in [www.dirittocomparatounipa.it](http://www.dirittocomparatounipa.it).

<sup>37</sup> CRISMANI, *Le indennità*, cit., 27.

<sup>38</sup> CAVALLARO, *Potere amministrativo e responsabilità civile*, Torino, 2004, 17 ss., spec., 324 ss.

<sup>39</sup> CLARICH, *La responsabilità civile*, cit., 1086; un inquadramento generale è offerto da BARTOLINI, *Il risarcimento da attività amministrativa tra inadempimento, responsabilità precontrattuale e danno da contatto*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2003, 9, 939.

<sup>40</sup> Si vedano, *ex plurimis*, CASSETTA, FRACCHIA, *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro It.*, 2001, III, 18; CASTRONOVO, *Responsabilità civile per la pubblica amministrazione*, in *Jus*, 1998, 654; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 203.

L' accostamento con la responsabilità extracontrattuale ha trovato conferme sul piano normativo in particolare nell'art. 30, co. 2, c.p.a. 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.

A tali soluzioni si è però sempre affiancata quella della "responsabilità speciale di diritto pubblico", modello che nasce in contrapposizione allo schema civilistico e trova le sue origine proprio nell'istituto indennitario delle espropriazioni. In questa configurazione il risarcimento dei danni (*rectius*, l'indennizzo) rappresenta una sorta di surrogato dell'annullamento che consegue all'illegittimità dell'atto amministrativo e prescinde appunto dal criterio di imputazione soggettiva dolosa o colposa. Si tratta di una soluzione lungamente basata sulla singolare posizione autoritativa della pubblica amministrazione che sfugge alle dinamiche proprie del rapporto privatistico<sup>41</sup>.

A confondere ancor più le "acque" dei rigidi inquadramenti teorici è intervenuta spesso la giurisprudenza. Basti a tal proposito pensare alla tanto nota, quanto controversa, decisione delle Sezioni unite civili che ha attenuato le differenze fra l'anima privatistica e l'anima pubblicistica della responsabilità della P.A. smussando, in particolare, il profilo dell'ingiustizia del danno - da sempre utilizzato per escludere la risarcibilità degli interessi legittimi<sup>42</sup> - e aprendo la strada all'indennizzo dei medesimi.

Tutte le segnalate contrapposizioni denotano la difficoltà di fondo di individuare con nettezza i concetti di responsabilità e di danno a ragione delle persistenti prospettive duali (privatistiche e pubblicistiche) e della permanenza di un paradigma che assegna all'amministrazione l'obbligo di perseguire solo quei fini che le sono attribuiti dall'ordinamento giuridico, per cui le regole generali dettate in tema di responsabilità civile fanno da semplice "collante"<sup>43</sup> rispetto a una serie di regimi particolari. In tale senso, la responsabilità civile della pubblica amministrazione è assoggettata a un regime speciale determinato dalla natura del danneggiante che impone uno statuto unitario del diritto

---

<sup>41</sup> 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, 26.

<sup>42</sup> Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, Comune di Fiesole c. Vitali, in *Foro It.*, 1999, I, 2487, ove si è affermata la risarcibilità degli interessi legittimi, quante volte risulti leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della P.A., il bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, sempre che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

<sup>43</sup> Si vedano le osservazioni di ALPA, *L'erosione dei privilegi della pubblica amministrazione e le nuove figure della responsabilità civile*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1998, 1305.

della pubblica amministrazione<sup>44</sup>.

Se i principi comuni dell'ambito privatistico non possono trasmigrare su un rapporto giuridico che ha ragione in un altro sistema, si comprende a maggiore ragione la difficoltà di tracciare confini chiari fra i rimedi risarcitori e la "fattispecie indennitaria".

4. 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<sup>45</sup> 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» non è stato, infatti, esclusivamente riferito ai diritti reali ma è stato esteso, 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, Convenzione e.d.u., come interpretato dalla relativa Corte e.d.u. - ha individuato nell'indennizzo il presidio offerto dal sistema al proprietario espropriato<sup>46</sup> per la subita ablazione del diritto.

Si è progressivamente consacrato «un principio generale d'intangibilità del patrimonio» di tipo relativo, nel senso che su di esso l'interesse pubblico può talvolta prevalere ma, laddove si verifichi la soppressione, sorge il diritto a una giusta indennità<sup>47</sup>.

Come si comprende, in tale configurazione la base giuridico - positiva offerta

---

<sup>44</sup> MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 64; ID., *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 897 ss.

<sup>45</sup> Secondo CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 230 ss., l'art. 28 non può essere caricato di una valenza che gli è estranea, non potendo essere attribuito ai Costituenti l'intento di codificare il principio della responsabilità diretta degli agenti e indiretta della P.A.

<sup>46</sup> La regola è poi ribadita, a livello legislativo, dal d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 (Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità) che, sul punto, si pone in linea di continuità con le precedenti previsioni.

<sup>47</sup> ALESSI, Voce *Responsabilità da atti legittimi*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, 627, riteneva non necessaria una interpretazione estensiva dell'art. 46 della legge fondamentale sull'espropriazione per affermare la responsabilità della P.A. per atto lecito, in quanto questa norma, che impone una indennità ai proprietari dei fondi finitimi i quali vengono gravati da servitù o soffrono un danno permanente causato dall'espropriazione (la perdita o la diminuzione di un diritto), costituisce la mera applicazione dell'art. 42 Cost. Tale ultima disposizione è dunque «direttamente applicabile nei casi in cui manchi una disposizione che prevede espressamente l'indennizzo».

dall'art. 42 Cost. si è abbinata alle ragioni solidaristiche di equità che avevano tradizionalmente giustificato l'indennizzo, in modo da conferire una maggiore valenza normativa allo stesso concetto di responsabilità. Tale tesi, in origine propugnata da Alessi, è stata successivamente accolta anche per ragioni procedurali<sup>48</sup>.

La Corte costituzionale si è basata infatti su queste premesse nelle sentenze sui vincoli di inedificabilità posti nei piani regolatori<sup>49</sup> e sulla possibilità concessa ai comuni di reiterare i vincoli scaduti (L. 19 novembre 1968, n. 1187), sancendo in tali ultimi casi l'obbligo di indennizzare il proprietario a seguito della reiterazione del vincolo<sup>50</sup>.

Seppure in un ambito differente dal nostro, assai significativo ci sembra il richiamo della Consulta 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»<sup>51</sup>. Ciò, evidentemente, anche in assenza di uno specifico intervento del legislatore determinativo di criteri e parametri per la liquidazione delle indennità<sup>52</sup>.

Nei percorsi interpretativi della Consulta si percepisce a chiare lettere l'influenza culturale delle tesi di Sandulli che, muovendo dall'impostazione di Santi Romano, profilava la sussistenza della responsabilità della P.A. quando «l'interesse protetto sia stato sacrificato»: vale a dire quando si sia verificata

---

<sup>48</sup> Si negava in particolare la diretta applicabilità dell'art. 42, richiedendosi al giudice civile di sollevare la questione di legittimità costituzionale, al fine di potere disporre eventualmente l'annullamento dell'atto. Su questi profili, TORREGROSSA, *Il problema della responsabilità da atto lecito*, Milano, 1966, 76, nota 9.

<sup>49</sup> Corte cost., n. 55 del 1968, si era pronunciata sul combinato disposto degli artt. 7 e 40 della legge urbanistica. I vincoli di piano regolatore, incidendo su beni determinati ai quali impongono inedificabilità assoluta, o devono essere delimitati nel tempo o devono essere indennizzati perché svuotano la proprietà di contenuto ed hanno quindi carattere sostanzialmente espropriativo, anche se non comportano il trasferimento coattivo della proprietà da un soggetto a un altro.

<sup>50</sup> Corte cost., n. 179 del 1999.

<sup>51</sup> Nei successivi percorsi la Consulta mantiene ferma la distinzione tra i vincoli su singoli beni, non accompagnati da un termine di scadenza o non corredati dalla previsione di un indennizzo (le c.d. espropriazioni anomale o sostanziali che, senza togliere la proprietà, la svuotano di contenuto) e i c.d. «vincoli di categoria», ossia quei vincoli che sono posti a carico non di specifici singoli beni, ma di intere categorie di beni (quali le aree agricole, i beni paesistici...). Ai primi si applica l'art. 42, co. 3, Cost. e «quindi al proprietario è dovuto un indennizzo», i secondi, invece, rientrano nella determinazione fatta dalla legge dei modi di godimento e dei limiti della proprietà e quindi nessun indennizzo è dovuto. Cfr. punto 9 della parte in diritto di Corte cost., n. 179 del 1999. Nella stessa direzione, Corte cost., n. 411 del 2001.

<sup>52</sup> Sulla quantificazione dell'indennizzo per la reiterazione del vincolo, v. BORGIO, *Le problematiche connesse all'indennizzo da reiterazione del vincolo - Indennizzo o risarcimento?*, in *Riv. Anm.*, 2004, 49 ss.; GENINATTI SATÈ, *Reiterazione dei vincoli urbanistici e obbligo di indennizzo: alla Corte costituzionale le rigidità della pianificazione urbanistica*, in *Giur. It.*, 2005, 901.



«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»<sup>53</sup>.

Deve peraltro sottolinearsi che l’indennizzabilità dei vincoli conformativi risente oggi 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 Convenzione e.d.u., sino a ricomprendervi qualsiasi interesse patrimoniale oggetto di un diritto o anche solo di una legittima aspettativa<sup>54</sup> e, in taluni casi, anche altri interessi legati alla tutela di altri diritti fondamentali<sup>55</sup>. Tale ampliamento dello spettro oggettivo di operatività della tutela indennitaria nella prospettiva della Convenzione e.d.u. 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<sup>56</sup>. Tutti elementi, questi, assai utili a irrobustire il nostro percorso di definizione di una responsabilità da attività lecita processuale anche attraverso il concetto di “vincolo negativo” che ci riconduce ai caratteri del già esistente meccanismo indennitario, contemplato dalla Legge Pinto per l’irragionevole durata del processo penale.

---

<sup>53</sup> In queste decisioni che tengono conto dell’espresso riconoscimento legislativo dell’art. 39 del testo unico sull’espropriazione per pubblica utilità (d.P.R. n. 327 del 2001), si mantiene ferma la distinzione tra i vincoli su singoli beni e vincoli di categoria. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 1947, 938 ss., e ora pubblicati negli *Scritti di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1990, 457 ss., richiamava il regime giuridico delle cose d’arte (L. 1 giugno 1939, n. 1089) e delle bellezze naturali (Legge n. 1497 del 1939). Si tratta di una distinzione tra le due ipotesi, oggi fondata sui co. 2 e co. 3 dell’art. 42 Cost, già presente negli scritti di Santi Romano e di Cammeo.

<sup>54</sup> Cfr., Corte eur. dir. uomo., Iatridis c. Grecia, 25 marzo 1999, § 54; Id., Silvestri c. Italia, 9 giugno 2009, § 70; Id., Plalam Spa c. Italia, 18 maggio 2010, § 36; Id., Grande Camera, Kopecky c. Slovacchia, 28 settembre 2004, § 52; Id., Dragon c. Francia, 28 settembre 2004, § 68, ove sono variamente presi in considerazione oltre al diritto di proprietà, l’avviamento commerciale, il credito, e la legittima aspettativa di registrazione di un marchio commerciale §21; altresì, Id., Grande Camera, Anheuser-Busch Inc. c. Portogallo, 17 gennaio 2007, § 78.

<sup>55</sup> Si pensi alla vicenda legata all’indennizzo per le trasfusioni di sangue infetto, *infra* nota 77.

<sup>56</sup> Corte cost., n. 181 del 2011, ha sancito l’incostituzionalità del criterio dell’indennità di esproprio per le aree agricole, determinato nella misura pari al «valore agricolo medio corrispondente al tipo di coltura effettivamente praticato» (art. 40, d.P.R. n. 327 del 2001). In particolare si è rigettato il metodo tabellare di determinazione dell’indennità che «prescinde dall’area oggetto del procedimento espropriativo ignorando ogni dato valutativo inerente ai requisiti specifici del bene». Tale criterio presenta un «carattere inevitabilmente astratto che elude il “ragionevole legame” con il valore di mercato prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e si mostra poco coerente con il “serio ristoro” richiesto dalla giurisprudenza consolidata della stessa Corte.

5. L'evidenziato parallelismo con la responsabilità da atto lecito, quale presupposto per l'indennizzo per l'attività processuale penale, ci espone subito tuttavia 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 scoraggiano oltremodo accostamenti e futuribili ampliamenti degli indennizzi. Infine, un quadro giurisprudenziale generalmente restrittivo comprime e limita, in concreto, la portata dei ristori economici conseguenti alle delineate forme di responsabilità<sup>57</sup>.

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 indubbiamente che essa può rappresentare un paradigma utile alla nostra ricerca.

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

Basti, in questa sede, il richiamo all'indennizzo di diritti danneggiati da attività lecite della P.A., non aventi contenuto patrimoniale, ma meritevoli comunque di ristoro, per suffragare ulteriormente l'ipotizzabilità di una categoria più generale d'indennizzo - fruibile ai nostri fini - e ancora una volta desumibile dalle enunciazioni della Corte costituzionale.

Ci si riferisce, in particolare alla celebre declaratoria d'illegittimità della norma contenuta nella L. 4 febbraio 1966, n. 51 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

---

<sup>57</sup> Cfr. Reports 2011 in materia di responsabilità nel diritto italiano CAFAGNO, FAZIO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento*; CHIRULLI, *Responsabilità da comportamento*; FALCON, CORTESE, *La responsabilità civile dell'amministrazione: giurisdizione e processo*, tutti leggibili in [www.iuspublicum.com](http://www.iuspublicum.com). Di particolare interesse l'analisi di SCOTTI, *Responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, *ivi*, 2014.

dal vaccino<sup>58</sup>.

In tale *decisum* sono stati definiti i contorni del danno da trattamento colposo e dell'indennizzo da trattamento incolpevole<sup>59</sup> ed è venuto a maturazione un processo di "dematerializzazione" degli stessi beni da indennizzare, assai utile alla ricostruzione *in fieri*.

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 richieda una specifica previsione di indennizzo perché 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, che legittimano l'imposizione del trattamento sanitario». <sup>60</sup> «Corretto bilanciamento dei valori» e «ragioni di solidarietà» cui potrebbero - cautamente - ispirarsi tutti gli indennizzi derivanti dalle lesioni di altri diritti aventi valenza costituzionale.

Nella stessa direzione, peraltro, sospingono gli esiti della successiva declaratoria di incostituzionalità della L. 25 febbraio 1992 n. 210 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». Orbene, pure tale disposizione era stata dichiarata incostituzionale con riguardo allo specifico profilo della decorrenza del diritto all'indennizzo<sup>61</sup>, stante la necessità di ristorare il danno derivante da un trattamento incolpevole, cui la persona fosse stata sottoposta nell'adempimento di un obbligo legale, ai sensi degli artt. 32 e 2 Cost. (diritto alla salute e dovere di solidarietà), mentre una terza ipotesi era configurata con riguardo al danno derivante da trattamento sanitario non obbligatorio cui

---

<sup>58</sup> Corte cost., n. 307 del 1990.

<sup>59</sup> La legge impositiva di un trattamento sanitario - si legge nella sentenza - non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. L'interesse collettivo alla vaccinazione obbligatoria non giustifica però il sacrificio del diritto individuale alla salute di chi vi è assoggettato.

<sup>60</sup> Corte cost., n. 307 del 1990.

<sup>61</sup> Corte cost., n. 118 del 1996.

la persona si fosse spontaneamente sottoposta. In tale ultimo caso, il legislatore poteva disporre misure di sostegno, senza esservi obbligato, in applicazione degli artt. 38 e 2 Cost. (assistenza e solidarietà)<sup>62</sup>.

In questo peculiare contesto, la giurisprudenza ha dunque ampliato la nozione di espropriazione cui segue il diritto dell'indennizzo, includendovi non solo il trasferimento coattivo della proprietà, ma anche il sacrificio del singolo bene e del singolo proprietario che non comporti una totale privazione del diritto. Inoltre, 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 che tale diritto occupa 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<sup>63</sup>.

È in tale senso - a nostro parere - che il fondamento solidaristico della responsabilità da atto lecito si presta ad assumere una valenza capace di ricomprendere tutte le disposizioni costituzionali che tutelino valori processuali, quali la libertà personale, il diritto di difesa, l'equità processuale, di volta in volta soggetti a provvedimenti di tipo ablativo, eliminatorio o restrittivo<sup>64</sup>. In questa chiave, dunque, potrebbe rinvenirsi un fondamento dell'indennizzo da attività lecita processuale, nel senso di uno strumento volto alla risoluzione dei conflitti *ivi* sorti.

Del resto, il campo della casistica indennitaria è oramai talmente ampio (e frammentato) da consentire ulteriori estensioni<sup>65</sup>, utili persino a svincolare l'indennizzo da una visione rigidamente "patrimoniale". Tra le varie sotto-elencazioni della fattispecie indennitaria, infatti, oltre alle ipotesi in cui si sacrificano "autoritativamente" diritti costituzionalmente garantiti, rientrano anche quelle situazioni che possono essere ristrate, 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

<sup>62</sup> Frequente in giurisprudenza il riconoscimento d'indennizzi per l'attività di trasfusione ematica da cui seguano menomazioni: Cass., Sez. I, 19 maggio 2014, in *Foro it.*, 2015, I, 20.

<sup>63</sup> RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1967, 195.

<sup>64</sup> Su questi caratteri si sofferma GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1181 ss.

<sup>65</sup> Cfr. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, 10 ss.

caso dell'interesse legittimo<sup>66</sup>.

Importante, poi, sottolineare come spesso la fattispecie indennitaria venga irritualmente sfruttata per eludere le responsabilità da fatto illecito degli organi statuali, celando di fatto una responsabilità di questo tipo<sup>67</sup>.

La possibilità di bilanciare i diritti fondamentali con gli interessi pubblici contrapposti<sup>68</sup> segna dunque un ulteriore progresso nella direzione qui segnata, peraltro stimolato dallo spostamento della giurisdizione dal giudice ordinario al giudice amministrativo in importanti materie<sup>69</sup>, caratterizzate tutte proprio dall'incidenza dell'azione pubblica su diritti fondamentali<sup>70</sup>.

Si potrebbe dunque affermare che la descritta esigenza compensativa tenda a giuridicizzarsi all'interno del principio di «compensazione», ovvero di uno dei principi che regolano l'azione amministrativa e che impongono di ristorare l'equilibrio fra diritti egualmente rilevanti. Basti qui il richiamo alle forme di compensazione esistenti nel ramo urbanistico ma anche alle ordinanze contingibili e urgenti, che possono determinare la temporanea compressione di tutti i diritti costituzionalmente garantiti nel settore dell'esecuzione di lavori pubblici e delle opere pubbliche. Il principio di piena responsabilità da atto lecito, riguardante le lesioni dell'essenza del diritto o le menomazioni di grado minore, cede il campo ad un principio compensativo che rappresenta lo sviluppo ulteriore di precetti generali, quali l'uguaglianza, la correttezza, la proporzionalità, il non abuso e il rispetto dell'altrui affidamento<sup>71</sup>.

Giova però precisare che il “dovere indennitario” di natura pubblicistica, basato sul principio solidaristico, ha fornito una giustificazione alla discrezionali-

<sup>66</sup> Questa terminologia si deve a SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, II, Napoli, 1989, 1166.

<sup>67</sup> Su tali situazioni cfr. MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit., 67.

<sup>68</sup> Per una tale specifica prospettiva SCOTTI, *La localizzazione di opere pubbliche nocive tra responsabilità da atto lecito e principio di compensazione*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it).

<sup>69</sup> Lo spostamento della competenza si è registrato in materia di rifiuti (Così Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, Pres. Consiglio Ministri c. Comune di Serre, in *Foro It.*, 2008, I, c. 766; Id., Sez. Un., 29 aprile 2009, Comune di Castellamare di Stabia c. Comune di Milano, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 2876; Id., Sez. Un., 5 marzo 2010, Comunità Montana Titerno c. D.P., in *Giur. It.*, 2010, 1034: «appartiene alla giurisdizione del g.a. la controversia che investe il potere dell'Amministrazione relativo all'organizzazione ed alle modalità di attuazione dello smaltimento dei rifiuti urbani» e di situazioni di emergenza (v. art. 3, co. 2-bis, D.l. 30 novembre 2005, n. 245, conv. con mod. con L. 27 gennaio 2006, n. 21, ed ora l'art. 133, lett. p), c.p.a.).

<sup>70</sup> Si pensi alla decisione della Corte costituzionale sul caso ILVA di Taranto, Corte cost., n. 85 del 2013, ove è espresso a chiare lettere il bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare il diritto alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il conseguente dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso.

<sup>71</sup> SCOTTI, *Liceità*, cit., 40 ss.

tà del legislatore nell'individuazione dell'ammontare degli indennizzi e nella non necessaria correlazione con il danno. La stessa Corte costituzionale<sup>72</sup> ha riconosciuto la possibilità per il legislatore di determinare discrezionalmente l'entità della (indennità) nei limiti della non irrisorietà.

Solidarietà ha significato, in altri termini, amplificazione della discrezionalità legislativa nel definire il contenuto della garanzia e, in particolare, l'ampiezza e la misura della garanzia. Ciò spiega la ritenuta legittimità d'indennizzi parziali, ovvero non idonei a riparare l'intero pregiudizio subito, a esempio in materia di espropriazioni, vaccinazioni obbligatorie<sup>73</sup>, ingiusta detenzione, mediante il bilanciamento di diritti fondamentali con interessi economici legati al contenimento della spesa pubblica.

Al proposito, deve ricordarsi che gli apporti della Corte e.d.u. hanno consentito di superare questa visione riduttiva e di affermare invece la necessaria correlazione tra misura riparatoria e pregiudizio effettivamente patito<sup>74</sup>, anche relativamente alla tutela del diritto alla vita e alla salute<sup>75</sup>.

La permanenza di un'impostazione contraria con riferimento alle lesioni riguardanti i diritti posti al vertice della gerarchia costituzionale dei valori, e, cioè, dei diritti non patrimoniali della persona è evidentemente paradossale poiché per i danni a interessi non patrimoniali il "risarcimento" non sarebbe commisurato al danno subito ma a un generico canone solidaristico, discrezionalmente interpretabile dal legislatore o dall'Amministrazione.

La dottrina ha - condivisibilmente - criticato tale discrasia fra le lesioni patrimoniali e non patrimoniali, invocando una vera e propria responsabilità da atto lecito e, con essa, un obbligo di piena riparazione per tutti i diritti fondamentali toccati dall'azione amministrativa<sup>76</sup>.

Alla luce di tali condivisibili impostazioni dovrebbero essere considerate ille-

<sup>72</sup> Corte cost., n. 181 del 2011.

<sup>73</sup> Corte cost., n. 107 del 2012, che ha sancito l'incostituzionalità dell'art. 1, co. 1, L. 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso art. 1, co. 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia.

<sup>74</sup> *Ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, I, Scordino c. Italia, 29 luglio 2004, confermata da Corte eur. dir. uomo, Grande Chambre, 29 marzo 2006, Scordino c. Italia. Si veda, sul tema, PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 60 ss.

<sup>75</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo., 3 settembre 2013, M. C. c. Italia; Id., D. A. e altri c. Italia, 14 gennaio 2016, c. Italia, § 34, in tema di obbligo degli Stati di indennizzare le vittime di trasfusioni di sangue infetto. Nel riconoscere la responsabilità dello Stato, i giudici hanno ritenuto che ai ricorrenti spettasse pure la rivalutazione dell'indennizzo. L'art. 27-bis della L. 11 agosto 2014, n. 114 ha previsto una nuova procedura al fine di indennizzare i soggetti che avessero avuto danni a seguito di trasfusioni terapeutiche ovvero a seguito di vaccinazioni obbligatorie con un indennizzo rispettivamente di 100000 e 20000 euro da pagarsi in un'unica soluzione.

<sup>76</sup> SCOTTI, *Liceità*, cit., 39.

gittime le norme che determinano indennizzi non corrispondenti al danno patito, come accade ad es. esempio nelle ipotesi di danni da vaccinazioni obbligatorie o, appunto, da ingiusta detenzione<sup>77</sup>. In corrispondenza di ciò dovrebbe rivedersi, com'è accaduto per l'indennità di esproprio in seguito all'intervento della Corte Europea<sup>78</sup>, l'orientamento della Corte costituzionale che, in materia di diritti fondamentali non patrimoniali, rimette al legislatore la possibilità di determinare discrezionalmente l'entità dell'indennizzo con il solo limite della sua non irrisorietà<sup>79</sup>.

6. Oltre che nei percorsi della dottrina (e nelle ripercorse letture giurisprudenziali) l'indennizzo da attività lecita ha trovato consacrazione nel diritto amministrativo con l'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 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». Qui, infatti, è stato lo stesso legislatore a farsi carico della ristorabilità di un'attività lecita mediante una specifica previsione<sup>80</sup>. Il tenore della norma, che risale al testo originario 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, legge 241 del 1990) si è arricchito per il caso della revoca, cioè per una tipica violazione «dell'affidamento»<sup>81</sup> ingenerato dalla pubblica amministrazione, proprio

<sup>77</sup> Ad esempio: Cass., Sez. IV, 31 marzo 2016, P., in *Mass. Uff.*, n. 266526; Id., Sez. III, 17 settembre 2014, M., *ivi*, n. 260329; Id., Sez. IV, 1° aprile 2014, S., *ivi*, n. 259237.

<sup>78</sup> *Supra*, nt. 55.

<sup>79</sup> Corte cost., n. 348 del 2007; Cass. Civ., Sez. un., 28 ottobre 2009, De Gregorio c. Amap, in *Urb. e App.*, 2010, I, 79.

<sup>80</sup> Senza pretesa di completezza varie ipotesi di indennizzo si ritrovano oltre che nella multiforme normativa delle espropriazioni ( D.P.R. 8 giugno 2001, n. 237; D.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 in tema di proprietà industriale), in materia sanitaria (L. 25 luglio 1997, n. 238, L. 14 ottobre 1999, n. 362, L. 25 ottobre 2005, n. 229), in materia di rifiuti ( D.l. 6 novembre 2008, n. 172), in tema di beni abbandonati all'estero (L. 6 dicembre 1971, n. 1066; L. 26 gennaio 1980, n. 16; L. 5 aprile 1985, n. 135), in tema di investimenti all'estero cui conseguano delle perdite ( L. 11 febbraio 2010, n. 13). Un danno derivante da processo è contemplato nel D.l. 16 marzo 2004, n. 66, conv. con mod. nella L. 11 maggio 2004, n. 126, che sancisce e disciplina il reintegro in servizio, nella funzione o nell'impiego del pubblico dipendente prosciolto in sede di procedimento penale.

<sup>81</sup> Sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale, ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Torino, 2005, 312 ss., guarda all'affidamento come principio fondante l'ordinamento giuridico e al contempo sottolinea come gli strumenti di tutela restino diversi in relazione al caso concreto; GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. Amm.*, 2008, 757 ss.; la problematica è particolarmente esplorata dalla dottrina tedesca, ove le norme del diritto pubblico generano diritti soggettivi, ed emerge un forte ancoraggio con l'"affidamento", BLANKE, *Vertrauensschutz in deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tübingen.

in virtù dell'art. 21 *quinquies*, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15.

Prima della codificazione dell'istituto, l'orientamento prevalente era nel senso di escludere qualsiasi indennizzo per il soggetto nei cui confronti intervenisse la revoca in modo legittimo di un precedente provvedimento amministrativo vantaggioso per il privato<sup>82</sup>. In qualche occasione, ma solo in casi particolari, la rifusione economica veniva ammessa<sup>83</sup>.

Teorizzazioni all'epoca minoritarie, volte a sostenere la tutela indennitaria per il caso di revoca, in particolare di concessioni di attività o servizi di natura imprenditoriale e commerciale, si basavano, invece, sulla necessità di riconoscere un indennizzo quale criterio immanente dell'ordinamento giuridico, posto a tutela del danno da lesione del legittimo affidamento subito dal privato<sup>84</sup>. Una parte della dottrina<sup>85</sup>, nel riferirsi ai casi di legittimo affidamento disatteso da un atto legittimo (i c.d. affidamenti disattesi) seppur dannoso, ipotizzava al proposito una sorta di espropriazione, sia pure *sui generis*<sup>86</sup>. Da ciò il consolidarsi della teoria "dell'ablazione" sul presupposto che il provvedimento che, pur legittimamente, disattende un affidamento va assimilato a un atto ablativo e per conseguenza deve essere indennizzato.

La previsione normativa dell'indennizzabilità del recesso dagli accordi amministrativi di cui all'art. 11 legge n. 241 del 1990 e la codificazione della revoca con la legge n. 15 del 2005, che ha introdotto nella legge n. 241 del 1990 l'art. 21-*quinquies*, hanno dunque enormemente facilitato il descritto percorso ermeneutico in ambito amministrativo.

La dottrina ha potuto così fondare su base legale l'applicazione estensiva o generalizzata del principio indennitario<sup>87</sup>, operando un'assimilazione con l'istituto del recesso<sup>88</sup>. In sintesi, a livello operativo, a seguito dell'esercizio del potere di recesso o della revoca, di cui il soggetto privato non intenda contestare la legittimità, ovvero che non si riveli illegittimo, viene garantita comunque la liquidazione di un indennizzo. L'indennizzo rappresenta la tutela mi-

---

gen, Mohr, Siebeck, 2000, 25 ss.

<sup>82</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 6 giugno 1969, n. 266, in *Foro It.*, 1969, II, c. 398.

<sup>83</sup> Cass. Civ., Sez. un., 2 aprile 1959, n. 972, in *Foro It.*, 1959, I, c. 50.

<sup>84</sup> IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, *passim*, spec. 193 ss.

<sup>85</sup> MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta alla "alternanza"*, Milano, 2001, 274.

<sup>86</sup> Secondo DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, 79, «in sostanza potremmo dire che tutti gli esercizi di diritti che comportano indennizzo sono delle espropriazioni in senso lato, cioè degli atti ablativi».

<sup>87</sup> CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2005, 394.

<sup>88</sup> SCOCA, *Gli accordi*, in ID., *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 387; GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 241.



nima, prevista *ex lege*, funzionale a tutelare la situazione di “affidamento” che necessariamente ha caratterizzato il rapporto instaurato. Accanto all’interesse pubblico (che sorregge la revoca) e all’interesse privato (alla stabilità del provvedimento) si innesta un terzo interesse, anch’esso pubblico, che è l’interesse connesso all’esborso dell’indennizzo.

La “formalizzazione” di un indennizzo, che amplia la nozione di revoca e tutela “l’affidamento” del privato, fornisce un dato utile pure ai fini della nostra ricostruzione: un atto lecito della P.A., che nel caso di revoca è certamente un provvedimento amministrativo, importa il sorgere di un obbligo di ristoro.

L’istituto descritto conferma, a nostro parere, la possibilità di ampliamento della catena delle norme riconducibili al «paradigma della responsabilità della P.A. da atto lecito»<sup>89</sup> ma denota, ancora una volta, le evidenti contaminazioni con la responsabilità da atto illecito.

Particolarmente difficile è comprendere, infatti, se l’interesse pubblico debba legittimamente prevalere “sull’affidamento” indotto dal precedente comportamento del legislatore o della pubblica amministrazione, individuandosi dunque un’ipotesi di c.d. responsabilità per atto lecito che importa l’erogazione di un indennizzo a favore della parte danneggiata, ovvero se ci si trovi di fronte a un’ablazione di un bene (quello determinato dall’ “affidamento”), che nel nostro ordinamento, ove è ignorata la c.d. clausola congiuntiva ablazione - indennizzo, comporta l’indennizzo solo se espressamente previsto dalla legge (o dall’incostituzionalità della legge che non lo prevede, laddove si riesca a fare rientrare il bene nel diritto di proprietà tutelato dall’art. 42 Cost.).

Orbene, la giurisprudenza ha ritenuto che oggetto di tutela sia proprio “l’affidamento” generato da un provvedimento poi annullato d’ufficio o dal giudice amministrativo: 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<sup>90</sup>. Il dato incide evidentemente sulla questione

<sup>89</sup> Ancora CORSO, *La responsabilità*, cit., 203 ss.

<sup>90</sup> Per Cass., Sez. un., ord. 23 marzo 2011, Itacasa immobiliare Srl c. Comune di Martina Franca, in *Foro It.*, 2011, I, c. 2388, nel caso di annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione di un appalto non si configura alcuna lesione dell’interesse legittimo dell’impresa beneficiaria dell’aggiudicazione, ma

della giurisdizione, ancora vivacemente dibattuta<sup>91</sup> e mostra da tale angolazione il carattere “fluido” (e spesso divisivo) della fattispecie indennitaria.

L’indennizzo rappresenta la tutela della situazione di “affidamento” che necessariamente ha caratterizzato il rapporto instaurato. Accanto all’interesse pubblico (che sorregge la revoca) e all’interesse privato (alla stabilità del provvedimento) si innesta un terzo interesse, anch’esso pubblico, che è l’interesse connesso all’esborso economico.

La “formalizzazione” di un indennizzo che amplia la nozione di revoca e tutela l’affidamento fornisce un dato utile pure ai fini della nostra ricostruzione: un atto lecito della P.A. (che nel caso della revoca è certamente un provvedimento amministrativo) importa un obbligo di ristoro.

L’istituto descritto conferma, a nostro parere, la possibilità di ampliamento della catena delle norme riconducibili al «paradigma della responsabilità della P.A. da atto lecito»<sup>92</sup> ma denota, ancora una volta, le evidenti contaminazioni con la responsabilità aquiliana.

7. Se i percorsi dottrinali, le scelte legislative e le indicazioni giurisprudenziali italiane consolidano il fondamento di un paradigma di responsabilità da atto lecito da cui discende un diritto all’indennizzo, segnali altrettanto rassicuranti provengono da alcuni ordinamenti stranieri.

Le soluzioni specificamente adottate nei modelli francese, tedesco e spagnolo rinsaldano l’idea di un principio generale di responsabilità da atto lecito da intendersi alla stregua di una sorta di “collante” rispetto alla nozione comune da adottare a livello dell’Unione.

Tale nozione filtra attraverso le sentenze degli organi giurisdizionali europei riflettendo forme di contaminazione dei tre modelli appena menzionati. Più precisamente, si assiste al superamento delle tradizionali impostazioni nazionali in tema di responsabilità per colpa a tutto vantaggio di una visione di tipo oggettivo, direttamente discendente dall’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

---

può configurarsi una lesione dell’affidamento in essa ingenerato dal provvedimento favorevole: la relativa tutela risarcitoria è perciò devoluta al giudice ordinario.

<sup>91</sup> Su questi temi SCOCA, *Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1 ss. In giurisprudenza, fra le affermazioni più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1914, in *App. e Contr.*, 2015, 5, 86.

<sup>92</sup> Ancora CORSO, *La responsabilità*, cit., 203 ss.

del *princeps legibus solutus*, in virtù di processi di democratizzazione e di esigenze di tutela economica dei danneggiati.

In particolare, la caratterizzazione pubblicistica del modello francese di responsabilità della P.A.<sup>93</sup> è giustificabile storicamente: la specialità del diritto amministrativo inteso quale privilegio della pubblica amministrazione ha di fatto segnato in origine l'ascesa della borghesia ai danni dell'aristocrazia. Non è dunque causale che la ricca casistica in tema *responsabilité sans faute* si sia manifestata nel Paese d'oltralpe con atteggiamenti che, pur prendendo in prestito categorie privatistiche, hanno tenuto conto della specificità del diritto pubblico. E la dottrina francese ha da sempre manifestato l'esigenza di costruire un argine fra lo Stato e i privati, eliminando il rapporto di dominio con quello di sudditanza attraverso l'avvento dell'oggettivismo giuridico, rispondente anche all'imperativo di ordine sociologico di considerare in modo paritario cittadini e pubblica amministrazione<sup>94</sup>.

Sin dal 1895, il Consiglio di Stato, anticipando il legislatore, aveva infatti riconosciuto a un operaio di un'azienda di Tarbes, di cui era titolare il ministero della guerra, il diritto a un indennizzo per un incidente sul lavoro non imputabile al ministero né a negligenza della vittima<sup>95</sup>.

Si ragionava sulla responsabilità del servizio pubblico riguardo alla condotta incolpevole del singolo e sulla conseguente indennizzabilità del danneggiato<sup>96</sup>. Accanto alla responsabilità che nasceva in capo alla P.A. per effetto dell'assunzione del rischio, la giurisprudenza individuava un'altra forma di responsabilità senza colpa, fondata esclusivamente sulla rottura dell'eguaglianza di fronte agli oneri (*charges*) pubblici<sup>97</sup>, anche riguardo ad atti

<sup>93</sup> Per una lettura politico - costituzionale della questione, BIGOT, *La responsabilité dell'amministrazione in Francia. Storia e teoria*, in *Scien. Pol.*, 2010, 42, 1 ss.

<sup>94</sup> Ci si riferisce alla celebre impostazione di DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Parigi, 1901; ID., *L'Etat, les gouvernants et les agents*, Parigi, 1903. Una moderna critica si rinviene in MELLERAY, *Léon Duguit. L'Etat détrôné*, in *Le renouveau de la doctrine Française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Parigi, 2009, 214 ss.

<sup>95</sup> Si riconobbe in questo caso la competenza del giudice amministrativo (TC 8 febbraio 1873, *Blanco*). Sul dibattito d'oltralpe, fra i molti, CUOCCI, *Tutela dei singoli e responsabilità civile della pubblica Amministrazione nel sistema francese*, in *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione*, a cura di Follieri, Milano, 2004, 535; DELFINO, *La responsabilità extra contrattuale dei soggetti pubblici in Francia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1988, 583; LAZZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità di Stato*, Torino, 2005, 144 ss.

<sup>96</sup> Conseil d'Etat, 21 giugno 1895, *Cames*, Rec. 509, concl. Romieu, in LONG e altri, *Le grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, 15a ed., Paris, 2005, 39-40. Su questa scia il legislatore il 9 aprile 1898 approverà la legge sugli incidenti sul lavoro.

<sup>97</sup> Il principio è stato formulato nella controversia promossa da un francese, in possesso di una sentenza munita di formula esecutiva sulla proprietà di ampio immobile. Nell'impossibilità di esecuzione per ragioni di sicurezza pubblica, si stabilì che il sacrificio sofferto dal privato doveva essere sopportato dalla

perfettamente legittimi. Il principio d'eguaglianza al cospetto degli oneri pubblici veniva poi esteso dal Consiglio di Stato anche alle ipotesi di responsabilità senza colpa di natura palesemente extracontrattuale<sup>98</sup>.

All'interno del delineato meccanismo operavano dei correttivi in virtù dei quali il pregiudizio subito in esito a un'attività legittima doveva essere speciale e doveva anche presentare un certo grado di intensità<sup>99</sup>. Del pari, si richiedeva che non emergesse una volontà legislativa contraria (manifesta o implicita) che inducesse a escludere la possibilità di un indennizzo<sup>100</sup>.

Con la riforma del processo esecutivo (L. 9 luglio 1991, n. 91-650) il legislatore ha codificato il principio enunciato dalla giurisprudenza: «lo Stato è tenuto a prestare il suo ausilio all'esecuzione delle sentenze e degli altri titoli esecutivi. Il rifiuto dello Stato di prestare il suo ausilio dà diritto a riparazione». Nei casi citati vi è dunque un'obbligazione dello Stato, l'inosservanza della quale dà diritto all'indennizzo.

Nella prospettiva contemporanea, il contesto francese è segnato da un approccio evolutivo che tende ad ammettere l'indennizzo anche in difetto di un'eventuale volontà legislativa di segno contrario. È infatti il pregiudizio subito dal privato - per la sua gravità e specialità - a fare sorgere l'obbligazione in capo allo Stato<sup>101</sup>.

Una tale forma di responsabilità indennizzabile rispecchia anzitutto il principio dell'*égalité devant le charges publiques* in ossequio all'art. 13 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo<sup>102</sup>. Inoltre, la categoria (di matri-

collettività: Conseil d'Etat, 30 novembre 1923, *Couiteas*, Rec. 789, *ibidem*, 248 ss.

<sup>98</sup> Nel caso *La Fleurette* si riconobbe il diritto a un indennizzo a un'impresa per il danno cagionato da una legge (29 giugno 1934) che poneva dei limiti alla lavorazione del prodotto. Con un anticipo di decenni rispetto al diritto comunitario, la responsabilità scaturiva dai danni cagionati dalla legge al singolo a causa di una misura a tutela dell'interesse pubblico (Conseil d'Etat, 14 gennaio 1938, *S.A. La Fleurette*, in *Rec. Lebon*, 1938, 25).

<sup>99</sup> Cfr. Conseil d'Etat, 13 maggio 1987, Aldebert, in *Rev. Fran. Droit. Anm.*, 1988, 950 ss., che aveva riconosciuta la specialità e l'anormalità di una lesione sofferta dal diritto di un ristoratore in seguito alla costruzione di un'autostrada che aveva compromesso gli introiti del suo esercizio sino a realizzarne la chiusura. In tal senso la lesione andava indennizzata.

<sup>100</sup> Con diversità di accenti il dato emerge nel caso Bovero (Conseil d'Etat, 25 gennaio 1964, in *Rec. Lebon*, 1964, 53), ove si era messo in evidenza come la lesione sofferta dal soggetto si fosse tradotta in un pregiudizio speciale e come al suo indennizzo non ostasse una contraria volontà legislativa. Nello stesso segno positivo, Conseil d'Etat, 30 luglio 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre et autres*, in *Rev. Fran. Droit. Anm.*, 2004, 150. Negavano, invece, l'indennizzo a fronte di una contraria volontà legislativa Conseil d'Etat, 29 aprile 1921, *Société Premier et Henry*, in *Rec. Lebon*, 1921, 424; Conseil d'Etat, 21 gennaio 1988, *Ministre de l'Environnement c. M. Plan*, in *Rev. Fran. Droit. Anm.*, 1988, 565.

<sup>101</sup> Argomentazioni in tal senso si rinvengono in Conseil d'Etat, 2 novembre 2005, *Cooperative agricole Ax'ion*, in *Rev. Fran. Droit. Anm.*, 2005, 354.

<sup>102</sup> CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*,

ce 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 per effetto del superamento di quella “soglia di tolleranza” che il cittadino è disposto a sopportare a cagione di un’attività pubblica<sup>103</sup>. Questa forma di responsabilità svolge dunque una funzione di regolamentazione sociale nella quale il limite della tolleranza è individuato nella capacità finanziaria che i cittadini sono disposti a sopportare per riparare i danni prodotti dal raggiungimento dell’interesse generale. Un profilo, questo, indubbiamente coincidente con la responsabilità da illecito.

Anche il sistema spagnolo ammette ampie forme di responsabilità della pubblica amministrazione. Si tratta di un approccio influenzato da retaggi storici di tipo “reattivo” rispetto a un’essenza statale totalitaria che, per lungo periodo, aveva indotto a negarne la sussistenza. La riaffermazione della democrazia, dopo la guerra civile e la dittatura, ha condotto a meccanismi di “iperresponsabilizzazione” dell’ente pubblico, con corrispondenti presidi di “ipercompensazione” del danno<sup>104</sup>.

All’origine, il principio generale di responsabilità contemplato nel codice civile stentava a trovare applicazione dinnanzi ai pubblici poteri. Embrionali interventi si erano registrati in forza di leggi settoriali locali che, pur non operando distinzioni nette fra attività lecite e illecite, prevedevano l’individuazione di responsabilità con un fondamento colposo.

Volendo ripercorrerne le principali tappe evolutive, va menzionata la *Ley de expropiación forzosa* nel 1954, in cui emergeva una responsabilità diretta e non sussidiaria di tipo unitario, riferibile a ogni attività di tipo amministrativo - provvedimento o materiale, attiva o omissiva - eziologicamente riconducibile alla P.A. Successivamente la *Ley de regimen jurídico de la Administración del Estado* del 1957, all’art. 40, riconosceva il diritto all’indennizzo «di tutte le lesioni» dei beni o diritti, salvi i casi di forza maggiore, sempre che la lesione fosse conseguenza del funzionamento «normale o anormale» dei servizi pubblici o dell’adozione di «provvedimenti non impugnabili in via contenziosa». Il precetto inquadrava un canone generale di garanzia del cittadino verso l’azione dei pubblici poteri. L’accezione poggiava su un’idea di giustizia distributiva che - va ribadito - prescindeva dalla colpa e si incentrava esclusivamente sulla necessità di mostrare la lesione imputabile all’attività

---

Milano, 1993, 215.

<sup>103</sup> In questi termini ancora, CRISMANI, *Le indennità*, cit., 245.

<sup>104</sup> BRIANI, *Problemi, tendenze e prospettive della responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione in Spagna*, in *Dir. Publ.*, I, 2006, 247 ss.

dell'amministrazione<sup>105</sup>. Il testo è poi stato ripreso dall'art. 106, co. 2, Cost. spagnola 1978, ove si riconosce un diritto all'indennizzo quale «conseguenza del funzionamento dei servizi pubblici». L'eliminazione degli aggettivi («normale o anormale») non ha comportato una mutazione dell'indennizzo per cui 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 tutto lo schema risulta 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.

Per assicurare un «bilanciamento tecnico che ponga un limite all'ambiziosa formulazione iniziale», la giurisprudenza spagnola ha fatto spesso leva sulla nozione di forza maggiore e quindi si è concentrata sul rapporto di causalità. In una celebre decisione del Tribunale Supremo (3 giugno 1985) si è negato, ad esempio, che i danni cagionati da un'azione terroristica potessero essere considerati conseguenza del funzionamento del servizio pubblico di polizia: fermo restando che lo Stato, per ragioni di solidarietà con le vittime, può decidere, con una disposizione di rango sufficiente, di assumere su di sé, in tutto o in parte, l'onere dell'indennizzo<sup>106</sup>.

Con la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* del 26 novembre 1992, il legislatore ha fornito una nozione del danno indennizzabile come effettivo, concreto, economicamente commisurabile ed eccedente la normale soglia di tollerabilità. A questo apporto definitorio si è poi accompagnata una dilatazione della nozione di servizio pubblico riferita all'attività amministrativa, da intendersi in senso lato<sup>107</sup>.

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»<sup>108</sup>. 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 spiega la necessità di un ritorno alla colpa amministrativa quale

<sup>105</sup> LAZZARI, *Modelli*, cit., 189; adesivamente, CRISMANI, *Le indennità*, cit., 247.

<sup>106</sup> NIETO, *La relación*, cit., 427 ss. In argomento, GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, 11a ed., Tecnos, Madrid, 2002, I, 316.

<sup>107</sup> Tribunal supremo, 7 aprile 1989, Tribunal supremo 5 giugno 1989 e Tribunal Supremo, 18 luglio 1989 (tutte in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

<sup>108</sup> NIETO, *La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa*, in *Rev. Esp. D.cho Adm.*, 1986, 427 ss.

elemento “fondante” e al contempo “limitante” l’eccessiva proliferazione dei casi di responsabilità della pubblica amministrazione<sup>109</sup>.

Parzialmente difforme l’approccio tedesco. 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. Da un lato, si assegnava prevalenza al “bene comune” sui diritti o privilegi individuali, dall’altro, si imponeva la corresponsione di un *quantum* economico verso chiunque fosse stato costretto al «sacrificio di un proprio diritto o privilegio nell’interesse comune». Emergeva un 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.

L’identità storica della scelta tedesca è segnata da un percorso che dalla responsabilità diretta dello Stato<sup>110</sup> ha poi condotto alla teoria del mandato e alla teoria del *Fiskus*<sup>111</sup>. Se già la stessa Costituzione di Weimar, all’art. 134, prevedeva che tutti i cittadini senza distinzione fossero tenuti a contribuire agli oneri pubblici in proporzione ai propri mezzi, non sorprende che la questione della responsabilità della P.A. da illecito o da attività lecita sia stata costantemente risolta alla luce del quadro costituzionale. Essa differisce dal modello francese poiché si fonda soprattutto sull’istituto dell’espropriazione ed esalta i principi di eguaglianza *ex art. 3 GG* e legalità, *ex art. 20 GG*. In particolare l’art. 34 GG attribuisce allo Stato o all’ente pubblico la responsabilità per il fatto dell’agente che sta al suo servizio; con diritto di regresso verso quest’ultimo quando egli ha agito con dolo o colpa grave. L’espropriazione garantisce il diritto all’indennizzo ai sensi dell’art. 14 GG: che viene applicato estensivamente a tutti i casi in cui sia sacrificato un diritto patrimoniale. L’indennizzo va determinato in una misura che tenga conto della giusta ponderazione dell’interesse collettivo e dell’interesse del privato. A sua volta, 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 - l’idea del sacrificio speciale (*Sonderopfer*) - imposto al singolo dalla pubblica amministrazione nell’interesse pubblico. Un sacrificio che, tuttavia, dà

<sup>109</sup> In questi termini, 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, 450.

<sup>110</sup> La *Staatshaftung* impone che all’esercizio illegittimo del potere statale consegua la refusione dei danni cagionati.

<sup>111</sup> In base a quest’approccio è lo Stato che agisce come *Fiskus* ossia come soggetto privato che può assumere obblighi, non lo Stato inteso come potere sovrano. Cfr. KARPEN, *L’esperienza della Germania*, in *La responsabilità pubblica*, cit., 145 ss.

diritto a una riparazione in applicazione del principio di eguaglianza dei cittadini di fronte agli oneri pubblici.

Si tratta di una proiezione della nota concezione di Otto Mayer - seguita in Italia fra gli altri dal Vacchelli - basata sull'indennità di diritto pubblico e, ancora una volta, sul principio generale dell'ordinamento che impone la rifusione dei "sacrifici speciali" sia per gli atti legittimi sia per gli atti illegittimi della pubblica amministrazione<sup>112</sup>.

In applicazione del principio di eguaglianza rispetto agli oneri pubblici (*Lastengleichheit*), il sacrificio, imposto dall'autorità amministrativa nell'interesse della collettività, idoneo incidere sull'incolumità fisica, la salute, la vita, deve essere compensato alla stregua dell'art. 2 GG, posto a tutela di tutti i diritti fondamentali, incluso il libero sviluppo della personalità<sup>113</sup>.

Ciò spiega la commistione spesso presente nella giurisprudenza tedesca fra istituti assai diversi quali responsabilità, espropriazione e sacrificio<sup>114</sup>.

Gli esempi sono quelli dei danni cagionati da vaccinazione obbligatoria o da operazioni di polizia che provocano il ferimento di terzi estranei<sup>115</sup>. Peraltro, nelle ricostruzioni di "quasi espropriazione", "quasi sacrificio", fondate sul modello della responsabilità per rischio la distinzione tra responsabilità da illecito e responsabilità da attività lecita (che assoggetta il privato a un sacrificio speciale) sfuma sino quasi a scomparire. Al fine di limitare la portata di questa tipologia di responsabilità, pure la Corte Suprema tedesca ha tentato di recuperare il concetto di colpa, inibendo ulteriori estensioni dell'indennizzo<sup>116</sup> del tipo di quello che induceva persino a ritenere la risarcibilità dello Stato per atti legislativi lesivi. Incidentalmente, deve dirsi che anche il nostro ordinamento si sta aprendo a forme di responsabilità discendenti da atto legislativo lecito<sup>117</sup>.

<sup>112</sup> MEYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, Leipzig, 1895, 34 ss.; VACCHELLI, *La responsabilità civile*, cit., 20 ss.

<sup>113</sup> BADURA, *Staatsrecht*, München, 1996, 133, 187, 282 e 285; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 16, München, 2006, 773 e 781.

<sup>114</sup> CARRÀ, *L'affermarsi della responsabilità della pubblica amministrazione in alcune esperienze europee*, in *La responsabilità pubblica*, cit., 31 ss.

<sup>115</sup> BADURA, *op. cit.*, 286.

<sup>116</sup> Si pensi alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 19 ottobre 1982 (in *www.dejure.org*), che dichiarava l'incostituzionalità della disciplina dettata dalla *Staatshaftungsgesetz* del 26 luglio 1982, ove era prevista una forma di responsabilità diretta e originaria del potere pubblico per violazione di un dovere pubblico, un'esclusione dei danni da attività legittime e un'unificazione della tutela giurisdizionale.

<sup>117</sup> Ci si riferisce ai pregiudizi patiti dai cittadini a causa di leggi incostituzionali che sono oggi in primo piano a seguito di un'innovativa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea che afferma la responsabilità dello Stato per fatto del legislatore. La prospettiva futura sembra volere sganciare la responsabilità per danni dello Stato-legislatore dai presupposti soggettivi, per approdare a una respon-



La dottrina italiana, da sempre condizionata dai modelli francesi e tedesco, ha sfruttato la portata estensiva di tale visione della responsabilità, sottolineando tuttavia il rischio di uno sconfinamento nel campo extragiuridico a causa della commistione fra i concetti di danno e di sacrificio<sup>118</sup>, mentre innegabili meriti mostra l'accentuazione dei principi di giustizia distributiva o riparativa al fine di consolidare la costruzione della fattispecie indennitaria.

I tre modelli francese, spagnolo e italiano sono di grande interesse perché si "incrociano" negli esiti giurisprudenziali della Corte di Giustizia dell'Unione europea, in verità spesso anche con risultati non del tutto intrinsecamente coerenti.

Le differenze fra le singole scelte nazionali spiegano infatti le altalenanti prese di posizione, ad esempio rispetto alla essenza oggettiva o colposa del modello di responsabilità.

Ma può senz'altro affermarsi che negli ultimi anni sia stato proprio il contesto europeo<sup>119</sup> a fare mutare le identità dei singoli approcci nazionali in ordine al tema della responsabilità della pubblica amministrazione e al conseguente indennizzo.

**8.** Il composito quadro comparatistico ci consente di formulare, sin da ora, alcune considerazioni.

L'ambito della responsabilità della pubblica amministrazione da atto lecito si è progressivamente allargato per effetto dell'incidenza sempre più penetrante dei principi costituzionali. La cartina di tornasole del fenomeno è rappresentata dalla nozione di espropriazione come misura ablativa che richiede un indennizzo. Sia nella Costituzione tedesca sia in quella italiana è rinvenibile una chiara distinzione tra la determinazione del regime della proprietà (e del regime di particolari specie di beni: culturali, paesistici) e la misura restrittiva del diritto del singolo proprietario che viene a subire un "sacrificio speciale", cui non sono soggetti i proprietari della medesima specie di beni. Nel primo caso non è previsto un diritto all'indennizzo, nel secondo caso sì. L'espropriazione che dà diritto a un compenso non è più dunque, soltanto, l'atto che produce il trasferimento coattivo della proprietà da un soggetto a un

---

sabilità di tipo oggettivo, coerente con il processo omologo in tema di sovranità. In argomento, SILVESTRI, *Il problema degli effetti delle leggi in contrasto con la Costituzione: la responsabilità dello Stato e i diritti dei cittadini*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2015, 583 ss.

<sup>118</sup> La critica è in particolare ascrivibile a SALEMI, «*La così detta responsabilità*», cit., 133.

<sup>119</sup> Un'apertura prospettica significativa su questo tipo di influenze si rinvia in A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in *Procedura penale*, a cura di Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Galantini, Filippi, Garuti, Mazza, Varraso, Vigoni, Torino, 2015, 29.

altro, ma è anche l'atto che svuota di contenuto la proprietà e lo riduce in modo significativo senza togliere al proprietario la titolarità del bene.

La nozione costituzionale di espropriazione è stata estesa, in Italia e in Germania, al sacrificio che viene imposto nell'interesse pubblico a qualsiasi diritto patrimoniale anche diverso dalla proprietà.

Nell'ambito amministrativo ciò ha permesso di involgere anche altri diritti fondamentali<sup>120</sup> aventi contenuto non patrimoniale, la cui limitazione o il cui sacrificio può essere compensata alla luce dell'art. 2 GG e, analogicamente, degli artt. 2 e 32 Cost. italiana.

Un'ulteriore consolidazione la categoria dell'indennizzo ha ricevuto dalla valorizzazione del principio di eguaglianza. L'impostazione costituzionalmente orientata della migliore dottrina pubblicistica, ravvisa infatti, nella *l'égalité devant les charge publiques* invocata dalla giurisprudenza francese e nella *La-stengleichheit* del diritto tedesco le varianti del principio di eguaglianza, che impongono il pieno ristoro del cittadino sottoposto a un sacrificio particolare (*Sonderopfer*)<sup>121</sup>.

Diritto costituzionale e diritto civile consentono in questo modo di delineare una cornice comune per la responsabilità da attività lecita pure in prospettiva di diritto comparato.

Le scelte francesi, tedesche e spagnole, a loro volta, influenzano (e vengono influenzate) dalla giurisprudenza dell'Unione Europea 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.

9. Come già osservato, la prospettazione della fattispecie indennitaria da processo penale, modulata sulla responsabilità da atto lecito della pubblica amministrazione pone anzitutto il tema del rispetto o meno del principio di legalità-tassatività, ovvero la necessità di delineare, tipizzandole, le singole fattispecie di danno. Ugualmente avvertito è poi il quesito relativo al criterio di attribuzione psicologica dell'imputazione, anche a ragione delle frequenti sovrapposizioni con la responsabilità da atto illecito.

Si è già chiarito, con riguardo al primo punto, come non sussista un'univocità di vedute sulla necessaria esigenza di tipizzazione legale delle fattispecie di

---

<sup>120</sup> DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010, 24 ss.

<sup>121</sup> Secondo CORSO, *La responsabilità*, cit., 226, la stessa conclusione deve essere raggiunta nell'ordinamento italiano per effetto congiunto degli artt. 3 e 53 Cost., il secondo dei quali riprende il principio del «concorso» dei cittadini alle spese pubbliche di cui all'art. 134 della Costituzione di Weimar, con ulteriore specificazione del criterio di progressività.

danno; anzi, la multiformità della casistica “processuale” indurrebbe ad escludere incasellamenti troppo rigidi.

Con riguardo al secondo punto, assai controversa è la necessità di individuare o meno un elemento colposo nella fattispecie del danno da processo, tenuto conto che anche per talune ipotesi di responsabilità extracontrattuali, ai sensi dell’art. 2043 c.c., non è prevista necessariamente la colpa.

Sul quesito specifico ha pesato in modo rilevante l’apporto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che ha posto dei punti fermi nella costruzione della fattispecie indennitaria per il diritto amministrativo, anzitutto con riguardo alla difficoltà probatoria classica (comune con le ipotesi di responsabilità da atto illecito) di individuare i presupposti soggettivi e oggettivi delle singole violazioni, fronteggiando al contempo l’opposta esigenza di garantire alle “vittime” delle azioni statuali un qualche ristoro per il pregiudizio sofferto.

In particolare, è stata rimessa in discussione la tesi maggioritaria della responsabilità extracontrattuale<sup>122</sup>, confermata sul piano normativo dall’art. 30, co. 2, c.p.a. italiano, il quale, disciplinando l’azione risarcitoria, fa riferimento al “danno ingiusto” derivante dall’illegittimo esercizio dell’azione amministrativa o dal mancato esercizio di quell’obbligatoria.

L’interpretazione del giudice europeo testimonia la progressiva osmosi dell’ordinamento nazionale in favore delle istituzioni create dai Trattati comunitari, con attribuzione alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea del ruolo di interprete del diritto “comunitario” (artt. 258-260 T.F.U.E.) e di giudice dell’inadempimento degli Stati membri (artt. 258-260 T.F.U.E.).

Spesso la Corte di Giustizia ha sostenuto l’incompatibilità con il diritto dell’Unione degli strumenti di tutela apprestati in materia di appalti pubblici, ovvero di normative nazionali volte a subordinare il risarcimento alla dimostrazione da parte del danneggiato del dolo o della colpa della pubblica amministrazione, optando per un modello di responsabilità oggettiva, diverso sia da quello della responsabilità colpevole, sia da quello della responsabilità presunta. E la dottrina più avveduta ha sottolineato l’attenzione riservata dall’organo giurisdizionale dell’Unione alla gravità del vizio e alla qualificazione dell’autorità che ha adottato il comportamento, piuttosto che non all’elemento soggettivo della colpa<sup>123</sup>.

Da tale angolazione, la fattispecie “europea” della responsabilità da atto lecito senza colpa rappresenta il punto di fusione della responsabilità della P.A. come concepita nel modello francese - in assenza di un fatto illecito

---

<sup>122</sup> V. supra § 3.

<sup>123</sup> In particolare, CORSO, *La responsabilità*, cit., 223.

dell'Unione e in attuazione dell'uguaglianza dei cittadini - e nel modello tedesco condizionato dalla *Sonderpfertheorie*.

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 dunque la responsabilità "oggettiva" della P.A.<sup>124</sup>, in un'ottica di protezione della concorrenza nel mercato, di garanzia di procedure di ricorso efficaci, e quanto più rapide possibili, contro le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici che abbiano violato il diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici, di modo che la responsabilità della Comunità conseguente a un atto lecito sussiste allorquando si accerti l'esistenza di un danno «anormale» e «speciale»<sup>125</sup>.

Si è trattato di un cambiamento di rotta rispetto alla precedente tendenza a respingere i ricorsi fondati su questo titolo, in assenza dei caratteri della "specialità" del danno (ovvero del danno che incide su una classe particolare di operatori economici in misura sproporzionata rispetto alle altre classi) e dell'"inusualità del danno (ovvero del danno che eccede i limiti del rischio economico inerente all'attività propria di quel settore)<sup>126</sup>.

L'origine del percorso risale a una nota sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee<sup>127</sup>, ove si era affermata la responsabilità delle istituzioni comunitarie, pur in assenza di comportamento illecito dei suoi organi. Ciò 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»<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> Corte giust. CE, Sez. III, 30 settembre 2010, Causa C-314/09, Grand Stadt c. Strabag AG e altri, commentata da CIMINI, *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della p.a.*?, in *Giur. it.*, 2011, 664 ss.; PENNISI, *Il presupposto della colpa nella responsabilità civile della p.a.*, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it). I giudici dell'Unione si rifacevano in particolare a un proprio noto precedente (Corte giust., CE, 14 ottobre 2004, causa C-275/03 Commissione c. Portogallo), con il quale si era esclusa la compatibilità con la richiamata direttiva comunitaria di una normativa nazionale che stabiliva un onere della prova, a carico del ricorrente, in ordine al comportamento colpevole dell'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>125</sup> Sent. 13 giugno 1972, cause riunite 9/71 e 11/71, *Compagnie d'approvisionnement ecc. c. Commissione*; 6 dicembre 1984, causa 59/83, *Biovilac c. Comunità*; sent. 15 giugno 2000, causa C-237/98, *Darsch Consult c. Consiglio e Commissione*.

<sup>126</sup> Così il Trib. primo grado CE: T-170/00, *Ford-ReedereiGmbsH c. Consiglio e Commissione*, 2002; T-64/01 e T-65/01, *Afrikanische Frucht c. Consiglio e Commissione*, 2004.

<sup>127</sup> Trib. primo grado CE, Grande sezione, 14 dicembre 2005, T-69/00, *Fiamm Technologies c. Consiglio e Commissione*.

<sup>128</sup> Secondo il Tribunale (§§ 158-160), i diritti nazionali consentono «ai singoli, anche se in misura variabile (in settori specifici e secondo modalità diverse), di ottenere in via giudiziale il risarcimento di taluni

Tale ragionamento, messo in correlazione con il disposto della legge sul procedimento amministrativo<sup>129</sup>, secondo cui l'attività amministrativa è retta, fra l'altro, dai principi dell'ordinamento "comunitario" (art. 1, co., 1, legge n. 241 del 1990) ha presto acquisito una diretta valenza anche nel diritto interno<sup>130</sup>.

Sotto questo profilo, rilevava incisivamente l'affermazione del tribunale di primo grado CE 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»<sup>131</sup>. Argomento centrale, questo, nella delineazione di una responsabilità della P.A. da atto lecito, anche *sine culpa*.

Nella prospettiva odierna, ove assai più ampia e dirompente è l'incidenza delle decisioni della Corte di Giustizia a livello di diritto interno, ancor più pregnanti paiono i connotati marcatamente oggettivi della responsabilità dell'amministrazione<sup>132</sup>. Le determinazioni dei giudici europei sono dirompenti rispetto agli scenari interni<sup>133</sup> come quello italiano, ancora legati a una visione della responsabilità "colpevole" dell'amministrazione.

Tali retaggi "soggettivi" continuano invero a condizionare la giurisprudenza nazionale<sup>134</sup>, limitando l'incidenza degli affermati principi della Corte di Giustizia al settore degli appalti pubblici ed evitando estensioni ad altri casi di responsabilità dell'amministrazione<sup>135</sup>.

danni, in assenza di un'azione illecita dell'autore del danno».

<sup>129</sup> Secondo CORSO, *La responsabilità*, cit., 203 ss.

<sup>130</sup> Così CORSO, *La responsabilità*, cit., 210.

<sup>131</sup> Trib. primo grado CE, Grande sezione, 14 dicembre 2005, T-69/00, *Fiamm Technologies c. Consiglio e Commissione*, cit., § 159. Tale statuizione trova peraltro conferma nella generale disciplina dello strumento del risarcimento dei danni, previsto dalla direttiva 89/655, come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte medesima.

<sup>132</sup> E una simile eventualità, ritiene la Corte, non resta esclusa nel caso di specie, relativo all'ordinamento austriaco, laddove si subordini il diritto al risarcimento al carattere colpevole della violazione.

<sup>133</sup> Basti qui segnalare le recenti questioni di costituzionalità sollevate proprio con riguardo al mancato rispetto della disciplina della responsabilità della P.A. dei canoni dell'Unione (Cfr. Tar Piemonte, inserire Sez., II, (ord.) 17 dicembre 2015, n. 1747, relativamente all'art. 30, co. 3, c.p.a., nella parte in cui ha fissato in 120 giorni il termine decadenziale per l'esercizio dell'azione risarcitoria (l'ordinanza è leggibile in Gazz. Uff. 2 marzo 2016); in precedenza la questione era sollevata dal Tar Palermo, Sez. I, (ord.), 7 settembre 2011, n. 1628. Pure Corte cost., n. 280 del 2012 aveva respinto la questione.

<sup>134</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 966, in *Foro Amm.*, 2014, 88. Il Collegio - richiamando i passaggi di Corte giust., CE, Sez. III, 30 settembre 2010, Causa C-314/09, *Grand Stadt c. Strabag AG* e altri cit., - afferma che le conclusioni raggiunte dai giudici europei devono estendersi a tutto il campo degli appalti pubblici, nei quali i principi di diritto dell'Unione hanno diretta incidenza, in forza del richiamo che ad essi viene fatto dal nostro legislatore (art. 2, D.lgs. 12 aprile 2006, n.163).

<sup>135</sup> Secondo il Cons. Stato, Sez. IV, 10 gennaio 2012, n. 14, in *Giurisdiz. Amm.*, 2012, I, 8482, ai fini dell'accertamento dell'esistenza di un danno risarcibile occorre che si pervenga al positivo riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa in capo all'amministrazione, intesa come "apparato". Dunque, il principio enunciato dalla Corte di Giustizia deve restare «circoscritto al settore degli appalti

La *ratio* della disciplina europea e, conseguentemente, l'esigenza di proteggere la concorrenza sul mercato interno, giustificano, secondo i giudici nazionali, un'oggettivizzazione della responsabilità dell'amministrazione, ma non anche l'estensione di tali principi a qualsivoglia lesione dell'interesse legittimo. Di conseguenza, in settori diversi da quello degli appalti pubblici, devono tornare a essere applicati i comuni canoni sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.

Le descritte tendenze restrittive, tuttavia, non offuscano la netta rimeditazione dell'architettura della responsabilità<sup>136</sup>. 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 sul fronte nazionale, il riferimento alla colpa pare finalizzato a porre un argine all'eccesso di risarcibilità delle ipotesi dannose.

Del resto, l'indirizzo giurisprudenziale<sup>137</sup>, che ritiene la colpa sussistente *in re ipsa* nella stessa illegittimità processualmente accertata dell'atto amministrativo, opera una presunzione assoluta dell'elemento psicologico, implicita nell'adozione ed esecuzione del provvedimento illegittimo, ciò indipendentemente dalla natura del vizio che inficiava il provvedimento.

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<sup>138</sup>, qualifica la responsabilità della pubblica amministrazione come extracontrattuale, in applicazione dei principi generali (art. 2697 c.c.) e ritiene che sul privato incomba l'onere della prova dell'elemento soggettivo della colpa.

La giurisprudenza successiva, sviluppando tali posizioni, ha fatto ricorso al meccanismo delle presunzioni semplici, affermando che l'illegittimità del provvedimento amministrativo costituisca solamente uno degli indici presuntivi della colpevolezza, da considerare in uno ad altri, quali il grado di chiarezza della normativa applicabile, la semplicità del fatto, il carattere pacifico

---

pubblici».

<sup>136</sup> Seppure con riferimento alle stazioni appaltanti, in caso di violazione delle procedure di evidenza pubblica. In omaggio ai criteri di equivalenza e di effettività del comando normativo si è indotti a escludere, anche sul piano interno, la necessità del requisito soggettivo della colpa al fine di azionare la tutela risarcitoria.

<sup>137</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43, in *Giust. Civ.*, 2005, I, 1651.

<sup>138</sup> Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, Comune di Fiesole c. Vitali, cit., 2487.

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<sup>139</sup>.

In questo caso, pur rimanendo fedeli alla qualificazione come extracontrattuale della responsabilità della pubblica amministrazione, si è introdotto il c.d. principio dispositivo con onere acquisitivo<sup>140</sup>.

Di avviso contrario, si è però mostrato un altro orientamento giurisprudenziale delineando la responsabilità della pubblica amministrazione in termini di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato"<sup>141</sup>. 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 ledere*, 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.

Il profilo della sussistenza o meno della colpa nell'accertamento della responsabilità aquiliana della pubblica amministrazione si mostra ancora fortemente problematico e la possibilità di costruire il sistema della responsabilità nel settore dell'affidamento degli appalti pubblici, secondo regole completamente diverse da quelle della responsabilità civile, lascia (in effetti) sussistere notevoli questioni irrisolte<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> Tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8549, in *Foro Amm.*, 2010, 2681; Id., Sez. V, 18 novembre 2010, n. 8091, *ivi*, 2374

<sup>140</sup> Il ricorrente doveva provare soltanto l'illegittimità del provvedimento o del ritardo, rimettendosi all'amministrazione la prova liberatoria della sussistenza delle specifiche circostanze dell'oscurità o sovrabbondanza della normativa in materia, del repentino mutamento della stessa, di orientamenti giurisprudenziali univoci o della speciale complessità della questione.

<sup>141</sup> Cfr., Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 6421, in *Foro Amm.*, 2014, 3120; Id., Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Foro It.*, 2002, III, c. 1 ss., con commenti di CASETTA, FRACCHIA, *La responsabilità da contatto: profili problematici* e di MOLESCHI, *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*.

<sup>142</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 1170, in *Danno e Resp.*, 2015, 763, in cui il privato lamentava

Alcune recenti decisioni hanno, ad esempio, escluso la sussistenza della colpa e negato la responsabilità della P.A.

Ai fini della responsabilità causativa di danno da ritardo, non ci si può affidare al dato oggettivo del procrastinarsi dell'adozione del provvedimento finale, bensì deve accertarsi che la P.A. abbia agito con dolo o colpa grave, di guisa che il difettoso funzionamento dell'apparato pubblico sia riconducibile a un comportamento gravemente negligente o a un'intenzionale volontà di nuocere, in palese contrasto con i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, di cui all'art. 97 Cost.<sup>143</sup>

Secondo il giudice amministrativo, dunque, il diritto dell'Unione Europea<sup>144</sup> vieta soltanto di condizionare il risarcimento a una prova della colpevolezza che si riveli difficoltosa per il danneggiato per cui è possibile riaffermare il paradigma della responsabilità colpevole (ma presunta), derivante dal rifiuto di un modello di responsabilità oggettiva *tout court*<sup>145</sup>.

Nel sistema nazionale persistono dunque 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<sup>146</sup>; uno statuto particolare, esistente solo nel settore degli appalti pubblici, fondato sulla responsabilità oggettiva<sup>147</sup>.

10. Le differenziazioni di esiti appena mostrate confermano il dato di fondo secondo cui la c.d. responsabilità da attività lecita si "dibatte" tra la storica concezione della responsabilità speciale della pubblica dell'amministrazione e quella dell'istituto fondato sul paradigma civilistico, con influenze che provengono dalla responsabilità per l'esercizio illecito della funzione pubblica, la quale, trova la base unitaria nei principi generali posti dal codice civile e subisce altrettanti condizionamenti dalla responsabilità dell'imprenditore da ri-

---

il ritardo nel rilascio di un titolo edilizio.

<sup>143</sup> Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2006, n. 2359, in *Giust. Civ.*, 2006, I, 1659; Id., Sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6059, in *Dir. Giust.*, 2006, f. 43, 89.

<sup>144</sup> Ci si riferisce nuovamente alla decisione della Corte di Giustizia (Corte giust., CE, Sez. III, 30 settembre 2010, Causa C-314/09, *Grand Stadt c. Strabag AG e altri cit.*), con cui il supremo organo ha precisato il proprio indirizzo interpretativo, criticando le normative nazionali che limitino il risarcimento dei danni alla prova della colpa del soggetto agente.

<sup>145</sup> Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2015, n. 1170, cit., 763, ha però escluso il danno da ritardo nel caso in cui non sia ravvisabile alcuna colpa nell'operato dell'amministrazione.

<sup>146</sup> Si ribadisce l'orientamento secondo cui il privato deve dare contezza degli elementi univoci indicativi della sussistenza della colpa dell'amministrazione: Cons. Stato, Sez. II, 29 maggio 2008, n. 2564, in *Giur. It.*, 2009, 1004.

<sup>147</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 4283, in *Foro Amm.*, 2015, 2277.



schio ovvero dalle molteplici fattispecie di responsabilità oggettiva<sup>148</sup>.

La descritta responsabilità assume varie sembianze e prescinde dalla colpa laddove le conseguenze sfavorevoli all'individuo siano accettate come "prezzo" per la maggiore tutela di altrettanti diritti della collettività; talvolta può essere legata a considerazioni equitative che l'ordinamento compie riconoscendo un indennizzo per il sacrificio di un diritto; può altresì essere ricondotta a ragioni di mera sovvenzione ed essere svincolata da qualsiasi imputabilità e ascrivibilità ad un'atto dell'amministrazione.

In questo universo di riferimenti, le opzioni interpretative costituzionalmente orientate<sup>149</sup> sottolineano agevolmente l'inidoneità dei principi civilistici a garantire adeguatamente il cittadino evidenziando come nella specialità del diritto pubblico<sup>150</sup> sia possibile espungere dallo schema aquiliano qualsiasi indagine sulla colpa per giungere così a consolidare il paradigma generale della responsabilità da atto legittimo<sup>151</sup>.

Sul versante delle matrici civilistiche della responsabilità, notevoli apporti provengono invece dalle categorie dell'analisi economica del diritto<sup>152</sup> e in particolare dal suggestivo testo di G. Calabresi, *Il dono dello Spirito maligno*<sup>153</sup>, utilizzato dalla dottrina italiana proprio al fine di ampliare lo spettro della responsabilità da atto lecito.

Lo spunto centrale dell'opera di Calabresi era offerto dal noto caso americano *Friedman*<sup>154</sup> nel quale la responsabilità civile dell'ente pubblico era sorta a

<sup>148</sup> Si vedano l'approccio di CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 226 ss., e le critiche di VIOLA, *Analisi economica del diritto e responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, in *Foro Amm.*, 2012, 10, 3399.

<sup>149</sup> CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, cit., 226 ss.

<sup>150</sup> Per una disamina nell'ottica della distribuzione dei benefici pubblici, CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di G. Tarello*, II, Milano, 1990, 177 ss.

<sup>151</sup> MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., 65 ss.

<sup>152</sup> VIOLA, *Analisi economica*, cit., 3399.

<sup>153</sup> 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).

<sup>154</sup> Si tratta di *Friedman v. New York*, 282, N.Y.S. 2, 858, Misc. 2d 448. Una ragazza di 16 anni, Ruth Friedman si era recata con un diciannovenne, Jack Katz, alla ricerca di un bel panorama, sulla seggiovia dei monti Catskills. Verso la fine della giornata lo Stato di New York (o meglio, i suoi rappresentanti) fermarono la seggiovia, credendo erroneamente che non vi fosse più nessuno. Ciò lasciò i due *teenagers* dondolanti a mezz'aria. La Friedman saltò dalla seggiovia, riportando delle lesioni. Costituiva infatti una violazione della legge ebraica che una donna non sposata rimanesse sola con un uomo, dopo il tramonto, in un luogo dove i due soggetti non potevano essere prontamente raggiunti. La *Court of Claims* di New York del 1967, riconobbe alla Friedman il risarcimento sia dei danni economici sia di quelli fisici, essendosi comportata secondo la sua legge «così come l'aveva compresa».

Il caso si pone in contraddizione con la strutturazione tradizionale dei sistemi di responsabilità civile che utilizzano un modello di comportamento che, nei sistemi anglosassoni, viene spesso definito come

causa di un disservizio della P.A. che aveva costretto una giovane donna (di particolari convinzioni religiose) a rimanere sospesa su una seggiovia in compagnia di un uomo. Nel precedente, la giurisprudenza americana superava la prospettiva dell'analisi economica del diritto «classica», legata al bilanciamento tra costi di prevenzione e benefici propria della cd. regola di Hand<sup>155</sup>, giungendo a profilare una responsabilità dell'ente ben oltre gli angusti confini sino ad allora conosciuti.

Al fine di valutare l'adozione di misure idonee a prevenire il danno da parte del danneggiante si era oltrepassata la previsione delle possibili conseguenze del comportamento dell'organo pubblico, derivanti dall'interazione con un danneggiato destinato a porre in essere comportamenti «normali» e prevedibili, in base a un criterio di ragionevolezza.

La risposta della *Court of Claims* di New York fu favorevole poiché adattò le norme in materia di responsabilità civile alla forza gravitazionale della Carta fondamentale: inevitabilmente, le leggi «normali» come quelle che riguardano i *torts* reagiscono in maniera particolarmente forte a quella «potenza gravitazionale rappresentata dalla nostra Costituzione<sup>156</sup>».

In particolare, il caso *Friedman v. New York* aveva evitato «l'emarginazione delle religioni più insolite, e di conseguenza, garantito protezione alle convinzioni religiose delle vittime anche quando queste siano piuttosto particolari<sup>157</sup>, consentendo di dare applicazione alle previsioni costituzionali americane in ordine al «non riconoscimento della religione», ....(alla) separazione tra chiesa e Stato e...(al) libero esercizio della religione<sup>158</sup>».

La maggiorata tutela della vittima rispetto all'agire pubblico rappresenta, cioè, il costo che il sistema giuridico deve pagare per dare attuazione alle previsioni costituzionali, mediante il superamento del ricorso a una categoria di ragionevolezza desunta da *standard* (come quello del «buon padre di famiglia» o dell'«uomo sul *Clapham Omnibus*).

«l'uomo sul Clapham Omnibus» e, nei sistemi romanistici, come il «buon padre di famiglia»; al contrario, nella vicenda *Friedman*, assumono specifica rilevanza le particolari convinzioni religiose di una persona, per di più, contrarie all'ortodossia e al comportamento della media dei consociati.

<sup>155</sup> Per un'esposizione generale della cd. regola del Giudice americano *Learned Hand* ovvero della regola che «stabilisce che il danneggiante è in colpa se il costo marginale della sua prevenzione è minore del beneficio marginale risultante», COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, I, *Fondamenti*, Bologna, 2006, 223.

<sup>156</sup> CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 64, richiama il concetto di «forza gravitazionale» di DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, cit., 90.

<sup>157</sup> Secondo CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 82, «quando, invece, la convinzione non è basata sulla religione, la *tort law* è «neutrale» e di solito accorda la protezione alla vittima solo se la convinzione della vittima è largamente condivisa».

<sup>158</sup> CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 64.

Al di là degli esiti specifici, le riflessioni di Guido Calabresi hanno riscritto l'impostazione tradizionale in materia di responsabilità civile, investendo la strutturale diversità tra diritto ed economia, riconoscendo al diritto una funzione «promozionale» di alcuni valori fondamentali previsti dalle Carte costituzionali. Come bene sottolineato, «il diritto, a differenza dell'economia, non si preoccupa solo, e nemmeno primariamente, della riduzione dei costi». Il diritto si preoccupa di *orientare* le preferenze. Le regole giuridiche che sostengono l'altruismo sopravvivono perché, anche se l'altruismo non può essere acquistato o imposto, si vuole, nonostante tutto incrementarne la quantità presente nella società. Quindi si tenta di scegliere norme giuridiche che ci aiuteranno a diventare il tipo di società che vogliamo per gli anni futuri, anche se oggi queste norme potrebbero sembrare più costose<sup>159</sup>.

In questo contesto la fattispecie risarcitoria (sulla base della cd. formula di *Hand*) non è più limitata al restrittivo bilanciamento «utilitaristico» delle garanzie ma risulta allargata anche alla considerazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e da altri obiettivi di equità sociale e giuridica, spesso non immediatamente evidenti nel riequilibrio degli interessi proprio della fattispecie risarcitoria. Il modello indennitario si dilata superando così i rigidi comparti posti tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva.

Anche quest'approccio risulta utile a consolidare la nostra idea di responsabilità da atto lecito quale fondamento della fattispecie indennitaria da processo, consentendo di ipotizzare anche un «fondo speciale per risarcire le vittime<sup>160</sup>» che può ben coniugarsi con lo sforzo esegetico - promosso dalla migliore dottrina italiana - di promuovere una ricostruzione «costituzionalmente orientata» della fattispecie risarcitoria, intesa in termini oggettivi<sup>161</sup>.

Il punto di partenza comune è costituito dal riconoscimento dell'intreccio tra diritto costituzionale e diritto civile nella peculiare materia della responsabilità da atto lecito, così come nella problematica della tutela della libertà religiosa analizzata da Calabresi: «diritto costituzionale e diritto civile convergono nel produrre un effetto di allargamento della responsabilità della P.A. da attività lecita<sup>162</sup>».

Assolutamente rilevante è ai nostri fini la tendenza a considerare suscettibili di indennizzo «le restrizioni di diritti fondamentali, in diretta applicazione delle

<sup>159</sup> CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 108 e 109, spec. nt. 47, evidenzia efficacemente come questo sostanziale arricchimento dell'analisi della fattispecie risarcitoria riduca la distanza tra l'impostazione dei *Critical Legal Studies* e l'Analisi economica del diritto.

<sup>160</sup> Con un'ulteriore progressione rispetto al Caso Friedman.

<sup>161</sup> CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 203 ss. V. *supra* § 2.

<sup>162</sup> Così, ancora, CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 226.

stesse previsioni costituzionali che riconoscono i diritti» (si pensi per esempio al «giusto processo»<sup>163</sup>). Il dato si sposa poi con le ricostruzioni giurisprudenziali fondate sul principio di eguaglianza, che assicurano tutela al privato gravato di un particolare onere per effetto di un'attività svolta nell'interesse dell'intera collettività.

Ancora una volta, torna alla mente la giurisprudenza francese in materia di «*rupture de l'égalité devant les charges publique*» (rottura che impone la corresponsione di un indennizzo, secondo i dettami della responsabilità *sans faute*) o, infine, la 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.: il secondo dei quali riprende il principio del «concorso» dei cittadini alle spese pubbliche di cui all'art. 134 della Costituzione di Weimar, con l'ulteriore specificazione del criterio di progressività. Attraverso le due citate norme costituzionali si riconosce l'operatività, anche nel nostro ordinamento, di un «principio equitativo che esige che i sacrifici patrimoniali preordinati al vantaggio altrui, anche se legittimamente imposti, vengano sopportati da quelli che del vantaggio usufruiscono»<sup>164</sup>.

Differentemente dalla soluzione proposta dai fautori della tesi costituzionalmente orientata<sup>165</sup>, qui 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 comportamento fonte di danno è riconosciuto come lecito<sup>166</sup> e, sulla base di questa precisazione (nonchè delle specificità dell'elemento sistematico dell'illiceità del comportamento fonte di responsabilità, spesso trascurato dall'analisi economica del diritto<sup>167</sup>), nettamente distinto dal comportamento illecito della P.A.

Parallelamente, il danno particolare subito dal privato, non viene lasciato lì dove cade (quasi come costituisse effetto di «atti di Dio», secondo

<sup>163</sup> Sulle influenze applicative del paradigma si soffermano DI CHIARA, *Fair Trial e «giusto processo» italiano*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, 80; A. GAITO, *Verso scelte coraggiose senza rinunciare al «giusto processo»*, in *questa Rivista*, 2015, 469.

<sup>164</sup> V. ancora VIOLA, *Analisi*, cit., 3399.

<sup>165</sup> CORSO, *La responsabilità della pubblica amministrazione da attività lecita*, cit., 225.

<sup>166</sup> Secondo la limpida definizione di S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, cit., 62 e ss., «gli estremi logici di siffatta responsabilità sono tali che vietano il richiamo di qualsiasi principio attinente al concetto di colpa e alle sue conseguenze. Si ha invece l'ipotesi che l'ente pubblico agisca nei limiti del suo diritto».

<sup>167</sup> Per una ricostruzione della fattispecie risarcitoria, comprensiva del requisito della «contrarietà al diritto» del comportamento fonte di danno, si veda pure FRIEDMAN, *L'ordine del diritto. Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna, 2004 (trad. di M. Abrescia), 358.

l'impostazione ottocentesca<sup>168</sup>), ma viene indennizzato, in applicazione di specifiche disposizioni costituzionali e/o di legge (art. 42, co. 3, Cost.; art. 44, testo unico 8 giugno 2001, n. 327), di norme che riconoscono diritti fondamentali (come per le lesioni del diritto alla salute *ex* art. 32 Cost.) o 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 (artt. 3 e 53 Cost.)<sup>169</sup>. Merita sottolineatura, al proposito, che in Inghilterra il danno da irragionevole durata del processo è contemplato nello *Human rights act* del 1998, in una prospettiva che correla appunto la lesione "economica" con il riconoscimento e con l'attuazione dei diritti umani fondamentali.

In tal modo si raggiunge una sorta di una socializzazione degli oneri derivanti dagli interventi pubblici effettuati nell'interesse della collettività, secondo moventi non dissimili dal fondo sociale di garanzia preconizzato da Guido Calabresi come equo contemperamento delle due opposte posizioni del danneggiato/titolare di un diritto costituzionalmente garantito e del danneggiante/incolpevole.

Pure questa teorizzazione consente di saldare i nessi tra diritto costituzionale e responsabilità civile, almeno con riferimento ai danni cagionati dalla pubblica amministrazione, prospettando una soluzione capace di contemperare esigenze apparentemente inconciliabili.

Non sembra peraltro possibile delineare una responsabilità da atto lecito della P.A., per così dire, «pura» ovvero riferita all'ipotesi in cui il comportamento fonte di danno manchi sicuramente del requisito dell'illiceità. Infatti, nell'esperienza concreta la categoria della responsabilità da atto lecito abbraccia e ricomprende fattispecie più agevolmente riconducibili negli schemi della responsabilità oggettiva e nel conseguenziale bilanciamento costi di prevenzione/onere di risarcimento. Assai utile all'uopo è la richiamata *responsabilité sans faute* francese nella quale potremmo ricondurre sia ipotesi riportabili a responsabilità da atto lecito in senso proprio, derivanti dalla lesione della legalità da parte dei pubblici poteri, sia ipotesi più agevolmente giustificabili in termini di responsabilità oggettiva da rischio<sup>170</sup>.

A questo punto le iniziali incertezze ricostruttive della fattispecie della responsabilità da atto lecito, collegata al principio indennitario, divengono il punto di forza dell'ipotesi di studio qui proposta. Sia la prospettiva improntata

<sup>168</sup> CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno*, cit., 86.

<sup>169</sup> V. ancora VIOLA, *Analisi*, cit., 3340.

<sup>170</sup> Come la più antica sentenza del Conseil d'État in materia (Conseil d'Etat, 21 giugno 1895, *Cames*, Rec. 509, concl. Romieu, cit., 39-40).

all'analisi economica del diritto (Viola), sia quella tendente a ricostruire la fattispecie in termini di responsabilità oggettiva da rischio (Corso), si prestano a suffragare la fattispecie indennitaria.

11. Gli approdi dogmatici del concetto di responsabilità da atto lecito indennizzabile lasciano costantemente aperto un altro quesito concernente il necessario rispetto del principio di legalità - tipicità dei danni da processo.

A prima vista, infatti, la responsabilità della P.A. per i danni cagionati da attività lecite 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: vaccinazione, revoca da atto amministrativo illegittimo, etc.). 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<sup>171</sup>, potrebbe consentirsi un'applicazione estensiva anche per i casi analoghi<sup>172</sup>.

Si tratta di un punto molto controverso: da un lato, chi sostiene la tassatività delle ipotesi di indennizzo da attività lecite, ritiene che essa non sia invocabile al di fuori dell'espressa previsione normativa<sup>173</sup>; dall'altro, si registrano opinioni favorevoli a un obbligo indennitario generale applicabile al di là dalle specifiche disposizioni, cioè anche nel silenzio della legge<sup>174</sup>.

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, s'individuano molteplici sfumature o graduazioni<sup>175</sup>.

<sup>171</sup> Sulla difficoltà di elaborare un concetto unitario del fenomeno, CICCARELLO, voce *Indennità* (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 99-106.

<sup>172</sup> MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, Torino, 2003, 113 ss., si riferisce a un principio indennitario settoriale, ma non generale.

<sup>173</sup> VITTA, *Nuovi cenni sulla responsabilità dell'amministrazione pubblica per fatti illeciti*, in *Giur. It.*, 1929, IV, 1 ss.; ID., *Tendenze moderne sulla responsabilità dello Stato in diritto interno*, in *Arch. Giur.*, 1934, 178 ss.; MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1936, 70 ss. Secondo CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione*, Milano, 1993, 74, «la cosiddetta responsabilità per atti legittimi è definitivamente confinata dove il legislatore l'ha prevista».

<sup>174</sup> *Ex plurimis*, ALESSI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, 3a ed., Milano, 1955; CAMMEO, *Corso di diritto*, cit., 1359 ss.; SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo*, cit., 938.; VACCHELLI, *La responsabilità civile*, cit., 20; SALEMI, «*La così detta responsabilità*», cit., 133; MICARI, *P.A., danno da ritardo "mero" ed atipicità degli atti leciti dannosi*, in *Danno e Resp.*, 2007, 121.

<sup>175</sup> CORSO, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, cit., 203; MANFREDI, *Indennità e principio indennitario in diritto amministrativo*, cit., 171, evidenzia che il maggior problema è «la difficoltà di

Attualmente il principale riferimento legislativo nel settore processuale penale è senz'altro rappresentato dalla legge Pinto e le sue successive modifiche. In particolare, il D.M. 20 luglio 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 ha peraltro chiarito come nell'esercizio di attività giudiziale civile, amministrativa, tributaria e penale (quest'ultima disciplinata dall'art. 12), l'adozione di condotte dilatorie tali da ostacolare la definizione del procedimento in tempi ragionevoli costituisce un elemento di valutazione negativa in sede di liquidazione del compenso<sup>176</sup>.

Si tratta di un precedente che, nonostante le sue molteplici zone d'ombra, rappresenta un prototipo essenziale per individuare nuovi meccanismi di ristoro del danno processuale. Naturalmente la base normativa dovrebbe essere valorizzata dagli apporti giurisprudenziali offerti dalla Consulta nel superamento del principio di tassatività del danno<sup>177</sup>, per esempio in materia di tutela della salute o in tema di espropriazioni (per la determinazione dell'indennizzo).

Rilevanti argomenti potrebbero trarsi dalla giurisprudenza di merito con riguardo a situazioni esulanti dalle previsioni di legge (in materia di danni da opere pubbliche<sup>178</sup> o in materia di vaccinazioni<sup>179</sup>) nelle quali si è fatto costante ricorso all'analogia.

Imprescindibile è poi il frequente richiamo alla responsabilità oggettiva nel contesto europeo<sup>180</sup> nella delineazione dei presupposti e degli elementi costitutivi dell'istituendo meccanismo indennitario<sup>181</sup>.

tracciare il discrimine tra ciò che è indennizzabile e ciò che tale non è». Per una ricostruzione completa, cfr. SCOTTI, *Liceità, legittimità e responsabilità dell'Amministrazione*, Napoli, 2012, 63 ss.

<sup>176</sup> IANNELLO, *Le modifiche alla legge Pinto tra esigenze di deflazione del contenzioso e contenimento della spesa pubblica e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Giur. Mer.*, 2013, 13. Sul danno per irragionevole durata del processo incidono le modifiche in senso restrittivo alla "Legge Pinto", introdotte dal D.l. 28 giugno 2012, n. 83, conv. con mod., in L. 7 agosto 2012, n. 134. MATTINA, *Violazione della ragionevole durata del processo: il "quantum" dell'equa riparazione ex lege Pinto*, in *Danno e Resp.*, 2015, 822 ss.

<sup>177</sup> Corte cost., n. 307 del 1990.

<sup>178</sup> Cass. civ., Sez. Un., 22 giugno 1971, Min. Interno c. C.S.Vigilanza privata, in *Foro It.*, 1971, I, c. 2210; Cass., Sez. Un., 17 aprile 2009, Min. Univ. e Ricerca c. C.E., in *Foro Amm.*, 2009, 2275-2279.

<sup>179</sup> App. Campobasso, Sez. Lavoro, 12 giugno 2006, X, in *Danno e Resp.*, 2007, 2346.

<sup>180</sup> Corte giust. CE, Grande Sez., 9 settembre 2008, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, Fiamm e altri c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, in *Racc.*, I-06513; Trib. I grado CE 14 dicembre 2005, causa T-135/01, Fedon & Figli e a./Consiglio e Commissione, *ivi*, II-29.

<sup>181</sup> L'indennizzo è 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

Quest'ultima si fonda su una logica di bilanciamento fra l'art. 42 Cost. e l'art. 97 Cost., oltrepassando il diritto di proprietà in termini di contenuto minimo, il diritto alla salute in termini d'interesse fondamentale della collettività e dell'individuo tutelato dal principio di solidarietà, o la mera visuale ablatoria del bene salute provocato da un intervento del potere (artt. 32 e 38 Cost.).

Ed in tal senso la figura rimediabile, ispirata al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione pubblica, può davvero rappresentare una sorta di sanzione generale contro il malfunzionamento della macchina pubblica<sup>182</sup>.

Peraltro, nel momento stesso in cui si giunge ad affermare la rottura del rapporto di necessaria corrispondenza tra obbligo legale e indennizzo, si finisce anche per rivalutare 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, è corollario di quel principio di uguaglianza capace di garantire la certezza delle posizioni giuridiche consolidate dei privati<sup>183</sup>, in una rinnovata connotazione del principio di solidarietà che impone di riconsiderare i poteri dell'amministrazione pubblica. A quest'idea di "affidamento", pertanto, potremmo fare richiamo sin tanto che non si provveda all'enucleazione di una compiuta disciplina della responsabilità da attività processuale lecita<sup>184</sup>, nella quale l'indennizzo rappresenti una tutela minima e al contempo funzionale a garantire la situazione che necessariamente ha caratterizzato il rapporto instaurato.

12. Quanto sin qui prospettato a livello teorico trova riscontro in taluni esiti applicativi.

L'emersione giurisprudenziale di un "principio generale di tutela dell'affidamento" ha fatto la sua comparsa nel settore della prevenzione anti-

---

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».

<sup>182</sup> GUAZZAROTTI, *Interpretazione conforme alla Cedu, proporzionalità e adeguatezza: il diritto di proprietà*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di D'Amico, Randazzo, Torino, 2009, spec. 170 ss.

<sup>183</sup> CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio di legittimo affidamento*, in Renna, Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 171.

<sup>184</sup> Sul tema BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, 136 ss. Per il dibattito dottrinale in proposito riguardo ai casi riconosciuti dalla Corte costituzionale italiana, CARNEVALE, *La tutela del legittimo affidamento... cerca casa...*, in *Giur. Cost.*, 2011, 16 ss.; sul versante tedesco, VON ARNAULD, *Rechtssicherheit*, Tübingen, 2006, 529 ss.



mafia, che rappresenta un punto di intersezione esemplare (amministrativo/penale) della problematica in oggetto<sup>185</sup>.

Si era posto in particolare un problema sull'interpretazione del termine "utilità conseguite", che costituiva il limite del "rimborso" spettante a un'impresa interdotta a seguito dell'informativa prefettizia ai sensi dell'art. 11 d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252<sup>186</sup>. 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 del 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 d'interesse pubblico e questi ultimi si sostanziano in benefici collettivi, immediatamente o mediamente riconducibili all'esercizio del potere»<sup>187</sup>.

Questa soluzione identifica bene le funzioni che la figura indennitaria, posta al centro della nostra riflessione, può assolvere<sup>188</sup>: la prima, rappresentata dai casi in cui al decremento patrimoniale del soggetto faccia riscontro un incremento patrimoniale da parte dell'ente pubblico e in cui l'indennità funga da corrispettivo di un'utilità concreta a questo attribuita, eliminando un arricchimento altrimenti ingiustificato; la seconda, riferibile a quei casi in cui al sacrificio economico del singolo non corrisponda alcuna utilità economica da parte del soggetto pubblico.

In tal modo pare superabile 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 non seguito da un vantaggio economico del soggetto pubblico<sup>189</sup>.

Tale posizione non è infatti condivisa da chi ritiene che la "responsabilità" sia

<sup>185</sup> Il caso è relativo all'art. 11 D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 in tema di informativa prefettizia antimafia cui erano tenute le pubbliche amministrazioni prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti ovvero prima di rilasciare o consentire le concessioni o erogazioni. La materia è stata oggetto di un generale riordino a opera del D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159.

<sup>186</sup> Il tenore letterale della norma riferiva il rimborso a opere che accrescessero il patrimonio dell'amministrazione. Nulla si diceva per quei casi in cui l'amministrazione erogasse un contributo (pubblico) per la realizzazione di un programma di investimenti privati (ad esempio, la realizzazione di un opificio con ripercussioni positive sul mondo del lavoro e del commercio).

<sup>187</sup> T.A.R. Calabria, Sez. Reggio Calabria, 15 febbraio 2013, cit., 1688, con nota di CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecite*, cit., 1690 ss.

<sup>188</sup> Cf. CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1963, 49.

<sup>189</sup> CASSETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, cit., 105.

posta a carico dell'agente che causa un danno e non necessariamente a carico di chi si giova dell'azione<sup>190</sup>. Infatti, beneficiario dell'azione non è (sempre) l'ente stesso bensì la collettività il cui interesse è curato dall'amministrazione, scindendo dunque il collegamento tra la responsabilità da atto lecito e l'arricchimento dell'ente e distinguendo quest'ultimo dal danno che possa derivare dall'azione.

Con tale ragionamento si è ravvisato nella disposizione dell'art. 11 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 del 1990. Esso esprime l'esito del bilanciamento con le esigenze d'interesse pubblico a carattere autoritativo che possono consentire la revoca di atti ampliativi, riconoscendo l'indennizzo limitatamente al danno emergente ovvero all'utilità effettivamente conseguita dall'amministrazione e alla situazione di buona o mala fede dell'*accipiens*.

Il precedente afferma e rafforza dunque la tendenza espansiva dell'obbligo indennitario quale strumento diretto a un riequilibrio parziale, non meramente simbolico, del pregiudizio patito<sup>191</sup>, suffragando la proposta esportabilità del modello indennitario anche sul versante del processo penale<sup>192</sup> (e, nello specifico, della prevenzione penale), per tutte le lesioni derivanti da atti leciti<sup>193</sup>.

**13.** Il processo penale, come i sub-procedimenti a esso collegati, rappresentano uno strumento che l'ordinamento mette a disposizione dell'imputato per difendersi, nei limiti della loro utilizzazione tipica e funzionale, allo scopo dell'accertamento. Tuttavia, a causa di disfunzioni eterogenee, un provvedimento legittimamente emanato (anche se, naturalmente, censurabile con im-

<sup>190</sup> DUNI, *Lo Stato e la responsabilità patrimoniale*, Milano, 1968, 541.

<sup>191</sup> CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, cit., 279.

<sup>192</sup> La previsione di un indennizzo per il pregiudizio che l'interessato abbia a subire per effetto della revoca, del recesso e dell'autotutela specifica (cioè per effetto di un comportamento provvedimento legittimo dell'amministrazione) rientra a pieno titolo nel sistema delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa, configurandosi «indubbiamente come norma di principio» la cui tutela è garantita dalla previsione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, co. 1, lett. a), pt. 4, c. P.A.). È il caso previsto dall'art. 1, co. 136, L. 30 dicembre 2004, n. 311 della c.d. autotutela finanziaria.

<sup>193</sup> Si pensi all'istituto processualeciviltistico della lite temeraria di cui all'art. 96, co. 3, c.p.c., sempre più utilizzato come strumento di repressione con l'irrogazione di una pena che funge da deterrente rispetto alla reiterazione della condotta scorretta della parte che abbia agito o resistito in giudizio con dolo o colpa grave. A seguito della riforma della L. 18 giugno 2009, n. 69, si può irrogare una sanzione pecuniaria anche in assenza di un pregiudizio patito dalla parte a favore della quale è pronunciata la condanna. Secondo BRENDA, *L'art. 96 comma 3 c.p.p. e i punitive damages. Considerazioni in margine a un caso giudiziario*, in *Giur. It.*, 2013, 1885, il risarcimento slegato dal pregiudizio avvicina l'istituto alla categoria anglosassone dei *punitive damages*.

pugnazioni o altri strumenti appositi) può sempre danneggiare il soggetto interessato. Si pensi a prassi giudiziarie lassiste, *iter* burocratici complessi, sovrappollamento di processi nelle aule giudiziarie, che pongono di certo, accanto alle ipotesi tradizionali già individuate dal legislatore, quali l'ingiusta detenzione, l'irragionevole durata del processo, l'errore giudiziario, il dolo o la colpa grave del singolo magistrato, numerose fattispecie di danno processuale, anche al di là delle ipotesi di utilizzo disfunzionale dell'atto ("abusi" del processo").

Per renderci conto di tale situazione vale ancora una volta richiamare un caso concreto, nel quale i giudici della sorveglianza, con un ragionamento fortemente ispirato da logiche indennitarie, hanno stigmatizzato la detenzione domiciliare ingiustamente patita da un soggetto, tendendo conto in particolare modo del fatto che il soggetto avesse sofferto una misura coercitiva facilmente evitabile con la concessione dell'affidamento in prova ai servizi sociali<sup>194</sup>.

In questa interessante decisione si è censurato il decorso del tempo correlato 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. Gli evidenziati fattori sono stati ritenuti tutti produttivi di un "danno" derivante dalla - evitabile - limitazione della libertà personale che si è riverberato sulla vita lavorativa del detenuto e sulle sue relazioni sociali e familiari.

Con il ragionamento seguito, l'area della risarcibilità- indennizzabilità è estesa anche riguardo a ipotesi non strettamente rientranti in seno alla previsione degli artt. 314 e 315 c.p.p.<sup>195</sup>, 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).

L'interesse a non espiare la pena con una misura privativa della libertà personale oltrepassa la circostanza per cui la sanzione da eseguire è al di sotto degli *standard* immaginati dal legislatore, mediante un'interpretazione estensiva che 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<sup>196</sup>, il risarcimento per i danni di immagine, alla

<sup>194</sup> Trib. Sorv. Roma, (ord.) 22 agosto 2013, P., in *Cass. Pen.*, 2014, 1067, annotata da GALLUZZO, *Anche la detenzione domiciliare, se ingiusta, deve essere risarcita*.

<sup>195</sup> Sull'argomento si veda anche DALIA, *La riparazione per l'ingiusta detenzione*, in Dalia, Troisi, *I rimedi al danno da processo*, Milano, 2013, 90-92.

<sup>196</sup> Cfr. i dati sulle misure di prevenzione raccolti dall'Agenda nazionale per i beni confiscati leggibili sul sito: [www.benisequestraticonfiscati.it](http://www.benisequestraticonfiscati.it).

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<sup>197</sup>, 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. Analogamente la Consulta, in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. nella parte in cui non prevede il diritto alla riparazione per la custodia cautelare che risulti 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»<sup>198</sup>.

Quelli manifestati dalla prassi sono dunque segnali timidi - ma convergenti - in ordine al fatto che la possibilità di accoglimento di una nozione costituzionalmente orientata del diritto all'indennizzo da attività lecita potrebbe consentire di dilatare gli strumenti normativi attualmente esistenti: anche la detenzione domiciliare può infatti assumere connotati di ingiustizia se le disfunzioni dell'ordinamento non consentono all'interessato di sottoporre all'autorità giudiziaria quelle istanze che il legislatore stesso ha ideato nel suo interesse<sup>199</sup>.

Più complesse sembrano invece le scelte volte ad amplificare l'attuale portata della disciplina delle spese processuali<sup>200</sup>, anche attraverso il ricorso al principio dell'"affidamento". La giurisprudenza tende a comprimere gli esiti<sup>201</sup>, sottolineando la peculiare portata degli artt. 91 e 92 c.p.p. rispetto al diritto al

<sup>197</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Pellegrino, in *Cass. Pen.*, 2007, 2366, con nota di TURCO, *Pluralità di imputazioni e riparabilità della custodia cautelare eccedente la misura della pena inflitta: la parola alla Consulta*.

<sup>198</sup> Corte cost., n. 219 del 2008, con nota di COPPETTA, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?*, in *Giur. Cost.*, 2008, 2456. Il carattere solidaristico dell'istituto è stato successivamente valorizzato anche da Cass., Sez. un., 30 ottobre 2008, Pellegrino, cit.

<sup>199</sup> Cass., Sez. IV, 23 maggio 2014, Silletti, in *Mass. Uff.*, n. 259236

<sup>200</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, (ord.) 9 ottobre 2015, M. c. D.C., in [www.altalex.it](http://www.altalex.it). Una volta stabilito che le spese processuali, anche se sostenute per affrontare un giudizio provocato da un fatto illecito, restano soggette alla loro disciplina, è stato affermato il principio secondo cui le spese sostenute dal querelato per difendersi in sede penale rientrano nella competenza funzionale del giudice penale.

<sup>201</sup> Nel caso di specie i giudici di merito, pur ritenendo che in linea di principio competente a provvedere sulla domanda di rifusione delle spese giudiziali sostenute in sede penale dal querelato assolto fosse il giudice penale, avevano tuttavia precisato che il querelato formulava in realtà una domanda di risarcimento del danno derivante dall'infondata querela proposta nei propri confronti, per la quale la legge non prevede alcuna competenza funzionale del giudice penale. Secondo gli ermellini tale voce di spesa costituisce infatti un danno in senso economico e non giuridico.

risarcimento del danno, o ai casi di “lite temeraria”<sup>202</sup>. Ed anche nel procedimento di riparazione per l’ingiusta detenzione, la P.A., che non si opponga alla pretesa dell’interessato, non è considerata soccombente e non può pertanto essere condannata al rimborso delle spese processuali sostenute dalla parte privata<sup>203</sup>. Significativa del dato è la recente proposta di riforma in materia che tende a rimodulare l’istituto delle spese, estendendo il rimborso delle spese processuali anche a favore dell’imputato prosciolto<sup>204</sup>. Se così è, l’indennizzo da attività processuale sembra reclamare una propria sfera di azione, visto che, oltre all’esigenza di creare un catalogo dei c.d. danni da attività giudiziaria derivanti dall’esercizio lecito dell’attività giudiziaria, si è appositamente suggerita l’individuazione di un procedimento unico, idoneo ad abbracciare le fattispecie già disciplinate e le altre via via a profilarsi, che sia capace di assicurare il rispetto del principio di tassatività e certezza, in ordine agli esiti della richiesta risarcitoria e alla quantificazione della stessa<sup>205</sup>.

14. Le conferme provenienti dalla prassi ci consentono di allungare la lista delle fattispecie di danno da processo e con sforzi catalogativi (non esaustivi) di immaginare indennizzi per 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 di ipotizzare un uso indennizzabile del potere di iscrizione<sup>206</sup> e cestinazione della *notitia criminis* o, ancora, di prefigurare la possibilità di rifondere il danno causato dal mancato deposito da parte del P.M. degli atti utili al contraddittorio cautelare. Potreb-

<sup>202</sup> Inoltre, se non richiesta a quel giudice, la rifusione non potrà essere domandata al giudice civile in un separato giudizio. Sul versante processualciviltistico, PALMIERI, *Il regolamento delle spese processuali dopo le riforme del codice di procedura civile*, in *Giur. Mer.*, 2013, 2144 ss., fa richiamo ai canoni del giusto processo e dell’abuso del processo.

<sup>203</sup> Cass., Sez. IV, 26 febbraio 2015, in *Mass. Uff.*, n. 263141.

<sup>204</sup> La proposta di legge, presentata da Gabriele Albertini, vedeva firmatari oltre 189 deputati mossi dall’obiettivo di allinearsi ai Paesi europei che prevedono che lo Stato risarcisca le spese legali subite da un imputato prosciolto (d. d. l. n. 2153, a firma di G. Albertini, A.S. n. 2153).

<sup>205</sup> In questi termini, GALLUZZO, *Anche la detenzione domiciliare*, cit., 4222. Con accenti analoghi, ID., *L’obbligo degli Stati di garantire il ristoro dei danni subite dalle vittime di reati violenti*, in *Cass. Pen.*, 2014, 3885, sull’istituzione di un fondo di garanzia per le vittime di reati violenti e intenzionali, imposta dall’art. 12, co. 2, della Dir. 2004/80/CE.

<sup>206</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 8 febbraio 2016, M.A., in *Giur. It.*, 2016, 723, con nota di MARANDOLA, *Il danno da iscrizione della notizia di reato*, *ivi*, 724. L’iscrizione nel registro del reato costituisce di per sé un danno, determinando la sottoposizione del soggetto a un’indagine e ledendone l’immagine, soprattutto laddove si tratti di un pubblico ufficiale. 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).

be così indennizzarsi la mancata ostensione di attività d'indagine, mascherata da tentativi (anche giudiziari) di recupero successivo dell'atto che violi il principio della parità delle armi<sup>207</sup>.

Senza considerare poi - nei delicati rapporti fra pubblicità, segreto processuale e *stress* da esposizione mediatica - il nodo complesso della tutela della *privacy* delle parti e dei terzi coinvolti nelle intercettazioni. Molto spesso le conversazioni intercettate tra due indagati in un procedimento penale vengono "pubblicizzate" artificiosamente attraverso la riproduzione testuale all'interno di un'ordinanza di custodia cautelare a carico di più soggetti<sup>208</sup> o all'interno di un provvedimento di perquisizione e sequestro. Quest'ultimo caso - inquadrato in termini di abuso del processo - è stato sanzionato dalla Cassazione civile in materia disciplinare, visto che «si connotava, per la prevedibile (e avvenuta) divulgazione pubblica del provvedimento avente un'oggettiva funzione divulgativa e mediatica di propalazione di notizie proceduralmente irrilevanti»<sup>209</sup>.

Dilatando poi la pur ampia nozione d'illegalità della detenzione, funzionale all'integrazione del rimedio di cui all'art. 314 c.p.p., si potrebbero profilare indennizzi anche per la mancata individuazione di termini minimi della custodia cautelare, per le condotte relative al compimento di pseudo-investigazioni integrative ovvero volte a eludere la funzione dei tempi di iscrizione della *notitia criminis*<sup>210</sup>. Solo a fini ulteriormente esemplificativi potrebbe ipotizzarsi un indennizzo per la mancata ammissione della lista testi che contravvenga ai criteri codicistici, o al cattivo utilizzo dei filtri di ammissibilità

<sup>207</sup> Cass., Sez. I, 12 marzo 2014, Bartolotta, in *Proc. Pen. Giust.*, 2015, 1, 35 ss., con nota di GUERINI, *Potere istruttorio d'ufficio del giudice e prove inutilizzabili*. A. GAITO, *Procedura penale*, Milano, 2015, 146, ravvisa nelle distorsioni dell'art. 507 c.p. una palese violazione del principio di *discovery* e del principio di terzietà e imparzialità del giudice.

<sup>208</sup> Su questi profili si sofferma CATALANO, *Prassi devianti e prassi virtuose in materia di intercettazioni*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2016, I, 7. In chiave orientata alle violazioni convenzionali l'analisi di A. GAITO, FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei*, cit., 367 ss.

<sup>209</sup> Cass. civ., Sez. un., 24 settembre 2010, Min. Giust. c. Verasani, in *Mass. Uff.*, n. 614115, censurava disciplinatamente la condotta del magistrato che in un provvedimento di perquisizione dal contenuto abnorme (ben 1418 pagine) faceva menzione del contenuto di conversazioni telefoniche non pertinenti, con l'inserimento di moltissimi dati di soggetti estranei al processo. La violazione dei doveri del magistrato sarebbe derivata dall'aver omesso di filtrare, valutare ed eliminare tutti gli argomenti non necessari e pregiudizievoli per le persone estranee all'indagine.

<sup>210</sup> Impliciti riconoscimenti della situazione lesiva si rinvencono nella recente declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, 2 co. *bis*, L. 24 marzo 2001 n. 89, - in riferimento agli art. 3, 111 e 117, 1 co., Cost. - nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico (Corte cost., n. 184 del 2015).

delle domande, alle ipotesi di perizia sovrabbondante in incidente probatorio o di erronea declaratoria di utilizzabilità-inutilizzabilità degli atti in udienza preliminare. Infine, vi potrebbe rientrare il diniego della concessione di termini a difesa. In ultimo caso, verrebbe in rilievo il profilo della mancata correlazione tra accusa e sentenza, sia in generale, sia in sede di giudizio abbreviato, mediante modifiche tardive dell'imputazioni durante l'epilogo della camera di consiglio del rito abbreviato, spesso contestabili solo nel corso del giudizio di appello, in palese violazione degli assunti europei<sup>211</sup>. Potremmo altresì attrarre nel paradigma indennitario anche le violazioni delle tempistiche di decisione o le condotte omissive idonee a integrare forme di responsabilità da atto lecito.

Per esempio, si potrebbe censurare non tanto la mancata adozione da parte del P.M. delle misure di protezione della vittima di reati di tipo sessuale, quanto, piuttosto, il comportamento di un P.M. che non risponda alle ripetute sollecitazioni della polizia giudiziaria di adozione dei meccanismi di protezione<sup>212</sup>. Al di là dei profili specifici dell'illecito disciplinare e della responsabilità civile, anche per le condotte di tipo omissivo parrebbe proficuo ipotizzare un'indennizzabilità del danno processuale.

È tuttavia evidente che il salto concettuale dall'inquadramento dogmatico-generale di un indennizzo per l'attività processuale lecita all'individuazione delle singole fattispecie concretamente indennizzabili è estremamente delicato e complesso.

Una nozione d' indennizzo troppo ampia rischia concretamente di rimanere meramente descrittiva giacché indennizzare tutte le attività finirebbe per generare il rischio di non indennizzarne alcuna, senza trascurare poi l'evidente e assai probabile pericolo, già palesato, di sconfinamenti (o sovrapposizioni) con il concetto di "abuso del processo".

**15.** Tali ultime riserve vanno pertanto opportunamente affrontate con adeguata consapevolezza e senza preclusioni.

---

<sup>211</sup> Secondo Cass., Sez. VI, 14 febbraio 2012, Vinci, in *Mass. Uff.*, n. 251961, la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto deve ritenersi assicurata anche quando venga operata dal giudice di primo grado nella sentenza pronunciata all'esito del giudizio abbreviato, in quanto con i motivi d'appello l'imputato è posto nelle condizioni di interloquire sulla stessa, richiedendo una sua rivalutazione e l'acquisizione di integrazioni probatorie utili a smentirne il fondamento. Sul tema, criticamente, MARANDOLA, *Giudizio abbreviato senza integrazione probatoria e modifica dell'imputazione*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1679-1682.

<sup>212</sup> Si veda la ricostruzione di BIONDI, *Sulla responsabilità civile dello Stato e dei magistrati. Considerazioni a margine della legge n. 19 del 2015*, in *Quest. Giust.*, 2015, III, 65.

Si è già affermato come nel campo del diritto amministrativo il rimedio indennitario spesso si sostituisca e si confonda con quello risarcitorio, mostrandosi alla stregua di uno strumento più duttile anche 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<sup>213</sup>, ma non escluderne la postulabilità.

Peraltro, l'"abuso del processo" è una categoria polisemica in cui si iscrivono generalmente le deviazioni funzionali degli istituti giuridici riconducibili al modello indennitario da danno<sup>214</sup>. 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, potendo configurarsi pure dinanzi a una piena rispondenza degli atti agli schemi legislativi che, tuttavia - ed è questo il punto di maggiore interesse - necessitano l'attivazione di forme di ristoro per il danno "fisiologicamente" (e non dunque solo "patologicamente") sofferto dal singolo.

Inoltre, 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, finisce per identificare l'epicentro di un processo "giusto" (nel senso imposto dall'art. 111 Cost.) nel processo "corretto"<sup>215</sup>.

Tale impostazione omnicomprensiva potrebbe spostare la nostra 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

<sup>213</sup> CRISMANI, *Nuovi spunti*, cit., 1688, richiama l'espropriazione indiretta ai sensi dell'art. 1, co. 65, L. n. 549/1995, che aveva previsto l'equiparazione tra indennizzo e risarcimento e così fra obbligazione *ex lege* e obbligazione *ex delicto*.

<sup>214</sup> CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; EAD., *Verso le Colonne d'Ercole dell'abuso del processo: strategie e ruolo del pubblico ministero*, in *Giur. Merito*, 2007, suppl. al n. 12, 54; ORLANDI, *Abuso del diritto o diritto all'abuso*, in *Cass. Pen.*, 2012, 3599 ss.; ILLUMINATI, *Abuso del processo, legalità processuale e pregiudizio effettivo*, *ivi*, 3593; SCAGLIONE, *Garanzie fondamentali e abuso del processo*, in *Stato, diritto ed economia. Quaderni del Centro siciliano di studi sulla giustizia*, a cura di Cerami, Milano, 2015, 141 ss.; con un'angolatura specifica, COLAIACOVO, *Le fragili garanzie della libertà personale per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, in *Cass. Pen.*, 2014, 731 ss. Volendo, MAGGIO, *Processo (abuso del)*, in *Dig. Pen., Agg.*, Torino, 2010, 633.

<sup>215</sup> GAROFOLI, *I canoni deontologici come reazione agli abusi nel e del processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 142: la norma deontologica, riconducibile alla figura amministrativa dell'eccesso di potere se pure non direttamente sanzionata nel processo penale o a livello disciplinare impone di non adottare comportamenti tesi a "sviare" la *ratio* degli istituti.



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 sia sempre suscettibile di controllo e di accertamento, esponendoli magari all'irrogazione di adeguate sanzioni<sup>216</sup>.

Anche questo rischio non sembra assumere contenuti limitanti per l'ipotizzata categoria indennitaria, in quanto pure la violazione di doveri di condotta può ingenerare obblighi risarcitori.

Il tema delle "distorsioni" funzionali del processo ci riconduce semmai ai molteplici meccanismi sanzionatori interni già esistenti, utili a disincentivare le condotte abusive, ovvero sia all'area del penalmente rilevante, agli illeciti civili, ai canoni deontologici e al versante della risposta *lato sensu* disciplinare<sup>217</sup>, sino al più recente impiego della categoria dell'abuso (in modo non del tutto convincente) relativamente alle sanzioni processuali<sup>218</sup>.

Da questo punto di vista, è innegabile che la confusione fra il "danno" da processo e "l'abuso" del processo potrebbe ingenerare una sorta di "abuso degli abusi" (ci si perdoni il vezzo).

Il nostro obiettivo di fondo è in realtà diverso ed è volto a postulare la piena esportabilità del modello indennitario per i "sacrifici" da compensare, nella

<sup>216</sup> Così, espressamente, 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, 1698; ID., *Abuso del processo*, in *Contr. Impr.*, 2015, 832 ss. In tema CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, 1281. In chiave di diritto comparato, sulle origini storiche e dei diversi significati assunti dalla locuzione *abuse of process* nel corso della sua lunga vita nell'esperienza giuridica inglese, SERIO, *L'abuso del processo: una ricerca comparatistica*, in *Il giusto proc. civ.*, 2014, I, 119 ss. Significativo sviluppo la tematica ha avuto recentemente nel diritto amministrativo TROPEA, *L'abuso nel processo amministrativo*, Napoli, 2015, 350, ove si sottolinea la difficoltà di una tutela rimediabile; sul tema pure PECCI, *Difetto di giurisdizione e abuso del processo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Anm.*, 2015, 691 ss.; GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 445 ss.; sulle conseguenze processuali della cattiva redazione dell'atto di ricorso: COMMANDATORE, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali nel giusto processo*, in *Giur. It.*, 2015, 853 ss.; VERDE, *Abuso del processo e giurisdizione*, in *Dir. Proc. Anm.*, 2015, 1138 ss.; TROPEA, *Abuso del processo nella forma del venire "contra factum proprium" in tema di giurisdizione. Note critiche*, in *Dir. Proc. Anm.*, 2015, 685 ss. Mette in guardia dal rischio di un'eccessiva discrezionalità giudiziale, CORSO, *Abuso del processo amministrativo*, *ivi*, 2016, I, 1 ss.

<sup>217</sup> V., ad esempio, il richiamo ai doveri di probità e decoro della professione forense, esplicitamente contenuto nell'art. 3, L. 31 dicembre 2012, n. 247, sulla professione forense.

<sup>218</sup> Cfr., Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi, in *Cass. Pen.*, 2012, 2430, secondo cui non può dare luogo a nullità alcuna il diniego di termini a difesa o la concessione di termini a difesa ridotti rispetto a quelli previsti dall'art. 108, co. 1, c.p.p., quando nessuna lesione o menomazione ne derivi, in assoluto, all'esercizio effettivo del diritto alla difesa tecnica. La sentenza è annotata criticamente da CAPRIOLI, *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, *ivi*, 2444; analogamente, CATALANO, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2012, 91 ss.

sede del processo penale. E ciò appare possibile 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 l'insorgere di un diritto al ristoro economico per il cittadino.

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

Del resto, l'interazione tra ordinamento interno, ordinamenti sovranazionali e *due process of law* sospinge in chiave antiformalistica i percorsi interpretativi, consentendo di tratteggiare sin da ora accanto a tutele meramente "formali", meccanismi realmente capaci di porre rimedio alle lesioni effettive dei diritti individuali<sup>219</sup>.

Lo strumento "indennitario" servirebbe a ovviare ai vuoti di tutela, 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 e 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 la sfida futura per l'interprete, inducendo, intanto, a "sfruttare" ogni piega dell'"affidamento" all'interno degli istituti esistenti e ad auspicare, a breve, un espresso intervento legislativo. Quest'ultimo potrebbe identificare in un generale fondo di garanzia, coperto anche attraverso forme di assicurazione obbligatoria, il meccanismo essenziale per conferire effettività ai ristori economici, oggi compresi in un regime di irrisorietà, se non addirittura di totale disapplicazione.

L'inadeguatezza degli attuali rimedi fa risuonare, in modo ancor più impellente, l'invocazione verso una compiuta disciplina degli indennizzi per le lesioni inferte dalla macchina processuale, al fine di scardinare presupposti e procedimento.

---

<sup>219</sup> GIUNCHEDI, *Giusto processo* (profili sovranazionali), in *Dig. Pen., Agg.*, 2009, I, 634.