



dell'Arma dei Carabinieri  
**Rassegna**

---

Quaderno n. 8/2017

TESI DI LAUREA DEI FREQUENTATORI DEL  
23° CORSO DI PERFEZIONAMENTO

Anno Accademico 2016-2017

*La responsabilità amministrativa  
del dipendente pubblico:  
il danno all'immagine della  
Pubblica Amministrazione  
(Ten. Valentina Bianchin)*

*Misure cautelari personali  
e diritti umani  
(Ten. Niko Giaquinto)*

# **Rassegna** dell'Arma dei Carabinieri

**Direttore Responsabile**  
Gen. D. Vittorio Tomasone

**Redattore Capo**  
Col. Giuseppe Arcidiacono

**Redazione**  
Lgt. Remo Gonnella  
Mar. Magg. Alessio Rumori  
Brig. Ca. Mario Pasquale  
App. Sc. Lorenzo Buono

**Direzione e Amministrazione**  
Via Aurelia, 511 - 00165 Roma - tel. 06-66394680  
fax 06-66394746; e-mail: [scuf rassegna@carabinieri.it](mailto:scuf rassegna@carabinieri.it)

**Grafica, Fotocomposizione e Impaginazione**  
a cura della Redazione

**Fonti iconografiche**  
Ministero della Difesa  
Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri  
Scuola Ufficiali Carabinieri

*La «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri» è istituita per aggiornare la preparazione specifica dei Quadri dell'Arma offrendo loro argomenti originali sull'evoluzione del pensiero militare e delle discipline giuridiche, professionali e tecnico-scientifiche che più interessano il servizio d'Istituto. La collaborazione alla Rassegna dell'Arma è aperta a tutti. La Direzione è lieta di ricevere articoli o studi su argomenti di interesse, riservandosi il diritto di decidere la loro pubblicazione. Gli articoli di collaborazione diretta sono pubblicati sotto l'esclusiva responsabilità degli autori; le idee e le considerazioni sono personali, non hanno riferimento ad orientamenti ufficiali e non impegnano la Direzione della Rassegna. La Redazione si riserva il diritto di modificare il titolo e l'impostazione grafica degli articoli, secondo le proprie esigenze editoriali. È vietata la riproduzione anche parziale, senza autorizzazione, del contenuto della Rivista.*

Periodico trimestrale a carattere scientifico-professionale a cura della Scuola Ufficiali Carabinieri  
Proprietà editoriale del Ministero della Difesa Iscritto nel Registro della Stampa del Tribunale di Roma  
al n. 305/2011 in data 27-X-2011

Diffuso attraverso la rete internet sul sito [www.carabinieri.it](http://www.carabinieri.it)  
dal Service Provider "BT Italia" S.p.A. Via Tucidide, 56 - 20134 Milano

## PRESENTAZIONE

Nell'ottavo Quaderno del 2017 presentiamo due tesi di laurea di Ufficiali del 23° Corso di Perfezionamento.

La prima tesi su *“La responsabilità amministrativa del dipendente pubblico: il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione”*, del Ten. *Valentina Bianchin*, fornisce una panoramica generale sull'istituto della responsabilità amministrativa del dipendente pubblico, focalizzando l'attenzione sia sulla fattispecie di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, sia sulla responsabilità amministrativa degli appartenenti all'Arma dei Carabinieri nell'esercizio delle loro funzioni.

La seconda, dal titolo *“Misure cautelari personali e diritti umani”*, del Ten. *Niko Giaquinto*, analizza i principi generali e i criteri d'applicazione delle misure cautelari, quali istituti processuali che incidono sulla libertà personale dell'indagato, nonché l'applicabilità delle stesse in osservanza delle recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Gen. D. Vittorio Tomasone



**LA RESPONSABILITÀ AMMINISTRATIVA  
DEL DIPENDENTE PUBBLICO:  
IL DANNO ALL'IMMAGINE DELLA  
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

*Ten. Valentina Bianchin*



## INDICE

Introduzione	9
<b>I. Le cinque responsabilità del dipendente pubblico. Un'introduzione</b>	<b>12</b>
<b>II. La responsabilità amministrativa</b>	<b>14</b>
1. Fonti	14
2. Oggetto	16
2.1. Il principio di intrasmissibilità agli eredi	19
2.2. Il termine di prescrizione	20
3. Natura e funzione	22
4. Giurisdizione	26
4.1. Il potere riduttivo della Corte dei Conti	29
4.2. L'obbligo di denuncia del danno	31
<b>III. Gli elementi costitutivi della responsabilità amministrativa</b>	<b>34</b>
1. Il rapporto di impiego o di servizio	34
1.1. La non responsabilità degli organi politici in buona fede	37
1.2. Le polizze assicurative a favore dei dipendenti	40
2. La condotta	41
2.1. L'insindacabilità delle scelte discrezionali	43
2.2. Il concorso di persone nel danno	47
3. Il danno erariale	48
3.1. La quantificazione del danno	50
3.2. L'onere della prova del danno	51
3.3. Ipotesi di danno	52
3.3.1. Danno da disservizio	53
3.3.2. Danno da tangente	56
3.3.3. Danno per perdita di <i>chance</i>	57
3.3.4. Danno ambientale	57
3.3.5. Altre tipologie di danno	57

4. L'elemento soggettivo	58
4.1. La colpa grave	59
4.1.1. L'errore scusabile	63
4.1.2. La <i>culpa</i> in vigilando del dirigente	64
4.2. Il dolo	65
5. Il nesso di causalità	66
<b>IV. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione</b>	68
1. Il danno all'immagine delle persone giuridiche	68
2. Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione	71
3. La natura del danno all'immagine	72
3.1. Tipologia di danno	72
3.2. Danno-evento o danno-conseguenza?	76
3.3. Riflessi sulla giurisdizione	78
4. Le fonti del danno all'immagine	80
4.1. Il lodo Bernardo	81
4.2. La Legge 190/2012 ( <i>legge Severino o legge anticorruzione</i> )	87
4.3. Il codice della giustizia contabile	92
4.4. Il codice di comportamento dei pubblici dipendenti	94
5. Gli elementi costitutivi del danno all'immagine	96
5.1. Il soggetto agente	96
5.2. L'elemento psicologico	97
5.3. Il nesso di causalità	97
5.4. Il concetto di danno	98
5.4.1. La quantificazione del danno	99
5.4.2. Onere della prova del danno	102
5.5. La condotta	104
5.5.1. La percezione di tangenti	104
5.5.2. Appropriazione indebita di beni ed altre utilità pubbliche	105
5.5.3. Altri reati	105
5.5.4. Le condotte assenteistiche	106



<b>V. La responsabilità amministrativa e il danno all'immagine dell'Arma dei Carabinieri</b>	109
1. La responsabilità amministrativa del militare	109
1.1. L'accertamento della responsabilità Amministrativa	111
1.1.1. Il Regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli organismi della Difesa (cosiddetto R.A.D.)	111
1.1.2. Il testo unico regolamentare dell'ordinamento militare	112
1.1.3. La Legge 97/2001	113
1.2. Profili di peculiarità per le Forze Armate e Forze di Polizia	114
1.2.1. L'applicazione del potere riduttivo	115
1.2.2. Le inchieste amministrative militari	117
1.2.3. La <i>culpa</i> in vigilando del Comandante	120
1.2.4. L'istituto della rimostranza	120
1.2.5. Il divieto di polizze assicurative	122
1.2.6. Particolari tipologie di danno	122
1.2.6.1. Danni da sinistri automobilistici	122
1.2.6.2. Danni da uso inadeguato di armi da fuoco	123
2. Il danno all'immagine dell'Arma dei Carabinieri	126
2.1. I particolari doveri del militare	129
2.2. Casistica giurisprudenziale	132
Conclusioni	137



## Introduzione

Il presente elaborato consiste in uno studio sull'istituto della responsabilità amministrativa del dipendente pubblico, con particolare attenzione alla fattispecie di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Nel primo capitolo è stata inserita una breve introduzione, descrittiva delle cinque forme di responsabilità cui il dipendente pubblico è sottoposto. Si parla, quindi, della responsabilità civile, penale, amministrativo-contabile, disciplinare e dirigenziale. Tali forme di responsabilità, come vedremo, non sono tra di loro incompatibili o alternative, in quanto spesso la medesima condotta può originare l'attivazione di differenti campi dell'ordinamento statale.

Ci siamo poi calati nell'oggetto vero e proprio della trattazione.

Nel secondo capitolo è stato, infatti, ripercorso il lungo dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo all'oggetto, alla natura, alla funzione e alla giurisdizione circa la responsabilità amministrativa.

Successivamente, nel terzo capitolo, si è passati alla trattazione degli elementi costitutivi della responsabilità, ovvero il rapporto di impiego o di servizio, la condotta, il danno erariale, l'elemento soggettivo (dolo o colpa grave) e il nesso di causalità. Particolare attenzione è stata riservata alle più diffuse tipologie di danno, oltre che al dibattito, ancora acceso, circa l'elemento della colpa grave.

Nel quarto capitolo si è analizzato nel dettaglio una forma specifica di danno erariale, ossia il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, considerato oggi voce di danno autonoma e ormai indiscusso protagonista dei giudizi contabili. Si è quindi esaminato il percorso dottrinale e giurisprudenziale che ha permesso di riconoscere il diritto alla tutela dell'immagine dapprima alle sole persone giuridiche e quindi alla Pubblica Amministrazione nel suo complesso.

Dopo aver studiato la natura di questa particolare tipologia di danno, si è fatto riferimento alle sue fonti, analizzando le principali condotte che possono configurare una lesione all'immagine dell'ente pubblico.

Si sono poi considerati gli elementi costitutivi del danno all'immagine, i medesimi della responsabilità amministrativa, andandone però a sottolineare gli elementi salienti e caratterizzanti.

Infine, nell'ultimo capitolo, l'attenzione è stata focalizzata sulla responsabilità amministrativa degli appartenenti all'Arma dei Carabinieri, i quali, nell'esercizio delle loro funzioni, possono provocare un danno all'erario.

Con i medesimi comportamenti, poi, gli stessi possono altresì causare un danno all'immagine dell'Arma, con l'obbligo di risarcimento e ripristino. In tale complesso quadro va tenuto presente che gli appartenenti alle Forze Armate e alle Forze di Polizia, in ragione di quanto disposto dal secondo comma dell'art. 54 della nostra Carta Costituzionale, hanno degli obblighi ulteriori rispetto al cittadino comune. Tale comma, infatti, pone in una posizione differenziata coloro che svolgono funzioni pubbliche, i quali, oltre al generale dovere di fedeltà cui sono sottoposti tutti i cittadini, devono osservare precisi obblighi nel momento dello svolgimento delle funzioni. Tale condizione diversificata fa sì che, anche in caso di danno all'erario e in particolare di danno all'immagine dell'amministrazione di appartenenza, la posizione del soggetto agente debba essere valutata con particolare attenzione, alla luce proprio degli specifici vincoli giuridici cui lo stesso è sottoposto.

L'importanza dell'istituto della responsabilità amministrativa (con particolare riferimento anche al danno all'immagine) è divenuta sempre maggiore nel corso del tempo. L'istituto è stato interessato, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, da un rilevante processo di riforma che ha profondamente inciso, non solo sulla relativa disciplina normativa, ma soprattutto sulla sua collocazione nell'ordinamento contabile. Nello stesso lasso temporale, inoltre, sono intervenuti rilevanti cambiamenti sia nell'assetto della pubblica amministrazione, mediante un processo di riorganizzazione ispirato dalla "logica del risultato", sia nell'azione amministrativa, con l'intervento della disciplina generale del procedimento amministrativo, finalizzata a garantire la trasparenza, la *par condicio*, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità dell'azione stessa.

In tale contesto è dunque apparso necessario verificare se, e in quale misura, l'istituto della responsabilità amministrativa costituisca oggi uno strumento utile a consentire il miglioramento qualitativo dei servizi offerti dalla pubblica amministrazione nell'ottica dell'efficienza sopra descritta che oggi informa qualsiasi ente pubblico.

Contestualmente, in un'epoca in cui i *mass media* hanno assunto un ruolo di fondamentale importanza, l'istituto del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione risulta essere di precipuo interesse. Appare quindi necessario cercare di individuare in maniera chiara e definitiva il campo di applicazione di tale fattispecie di danno, alla luce delle molteplici novelle legislative e della giurisprudenza, per nulla pacifica, della Corte dei Conti in tale ambito.

Infine, occorre spendere qualche parola in più per il personale militare e delle Forze di Polizia, di cui si dirà all'ultimo capitolo. Solitamente, nei manuali di diritto amministrativo, non sono dedicati spazi specifici alle particolari situazioni giuridiche che fanno capo a questo tipo di personale pubblico.

Negli ultimi decenni, si è assistito ad un risveglio nel campo dello studio del diritto amministrativo militare, ma si continua comunque ad avere una scarsa produzione dottrinale in tale settore. E ciò risulta difficilmente comprensibile, dati i particolari obblighi cui tali soggetti sono sottoposti, oltre che le particolari funzioni spettanti al comparto della difesa.

L'obiettivo di questo scritto, quindi, risulta quello di cercare di fare un po' di chiarezza circa l'attualità e l'importanza dell'azione di responsabilità amministrativa, con particolare attenzione alla fattispecie di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, oggi argomento più reale che mai. Responsabilità amministrativa e danno all'immagine traslati anche nell'ambito militare, ove l'attualità e l'importanza sono portati all'estremo.

## CAPITOLO I

### Le cinque responsabilità del dipendente pubblico. Un'introduzione.

Il pubblico dipendente nell'esercizio delle proprie funzioni può astrattamente incorrere in cinque fondamentali responsabilità: quella civile (se arreca danni a terzi, interni o esterni all'amministrazione o direttamente a quest'ultima), penale (se delinque), amministrativo-contabile (se arreca un danno erariale alla Pubblica Amministrazione), disciplinare (se viola obblighi previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro, da legge o dal codice di comportamento novellato dalla L. 190 del 2012) e dirigenziale (per il solo personale dirigenziale che non raggiunga i risultati posti dal vertice politico o si discosti dalle direttive dell'organo politico).

La disciplina delle responsabilità del pubblico dipendente è stata interessata negli anni da una importante evoluzione, anche e soprattutto a seguito del radicale mutamento di prospettiva dalla quale è visto il rapporto tra Stato e cittadino.

Nell'ottica della visione che attribuiva allo Stato una posizione di primazia, la responsabilità era improntata per lo più alla previsione generica dell'illecito; nella nuova ottica, che vede Stato e cittadino sullo stesso piano e che esalta il ruolo di servizio della pubblica amministrazione, è più significativa l'incidenza della responsabilità, anche attraverso la previsione e la disciplina di specifiche e ben definite ipotesi di illecito o, comunque, di condotte punibili.

Oltre a ciò, le molteplici forme di responsabilità del pubblico dipendente sono state fortemente modificate, come è naturale, da sopravvenienze legislative, contrattuali e da evoluzioni interpretative ad opera della giurisprudenza. Particolare importanza ha avuto la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, la quale ha *ex novo* regolamentato sia la responsabilità disciplinare (ad oggi disciplinata dall'art. 55, comma 3, D.Lgs. 165/2001<sup>1</sup>), devolvendola alla contrattazione collettiva, sia la responsabilità dirigenziale (art. 21, D.Lgs. 165/2001<sup>2</sup>).

---

<sup>1</sup> Art. 55, comma 3, D.Lgs. 165/2001: *“La contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Resta salva la facoltà di disciplinare mediante i contratti collettivi procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento, da instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione. La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede e non è soggetta ad impugnazione. I termini del procedimento disciplinare restano sospesi dalla data di apertura della procedura conciliativa e riprendono a decorrere nel caso di conclusione con esito negativo. Il contratto collettivo definisce gli atti della procedura conciliativa che ne determinano l'inizio e la conclusione”*.

<sup>2</sup> Art. 21 D.Lgs. 165/2001: *“Il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, valutati con i sistemi e le garanzie di cui all'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, comportano, ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.*

Invariata è rimasta la previgente disciplina sulle tre restanti responsabilità, per le quali viene testualmente richiamata la relativa disciplina legislativa di settore ad opera dell'art. 55, comma 1, D.Lgs. 165/2001<sup>3</sup>.

Le sopra citate cinque responsabilità non sono tra loro incompatibili o alternative, in quanto spesso la medesima condotta illecita viola diversi precetti legislativi o contrattuali, originando concorrenti reazioni ad opera dell'ordinamento. Quest'ultimo, comunque, appresta alcune norme volte a regolamentare, sul piano meramente procedurale e temporale, il concorso di tali responsabilità: si pensi all'effetto sospensivo sul procedimento disciplinare derivante dall'azione penale, agli effetti del giudicato penale in sede disciplinare, civile o amministrativa (art. 651-654 c.p.p.), al possibile ingiusto cumulo di condanne risarcitorie in sede civile e amministrativo-contabile (censurabile in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c.).

---

*Restano ferme le disposizioni vigenti per il personale delle qualifiche dirigenziali delle Forze di polizia, delle carriere diplomatica e prefettizia e delle Forze armate*'.

<sup>3</sup> Art. 55, comma 1, D.Lgs. 165/2001: *“Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2”*.

## CAPITOLO II

### La responsabilità amministrativa

La responsabilità amministrativa può essere definita come la responsabilità di natura patrimoniale nella quale incorrono gli amministratori e i dipendenti degli enti pubblici a causa dell'inosservanza degli obblighi di servizio, producendo un danno all'Amministrazione, sia in modo diretto sia indiretto.

#### 1. Fonti

Le questioni inerenti la responsabilità dei dipendenti pubblici nei confronti delle Amministrazioni di appartenenza cominciano ad essere affrontate e disciplinate dalla legge verso la fine del XIX secolo.

In un primo tempo era stata prevista solo la responsabilità contabile, successivamente, con legge del 1869, è stata introdotta una forma di responsabilità ulteriore e differente.

Alcuni anni più tardi è stata, quindi, configurata la cosiddetta responsabilità formale, ossia una forma di responsabilità slegata dal danno e collegata soltanto alla violazione di disposizioni in materia di contabilità pubblica, prevista a carico di amministratori e dipendenti dei soli enti locali. La Corte Costituzionale, a partire dagli anni Sessanta, comunque, ha dichiarato incostituzionali le leggi che prevedevano ipotesi di responsabilità formale, ritenendo che l'elemento essenziale caratterizzante la responsabilità del dipendente pubblico sia l'effettiva esistenza di un danno. Il fondamento della responsabilità del pubblico funzionario o dipendente oggi è innanzitutto contenuto nell'articolo 28 della Costituzione che, al primo comma, prevede che *“i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti”*<sup>4</sup>.

A delimitare e definire la responsabilità poi concorrono testi normativi risalenti, quali il Testo Unico degli impiegati civili dello Stato<sup>5</sup> (che stabilisce che il danno ingiusto addebitabile all'agente è quello derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi che l'impiegato abbia commesso con dolo o colpa grave), il R.D. 2440 del 1923 (che prevede l'obbligo del risarcimento

---

<sup>4</sup> MERUSI, *La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l'art. 28 rivisitato*, in *RIV. TRI. DIR. PUBBL.*, 1986, p. 41 e ss.

<sup>5</sup> D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, in particolare art. 23.



del danno cagionato dall'impiegato nell'esercizio delle sue funzioni) e il R.D. 1214 del 1934 (che radica la giurisdizione presso la Corte dei Conti).

La responsabilità amministrativa trova oggi la sua compiuta disciplina nelle leggi n. 19 e 20 del gennaio 1994, novellate dalla legge n. 639 del 20 dicembre 1996 che ha apportato significative modifiche alla materia, nonché al funzionamento della Corte dei Conti. Detta normativa ha unificato il regime sostanziale della materia, che in precedenza trovava la sua fonte in testi distinti a seconda dell'appartenenza dei dipendenti (amministrazioni statali, enti locali, USL, enti pubblici non statali), sancendo la competenza giurisdizionale per tutti della Corte dei Conti.

Tra le principali novità introdotte con la riforma del 1996 occorre ricordare l'estensione delle regole per la responsabilità amministrativa anche ai casi di danno arrecato ad amministrazione diversa da quella di appartenenza<sup>6</sup>, oltre che la definizione stessa della responsabilità amministrativa. All'articolo 1 di detta legge, infatti, si afferma che: *“La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità delle scelte discrezionali”*.

La disciplina è stata aggiornata nell'ultimo decennio mediante l'introduzione, ad opera della L. 97/2001, della responsabilità per danno erariale nei casi di sentenza irrevocabile di condanna per reati contro la pubblica amministrazione, la quale va trasmessa al Procuratore presso la Corte dei Conti per gli accertamenti patrimoniali del caso.

Successive “limature” legislative sono poi intervenute direttamente o indirettamente su tali norme di base: si pensi all' articolo 17, commi 30-ter e quater, lettera a, del D.L. 78/2009, come modificato dall' articolo 1, comma 1, lettera c, del D.L. 103/2009, volgarmente noto come “lo-  
do Bernardo”<sup>7</sup> o ancora all'art.1, commi 12<sup>8</sup>, 44<sup>9</sup> e 62<sup>10</sup> della legge anticorruzione n. 190/2012.

---

<sup>6</sup> Si è reso perseguibile il cosiddetto “danno obliquo”, ossia quello patito da una amministrazione diversa da quella di appartenenza, facendo in modo che venissero assoggettati a tale responsabilità non solo i pubblici dipendenti, ma anche tutti coloro che fossero investiti dello svolgimento continuativo di un'attività nei confronti della P.A., venendo inseriti nella struttura pubblica e sottoposti a norme sull'esercizio dell'attività medesima.

<sup>7</sup> Art. 1, comma 1, lett. c, D.L. 103/2009: *“Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 della legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale”*.

<sup>8</sup> Art. 1, comma 12, L. 190/2012: *“In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze:*

*a) di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo; b) di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano”*.

<sup>9</sup> Art. 1, comma 44, L. 190/2012: *“La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniquale le stesse responsabilità siano collegate alla viola-*

La generale applicabilità dell'attuale regime della responsabilità amministrativo - contabile a tutti i dipendenti pubblici, anche dopo l'intervenuta "privatizzazione" del rapporto di pubblico impiego, è confermata da norme di settore: l'art. 55, d.lgs. 165/2001 ("Per i dipendenti di cui all'art. 2, co. 2, resta ferma la disciplina attualmente vigente in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche"), l'art. 93 del d.lgs. 267/2000 ("Per gli amministratori e per il personale degli enti locali si osservano le disposizioni vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello Stato"), l'art. 33, d.lgs. 76/2000 ("Gli amministratori e i dipendenti della regione, per danni arrecati nell'esercizio delle loro funzioni, rispondono nei soli casi e negli stessi limiti di cui alle l. 14 gennaio 1994, n. 20 e 20 dicembre 1996, n. 639").

## 2. Oggetto

La responsabilità amministrativa si configura qualora il dipendente pubblico (o comunque il soggetto legato alla P.A. da rapporto di servizio) provochi un danno patrimoniale alla propria amministrazione o ad altro ente pubblico (ivi compresa l'Unione Europea).

Essa, dunque, non differisce sostanzialmente dalla ordinaria responsabilità civile (art. 2043 c.c.)<sup>11</sup> se non per tre elementi specifici:

- a) la particolare qualificazione del soggetto autore del danno (pubblico dipendente o soggetto legato alla P.A. da rapporto di servizio);
- b) la natura del soggetto danneggiato (che deve essere un ente pubblico);
- c) la causazione del danno nell'esercizio di pubbliche funzioni o in circostanze legate da occasionalità necessaria con lo svolgimento di pubbliche funzioni.

In caso di danni arrecati alla Pubblica Amministrazione da un proprio dipendente, l'ente danneggiato potrebbe ottenerne il risarcimento anche attraverso una normale azione civile in-

---

*zione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-quater, comma 1".*

<sup>10</sup> Art. 1, comma 62, L. 190/2012: "All'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il comma 1-quinquies sono inseriti i seguenti:

*«1-sexies. Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente.*

*1-septies. Nei giudizi di responsabilità aventi ad oggetto atti o fatti di cui al comma 1-sexies, il sequestro conservativo di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, è concesso in tutti i casi di fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale»".*

<sup>11</sup> Art. 2043 c.c.: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

nanzi al giudice ordinario. Si pone quindi il problema dell'eventuale interferenza (mai configurabile come pregiudizialità ex art. 295 c.p.c.) tra l'illecito amministrativo - contabile e quello civile.

In passato, secondo un univoco indirizzo giurisprudenziale, l'utilizzo di tali concorrenti procedimenti giurisdizionali, così come qualsiasi iniziativa diretta, transattiva, recuperatoria o risarcitoria promossa dall'ente danneggiato, non implicava effetti preclusivi dell'azione obbligatoria per danno erariale davanti al giudice contabile, salvo intervenisse sentenza definitiva comportante in sede civile l'integrale recupero del danno cagionato<sup>12</sup>. Era dunque pacifico l'indirizzo secondo cui la proposizione di un'azione civile (o la costituzione di parte civile) per ottenere il ristoro del danno patito dalla Pubblica Amministrazione non precludeva l'azione erariale della Corte dei Conti, con l'unico limite del divieto di doppia condanna del dipendente, in sede civile e contabile, per lo stesso fatto e con eventuale effetto decurtante sulla pretesa della Procura erariale derivante dal parziale recupero intervenuto in sede civile o in sede transattiva. L'indipendenza tra i due giudici (ordinario e contabile), anche quando venivano investiti di un medesimo fatto materiale, comportava quindi una mera interferenza tra giudizi e non tra giurisdizioni.

Tale approdo interpretativo è stato sottoposto a serrata critica da parte della dottrina, volta a superare il regime della pluralità di azioni (civile e contabile) fondato sul concorso di norme, rivendicando "l'esclusività" della responsabilità amministrativa, quale sistema chiuso, rispetto a quella civile. La più recente giurisprudenza della Cassazione a Sezioni Riunite pare ormai orientarsi in questo senso. Tutta una serie di pronunce<sup>13</sup>, infatti, sembrano palesare l'esclusività della giurisdizione contabile, con la conseguenza che il funzionario pubblico può essere convenuto solo di fronte alla Corte dei Conti, che si configura quale giudice naturale nelle materie di contabilità pubblica e di responsabilità amministrativa.

Nell'ambito della responsabilità in esame, inoltre, va operata una fondamentale distinzione, sancita dagli artt. 81<sup>14</sup> e 82<sup>15</sup> della Legge di contabilità generale dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440).

---

<sup>12</sup> Cass. S.U. n. 11 del 04 gennaio 2012: "La giurisdizione civile e quella penale, da un lato, e la giurisdizione contabile, dall'altro, sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali, anche quando investono un medesimo fatto materiale e l'eventuale interferenza che può determinarsi tra i relativi giudizi pone esclusivamente un problema di proponibilità dell'azione di responsabilità da far valere davanti alla Corte dei Conti, senza dar luogo ad una questione di giurisdizione".

<sup>13</sup> Cass. S.U. n. 179 del 2001; id, n. 98 del 2000; id, n. 933 del 1999; id, n. 7454 del 1997.

<sup>14</sup> Art. 81 r.d. n. 2440 del 18 novembre 1923: "*I funzionari amministrativi, incaricati di assumere impegni e di disporre pagamenti, i capi delle ragionerie delle amministrazioni centrali e i funzionari a favore dei quali vengono disposte aperture di credito debbono rispondere dei danni che derivino alla amministrazione per loro colpa o negligenza o per la inosservanza degli obblighi loro demandati nell'esercizio delle funzioni ad essi attribuite.*

In particolare, la responsabilità amministrativa in senso stretto va distinta dalla responsabilità contabile. Quest'ultima è quella particolare responsabilità patrimoniale in cui possono incorrere solo alcuni pubblici dipendenti, ovvero gli agenti contabili, qualifica *ex lege* spettante ai soggetti che hanno il maneggio di denaro o di altri valori dello Stato o la materiale disponibilità di beni.

Tale qualifica spetta segnatamente:

- a) agli agenti della riscossione o esattori, incaricati di riscuotere le entrate;
- b) agli agenti pagatori o tesorieri, incaricati della custodia del denaro e dell'esecuzione dei pagamenti;
- c) agli agenti consegnatari, incaricati della conservazione di generi, oggetti e materie appartenenti alla P.A.

Gli agenti contabili rispondono patrimonialmente per la mera discrasia esistente (per difetto) tra la quantità di beni o denaro a proprio carico (quantità di diritto) e la quantità realmente esistente (quantità di fatto): la mera deficienza numerica o qualitativa dei beni o valori custoditi o gestiti comporta la responsabilità dell'agente, sul quale grava quindi l'onere di dimostrare che la sottrazione non è a lui imputabile a titolo di dolo o colpa grave o che si sia verificata per caso fortuito o forza maggiore. In altre parole, a differenza della responsabilità amministrativa in senso stretto, in cui è la pubblica accusa a dover dimostrare la colpevolezza del presunto autore del danno all'erario, per la responsabilità contabile tale colpevolezza si presume. Il peculiare regime della responsabilità contabile è stato da taluni ricondotto al meccanismo della "presunzione di colpa", da altri alla cosiddetta *culpa in re ipsa*, mentre altri autori parlano di mera inversione dell'onere della prova. Non sono infine mancati tentativi di avvicinamento di tale responsabilità alle previsioni civilistiche della responsabilità da inadempimento contrattuale (art. 1218 c.c., che presuppone la colpevolezza) o del depositario (art. 1766 ss. c.c.).

---

*La responsabilità dei funzionari predetti non cessa per effetto della registrazione o dell'applicazione del visto da parte della Corte dei conti sugli atti d'impegno e sui titoli di spesa.*

*Gli ordinatori secondari di spese pagabili in base a ruoli e ogni altro funzionario ordinatore di spese e pagamenti, sono personalmente responsabili dell'esattezza della liquidazione delle spese e dei relativi ordini di pagamento, come pure della regolarità dei documenti e degli atti presentati dai creditori.*

*Gli ufficiali pubblici stipendiati dallo Stato, compresi quelli dell'ordine giudiziario e specialmente quelli a cui è commesso il riscontro e la verifica delle casse e dei magazzini, debbono rispondere dei valori che fossero per loro colpa o negligenza perduti dallo Stato".*

<sup>15</sup> Art. 82 r.d. n. 2440 del 18 novembre 1923: "L'impiegato che per azione o omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo Stato, è tenuto a risarcirlo.

*Quando l'azione o omissione è dovuta al fatto di più impiegati, ciascuno risponde per la parte che vi ha presa, tenuto conto delle attribuzioni e dei doveri del suo ufficio, tranne che dimostri di aver agito per ordine superiore che era obbligato ad eseguire".*

La differenza tra responsabilità amministrativa e responsabilità contabile rileva inoltre anche per quanto concerne la previsione del cosiddetto potere riduttivo della Corte dei Conti<sup>16</sup>, di cui si dirà in seguito.

Le restanti componenti strutturali dell'illecito (condotta, evento, nesso causale) non presentano invece differenze tra l'illecito contabile e quello amministrativo.

### 2.1. *Il principio di intrasmissibilità agli eredi*

Per tutti i dipendenti pubblici vige il principio della personalità della responsabilità. Per tale motivo vale la regola dell'intrasmissibilità agli eredi del debito pecuniario derivante dalla responsabilità amministrativa del pubblico dipendente deceduto. Il debito che scaturisce dal giudizio dinanzi la Corte dei Conti si trasmette agli eredi soltanto nel caso di indebito arricchimento degli eredi stessi, secondo quanto previsto dall'art. 1 comma 1 della L. 20/1994<sup>17</sup>. In questo caso, l'esercizio dell'azione di indebito arricchimento non rappresenta la prosecuzione dell'azione nei confronti dell'agente, ma opera come azione autonoma, basata su presupposti specifici e vincolata all'onere probatorio gravante in capo alla Procura contabile<sup>18</sup>.

Il principio in esame è stato giustamente ritenuto applicabile anche alla responsabilità contabile, stante l'unitarietà di regime con quella amministrativa.

Contrariamente a quanto affermato, però, si è sviluppato in merito al principio di intrasmissibilità agli eredi un orientamento giurisprudenziale secondo il quale esisterebbe sempre una presunzione relativa di indebito arricchimento degli eredi conseguente a quello del loro dante causa<sup>19</sup>. La conseguenza sarebbe quindi l'inversione dell'onere della prova, per cui dovrebbe essere l'erede a dimostrare che i proventi della condotta del proprio dante causa sono stati consumati in vita dal medesimo e nessun beneficio è stato trasmesso *mortis causa*. È però da sottolineare che il dettato normativo e la *ratio* della L. 20/1994 non sembrano avallare tale ricostruzione, potendosi solo ammettere, ai fini probatori dell'illecita trasmissione pecuniaria, una dimostrazione fondata su presunzioni semplici ex art. 2729 c.c.

---

<sup>16</sup> Art. 52 del R.D. n. 1214 del 12 luglio 1934.

<sup>17</sup> Art. 1 comma 1, L. 20/1994: *“Il relativo debito si trasmette agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa e di conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi”*.

<sup>18</sup> SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, p. 127.

<sup>19</sup> *“Appare dunque ragionevole presumere, sia pure in via relativa, la consequenzialità di cui si è detto [arricchimento dell'erede come conseguenza normale dell'arricchimento del *de cuius*] lasciando agli eredi la possibilità di superare il dato presuntivo dimostrando che ciò che è stato loro trasferito con l'eredità rappresenta (in tutto o in parte) non un “indebito”, ma un “dovuto”. Così si è espressa la Corte dei Conti, sez. giur. Emilia Romagna, 17 gennaio 2006, n. 3.*

Naturalmente, il ragionamento di cui sopra vale in caso di apertura della successione in pendenza di giudizio di responsabilità amministrativa. Al contrario, nel caso di apertura della successione dopo il passaggio in giudicato della sentenza di responsabilità amministrativa, “l’obbligazione risarcitoria deve considerarsi già sorta in capo all’agente responsabile e già rientrante nel suo patrimonio ereditario<sup>20</sup>”.

In ogni caso, l’oggetto del credito azionato dalla Procura erariale non va limitato allo specifico vantaggio illecitamente e concretamente appreso dal *de cuius*, quale bene infungibile, ma al suo controvalore economico: ne consegue che, in caso di alienazione del bene indebitamente acquisito, la responsabilità dell’erede permarrà, essendosi comunque verificato un arricchimento patrimoniale illecito.

## 2.2. *Il termine di prescrizione*

È egualitario tra illecito amministrativo e illecito contabile anche il termine di prescrizione. Ai sensi dell’art. 1, comma 2 della L. 20/1994, infatti, “*il diritto al risarcimento del danno si prescrive in ogni caso in cinque anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta*”<sup>21</sup>.

Il principale problema sistematicamente vagliato dalla giurisprudenza sul tema attiene al *dies a quo* del termine prescrizione che, in base al dato testuale, coincide con la verifica del fatto dannoso. Tuttavia sulla individuazione del concetto di verifica del fatto dannoso l’orientamento giurisprudenziale della Corte dei Conti non è stato sempre univoco.

Inizialmente è stato ribadito che la decorrenza va ancorata al perfezionamento della fattispecie dannosa, nozione che ricomprende non solo l’azione illecita, ma anche l’effetto lesivo della stessa, potendo essere queste due componenti coeve o distanziate nel tempo.

Ad oggi, il termine iniziale deve essere individuato non nel momento della conoscenza, ma in quello della conoscibilità obiettiva dei fatti, non da parte del procuratore regionale della Corte dei Conti titolare del potere di azione, ma dell’organo dell’amministrazione che ha l’obbligo di denuncia. Il termine iniziale della prescrizione deve porsi alla data in cui l’amministrazione danneggiata può in concreto far valere il proprio credito<sup>22</sup>; pertanto, in ipote-

---

<sup>20</sup> RODRIGUEZ, *La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi*, in *TRIB. UDINE*, 25 Gennaio 2007.

<sup>21</sup> La giurisprudenza è costante nel segnare l’inizio del periodo prescrizione non nel semplice compimento della condotta trasgressiva degli obblighi di servizio, dalla quale non sia scaturito ancora alcun documento patrimoniale all’ente pubblico, ma dal verificarsi del danno.

<sup>22</sup> Ciò in conformità al principio generale che, con l’escludere la decorrenza della prescrizione nel tempo in cui il diritto non può essere fatto valere (art. 2935 cc), si riferisce solo alle cause giuridiche impeditive dell’esercizio

si di patologico funzionamento amministrativo, da cui emerga un danno erariale, il *dies a quo* della prescrizione va fissato alla data di compimento di quelle specifiche procedure miranti alla verifica e all'ispezione amministrativa, in assenza delle quali non possono ritenersi altrimenti conoscibili i fatti dannosi<sup>23</sup>.

Nel caso di occultamento doloso del danno, il termine di prescrizione comincia a decorrere dalla data della sua scoperta, qualificabile come momento della conoscenza effettiva, posto che la cognizione di situazioni pregiudizievoli per l'amministrazione è l'effetto di una tipica attività di controllo, la cui impossibilità di esplicarsi, per fatto doloso dell'autore del danno, comporta un oggettivo impedimento ad agire, di carattere giuridico e non di mero fatto.

Perché si configuri il doloso occultamento del danno (e quindi il differimento del decorso del termine di prescrizione) occorre un comportamento che, pur potendo comprendere l'attività antiggiuridica pregiudizievole, deve tuttavia includere atti specificatamente volti a prevenire il disvelamento di un danno ancora *in fieri* oppure a nascondere un danno ormai prodotto<sup>24</sup>.

In termini generali possiamo pertanto dire che il momento iniziale della prescrizione si rinviene in quello in cui si è verificato il danno erariale. In particolare, in caso di danno diretto, si parla della data dell'evento lesivo e, nel caso di danno indiretto, della diversa data in cui, con sentenza passata in giudicato o transazione approvata nei modi di legge, viene ad esistenza un titolo esecutivo o un'obbligazione specifica di pagamento per l'Amministrazione.

In considerazione della brevità del termine quinquennale rispetto a quelli di attivazione delle amministrazioni nelle denunce alla Corte e a quelli della stessa magistratura per giungere alla condanna dell'autore del danno erariale, gli organi di vertice dell'ente pubblico sono tenuti ad agire, manifestando un preciso intento di avviamento della pretesa creditoria, fra tutti la cosiddetta costituzione in mora.

Risulta, quindi, applicabile l'istituto privatistico della mora del debitore anche nello schema pubblicistico afferente il rapporto tra il magistrato contabile e il pubblico dipendente, poiché al primo viene, dall'ordinamento, riconosciuto anche un potere di natura sostanziale allorché, con l'esercizio dell'azione di responsabilità, persegue la realizzazione della pretesa risarcitoria dell'amministrazione<sup>25</sup>.

---

di tale diritto e non anche ai semplici ostacoli di fatto, tra i quali l'ignoranza (colpevole o meno) del titolare in ordine alla sussistenza del diritto.

<sup>23</sup> Corte dei Conti, sez. I, 4 dicembre 2007, n. 494.

<sup>24</sup> Corte dei Conti, sez. III, 14 dicembre 2006, n. 474.

<sup>25</sup> Corte dei Conti, sez. riun., 27 gennaio 2004, n.1

La giurisprudenza ha tuttavia chiarito che l'atto di costituzione in mora valido, ai fini dell'interruzione della prescrizione, deve esprimere la volontà del titolare (l'ente pubblico danneggiato o il Procuratore regionale della Corte dei Conti, entrambi legittimati attivi) di far valere il diritto connesso al supposto comportamento illecito e al conseguente danno, che deve essere indicato in modo specifico ed idoneo a consentire al presunto debitore un'esatta identificazione della richiesta. Sempre la giurisprudenza ha inoltre affermato che si configurano quali atti interruttivi della prescrizione anche la notifica dell'invito a dedurre e la costituzione di parte civile in sede penale.

### 3. La responsabilità amministrativa: natura e funzione

Il codice civile regola i diritti e gli obblighi del prestatore di lavoro (art. 2104 e seguenti), senza prevedere alcuna deroga rispetto ai principi generali in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale disciplinati dal codice stesso.

Tutto ciò porta alla conseguenza che il dipendente che cagiona un danno durante la prestazione della sua attività lavorativa a cose o persone ne risponde direttamente (e in alcuni casi ne risponde anche il datore di lavoro). Analogamente, in linea di principio, possiamo affermare che anche il dipendente o il funzionario pubblico siano responsabili nei confronti dell'amministrazione di appartenenza per il danno che possono arrecare a quest'ultima.

A questo proposito va ricordato il già citato art. 28 della Costituzione<sup>26</sup> che disciplina la responsabilità del funzionario e dell'Amministrazione per i danni cagionati a terzi, prevedendo la responsabilità diretta del dipendente pubblico e una concorrente responsabilità dell'Amministrazione al solo fine di garantire al terzo danneggiato il ristoro del danno subito. Qualora l'Amministrazione risarcisca il terzo danneggiato può, però, rivalersi nei confronti del funzionario danneggiante, secondo quanto previsto dall'art. 22 del Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 28 Cost.: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

<sup>27</sup> Art. 22 Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato: "L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagiona ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato. L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave".



La natura giuridica della responsabilità amministrativa ha suscitato, in ogni caso, un acceso dibattito dottrinale. La dottrina, infatti, si è divisa tra i fautori di una riconduzione alla responsabilità civile e i sostenitori di una responsabilità diversa, di stampo pubblicistico. Tra i fautori della teoria civilistica, poi, occorre ulteriormente scindere tra coloro che propendono per la natura contrattuale della responsabilità amministrativa e coloro che propendono per quella extra-contrattuale.

Secondo i primi, la responsabilità amministrativa rientrerebbe nel *genus* della responsabilità civile contrattuale, con funzione risarcitoria, ai fini della reintegrazione delle casse erariali, sulla base dell'esistenza del rapporto di servizio tra il danneggiante e il danneggiato<sup>28</sup>.

Altri affermano, al contrario, che la responsabilità amministrativa sarebbe di tipo extra-contrattuale e, più precisamente, sarebbe “espressiva del generale principio del *neminem laedere*”. Tale teoria parrebbe trovare riscontro anche nel dato normativo e nella giurisprudenza della Suprema Corte. Con la citata riforma del 1994, infatti, è stata ammessa la perseguibilità del “danno obliquo”, derivante da una forma di responsabilità che si estrinseca al di fuori di un rapporto contrattuale. Nello stesso senso sembra anche andare la Suprema Corte che, con l'ordinanza n. 19667 del 2003 che aveva per oggetto gli illeciti commessi da dipendenti di enti pubblici economici, sancisce la giurisdizione contabile anche per i danni ad enti diversi da quello di appartenenza.

Nella disputa dottrinale non manca chi reputa che la propensione per la teoria contrattuale sia dovuta al termine di prescrizione più lungo e all'onere probatorio più agevole<sup>29</sup>. E non mancano nemmeno gli autori che considerano tale disputa completamente inutile.

A queste prime impostazioni, risalenti comunque alla comune matrice civilistica, se ne contrappone un'altra, di matrice pubblicistico-sanzionatoria, che evidenzia l'aspetto repressivo, afflittivo e di deterrenza della responsabilità amministrativa, oltre che le differenze con l'ordinario regime contrattuale civilistico (prime fra tutte, l'intrasmissibilità agli eredi del debito, il potere riduttivo, il grado minimo della colpa grave, l'officiosità dell'azione della procura contabile, oltre che alla non esperibilità dell'azione revocatoria da parte della Corte dei Conti).

La teoria pubblicistico-sanzionatoria risale agli anni Trenta, quando compare nell'ordinamento una delle prime fattispecie sanzionatorie pecuniarie tipizzate, contenuta all'art. 46 del r.d. 1214 del 12 luglio 1934 (recante “Approvazione del testo unico sulla Corte dei Con-

---

<sup>28</sup> Ne sono fautori, fra gli altri, ALESSI, GARRI, STADERINI.

<sup>29</sup> SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.

ti”) che prevedeva, in caso di renitenza del soggetto obbligato alla resa del conto, il potere della Corte dei Conti di irrogare una pena pecuniaria in ragione della mora.

In tale ottica si è poi mosso anche l’art. 30, comma 15 della Legge Finanziaria del 2003 che prevede alcune misure dissuasive volte alla tutela dell’equilibrio economico-finanziario degli enti locali con effetti invalidanti e sanzionatori per i comportamenti trasgressivi della menzionata regola stabilendo che “*qualora gli enti locali ricorrano all’indebitamento per finanziare spese diverse da quelle di investimento, in violazione dell’art. 119 della Costituzione, i relativi atti e contratti sono nulli. Le sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti possono irrogare agli amministratori che hanno assunto la relativa delibera, la condanna ad una sanzione pecuniaria pari ad un minimo di cinque volte fino a un massimo di venti?*”.

Numerose fattispecie tipizzate di responsabilità sono state, infine, individuate anche dalle successivi Leggi finanziarie<sup>30</sup>, sempre con funzione sanzionatoria e risarcitoria.

In aggiunta a queste due teorie, quella privatistica e quella pubblicistica, ne è stata prospettata una terza, secondo cui la responsabilità amministrativa sarebbe un *tertium genus* di illecito, retto da una disciplina autonoma che compendia profili civilistici e penalistici e che è soggetto ad un’azione pubblicistico-risarcitoria. Tale teoria è stata avallata anche dalla Corte Costituzionale, nella importante sentenza n. 371 del 20 novembre 1998. Nell’arresto, relativamente alla questione di legittimità costituzionale della norma che limita la responsabilità amministrativa ai casi di dolo o colpa grave, si è infatti parlato di “un processo di nuova conformazione dell’istituto, che fa riscontro alla revisione dell’ordinamento del pubblico impiego, attuata dal D.Lgs. 80/1998, in una prospettiva di maggiore valorizzazione dei risultati dell’azione amministrativa, alla luce degli obiettivi di efficienza e di rigore di gestione<sup>31</sup>”.

A tal proposito, è stato sostenuto che la natura giuridica della responsabilità amministrativa non debba per forza essere definita sulla base di nozioni giuridiche preesistenti, con la conseguenza che la si potrebbe definire anche *sui generis*, ossia come un istituto dotato di caratterizzazione propria, con una struttura e una funzione differente dalla responsabilità civile. Allo stesso tempo, l’affermazione di una natura *sui generis* della responsabilità amministrativa non im-

---

<sup>30</sup> Al solo fine di esempio si possono ricordare gli artt. 43-66 della Legge Finanziaria del 2008 che prevedono che la violazione degli obblighi di pubblicazione sul sito web dell’amministrazione dei provvedimenti di conferimento di incarichi ad estranei all’amministrazione stessa costituisce illecito disciplinare e determina la responsabilità erariale del dirigente preposto.

Ancora, negli ultimi anni, il legislatore ha ampliato l’ambito di applicazione della responsabilità gestoria in entrambe le sue conseguenze, risarcitoria e sanzionatoria, in ragione dello sconcertante e diffuso fenomeno di insolvenza degli enti locali.

<sup>31</sup> Tutte le innovazioni introdotte con la riforma del 1994 e successive modifiche sono state considerate da molti di non poco conto, tanto da richiedere una nuova sistemazione dogmatica.

plica la sua considerazione quale istituto *extra ordinem*<sup>32</sup>. Al contrario, una configurazione siffatta della responsabilità, a detta della dottrina, arricchisce il sistema ed è idonea ad includere l'istituto nell'ambito dello *ius ordinarium*.

In questo quadro ordinamentale, la responsabilità amministrativa è stata disciplinata in conformità ai principi di efficienza che sono divenuti la base della stessa azione amministrativa. Riprendendo ancora una volta le parole del Giudice delle leggi del 1998, quindi, ci troviamo di fronte ad “un processo di nuova conformazione dell'istituto”, che risponde all'intento di “pre-disporre, nei confronti dei dipendenti e degli amministratori pubblici, un assetto normativo in cui il timore della responsabilità non esponga all'eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell'attività amministrativa”. Si tratta cioè di norme che mirano “alla finalità di determinare quanto del rischio dell'attività amministrativa debba restare a carico dell'apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo”, con la conclusione che questa nuova conformazione della responsabilità amministrativa si è realizzata “secondo linee volte, fra l'altro, ad accentuarne i profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori”.

Ad ogni modo, in una prospettiva pragmatica ed applicativa, il problema della natura della responsabilità in esame appare abbastanza teorico ed accademico, a fronte di un regime normativo dettagliato e puntuale che, prescindendo dal problema ontologico e nominalistico, offre soluzioni tendenzialmente inequivoche ai problemi posti dalla realtà giudiziaria<sup>33</sup>.

Questo dato è confermato, inoltre, dall'art. 52 del TU delle Leggi sulla Corte dei Conti e dall'art. 83 della Legge di contabilità generale dello Stato, i quali all'unisono affermano che “*la Corte dei Conti, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto*”. Tali norme, oltre a sancire il principio fondamentale della graduazione della colpa (di cui si dirà in seguito), puntualizzano che il danno può derivare sia da un illecito di tipo aquiliano (il danno accertato) sia da un inadempimento contrattuale (valore perduto).

Sulla base di queste osservazioni, risulterebbe quindi inutile la discettazione circa la presunta natura aquiliana o contrattuale della responsabilità amministrativa in quanto la legge ha praticamente unificato le due ipotesi.

Alla luce di quanto fin qui affermato, quindi, la soluzione preferibile, in un'ottica aderente al dato normativo, sarebbe quella di optare per la definizione della responsabilità amministrativa

---

<sup>32</sup> SCHIAVELLO, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001, p. 125 e ss.

<sup>33</sup> SCOCA, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.

quale *tertium genus* di illecito, caratterizzato da un proprio completo *corpus* normativo, permeato di profili civilistici e penalistici, tendenzialmente ben coordinati tra di loro e funzionali al peculiare oggetto del giudizio contabile ed ai suoi obiettivi<sup>34</sup>.

In estrema sintesi, il complesso normativo che attualmente regola l'illecito amministrativo-contabile lo ha reso un illecito ontologicamente tipico nella sua peculiare disciplina. Illuminanti a tale proposito le parole delle Sezioni Unite della Cassazione che hanno affermato che “è del tutto in linea con il sistema che la responsabilità amministrativa presenti, rispetto alle altre forme di responsabilità previste dall'ordinamento, una particolare connotazione derivante dall'accentuazione dei profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori”<sup>35</sup>.

#### 4. La responsabilità amministrativa: giurisdizione

La giurisdizione relativamente alla responsabilità amministrativa spetta alla Corte dei Conti, come si desume dall'art. 103, secondo comma della Costituzione<sup>36</sup>.

È innanzitutto da sottolineare che la competenza della Corte dei Conti a giudicare sulla responsabilità amministrativa non è stata introdotta nello stesso momento nei confronti di tutti i dipendenti pubblici, ma in modo progressivo per varie categorie di lavoratori.

La legge di contabilità dello Stato del 1923 ha attribuito alla giurisdizione contabile la cognizione sugli illeciti commessi dai dipendenti dello Stato, escludendo quella sugli illeciti commessi dai dipendenti degli altri enti pubblici, come, ad esempio, quelli territoriali.

Solo successivamente, con numerosi e sconsiderati interventi legislativi, la giurisdizione della Corte dei Conti è stata estesa ai funzionari degli enti parastatali, delle Regioni, delle Aziende Sanitarie Locali e degli enti locali stessi.

La nuova disciplina ha previsto l'assoggettamento alla responsabilità amministrativa ed al giudizio della Corte dei Conti di tutti gli amministratori e i dipendenti pubblici sia nel caso che l'illecito abbia causato un danno all'Amministrazione di appartenenza, sia che il danno sia stato subito da un ente terzo.

A tal proposito meritano di essere segnalati due casi di interesse.

Il primo riguarda gli enti pubblici economici.

---

<sup>34</sup> TENORE, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè, 2013, pag. 287

<sup>35</sup> Cassazione, Sez. Unite, sentenza n. 5756 del 12 aprile 2012.

<sup>36</sup> Art. 103, comma 2, della Costituzione: *La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.*

Nessuna norma ha mai preso in considerazione e disciplinato la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici. Solitamente si soleva distinguere tra queste due situazioni: se l'ente era di prevalente natura pubblica si assisteva a una assimilazione ai funzionari di Stato e degli altri enti pubblici, mentre in caso di prevalenza della natura privata si veniva assoggettati alle regole ordinarie stabilite dal codice civile.

La Corte di Cassazione, a partire dal 1969, in materia di responsabilità degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici, ha ritenuto sussistente la giurisdizione della Corte dei Conti ogniqualvolta venissero impiegate risorse pubbliche da parte di un ente avente natura pubblica, indipendentemente dal tipo di attività posta in essere. L'ambito di competenza del giudice contabile era, dunque, delimitato dalla presenza e dall'utilizzo da parte dell'ente in questione e del soggetto agente di risorse pubbliche.

Sempre la Corte di Cassazione, però, chiamata a pronunciarsi circa la giurisdizione sugli enti pubblici economici (e dunque sui loro funzionari ed amministratori) ha ritenuto che questa spettasse al giudice ordinario<sup>37</sup>.

L'applicazione pratica di tale principio ha portato a pronunce a volte paradossali, ritenendo, ad esempio, che il ricevimento di tangenti da parti di dipendenti di enti pubblici economici fosse atto rientrante nell'ordinaria gestione imprenditoriale dell'azienda e, come tale, fosse soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario. In questo modo era completamente esclusa la più incisiva azione del giudice contabile, non solo in termini di risarcimento del danno materiale, ma anche per quelli all'immagine dell'ente.

Per molto tempo il giudice contabile ha rivendicato la giurisdizione anche su questi dipendenti alla luce del principio secondo cui tutto ciò che ha a che fare con l'utilizzo di risorse pubbliche sia di sua competenza. Negli ultimi anni, però, si è conformato alla decisione della Corte di Cassazione, recependo la distinzione tra responsabilità dell'agente riconducibile ad illeciti compiuti nello svolgimento dell'attività economica privatistica d'impresa (con competenza del giudice ordinario) e quelli commessi nello svolgimento di funzioni pubbliche (con competenza del giudice contabile).

Nonostante l'univocità dell'orientamento espresso dalla Cassazione, alcune Procure regionali e Sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti hanno però continuato a mantenere dei dubbi circa tali considerazioni e ne hanno proposto una lettura differente.

Cosicché la Corte di Cassazione, nei primi anni Duemila, ha rimodulato l'orientamento inizialmente seguito. Con l'ordinanza n. 19667 del 22 dicembre 2003 è stata, infatti, affermata la

---

<sup>37</sup> Cass. civ., sez. un., 2 marzo 1982, n. 1282.

giurisdizione della Corte dei Conti anche per i dipendenti degli enti pubblici economici per gli illeciti commessi successivamente al 15 gennaio 1994, data di entrata in vigore della L. n. 20 che ha trasformato radicalmente il regime della responsabilità amministrativa. Con un'articolata motivazione, la Cassazione ha ritenuto che, da un lato a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1 della L. 20/1994 che afferma la competenza della Corte dei Conti per i danni provocati da dipendenti pubblici ad amministrazioni diverse da quelle di appartenenza, e, dall'altro in conseguenza delle mutate modalità di azione della pubblica amministrazione, la responsabilità dei dipendenti degli enti pubblici economici dovesse essere giudicata dalla Corte dei Conti.

Tale inversione nella giurisprudenza risulta essere assai rilevante: gli enti pubblici economici, infatti, perdono ogni potere di azione per perseguire gli illeciti commessi dai loro dipendenti, potere che passa *tout court* al magistrato contabile.

In modo articolato, l'ordinanza riconosce che l'Amministrazione opera utilizzando sempre più modelli contrattuali o societari di tipo privatistico e che molte privatizzazioni di enti pubblici economici hanno avuto carattere e scopo solo formale. Per tali motivi, su tali enti, continua a permanere legittima la giurisdizione della Corte dei Conti, come risulta anche a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 466 del 1993 secondo la quale ogni intervento che ha rilevanza pubblicistica, anche se svolto in forma societaria, è sottoposto alle regole previste per le attività poste in essere dalle Amministrazioni pubbliche.

Ciò che caratterizza la natura pubblica di una attività, dunque, non è la forma utilizzata, ma le risorse impiegate, ritenendo che quando queste abbiano fonte pubblica si rendano sempre necessari i controlli che disciplinano l'attività amministrativa.

Quindi, non è la qualificazione giuridica del soggetto o la natura degli strumenti operativi (siano essi di diritto pubblico o privato) a rilevare ai fini della delimitazione della giurisdizione della Corte dei Conti, bensì l'appartenenza, sia pure indiretta, del soggetto danneggiato alla Pubblica Amministrazione globalmente intesa, con l'utilizzo di risorse finanziarie e patrimoniali pubbliche, nel perseguimento di finalità anch'esse pubbliche e riferibili al pubblico interesse.

Un'altra situazione di interesse in tema di giurisdizione della Corte dei Conti è quella inerente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea. In particolare facciamo riferimento ai finanziamenti erogati in applicazione dei vari Programmi dell'Unione in favore di imprese private o amministrazioni pubbliche. Ove questi fondi vengano utilizzati in maniera indebita si pone il problema di individuare quale sia il soggetto giurisdizionale competente a redimere la controversia.

La Corte dei Conti della Regione Lombardia<sup>38</sup> ha riconosciuto che nell'ambito della finanza pubblica rientrano anche i fondi europei e che quindi, alla luce del principio della perseguibilità del “danno obliquo”, il giudice competente sia proprio la Corte dei Conti.

#### 4.1. Il potere riduttivo della Corte dei Conti

In tema di giurisdizione della Corte dei Conti è opportuno fare un accenno al suo potere riduttivo.

Il potere riduttivo è uno strumento teso a commisurare l'entità del risarcimento alla responsabilità del convenuto e rappresenta un *unicum* nel panorama normativo italiano. Si tratta, infatti, di un potere peculiare e proprio della Corte dei Conti che non va però confuso né con la pronuncia secondo equità, né con la valutazione equitativa del danno certo ma non determinabile. La *ratio* del potere può essere rinvenuta nella “situazione di maggior rischio derivante in alcuni settori di azione dei poteri pubblici, dall'esercizio di attività potenzialmente di danno<sup>39</sup>”.

Il potere riduttivo risulta previsto dall'art. 83 della legge di contabilità del 1923 e dall'art. 19 del Testo Unico sugli impiegati civili dello Stato. Attualmente è espressamente sancito dall'art. 1 comma 1-*bis* della L. 20/1994. Esso consente di ripartire il rischio del danno tra l'autore e la pubblica amministrazione<sup>40</sup>, mediante il potere conferito al giudice di ridurre il *quantum* del danno finanche alla completa esclusione di qualsiasi addebito al pubblico dipendente<sup>41</sup>.

Tale riduzione attiene ad un momento successivo alla determinazione del *quantum*, trattandosi di stabilire quanta parte del danno sia attribuibile al soggetto responsabile (dopo aver già effettuato la ripartizione tra i rei).

Sono state elaborate varie tesi per cercare di spiegare la natura dello strumento: alcuni lo definiscono come un modo per adeguare la misura dell'addebito al livello di colpevolezza dell'autore, altri come una parziale rinuncia al credito erariale, altri come una modalità di ripartizione del rischio tra amministrazione e soggetto agente.

---

<sup>38</sup> Corte dei Conti, sez. giurisd. Lombardia, 8 aprile 2004, n. 528.

“*Sussiste la giurisdizione della Corte dei Conti, in base all'art. 1, co. 4, L. 14 gennaio 1994, n. 20 (danno ad amministrazione diversa da quella di appartenenza) e all'art. 280 del Trattato della Comunità Europea (principio di assimilazione), in caso di danno asseritamente arrecato da un amministratore di ente locale alla Comunità Europea per la percezione di finanziamenti comunitari da parte di un Comune a fronte della mancanza di alcuni requisiti formali per poterne beneficiare. Tale giurisdizione non è esclusa dalla possibile concorrente promuovibilità, innanzi alla Corte di Bruxelles o presso il giudice ordinario, di un'azione diretta della Comunità Europea nei confronti del Comune volta al recupero del finanziamento indebitamente erogato*”.

<sup>39</sup> Corte dei Conti, 15 febbraio 1994, n. 44.

<sup>40</sup> Corte dei Conti, 10 aprile 2001, n. 134/A.

<sup>41</sup> Si tratta di situazione estremamente rara. Un precedente isolato è riscontrabile nella sentenza della Corte dei Conti del 5 ottobre 2001 n. 291/A.

Non mancano comunque posizioni dottrinali opposte, secondo le quali il potere riduttivo costituirebbe strumento di graduazione dell'elemento psicologico e dell'apporto causale da parte del soggetto agente<sup>42</sup>. Queste ultime ipotesi muovono dalla regola generale che impone al giudice contabile di graduare la condanna in relazione alla gravità della colpa (cosiddetto principio di graduazione della colpa), affermando, però, che tale principio non sarebbe stato recepito correttamente dalla giurisprudenza della Corte dei Conti. Quest'ultima, infatti, avrebbe finito per interpretare questo fondamentale potere come un marginale potere di riduzione dell'addebito, costituito appunto dall'istituto del potere riduttivo.

Comunque sia, si tratta di un potere ordinario e doveroso (ove ve ne siano i presupposti) e non discrezionale ed eccezionale, in quanto attribuito alla Corte per la determinazione dell'esatto *quantum* risarcibile dal lavoratore pubblico e non certo per attribuirgli una ingiustificata guarentigia rispetto al lavoratore privato o di qualsiasi altro autore di danni patrimoniali.

Dalla casistica giurisprudenziale si può desumere che la Corte dei Conti tende ad esercitare tale potere a fronte di circostanze soggettive ed oggettive ostative ad una piena imputazione del danno in capo al dipendente pubblico. Tra le prime assumono favorevole rilevanza i precedenti positivi di carriera, la breve esperienza lavorativa pregressa e la giovane età, il comportamento e la personalità del convenuto, lo stato emotivo in occasione dell'evento dannoso, lo stato di salute, il trattamento economico, le condizioni economiche generali, l'essere vittima di pressioni estorsive, le ragionevoli motivazioni sottese alla condotta dannosa, la lodevole condotta successiva al danno, la mancata fruizione di una adeguata attività formativa o professionale, la sottoposizione a incombenze notevolmente gravose e ripetute nel tempo.

Tra le circostanze oggettive la Corte valorizza spesso situazioni esterne in cui l'autore dell'illecito si è trovato ad operare, quali, ad esempio, la particolare condizione di luogo e tempo, il contributo di terzi alla causazione del danno, l'entità dello stesso, la disorganizzazione dell'ufficio, l'imponente carico di lavoro pregresso, la complessità organizzativa dell'ente, le difficoltà e la novità della normativa inerente la materia.

Al fine di limitare l'eccessiva discrezionalità del giudice circa tale istituto, risulta rimarcata la necessità che lo stesso motivi precisamente le ragioni sottese all'esercizio del potere riduttivo, soprattutto in caso di forte decurtazione, mentre non necessita di nessuna motivazione il mancato esercizio dello stesso.

---

<sup>42</sup> TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile del personale militare* in POLI, TENORE (a cura di), *L'ORDINAMENTO MILITARE*, Milano, 2006.



Occorre rilevare, in ultima battuta, che l'ambito di applicabilità del potere riduttivo non è stato sempre chiaro. Ad oggi prevale l'orientamento secondo il quale se l'addebito ha natura dolosa non è possibile applicare il potere riduttivo<sup>43</sup>.

#### 4.2. *L'obbligo di denuncia del danno*

All'accertamento della responsabilità amministrativa si perviene a seguito di chiamata in giudizio della Procura della Corte dei Conti, davanti alle sezioni giurisdizionali della stessa Corte. La Procura della Corte dei Conti, precedentemente alla L. 141/2009, poteva venire a conoscenza di fatti lesivi all'erario in molteplici modi (a titolo esemplificativo ricordiamo "articolo di giornale"), mentre ora è previsto che vi sia una specifica e concreta notizia di danno.

L'art. 20 del Testo Unico dei dipendenti civili dello Stato sancisce, in capo ai direttori generali e ai capi di servizio, l'obbligo di denuncia di fatti e comportamenti lesivi delle casse dell'erario<sup>44</sup>. Su tale fondamentale obbligo il Procuratore Generale presso la Corte dei Conti ha fornito a tutte le pubbliche amministrazioni chiari indirizzi operativi<sup>45</sup> sulle modalità di inoltro della doverosa denuncia di fatti dannosi per l'erario alle competenti Procure regionali della Corte dei Conti. In particolare è stato evidenziato che la normativa vigente prescrive l'obbligatorietà della denuncia di fatti fonte di responsabilità e che il presupposto affinché sorga l'obbligo di denuncia è lo stesso che comporta il decorso del termine di prescrizione per l'azione di responsabilità, ossia il verificarsi di un fatto dannoso per la finanza pubblica.

Il già citato indirizzo di coordinamento evidenzia, inoltre, che le mere ipotesi di danno non fanno sorgere l'obbligo di denuncia, ma richiedono semmai la vigile attenzione da parte delle Amministrazioni sugli effetti nel tempo dell'azione amministrativa.

Al contrario, il verificarsi di situazioni di fatto con potenzialità lesiva, senza attualità del danno, può dar luogo a semplice segnalazione agli uffici di Procura territorialmente competenti al fine di eventuali iniziative che possano permettere di evitare che la potenzialità si trasformi in evento lesivo. In caso di omissione di tale segnalazione, però, non si configura la violazione dell'obbligo di denuncia.

---

<sup>43</sup> Corte dei Conti, Lombardia, 31 gennaio 2005, n. 37; id., III, 6 giugno 2002, n. 192/A; id., Toscana, 30 maggio 1998, n. 323; id., Toscana, 20 maggio 1996, n. 275; id., Sicilia, 20 dicembre 1994, n. 260.

<sup>44</sup> Tale obbligo, prima già contenuto all'art. 53 del Rd. n. 1214/1934, è oggi completato dall'art. 1, terzo comma, della L. 20/1994 che ha introdotto una nuova forma di illecito contabile, ovvero quello nascente dall'omessa (o ritardata) denuncia di un danno erariale che abbia fatto prescrivere il diritto al risarcimento.

<sup>45</sup> Con nota-indirizzo di coordinamento I.C./16 febbraio 1998. I principi ivi contenuti sono stati ribaditi e precisati nella nota interpretativa del 2 agosto 2007 del Procuratore Generale della Corte dei Conti.

Circa i soggetti tenuti alla denuncia, anche a seguito della riforma del 1996, è ancora presente una diffusa incertezza interpretativa. Tali dubbi richiedono precisazioni, imposte soprattutto dal precetto che chiama a rispondere del danno erariale coloro che, con l'aver "omesso o ritardato la denuncia", abbiano determinato la prescrizione del diritto al relativo risarcimento.

Alla luce dell'attuale normativa, l'obbligo di denuncia incombe sostanzialmente sui soggetti che, in virtù della loro attribuzione, possono venire a conoscenza di fatti dannosi. Sorge, quindi, un dovere di segnalazione dei "sottordinati" nei confronti dei vertici tenuti alla denuncia, con possibile coinvolgimento dei primi nella responsabilità per omissione. L'obbligo vero e proprio di denuncia incombe, invece, sugli organi monocratici dell'amministrazione (organi di vertice, organi dirigenziali delle singole amministrazioni, funzionari ispettori) e sugli organi collegiali di amministrazione attiva.

Va infine precisato che l'adempiere con tempestività ed esaustività all'obbligo di denuncia non spoglia l'amministrazione dei poteri ad essa direttamente intestati in relazione ai fatti emersi. In primo luogo non viene meno la facoltà di costituire in mora<sup>46</sup> i responsabili del danno mediante intimazione o richiesta scritta ai fini di interrompere i termini di prescrizione.

Inoltre, permane in capo all'amministrazione, nelle more di decisioni definitive dell'inquirente, il potere di assumere proprie iniziative nei confronti del dipendente per conseguire in via amministrativa la refusione del danno, con l'obiettivo sostanziale di far "riconoscere il debito" da parte del soggetto coinvolto. Il procedimento può essere avviato mediante richieste che mettano in risalto, specialmente nei casi in cui appaia evidente il dolo o la colpa grave del dipendente, la possibilità da parte dell'incolpato di una spontanea rifusione anticipata, non gravata da interessi, accessori e altre spese che inevitabilmente conseguirebbero a un giudizio avente buona probabilità di concludersi in modo sfavorevole al dipendente stesso. L'avvenuta rifusione in via amministrativa del debito risarcitorio da parte del dipendente va tempestivamente segnalata alla Procura regionale competente, per il rilievo che essa ha ai fini dell'esercizio dell'azione di responsabilità.

Occorre precisare, infine, che l'obbligo di denuncia non si esaurisce con la segnalazione dell'evento, ma importa il dovere di riferire costantemente alla Procura regionale competente (anche in assenza di specifiche sollecitazioni) in merito ai successivi sviluppi della questione, trasmettendole quindi i risultati di ulteriori indagini disposte d'iniziativa dall'amministrazione, i dati concernenti l'instaurazione di giudizi penali, civili, amministrativi o controversie arbitrali,

---

<sup>46</sup> Ai sensi degli artt. 1219 e 2943 del codice civile.

oltre che le sentenze pronunciate nei vari gradi di giudizio, in copia integrale autenticata, con la precisazione se esse siano passate in giudicato o siano state impugnate.

## CAPITOLO III

### Elementi costitutivi della responsabilità amministrativa

L'illecito che caratterizza la responsabilità amministrativa è a forma libera: non è prevista alcuna tipizzazione, ma si ha illecito ogni qualvolta concorrano tutti gli elementi che lo compongono.

Le componenti strutturali dell'illecito amministrativo sono notoriamente costituite:

1. dal rapporto di impiego o di servizio con la P.A.;
2. dalla condotta;
3. dal danno erariale;
4. dall'elemento psicologico del dolo o della colpa grave;
5. dal nesso causale.

Tali nozioni sono state espressamente e gradualmente definite da dottrina e giurisprudenza, in mancanza di una previsione legislativa.

#### 1. Il rapporto d'impiego o di servizio

Al giudizio della Corte dei Conti per responsabilità amministrativa sono sottoposti, di regola, i soli dipendenti, intranei alla Pubblica Amministrazione, legati alla stessa da rapporto organico.

La normativa di riferimento è costituita dall'art. 52 del r.d. 1214/1934 che fornisce un'ampia nozione di dipendente pubblico sottoposto alla giurisdizione contabile, statuendo che

*“I funzionari, impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali ad ordinamento autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni, per azione o omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza, cagionino danno allo stato o altra amministrazione dalla quale dipendono, sono sottoposti alla giurisdizione della corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi specialistiche”.*

Un'analoga ampia dizione è contenuta nell'art. 2 della L. 658/1984 (richiamato dall'art. 1 della L. 19/1994), che ribadisce l'estensione della giurisdizione contabile nei confronti di *“amministratori e funzionari, impiegati e agenti di uffici e organi dello Stato e di enti pubblici”.*

Pur avendo la Corte dei Conti generale cognizione sui dipendenti pubblici legati alla P.A. da rapporto organico, tuttavia, il giudice contabile ha rivendicato la propria giurisdizione anche

nei confronti di soggetti estranei all'amministrazione danneggiata, ma legati alla stessa da un rapporto di servizio, che si configura quando una persona fisica o giuridica venga inserita a qualsiasi titolo (volontario, coattivo, onorario o impiegatizio) nell'apparato organizzativo pubblico, senza le caratteristiche tipiche del rapporto organico di stabilità, professionalità e retribuzione. Si tratta, quindi, di un legame anche temporaneo con l'amministrazione, che comporta l'esercizio di attività pubblicistiche e l'inserimento del soggetto agente nell'organizzazione dell'ente in modo da porsi in una posizione di immedesimazione organica<sup>47</sup>. Così, ad esempio, si ritiene che siano sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti i funzionari onorari, i militari di leva, i professionisti incaricati della direzione dei lavori e del collaudo di opere pubbliche, i sanitari convenzionati con strutture pubbliche.

Tale concezione è stata definitivamente confermata con l'introduzione nell'ordinamento dell'art. 103 della Costituzione che, in via generale, ha previsto la speciale giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica. Con ciò, dapprima il giudice contabile e poi la Corte di Cassazione hanno esteso la giurisdizione circa la responsabilità amministrativa a tutte le ipotesi in cui sussista un semplice rapporto di servizio.

La riforma della responsabilità amministrativa operata dalle leggi 19 e 20 del 1994 ha innovato la materia, prevedendo la giurisdizione della Corte dei Conti anche nei confronti dei soggetti che con la loro attività provochino un danno a un'amministrazione diversa da quella alla quale sono legati da rapporto di servizio. Tale innovazione risulta essere particolarmente significativa in quanto, in precedenza, se la condotta di un soggetto danneggiava un ente terzo, spettava proprio a quest'ultimo agire dinanzi al giudice civile per il risarcimento dei danni, essendo esclusa la legittimazione del pubblico ministero contabile nel promuovere l'azione di fronte alla Corte dei Conti. Dunque, innanzitutto è essenziale la qualifica di pubblico dipendente o amministratore (si badi che non è rilevante la qualifica di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio). Il soggetto agente deve essere legato alla Pubblica Amministrazione da un rapporto di impiego o di servizio. Oltre alla configurazione di tale rapporto è altresì essenziale l'occasionalità necessaria che si riscontra quando il fatto causativo del danno trova nell'espletamento del servizio (per alcuni inteso come agire in qualità di organo dell'amministrazione) la sua occasione necessaria.

---

<sup>47</sup> “È necessario che l'attività sia *ex se* imputabile all'amministrazione o all'ente pubblico, cioè rientrante nei suoi compiti istituzionali o quanto meno (se si vuole evitare che tale termine che nell'odierna espansione dei compiti della P.A. può determinare incertezze) nei suoi compiti ordinari e correnti”, (Corte Conti, sez. riun., 25 luglio 1997, n. 63).

A tale concetto è stata attribuita una amplissima estensione sino a ricomprendere, ad esempio, il soggetto che, non legato da alcun rapporto con l'Amministrazione pubblica, ha agito per conto del SISDE, effettuando la costituzione di due società di copertura (Cass. civ., sez. un., 12 marzo 2004, n. 5163).

Affinché si concretizzi il rapporto di servizio è necessario che il soggetto sia inserito a qualunque titolo nell'apparato organizzativo pubblico e partecipi all'azione amministrativa, essendo investito di un'attività retta dalle regole proprie dell'azione amministrativa<sup>48</sup>.

Il rapporto di servizio, così come delineato, è un rapporto di appartenenza all'amministrazione. La giurisprudenza<sup>49</sup> ha esteso progressivamente tale nozione, facendovi rientrare qualunque soggetto posto in relazione funzionale con l'ente e partecipante dell'attività amministrativa dell'ente stesso.

Il rapporto di servizio, dunque, si configura ogniqualvolta il soggetto agente si trovi in una relazione funzionale con l'ente, in forza della quale il soggetto (anche altrimenti estraneo all'amministrazione stessa) abbia il compito di porre in essere un'attività in vece della P.A., senza che ne rilevi la natura giuridica dell'atto di investitura (provvedimento, convenzione o contratto) né quella del soggetto che la riceve (persona fisica o giuridica, pubblica o privata)<sup>50</sup>.

Appare pertanto ovvio che l'ambito di attività della Corte dei Conti si sia sensibilmente esteso. L'utilizzo di schemi privatistici per il raggiungimento di fini pubblici, la costituzione di società a prevalente capitale pubblico o la partecipazione a Spa da parte di enti pubblici, l'utilizzo di investimenti finanziari da parte di enti locali hanno determinato lo spostamento del "focus" dell'attività della Corte. La natura pubblica dei beni o delle somme utilizzate è oggi la discriminante fondamentale per l'attivazione del giudizio di responsabilità amministrativa, più che la veste "formale" del soggetto agente.

Le Sezioni Unite della Cassazione, infatti, con un ricco filone giurisprudenziale, negli ultimi anni, hanno continuamente ampliato l'ambito dei soggetti che possono essere sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, dando sempre maggiore rilievo all'elemento oggettivo della destinazione del bene inciso al soddisfacimento dei pubblici interessi, rispetto alla natura giuridica dell'agente ed al rapporto formale intercorrente tra questi e l'amministrazione.

In conclusione, possiamo affermare che la responsabilità amministrativa (tradizionalmente applicata ai dipendenti pubblici sulla base del rapporto di servizio che lega il dipendente all'amministrazione pubblica, la cui violazione degli obblighi comporta l'imputazione di una responsabilità contrattuale) si sta trasformando in una sorta di azione generale contro il (presunto) uso improprio del danaro pubblico.

---

<sup>48</sup> MADDALENA, *La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo*, in *CONS. STATO*, 2001, II, 1559.

<sup>49</sup> Cass., Sez. un., 5 aprile 1993 n.4060, in *BANCA DATI DEJURE*. Conforme Cass., Sez. un., 20 marzo 2008, n. 7446, in *Urb. app.* 2008, 603.

<sup>50</sup> Cass., Sez. Un., 3 luglio 2009, n. 15599.

Ai fini della configurazione della responsabilità amministrativa, dunque, ci si riferisce oggi a chiunque svolga un'attività amministrativa, utilizzando pubbliche risorse, anche si tratta di soggetti privati.

D'altronde, in tale ambito, c'è da chiedersi se la ricerca a tutti i costi del rapporto di servizio non sia una ricerca vana e priva di significato.

Alla luce degli approdi giurisprudenziali sopra descritti, ossia se si accetta come rilevante la natura giuridica dell'attività svolta, assumendo come fondante il criterio della materia per l'individuazione delle competenze degli organi giurisdizionali, probabilmente non c'è neppure più bisogno della nozione di rapporto di servizio. Sembra di questo avviso anche la Corte Costituzionale, la quale, con la sentenza 340 del 2001, ha parlato di “un rapporto sottostante anche meramente onorario o di mero servizio o di obbligo”, sottolineando che ciò che veramente conta è “lo svolgimento di funzioni proprie dell'Amministrazione”, qualsiasi sia il soggetto agente investito della funzione stessa.

In ultima analisi, quindi, ciò che è necessario fare non è verificare l'esistenza di un preteso rapporto di servizio sottostante, bensì verificare l'esistenza di una norma che legittimi un dato soggetto allo svolgimento dell'attività amministrativa.

### *1.1. La non responsabilità degli organi politici in buona fede*

In tema di soggetti giudicabili è da ricordare che l'art. 1, comma 1-ter della L. 20/1994 (nel testo novellato dalla L. 639 del 1996) ha escluso dal loro novero i componenti degli organi politici (seppure questi rimangano ragionevolmente convenibili in sede risarcitoria innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria). A tal proposito, la norma recita testualmente:

*“Nel caso di atti che rientrano nella competenza propria degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano autorizzato o consentito l'esecuzione”.*

Si tratta di un coerente recepimento e corollario del principio, contenuto oggi nell'art. 4 del d.lgs. 165/2001<sup>51</sup>, di separazione funzionale tra organi politici ed organi amministrativi e

---

<sup>51</sup> Art. 4 D.Lgs. 165/2001: “Gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi ed i programmi da attuare ed adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, e verificano la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Ad essi spettano, in particolare: a) le decisioni in materia di atti normativi e l'adozione dei relativi atti di indirizzo interpretativo ed applicativo; b) la definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione; c) la individuazione delle risorse umane, materiali ed economico-finanziarie da destinare alle diverse finalità e la loro ripartizione tra gli uffici di livello dirigenziale generale; d) la definizione dei criteri generali in materia di ausili finanziari a terzi e di determinazione di tariffe, canoni e analoghi oneri a carico di terzi;

tecnici preposti alla gestione dell'apparato pubblico. Del principio si è fatta immediata applicazione in numerosi contenziosi innanzi alla magistratura contabile, che ha tuttavia limitato la sua portata ai soli organi politici di derivazione elettiva, con esclusione degli organi collegiali di altra derivazione.

Si tratta, quindi, della cosiddetta esimente politica che opera soltanto quando la decisione che si assume essere fonte d'ingiusto danno sia stata assunta in materie di particolare difficoltà tecnica o giuridica<sup>52</sup>.

Il punto centrale, comunque, in sede di concreta applicazione della norma attiene all'accertamento da parte della magistratura contabile della "buona fede" del politico che assume una deliberazione dannosa per l'erario sulla scorta di errori o omissioni nell'istruttoria condotta dai funzionari tecnici o amministrativi e sottesa al deliberato dell'organo politico che ha una genesi procedimentalizzata.

È possibile affermare che la buona fede dell'organo politico sia da ritenere sussistente qualora la delibera dannosa dallo stesso adottata, sia stata condizionata, nei suoi presupposti conoscitivi - istruttori, dalle competenze degli organi tecnici e amministrativi. Si ritiene inoltre che possa parimenti configurarsi una responsabilità dell'organo politico qualora abbia assunto una deliberazione dannosa omettendo di richiedere i necessari pareri tecnici o ingerendosi direttamente in attività gestorie di competenza della dirigenza: in entrambi i casi, e soprattutto nel secondo assai frequente negli enti locali, si configurano evenienze che travalicano i limiti applicativi della esimente in esame. La magistratura ha, poi, chiarito che tale esimente non si configura nemmeno per atti e procedimenti riguardo ai quali il ruolo degli uffici tecnici ed amministrativi abbia avuto carattere meramente strumentale.

Sempre per quanto concerne gli enti politici, agli effetti dell'imputazione di responsabilità per danno patrimoniale al Sindaco o ad altri organi politici, ancora prima dell'entrata in vigore della L. 639/1996, la Corte dei Conti ha individuato nella dimensione degli enti un criterio di

---

*e) le nomine, designazioni ed atti analoghi ad essi attribuiti da specifiche disposizioni;*

*f) le richieste di pareri alle autorità amministrative indipendenti ed al Consiglio di Stato;*

*g) gli altri atti indicati dal presente decreto.*

*Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.*

*Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.*

*Le amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano direttamente o indirettamente espressione di rappresentanza politica, adeguano i propri ordinamenti al principio della distinzione tra indirizzo e controllo, da un lato, e attuazione e gestione dall'altro?.*

<sup>52</sup> Corte Conti, sez. I, 7 agosto 2002, n. 282/A.



particolare importanza. Per esempio, la sezione giurisdizionale della regione Calabria ha avuto modo di affermare che “il sindaco, specie nei Comuni di notevoli dimensioni, non può rispondere di tutte le manchevolezze dell’organizzazione burocratica alla quale è preposto, ma, nel caso di comportamenti omissivi, può essere ritenuto responsabile solo degli affari di sua competenza e allorquando gli stessi siano sottoposti al suo esame da parte degli uffici cui è affidato il compito di istruire e seguire le singole pratiche, poiché, in caso contrario, si verrebbe a configurare una ipotesi di responsabilità obiettiva non prevista dall’ordinamento”. Questo orientamento si è ormai consolidato, tanto che si è affermato che, nel contesto di comuni di modeste dimensioni, il sindaco, secondo il principio dell’*id quod plerumque accidit* (cioè, di ciò che accade comunemente) non può non considerarsi a conoscenza dei servizi e dello svolgimento dell’azione amministrativa dell’ente<sup>53</sup>. Dall’altro lato si è stabilito che la conoscenza di una certa vicenda amministrativa da parte dell’assessore, non può essere desunta per presunzioni, specie in riferimento a un comune di rilevanti dimensioni<sup>54</sup>.

Sempre in tema di imputazione della responsabilità è opportuno, in questa sede, accennare alle modifiche introdotte dalla L. 124 del 7 agosto 2015, recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche”, meglio nota come “Legge Madia”.

All’art. 11, comma 1, lettera m, infatti, è stato prospettato un riordino delle disposizioni legislative relative alle ipotesi di responsabilità dirigenziale, amministrativo-contabile e disciplinare dei dirigenti e una ridefinizione del rapporto tra responsabilità dirigenziale e responsabilità amministrativo-contabile, con particolare riferimento alla esclusiva imputabilità ai dirigenti della responsabilità per l’attività gestionale, con limitazione della responsabilità dirigenziale alle ipotesi di cui all’articolo 21 del D.Lgs. n. 165 del 30 marzo 2001<sup>55</sup>, che radica la responsabilità dirigenziale nel mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione o nell’inosservanza delle direttive imputabili al dirigente.

---

<sup>53</sup> Sezioni centrali, II, 26 marzo 1998, n. 101.

<sup>54</sup> Sezioni centrali, II, 23 giugno 1998, n. 177.

<sup>55</sup> Art. 21 D.Lgs. 165/2001: “I risultati negativi dell’attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, valutati con i sistemi e le garanzie determinati con i decreti legislativi di cui all’articolo 17 della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni ed integrazioni, comportano per il dirigente interessato la revoca dell’incarico, adottata con le procedure previste dall’articolo 19, e la destinazione ad altro incarico, anche tra quelli di cui all’articolo 19, comma 10, presso la medesima amministrazione ovvero presso altra amministrazione che vi abbia interesse.

Nel caso di grave inosservanza delle direttive impartite dall’organo competente o di ripetuta valutazione negativa, ai sensi del comma 1, il dirigente, previa contestazione e contraddittorio, può essere escluso dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni. Nei casi di maggiore gravità, l’amministrazione può recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi.

Restano ferme le disposizioni vigenti per il personale delle qualifiche dirigenziali delle Forze di polizia, delle carriere diplomatica e prefettizia e delle Forze armate”.

La stessa Legge Madia, all'art. 17, comma 1, ha proposto il rafforzamento del principio di separazione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione, mediante la previsione dell'esclusiva imputabilità ai dirigenti della responsabilità amministrativo-contabile per l'attività gestionale.

Si è assistito, quindi, a una estensione all'infinito della "esimente politica", con il conseguente trasferimento della responsabilità gestionale alla sola dirigenza. Tutto ciò con l'evidente conseguenza che l'attribuzione in via esclusiva alla dirigenza della responsabilità erariale per fatti gestionali potrebbe finire per incentivare comportamenti dirigenziali volti a fare da "parafulmine" alle decisioni degli organi politici.

Allo stato dell'arte, accogliendo il ricorso della Regione Veneto, la Corte Costituzionale con la sentenza 251/2016 ha però dichiarato la parziale illegittimità della riforma per quanto riguarda il varo dei decreti legislativi attuativi, previa semplice acquisizione del parere della Conferenza Stato-Regioni e non in seguito a una vera e propria intesa con la stessa. In particolare, i quattro nodi su cui la Corte Costituzionale si è espressa negativamente hanno riguardato proprio la dirigenza pubblica, il riordino della disciplina delle partecipazioni societarie, i servizi pubblici locali di interesse economico generale e il pubblico impiego (nello specifico gli articoli 11, 17, 18 e 19 della Legge 124 del 2015).

## *1.2. Le polizze assicurative a favore dei dipendenti*

Il progressivo ampliamento del concetto di danno risarcibile, la crescita dei compiti gestionali attribuiti alla dirigenza pubblica e il penetrante intervento della Corte dei Conti sull'attività della pubblica amministrazione hanno originato molteplici reazioni. Tra queste, risulta degna di nota quella volta a tutelare amministratori e dipendenti pubblici dalle condanne della magistratura contabile attraverso lo strumento della polizza assicurativa, i cui costi, di regola a carico del beneficiario, sono stati in alcuni casi addirittura accollati all'amministrazione danneggiata, quale datore di lavoro.

Autorevole dottrina e giurisprudenza della Corte dei Conti hanno, a più riprese, vagliato la legittimità dei sopra descritti prodotti assicurativi e dei relativi costi imputati alla Pubblica Amministrazione. Inoltre, al di là del problema del danno erariale patito dall'ente, la questione che si era posta ineriva il rischio di deresponsabilizzazione della classe politica e dirigente, che risultava quindi tutelata nelle proprie illegittime o irragionevoli scelte gestionali dalle polizze assicurative stesse, con la sola esclusione di quelle dolose, non assicurabili ai sensi dell'art. 1900 c.c.

Sulla tematica è intervenuto il legislatore che, con l'art. 3, comma 59 della L. 244 del 24 dicembre 2007 (Legge Finanziaria 2008), ha definitivamente sancito che *“è nullo il contratto di assicurazione con il quale un ente pubblico assicuri propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici e la responsabilità contabile. I contratti di assicurazione in corso alla data di entrata in vigore della presente legge cessano di avere efficacia alla data del 30 giugno 2008. In caso di violazione della presente disposizione, l'amministratore che pone in essere o che proroga il contratto di assicurazione e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al rimborso, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo”*.

Tale norma ha recepito un indirizzo dottrinale che si era chiaramente espresso circa la nullità di tali prodotti assicurativi per contrasto con norme imperative e, nel caso di specie, con l'art. 1418, comma 1, c.c.<sup>56</sup>.

Tanto premesso, una clausola contrattuale che ponga a totale carico degli amministratori e dipendenti pubblici il premio per l'eventuale copertura assicurativa ai fatti commessi con colpa grave, pagando personalmente e direttamente alla compagnia assicurativa un autonomo premio, non contrasta sostanzialmente con il divieto più volte ribadito dalla giurisprudenza della Corte dei conti, confermato nella L. 244/2007. In tale ipotesi, infatti, l'assicurato è l'amministratore o il dipendente, per un rischio proprio, e a suo esclusivo carico restano gli oneri contrattuali, senza alcuna indebita incidenza diretta sull'erario.

## 2. La condotta

Venendo alla seconda componente strutturale dell'illecito in esame, va in primo luogo ricordato che la responsabilità amministrativa va desunta da condotte illecite dei dipendenti pubblici e non necessariamente da atti illegittimi posti in essere dagli stessi<sup>57</sup>.

Ciò che assume rilevanza è, dunque, la violazione dei doveri di ufficio e l'inadempimento di obblighi di gestione, sulla base del principio del *neminem laedere*. La mera illegittimità dell'atto può essere un semplice indice sintomatico della illiceità di una condotta dannosa, ma non le è

---

<sup>56</sup> Art. 1418, comma 1 c.c.: *“Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”*.

<sup>57</sup> FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in FORO IT. 2003, I, 79.

sostituibile *tout court*<sup>58</sup>. Ne consegue che la Corte dei Conti, pur non potendolo annullare, può incidentalmente valutare la legittimità o meno di un atto amministrativo (giungendo eventualmente anche a conclusioni discordanti rispetto a quelle del giudice amministrativo presso il quale l'atto sia stato impugnato in via principale), “al solo fine di coglierne i sintomi o i riflessi di illiceità della condotta posta in essere attraverso l'adozione dell'atto stesso”<sup>59</sup>. Il provvedimento amministrativo oggetto di controllo da parte della Corte dei Conti, dunque, rileva come mero fatto giuridico, causa o concausa di un danno erariale.

In ogni caso, comunque, la cognizione della Corte dei Conti in sede di responsabilità non è limitata alle condotte *contra legem*, ma si estende anche a quelle formalmente conformi alla normativa, ma egualmente non convenienti o irrazionali alla luce di parametri desunti dalla comune esperienza amministrativa: ci troviamo di fronte ad atti non conformi ai fini istituzionali dell'ente, di atti irragionevoli o diseconomici, atti arbitrari o recanti irregolari ordinazioni di spesa<sup>60</sup>.

La condotta, dunque, attiene al comportamento tenuto da colui che, legato da rapporto funzionale con la pubblica amministrazione, fa un uso improprio del denaro pubblico. Tale condotta dannosa può essere attiva o omissiva<sup>61</sup> (quest'ultima sempre più diffusa). Un esempio di condotta omissiva è rinvenibile nell'art. 2, comma 9 della L. 241/1990, secondo il quale “*la mancata o tardiva emanazione del provvedimento costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente*”. Risulta quindi indubbio che sorga responsabilità amministrativa laddove vi sia stato un danno all'erario dovuto ad un ingiustificato mancato rispetto dei termini prescritti per il procedimento.

Tra le condotte omissive foriere di danno erariale va altresì segnalata l'importante fattispecie introdotta dall'art. 1, comma 3, della L. 20/1194, secondo il quale “*Qualora la prescrizione del diritto al risarcimento sia maturata a causa di omissione o ritardo della denuncia del fatto, rispondono del danno erariale i soggetti che hanno omesso o ritardato la denuncia. In tali casi, l'azione è proponibile entro cinque anni dalla data entro cui la prescrizione è maturata*”. Si tratta dell'ipotesi di responsabilità amministrativa da omessa denuncia alla Corte dei Conti.

---

<sup>58</sup> FRANCESE, *L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa*, in *FORO AMM.* 1987, 1674.

<sup>59</sup> TENORE, *La nuova Corte dei Conti*, cit., 70.

<sup>60</sup> A questo proposito, nella recente giurisprudenza, la condotta viene valutata richiamando i principi di efficienza, efficacia ed economicità cui deve tendere l'attività amministrativa.

<sup>61</sup> Costantemente è invocato dalla giurisprudenza della Corte dei conti l'art. 40, comma 2 c.p., ovvero il principio che “*non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale al cagionarlo*”.

La condotta omissiva all'origine di danni erariali può spesso far capo, in considerazione degli specifici compiti attribuiti, ai soggetti preposti ad attività di controllo che, non svolgendo una adeguata vigilanza, cagionino o concorrano a cagionare un illecito: la casistica potrebbe riguardare omessi riscontri in sede ispettiva, omessi annullamenti o omessi rilievi su atti illegittimi o illeciti. Si tratta, però, di ipotesi rare soprattutto perché manca un organo che segnali alla Procura contabile l'omissione di un controllore interno.

Talvolta la condotta illecita non è frutto di una libera determinazione del dipendente pubblico autore del danno erariale. Ne consegue che va esclusa la responsabilità amministrativa di quest'ultimo qualora la condotta dannosa sia stata posta in essere in situazione di incapacità di intendere e di volere, in stato di necessità o di legittima difesa, mentre alcun peso esimente assume l'essersi adeguato a pregresse reiterate prassi.

Parimenti non sussiste responsabilità qualora la condotta dannosa sia stata frutto di un ordine del superiore gerarchico competente. Sul punto, va tuttavia richiamato il diritto - dovere di rimostranza spettante al subordinato destinatario dell'ordine illecito, originariamente sancito dall'art. 17 TU degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, ancora vigente per il personale non privatizzato), e oggi ribadito, per il personale privatizzato, dalla contrattazione collettiva: ove l'ordine sia palesemente illegittimo, il subordinato ha il dovere di esercitare il diritto di rimostranza. Se l'ordine viene ribadito per iscritto, lo stesso va eseguito (con accollo di responsabilità in capo al superiore gerarchico), salvo che la condotta non configuri un illecito penale. Non esercitando tale diritto-dovere di rimostranza, il subordinato incorre in responsabilità amministrativa portando ad esecuzione un ordine illegittimo foriero di danno erariale.

Altre esimenti sono state riconosciute in via giurisprudenziale. In particolare, si fa riferimento allo stato di necessità per le gravissime difficoltà operative dell'ufficio e all'errore incolpevole, inteso come incertezza operativa di una norma di legge di recente emanazione, priva di conforto giurisprudenziale o di interpretazione burocratica resa dagli uffici gerarchicamente sovraordinati o di vigilanza.

### *2.1. L'insindacabilità delle scelte discrezionali*

Sempre in ordine all'elemento strutturale della condotta, va rimarcata la notevole valenza teorica ed operativa del principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, sancito dal novellato art. 1, comma 1 della L. 20/1994 e ribadito dall'art. 3, comma 1 della L. 639/1996. Tale principio costituisce una conferma settoriale del generale principio del riparto dei poteri posto alla base del nostro sistema costituzionale: il giudice, quindi, non può sostituirsi

all'amministrazione nel valutare quali siano le migliori scelte gestionali e i migliori strumenti da utilizzare. Il dirigente, dunque, nell'esercizio del suo potere, deve preoccuparsi della legittimità delle sue scelte, non anche della loro condivisibilità da parte della Corte.

In base al principio introdotto dalla L. 20 del 1994, non sono dunque vagliabili dalla Corte dei Conti, e non vanno denunciate a tale organo, le condotte discrezionali che violano regole non scritte di opportunità e convenienza, ma solo quelle che si pongono in contrasto con norme espresse o principi giuridici (*atti contra legem*).

Tuttavia le più recenti pronunce del giudice contabile hanno chiarito che va riconosciuto alla Corte dei Conti un potere sindacatorio delle scelte discrezionali dei pubblici operatori, per impedire effetti lesivi dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, pur dovendosi comunque evitare che il giudice, nello svolgimento delle proprie valutazioni, sostituisca le sue scelte a quelle operate dall'autorità amministrativa in sede di esercizio del potere discrezionale, poiché così facendo, egli cesserebbe di essere "operatore di giustizia" per divenire "amministratore"<sup>62</sup>.

Sul sottile limite sindacatorio attribuito dalla norma in esame al giudice contabile è intervenuta anche la Cassazione a Sezioni Unite, che ha autorevolmente chiarito che la Corte dei Conti, nella sua qualità di giudice contabile, può e deve verificare la compatibilità delle scelte amministrative con i fini pubblici dell'ente pubblico. In tale verifica, però, per non travalicare i limiti esterni del suo potere giurisdizionale, la Corte non può estendere il suo sindacato all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore, la quale rientra nell'ambito di quelle scelte discrezionali di cui la legge stabilisce l'insindacabilità. Il giudice contabile, dunque, può dare rilievo alla non adeguatezza dei mezzi prescelti dal pubblico amministratore solo nell'ipotesi di assoluta ed incontrovertibile estraneità dei mezzi stessi rispetto ai fini. Naturalmente tale valutazione è effettuata *ex ante* e non *ex post*, prendendo in considerazione la situazione, le condizioni e gli elementi esistenti al momento della scelta.

Per meglio comprendere il limite delle scelte discrezionali che l'amministrazione può fare, occorre ricordare che l'attività amministrativa si ripartisce in attività vincolata, attività discrezionale amministrativa e discrezionale tecnica. Mentre l'attività vincolata non pone limiti al giudice in quanto il legislatore stabilisce in quali ipotesi ed in che modo il potere attribuito all'amministrazione debba essere dalla stessa esercitato, problemi maggiori si pongono nel caso

---

<sup>62</sup> TENORE, *La nuova Corte dei Conti*, cit., 74 ss. Sull'argomento si evidenzia il parallelismo con la giurisdizione amministrativa. I tribunali amministrativi, infatti, al pari della Corte dei Conti, non possono sindacare il merito delle scelte discrezionali, se non quando la discrezionalità sconfini nell'eccesso di potere. L'autore, ad ogni modo, sottolinea come il delineato "limite sindacatorio" sia alquanto sottile.

dell'attività discrezionale, in cui il legislatore fissa solo lo scopo da raggiungere, ma lascia libera l'amministrazione circa le modalità per raggiungerlo. L'attività discrezionale, a sua volta, va poi distinta in quella amministrativa, in cui l'amministrazione, nel fare le proprie scelte, pondera gli interessi pubblici e privati coinvolti, e in quella tecnica in cui l'amministrazione deve formulare un giudizio sulla base di conoscenze specialistiche che riguardano una determinata materia.

Il sindacato del giudice sull'attività discrezionale tecnica, negli ultimi anni, è diventato sempre più penetrante, in quanto diretto a verificare la correttezza, sotto il profilo tecnico, dei passaggi attraverso i quali l'amministrazione è addivenuta a quel determinato giudizio.

Al contrario, il sindacato sull'attività discrezionale amministrativa è molto più limitato, dal momento che il giudice può fare solo una verifica in termini di eccesso di potere, le cui figure sintomatiche sono l'insufficienza dell'istruttoria, la contraddittorietà della motivazione, l'incoerenza tra gli atti del procedimento. Tale verifica è finalizzata alla valutazione della logicità, della ragionevolezza e della coerenza delle scelte discrezionali formulate dall'amministrazione.

Il giudice contabile non può sindacare il merito, inteso come l'opportunità di una scelta sotto il profilo dell'interesse pubblico che l'amministrazione deve soddisfare, ma questo non significa che l'amministrazione possa formulare scelte arbitrarie in contrasto con i fini che il legislatore le ha imposto di realizzare.

Quindi, il giudice contabile può accertare, secondo la giurisprudenza della Cassazione, la legittimità degli atti amministrativi non tanto per l'annullamento degli stessi (compito che spetta al giudice amministrativo), bensì per valutare il comportamento complessivo dell'amministrazione e del dipendente pubblico che la rappresenta, dal momento che l'atto amministrativo illegittimo deve essere inteso come una concausa nella produzione del danno erariale. Il giudice contabile, quindi, potrà fare una valutazione in termini di legittimità non solo per violazione di legge, ma anche per cattivo uso del potere, dal momento che si è palesata una situazione di illogicità, di incoerenza o di irrazionalità delle scelte della pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico<sup>63</sup>.

Altresì, il giudice contabile ha visto negli ultimi anni espandere il proprio raggio d'azione nell'accertamento della responsabilità amministrativa dei dipendenti pubblici, soprattutto dopo il potenziamento delle autonomie locali, in quanto sono entrati nell'ambito della valutazione di legittimità parametri che prima riguardavano il merito, quali, ad esempio, i criteri di economicità e di efficienza, ad opera della riforma introdotta con la legge 15/2005 (poi con L. 69/2009)

---

<sup>63</sup> LILLO, "Responsabilità amministrativa tra discrezionalità e merito", nota a commento della sentenza della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale di Milano, 2 maggio 2005, n. 324.

nell'ambito dell'art. 1 della legge 241/1990<sup>64</sup>. Così il giudice contabile valuterà non solo se l'atto amministrativo è legittimo, ma lo valuterà anche sotto il profilo dell'analisi costi/benefici.

A ciò si aggiunga che le scelte discrezionali saranno valutate dal giudice contabile non solo sotto il profilo della ragionevolezza, ma anche sotto quello della proporzionalità dell'azione amministrativa. Tale profilo è entrato nel nostro ordinamento per tramite della giurisprudenza comunitaria, la quale nei bandi di gara ha imposto alle amministrazioni l'individuazione di requisiti che siano proporzionati alle opere pubbliche da realizzare. Così, questo principio ha ricevuto un'applicazione generalizzata anche nelle scelte discrezionali della pubblica amministrazione, la quale deve formulare non solo la scelta più ragionevole, ma anche quella che sia in grado di realizzare l'interesse pubblico primario e che arrechi agli altri interessi coinvolti, sia pubblici sia privati, il minor sacrificio possibile<sup>65</sup>.

La proporzionalità della scelta verrà verificata sotto il profilo della idoneità dei mezzi, della necessità di quel tanto di potere che serve a raggiungere il fine con il minor sacrificio possibile per gli interessi e dell'adeguatezza, quale indice di misurazione del grado di soddisfazione che la scelta ha riscosso per gli altri interessi.

Tali innovazioni hanno comportato un significativo ampliamento dell'ingerenza del giudice contabile nella valutazione di aspetti che prima gli erano sottratti. In tal modo il giudice contabile è divenuto un vero e proprio arbitro della correttezza formale e sostanziale dei comportamenti delle pubbliche amministrazioni, in linea con il ruolo attribuitogli dalla Corte Costituzionale, ossia quello di garante degli equilibri della finanza pubblica.

Volendo sintetizzare, dunque, il potere discrezionale implica che l'Amministrazione sia libera di scegliere tra molte possibilità, tutte legittime, tra le quali essa deve preferire la più opportuna ed il giudice deve fermarsi a valutare se la scelta è legittima, senza valutare se altresì la scelta è la più opportuna tra quelle possibili. Peraltro, in sede di responsabilità amministrativa, il giudice contabile deve accertare non perché l'agente non abbia effettuato la scelta più opportuna, ma perché lo stesso non abbia posto in essere quello sforzo necessario per evitare il comportamento (o la scelta) che ha creato un danno. Insomma ciò che è determinante è l'ingiustizia del danno e, quindi, l'accertamento dell'illegittimità del comportamento del soggetto.

---

<sup>64</sup> Art. 1 L. 241/1990 (come modificato all'art. 1, comma 1, legge n. 15 del 2005 poi dall'art. 7, comma 1, legge n. 69 del 2009): *"L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

<sup>65</sup> FALCITELLI, "Il sindacato giurisdizionale contabile sull'attività discrezionale della P.A. nel difficile equilibrio tra esigenze di tutela della corretta gestione economica del patrimonio pubblico e dell'autonomia amministrativa: dal principio di ragionevolezza al principio di proporzionalità", nota a commento della sentenza della Corte dei Conti, seconda sezione giurisdizionale centrale, 20 marzo 2006, n. 127.



## 2.2. *Il concorso di persone nel danno*

L'illecita verifica di un danno all'amministrazione può essere frutto anche della condotta di una pluralità di pubblici dipendenti.

In tali evenienze, l'art. 3, L. 639/1996, aggiungendo il comma 1 *quater* all'art. 1 della legge n. 20/1994, ha sancito, in caso di concorso di persone nell'illecito, il principio della personalità e parziarietà (regola del cosiddetto "a ciascuno il suo") della responsabilità amministrativa (in verità già previsto dall'art. 82 della Legge di contabilità dello Stato).

È stato così espunto l'antitetico principio di solidarietà passiva, recepito dalla prevalente giurisprudenza contabile per esigenze di tutela del credito erariale, ed oggi limitato, a seguito della accennata novella del 1996, alle due sole eccezionali ipotesi (punitive) di concorrenti beneficiari di "illecito arricchimento o che abbiano agito con dolo".

Ha ricevuto invece nuovi spunti il dibattito relativo all'esistenza o meno nel nostro ordinamento di un *beneficium excussionis*<sup>66</sup> in caso di concorso tra più dipendenti nell'illecito amministrativo, qualora concorrano comportamenti dolosi e gravemente colposi nella causazione del danno erariale. È comunque assolutamente prevalente l'indirizzo, avallato ormai dalla stessa Consulta e dalle Sezioni Riunite della Corte, favorevole, come già prima della L. n. 20 del 1994, all'aggregabilità del soggetto agente con colpa grave solo dopo l'infruttuosa escussione di chi abbia agito con dolo. Ne consegue che la richiesta di condanna sussidiaria debba ritenersi improcedibile laddove non venga accertata la responsabilità a titolo di dolo del responsabile principale.

Sempre nell'ambito dell'elemento della condotta va richiamata l'intervenuta modifica legislativa in materia di responsabilità amministrativa dei componenti di collegi. Il legislatore, infatti, con la novella del 1996 ha sancito che "*nel caso di deliberazioni di organi collegiali la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso parere favorevole*". Viene così risolto *ex lege* il problema dell'individuazione dei criteri per escludere la propria responsabilità da parte dei componenti di un collegio in caso di adozione di delibere illecite causative di danno erariale.

Prima della riforma del 1996, la Corte dei Conti riteneva che fosse necessaria la formulazione per iscritto di tale opinione dissenziente da parte di ciascun membro non in sintonia con la maggioranza deliberante ai fini dell'esclusione della sua responsabilità. Il comportamento di mera immotivata astensione non verbalizzata (e secondo alcune decisioni anche la mera assen-

---

<sup>66</sup> Il principio civilistico del *beneficium excussionis* è tipico delle obbligazioni che vedono più debitori dal lato passivo del rapporto. Esso consiste nella previa aggressione da parte del creditore del patrimonio del debitore principale (ad esempio quello che ha prodotto il danno agendo con dolo) e solo in caso di incapienza pecuniaria di quest'ultimo anche del debitore sussidiario (ad esempio, quello che ha agito con colpa grave).

za) non escludeva, infatti, il concorso solidale nella responsabilità. È però da sottolineare che, anche nell'attuale sistema, una astensione maliziosa, non espressiva di un volontario dissenso, ma foriera di un subdolo strumento condizionante la delibera, potrebbe originare una responsabilità dell'astenuto.

Inoltre, la disciplina della responsabilità continua a trovare applicazione nei confronti dei componenti di organi collegiali quando i relativi membri hanno tutti agito con dolo o abbiano conseguito un illecito arricchimento.

Occorre, infine, ricordare che, quando la condotta lesiva è posta in essere da più persone, va tenuta distinta l'ipotesi del concorso tra dipendenti pubblici e soggetti estranei da quella in cui il concorso avviene fra soli dipendenti dell'amministrazione. Nel primo caso, i dipendenti pubblici saranno giudicati dalla Corte dei Conti, mentre la posizione degli estranei sarà vagliata dal giudice ordinario attivato a domanda dall'amministrazione danneggiata. Nel secondo caso, invece, tutti i concorrenti saranno sottoposti alla giurisdizione contabile e la responsabilità sarà graduata sulla base dell'effettivo apporto di ciascuno al danno.

### **3. Il danno erariale**

Il danno erariale è rappresentato dal deterioramento o dalla perdita di beni o denaro dell'amministrazione, ovvero dal mancato conseguimento di incrementi patrimoniali in capo all'amministrazione (ad esempio, a seguito dell'omesso accertamento di tributi)<sup>67</sup>. Esso, dunque, non è altro che l'evento conseguente e connesso alla condotta antigiuridica, attiva o passiva, del soggetto agente che, dato il suo contrasto con gli obblighi ed i principi di corretta amministrazione, assume il carattere dell'ingiustizia e determina una lesione economicamente valutabile per l'amministrazione.

La dottrina ha fornito una definizione generica di danno erariale mutuandone la nozione dal diritto civile, secondo cui "il danno è la differenza tra la situazione patrimoniale attuale dell'ente e quella in cui lo stesso si sarebbe trovato se non si fosse verificato il fatto del terzo".

Solitamente si suole ripartire il danno erariale in diretto e indiretto. Nel primo caso il danno è arrecato *ab origine* all'ente pubblico (ad esempio, nel caso di sottrazione di denaro pubblico), mentre nel secondo il danno è originariamente cagionato a terzi, con successiva ricaduta sul

---

<sup>67</sup> Anche in campo amministrativo, dunque, sono riprese le tradizionali categorie di lucro cessante e danno emergente. Sono sempre possibili, inoltre, ipotesi atipiche di danno frutto di condotte a forma libera.

patrimonio pubblico (ad esempio, il danno a una società a partecipazione pubblica, nonché quello originato da rivalse per sanzioni amministrative pecuniarie inflitte da altre amministrazioni o da *authorities* nei confronti di amministrazioni pubbliche per condotte illecite dei suoi dirigenti).

Per quanto concerne il danno indiretto appare necessaria qualche specificazione. Esso si crea quando la Procura contabile agisce in via di rivalsa nei confronti di funzionari o amministratori pubblici che abbiano causato un danno a terzi, danno che l'ente pubblico di appartenenza ha dovuto risarcire. Tale tipologia di responsabilità, invero, non rappresenta una categoria individuata dalla giurisprudenza contabile, ma è prevista espressamente dall'art. 22 del T.U. n. 3/1957<sup>68</sup>.

Tra le nuove figure di danno indiretto risarcibili possono citarsi il danno da equa riparazione per irragionevole durata del processo, di cui all'art. 5 e seguenti della L. 89/2001<sup>69</sup> e quello per illecito trattamento di dati personali, di cui all'art. 15 del D.Lgs. 196/2003<sup>70</sup>.

Nella nozione di danno risarcito al terzo, quale presupposto dell'azione di rivalsa sopra descritta, è ricompresa ogni erogazione di denaro effettuata a titolo di risarcimento del danno conseguente a pronunce del giudice civile o amministrativo. Circa il tipo di sentenza che presiede all'attivazione del giudizio di responsabilità, la dottrina non è pacifica. Non è infatti certo se basti una sentenza provvisoriamente esecutiva a far nascere un danno o se solo una sentenza definitiva possa dar luogo all'attualità del danno e quindi all'azione di rivalsa dell'amministrazione di appartenenza.

Il danno, nella sua duplice accezione di danno diretto e indiretto, deve comunque essere certo, effettivo ed attuale. Non rileva, quindi, il danno meramente presunto, ovvero quello la cui effettività è fondata su pure supposizioni sfornite di valenza probatoria, salvo che esse non si mostrino gravi, precise e concordanti.

---

<sup>68</sup> Art. 22 del T.U. n. 3/1957: *“L'impiegato che, nell'esercizio delle attribuzioni ad esso conferite dalle leggi o dai regolamenti, cagioni ad altri un danno ingiusto ai sensi dell'art. 23 è personalmente obbligato a risarcirlo. L'azione di risarcimento nei suoi confronti può essere esercitata congiuntamente con l'azione diretta nei confronti dell'Amministrazione qualora, in base alle norme ed ai principi vigenti dell'ordinamento giuridico, sussista anche la responsabilità dello Stato.*

*L'amministrazione che abbia risarcito il terzo del danno cagionato dal dipendente si rivale agendo contro quest'ultimo a norma degli articoli 18 e 19. Contro l'impiegato addetto alla conduzione di autoveicoli o di altri mezzi meccanici l'azione dell'Amministrazione è ammessa solo nel caso di danni arrecati per dolo o colpa grave”.*

<sup>69</sup> Art. 5 L. 89/2001: *“Il decreto di accoglimento della domanda è comunicato a cura della cancelleria, oltre che alle parti, al procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonché ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento”.*

<sup>70</sup> Art. 15 D.Lgs. 196/2003: *“Chiunque cagiona danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile.*

*Il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'articolo 11”.*

### 3.1. La quantificazione del danno

Il danno erariale è sempre stato caratterizzato dalla patrimonialità. Affinché potesse configurarsi, infatti, era necessario un pregiudizio che fosse suscettibile di una valutazione economica. Tuttavia, tale impostazione è stata superata, arrivando alla cosiddetta “depatrimonializzazione della responsabilità amministrativa”<sup>71</sup> che ha condotto alla risarcibilità del danno biologico che prescinde dalla perdita di capacità reddituale del danneggiato<sup>72</sup>. Si è, infatti, affermato un filone giurisprudenziale teso ad ampliare il concetto di danno erariale, trasformandolo da semplice *deminutio patrimonii* nella più ampia nozione di “danno pubblico”, comprendente, oltre che la lesione patrimoniale, anche qualsiasi altra lesione di interessi generali di natura pubblica, comunque suscettibili di valutazione economica<sup>73</sup>.

L’obbligazione patrimoniale in cui si concretizza dopo il suo accertamento la responsabilità amministrativa rilevata in capo al dipendente non corrisponde automaticamente al danno arrecato, pur se di immediata individuazione.

È, infatti, da rammentare quanto previsto dall’art. 1 della L. 20/1994 al cui comma 1-*bis* afferma che “*nei giudizi di responsabilità, fermo restando il potere di riduzione, deve tenersi conto dei vantaggi comunque conseguiti dall’amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dei pubblici dipendenti soggetti al giudizio di responsabilità*”. È pertanto introdotta la cosiddetta *compensatio lucri cum danno*. Il giudice contabile non può e non deve trascurare di fare una valutazione complessiva dell’operazione o dell’atto di gestione sottoposto al suo vaglio, scomputando a favore del convenuto le eventualità utilità che questo ha portato all’erario con la sua condotta dannosa. Tale valutazione non va limitata alle utilità o ai soli vantaggi economicamente stimabili, ma deve includere ogni utilità godibile dall’amministrazione o dalla comunità interessata, conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto che ha generato l’addebito contestato.

Il principio in precedenza era stato escluso dalla giurisprudenza contabile in base al presupposto che gli interessi presi in considerazione nel giudizio stesso non fossero paritetici. Nel quadro di un profondo processo riformatore delle pubbliche amministrazioni che vede progres-

---

<sup>71</sup> RODRIGUEZ, “Tangenti e danno all’immagine: un altro intervento del giudice contabile”, nota a Corte dei Conti, sentenza n. 502 del 7 dicembre 2007.

<sup>72</sup> Corte dei Conti, Sez. riun., sentenza n. 10 del 23 aprile 2013.

<sup>73</sup> “La nozione di danno pubblico non comprende soltanto la lesione dei beni pubblici patrimoniali in senso proprio, ma si estende alla lesioni di quegli interessi pubblici che sono da ritenere beni in senso giuridico. Tali beni sono immateriali poiché ad essi è estraneo il concetto di espropriazione o di appartenenza proprio delle cose materiali, ma dalla loro lesione, che lede l’interesse generale della collettività, possono derivare pregiudizi economici sia sotto il profilo del danno emergente, sia sotto quello del lucro cessante” (Corte dei Conti, sez. riun., 28 maggio 1999, n. 16/99/QM).

sivamente ridursi la posizione di supremazia speciale delle amministrazioni stesse, la tesi degli interessi non paritetici non è più sostenibile in assoluto.

L'ampiezza della formulazione normativa dell'art. 1-*bis* porta a ritenere che il giudice debba necessariamente computare, nella determinazione del *quantum debeatur*, qualsiasi vantaggio fruito dall'amministrazione, purché conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito e ancorché frutto di atti illegittimi o comportamenti illeciti, anche se non mancano decisioni tendenti ad escludere la possibilità di opporre in compensazione utilità conseguite *contra legem*. Di tale previsione legislativa si è fatta applicazione, ad esempio, in relazione alla *utilitas* ricevuta dalla Pubblica Amministrazione a seguito di prestazioni lavorative rese da personale illegittimamente assunto o inquadrato in superiori qualifiche o trattenuto in servizio in violazione di divieti legislativi, nell'espletamento di incarichi professionali e consulenze esterne illegittimamente affidate in quanto relative ad attività espletabili con personale interno, nella autorizzazione di spese per la realizzazione di opere pubbliche senza disponibilità in bilancio e in moltissimi altri casi ancora.

La valutazione circa l'eventuale sussistenza di una *utilitas* si affianca, precedendolo, al più noto e risalente parametro di giudizio di cui il giudice amministrativo deve tener conto nella quantificazione del danno erariale addebitabile al convenuto, ossia il potere riduttivo dell'addebito, di cui abbiamo parlato al capitolo 1.

### 3.2. *L'onere della prova del danno*

Interessante nella trattazione dell'elemento del danno erariale è anche l'aspetto dell'onere della prova.

Come affermato da consolidata giurisprudenza, “tanto del danno patrimoniale quanto di quello non patrimoniale deve essere fornita prova a cura dell'attore: più precisamente va sempre fornita la prova del danno emergente e/o del lucro cessante, non potendosi seguire la tesi per cui sarebbe *in re ipsa*, nel fatto stesso della violazione di legge; tanto in mancanza di disposizioni di carattere generale configuranti una responsabilità contabile risarcitoria senza danno salve le ipotesi sanzionatorie specificatamente previste. Nel giudizio di responsabilità amministrativa, grava sul pubblico ministero l'onere della prova del nesso di causalità tra la condotta illecita del convenuto e il danno erariale; le lacune probatorie dell'attore, infatti, non possono agire in fa-

vore del pubblico ministero, ma giovano all'incolpato, ovvero al soggetto chiamato a risarcire il danno, secondo il principio dell'*in dubio pro reo*<sup>74</sup>.

Non si può prescindere da una compiuta dimostrazione del danno neanche nei casi in cui il procedimento di contestazione della responsabilità erariale venga avviato a seguito dell'accertamento di fatti rilevanti sul piano penale.

A norma dell'art. 651 c.p.p., infatti, *“la sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo”*, da cui la Corte di Cassazione ha fatto discendere il principio secondo cui *“per l'esistenza del diritto al risarcimento del danno può non bastare la condanna penale – in quanto non tutti i reati producono un danno – senza peraltro che possano essere messi in discussione, nel relativo giudizio civile o amministrativo, l'accertamento della sussistenza del fatto, la sua illiceità penale e la sua commissione da parte del condannato”*<sup>75</sup> ritenendo, pertanto, perfettamente ammissibile e condivisibile che la Corte dei Conti, quando accerti l'inesistenza del danno, escluda profili di responsabilità erariale anche a carico di chi sia stato colpito da una sentenza di condanna del giudice penale.

### 3.3. *Ipotesi di danno*

Le ipotesi di danno erariale sono sostanzialmente atipiche e frutto di condotte a forma libera. È comunque da rilevare che il legislatore, nel corso degli ultimi anni, ha creato fattispecie tipiche e ha ampliato il novero dei comportamenti che integrano casi di responsabilità amministrativa<sup>76</sup>.

Rilevante è stato il superamento della concezione di danno inteso come mera diminuzione patrimoniale dell'ente, intervenuto negli anni Settanta quando si è cominciato ad affermare che il danno può consistere anche nella turbativa di beni destinati ad uso diretto della comunità. In quegli anni è nato il concetto di danno alla collettività, la cui giurisdizione spetta alla Corte dei Conti<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Corte dei Conti, Calabria, sezione giurisdizionale, sentenza n. 14 del 30 gennaio 2015.

<sup>75</sup> Cassazione Civile, Sez. Un., sentenza nr. 4549 del 25 febbraio 2010.

<sup>76</sup> Ad oggi, infatti, la portata applicativa del concetto di danno erariale ricomprende la compromissione di interessi di carattere generale del corpo sociale o la lesione dell'interesse pubblico generale all'equilibrio economico e finanziario dello Stato e di interessi pubblici costituzionalmente protetti.

<sup>77</sup> A tal proposito si ricorda la figura di danno ambientale quale danno pubblico. Detta figura di danno, sottratta per legge al vaglio giurisdizionale della Corte dei conti (art. 18 legge 349/1986), è ritornata, sempre per legge, nell'ambito di competenza della Corte con il codice dell'ambiente (d.Lgs 152/2006).

La giurisprudenza contabile, da molti anni, ha ampliato il concetto di danno risarcibile per la Pubblica Amministrazione, con progressivo passaggio dal danno inferto al patrimonio materiale della singola amministrazione a quello arrecato, con accezione più ampia, alla collettività. È stato allora costruito il concetto di danno pubblico, inteso come lesione di beni ed interessi, suscettibili di valutazione economica, che appartengono alla collettività e quindi allo Stato in senso lato.

L'evoluzione intervenuta negli ultimi anni nella materia amministrativa, la modifica radicale del modo di operare delle pubbliche amministrazioni e la sempre maggiore attenzione dell'Unione Europea circa la salvaguardia delle finanze pubbliche hanno determinato la creazione di una nozione di danno ancora più ampia, riferita alla lesione della cosiddetta finanza pubblica allargata.

Il concetto di danno, dunque, si lega oggi all'interesse del cittadino-contribuente ad avere una gestione delle risorse pubbliche corretta, sana, trasparente, tracciabile, efficace ed economica. Il danno, dunque, si verifica allorquando vi è una lesione al patrimonio pubblico derivante dal comportamento doloso o colposo dell'agente legato da un rapporto con la pubblica amministrazione.

La giurisprudenza contabile ha attualmente descritto in maniera compiuta e precisa alcune tipologie di danno. Si parla, infatti, ad esempio, di danno da disservizio, di danno da tangente, di danno da perdita di chance e di danno all'immagine.

### *3.3.1. Danno da disservizio*

Il danno da disservizio è un istituto pretorio che presuppone una distorsione dell'azione pubblica rispetto al fine cui essa deve essere indirizzata, andando a configurare un illecito esercizio di pubbliche funzioni o la mancata resa del servizio.

Esso è quindi correlato al minore risultato conseguito dall'apparato amministrativo a seguito di omessa o carente prestazione lavorativa del dipendente, con conseguente ulteriore danno in termini di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa<sup>78</sup>. In questo caso, quindi, l'opera del dipendente, anziché contribuire al fisiologico sviluppo delle attività amministrative in carico all'ente pubblico di appartenenza, incide negativamente sui processi di lavoro che si svolgono al suo interno, intralciando il conseguimento delle finalità istituzionali.

---

<sup>78</sup> Il danno, dunque, si caratterizza per l'inosservanza dei doveri del pubblico dipendente (oggi canonizzati in leggi, nel CCNL e nei codici di comportamento) con conseguente diminuzione di efficienza dell'apparato pubblico.

Il disservizio “esprime, cioè, un servizio che esiste solo formalmente, come servizio apparente, desostanziato delle sue caratteristiche essenziali di pubblica utilità ovvero un servizio privo dei necessari requisiti essenziali e quindi scadente”<sup>79</sup>.

In primo luogo, quindi, il danno da disservizio si caratterizza per l'inosservanza di doveri del pubblico dipendente (oggi canonizzati nel contratto collettivo nazionale di lavoro e nei codici di comportamento) con conseguente diminuzione di efficienza dell'intero apparato pubblico. Esso costituisce una categoria ampia, idonea a ricomprendere una vasta gamma di ipotesi di alterazione dell'attività amministrativa, quali ad esempio la mancata e/o tardiva emanazione di un provvedimento amministrativo (cosiddetto *danno da ritardo*), il caso delle verifiche fiscali compiacenti o ancora i fenomeni corruttivi.

Nello specifico, in termini di precipitato dei fenomeni corruttivi sopra citati, i giudici hanno chiarito che “fra le possibili declinazioni del danno da disservizio dinanzi a questa Corte v'è anche quella, avente pari dignità rispetto alle altre, che prende la forma di una intenzionale discriminazione da parte del pubblico funzionario fra le pratiche da istruire, a seconda che si tratti di questioni o affari considerati, secondo personalistici (e come tale inammissibili) punti di vista, maggiori o minori, oppure la forma della necessitata concentrazione dell'attenzione sulle pratiche già istruite dalla persona sotto inchiesta, e come tali indiziate di essere state gestite in modo irregolare, piuttosto che su quelle nuove (la cui istruttoria si trova per conseguenza a subire degli evitabili rallentamenti). In ambedue i casi, il principio che viene calpestato è quello dell'ordine naturale di trattazione delle istanze dell'utenza, secondo cioè l'ordine di arrivo, principio che il sistema eleva a regola generale, in quanto derivante dal superiore principio di eguaglianza/imparzialità dei cittadini – utenti di cui all'art. 3 Cost., e da quello di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.”<sup>80</sup>.

La previsione del danno da disservizio è sintomatica di una mutata sensibilità dell'ordinamento al problema dei tempi dell'azione amministrativa. Tale cambiamento è riscontrabile anche attraverso l'analisi delle iniziative assunte nel tempo dal legislatore per costruire una pubblica amministrazione celere e spedita. Tra queste si annoverano l'introduzione nella L. 241/1990 dell'art. 2-*bis*, che prevede il cosiddetto “danno da ritardo”, la modifica in tale legge del comma 9 dell'art 2, secondo cui la violazione dei tempi del procedimento “costituisce elemento di valutazione della performance individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente” e, da ultimo,

---

<sup>79</sup> Corte dei Conti, Terza Sez. Centrale d'Appello, sentenza n. 332 del 09 giugno 2015.

<sup>80</sup> Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale, Lombardia, sentenza 18 febbraio - 31 luglio 2015, n. 139.



L'emanazione del D.P.R. 62/2013 recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici che, all'art. 12, impone espressamente il rispetto nella trattazione delle pratiche dell'ordine cronologico con il quale sono pervenute all'ufficio.

Tali indicazioni attestano l'univoca conquista da parte del tempo della qualifica di "bene della vita" in quanto, come rilevato dalla giurisprudenza amministrativa, da tale fattore dipende spesso la convenienza o meno di un investimento o, comunque, di una scelta da parte del privato, che a causa del ritardo nella risposta da parte della pubblica amministrazione può vedere irrimediabilmente sfumato il conseguimento di una determinata utilità. Ecco perché la Corte dei Conti ritiene che "l'intenzionale alterazione dell'ordine di trattazione degli affari è, oggi, tema che attiene anche alla responsabilità per danno erariale piuttosto che a quella solo disciplinare"<sup>81</sup>.

Alla luce di quanto fin qui affermato, "il conseguimento delle finalità dell'azione amministrativa secondo i ricordati canoni di efficienza, economicità, produttività ed efficacia costituisce un vero e proprio bene del patrimonio della Pubblica Amministrazione che, anche se non suscettibile di immediata percezione materiale, al pari di un bene mobile o immobile, è pacificamente riconducibile a quel complesso di interessi e di ricchezze costituenti il precipitato procedimentale e provvedimentale dell'azione della Pubblica Amministrazione, ed in quanto tali riconducibili ad una dimensione ampia di patrimonio pubblico.

L'efficienza diviene così modalità di svolgimento dell'attività amministrativa da parte del soggetto agente e si rivela idonea a costituire parametro di valutazione dell'antigiuridicità della condotta in relazione all'elemento soggettivo. In altre parole, la distorta o non corretta utilizzazione delle risorse strumentali della Pubblica Amministrazione da parte dell'impiegato, compromette la definizione ottimale del risultato amministrativo finale cui le stesse sono preposte, provoca la lesione di un bene del patrimonio pubblico – il risultato finale dell'azione amministrativa – e viola la regola dell'efficienza che è normativamente preordinata alla ottimale cura dell'interesse della Pubblica Amministrazione per il pubblico bene"<sup>82</sup>.

La risarcibilità di tale di tipo di danno è effettuata in via equitativa e va sempre tenuta distinta dal risarcimento del danno all'immagine, al fine di evitare la duplicazione dell'indennizzo.

---

<sup>81</sup> Corte dei Conti, Sezione giur. Lombardia, sentenza n. 139 del 18 febbraio - 31 luglio 2015.

<sup>82</sup> Corte dei Conti, Sez. giur. Basilicata, sentenza nr. 83 del 22 marzo 2006.

### *3.3.2. Danno da tangente*

Il danno da tangente si configura quando, per l'esecuzione di lavori o per adempimenti amministrativi, viene erogata illecitamente una somma di danaro (detta per l'appunto tangente) al pubblico dipendente.

Con riferimento a tale figura di danno la giurisprudenza della Corte dei Conti non è univoca. Una parte sostiene, infatti, che, ai fini della responsabilità amministrativa, sia sufficiente la prova della mera dazione della tangente e che il risarcimento debba essere rapportato all'entità della tangente stessa. Altra parte della giurisprudenza sostiene invece che debba essere provata la concreta maggiorazione dei costi del servizio o l'effettivo danno procurato al fine della configurazione della fattispecie e il conseguente risarcimento. La prima teoria appare più vicina ad una concezione sanzionatoria della responsabilità amministrativa, mentre la seconda teoria sembra riconoscere il carattere risarcitorio della responsabilità amministrativa.

La tangente rileva, ai fini del danno da risarcire, sia come guadagno illecito dell'agente sia come maggior onere sostenuto dall'amministrazione, a suo danno, per acquisti di beni o servizi o come minor entrata, sempre a suo danno, per la vendita di beni o servizi. È stato, infatti, evidenziato il fenomeno della cosiddetta "traslazione dei maggiori costi", in virtù del quale l'imprenditore che paga al funzionario infedele la tangente, ne riversa (ossia ne trasla) il peso economico sulla stessa amministrazione, aumentando il prezzo delle sue prestazioni oppure diminuendolo nei contratti attivi. Ciò legittima, per la Corte dei Conti, la presunzione che il danno da tangente sia rappresentato dalla tangente stessa, presupponendosi che comunque il danno patrimoniale inferto all'amministrazione non sia comunque inferiore all'ammontare della tangente stessa. Naturalmente la presunzione fa salva ogni altra quantificazione che venga dimostrata.

L'importo del danno patrimoniale derivante dalla percezione di tali tangenti, infatti, viene di regola quantificato in via presuntiva, in base al meccanismo equitativo, in una somma almeno pari alla mazzetta versata al funzionario compiacente, anche se il criterio equitativo viene in alcune sentenze ritenuto applicabile solo nel caso in cui sia impossibile o estremamente difficile una diversa quantificazione del danno ancorata a parametri certi; talvolta la Procura della Corte dei Conti contesta una somma anche superiore rispetto alle erogazioni pecuniarie illecitamente effettuate a favore dei funzionari o amministratori, in quanto il vantaggio patrimoniale che l'assuntore dell'appalto di lavori e forniture è certo di trarre dal rapporto con la Pubblica Amministrazione è certamente superiore all'importo indebitamente corrisposto al pubblico agente. Di quest'ultimo indirizzo la Corte dei Conti fa spesso applicazione anche nei confronti dei dipendenti infedeli che omettano accertamenti in cambio di tangenti versate dal contribuente.

Il danno da tangente è stato qualificato dalla dottrina come un “danno erariale *in re ipsa*”. Deve infatti dirsi che al danno da tangente non si assegna mai la fattispecie di danno esistenziale. Quest’ultimo potrà semmai promanare dal dispregio e dallo sdegno che la percezione della tangente suscita nella collettività, cosicché in tali ipotesi, al danno da tangente, potrà aggiungersi quello all’immagine, pur restando ferma la diversa natura delle lesioni.

### *3.3.3. Danno per perdita di chance*

Il danno per perdita di chance attiene alla possibilità di risarcire l’eventuale risultato utile che era perseguibile o l’eventuale maggiore esborso dovuto all’illecito amministrativo prodotto. Tale tipologia di danno, pur essendo nato sulla scorta della equivalente figura civilistica, va comunque tenuto distinto da essa. Nella disciplina civilistica la perdita di chance, infatti, può essere anche riferita al futuro, mentre in quella amministrativo - contabile il danno deve essere sempre concreto ed attuale e non può riferirsi a possibili benefici futuri.

### *3.3.4. Danno ambientale*

Poiché l’ambiente costituisce un bene unitario di interesse collettivo, accanto all’azione per danno ambientale riservata al Ministero dell’Ambiente si colloca anche l’azione di responsabilità amministrativa nel caso in cui la condotta lesiva del patrimonio pubblico sia realizzata da soggetti in rapporto di servizio con l’ente, con violazione dei doveri di ufficio.

A tal proposito l’art. 318, comma 1, lettera a del codice dell’ambiente (D.Lgs. 152 del 3 aprile 2006) ha riportato sotto la giurisdizione contabile il danno ambientale, abrogando l’art. 18 della L. 349 dell’8 luglio 1986 che aveva devoluto al giudice ordinario la materia.

### *3.3.5. Altre tipologie di danno*

Oltre alle tipologie di danno sopra descritte, derivanti dall’esercizio della giurisdizione contabile, ve ne sono tutta un’altra serie che sono state introdotte negli ultimi anni dal legislatore. Tali fattispecie tipiche (in quanto contenute in norme) sono produttive di responsabilità erariale e hanno come scopo quello di assicurare il contenimento della spesa pubblica. In questi casi il danno si dà per arrecato per il solo fatto di aver posto in essere la condotta descritta dalla norma.

Al solo fine di esempio, possiamo ricordare l’art. 24 della L. 289/2002 (collegato alla violazione dell’art. 26, comma 3 della L. 488/1999) inerente la determinazione del danno erariale seguente al mancato rispetto dell’obbligo di applicare le convenzioni Consip spa nell’attività di

acquisizioni di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione o l'art. 9, comma 1, lettera a), punto 2 del D.L.78/2009, convertito con modificazioni nella L. 102/2009, riportante l'obbligo del funzionario che adotta provvedimenti che comportino impegni di spesa, di verificare che vi sia compatibilità con gli stanziamenti in bilancio e con le regole di finanza pubblica.

#### 4. L'elemento soggettivo

Ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 1, della L. 20/1994 la responsabilità amministrativa è personale, nel senso che l'azione o omissione lesiva deve essere riconducibile all'agente e ad un suo qualificato coinvolgimento volitivo.

La responsabilità amministrativa può essere imputata solo a titolo di dolo o colpa grave<sup>83</sup>. Le condotte ascrivibili a colpa lieve, infatti, non comportano responsabilità del dipendente pubblico, la quale rimane in capo all'amministrazione di appartenenza. Tale limitazione ha inteso superare la cosiddetta "paura della firma" che, all'indomani dell'esponentiale incremento dei giudizi di responsabilità amministrativa a seguito della regionalizzazione delle sezioni e delle procure della Corte dei Conti, aveva determinato un irrigidimento dell'azione amministrativa ed una connessa strutturale inefficienza, in palese contrasto con i principi cardine che avevano ispirato la riforma efficientistica degli anni Novanta.

Sull'esonero dalla responsabilità per colpa lieve è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte Costituzionale<sup>84</sup>. Il giudice delle leggi, a tal proposito, ha affermato che tale dispensa costituisce "un punto di equilibrio tra il *quantum* di rischio da accollare all'apparato pubblico e quello da lasciare a carico del dipendente, in modo da rendere, per i dipendenti e gli amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo e non di disincentivo, pur nel rispetto delle finalità restitutorie e di prevenzione assolute dall'illecito amministrativo – contabile"<sup>85</sup>.

La suddetta limitazione dell'ambito di responsabilità è stata giustificata con il rilievo che, essendo assai pesante lo sforzo di diligenza richiesto al pubblico dipendente e note le disfunzioni dell'apparato amministrativo, al primo possono essere addebitate solo le mancanze più gravi.

---

<sup>83</sup> Originariamente la responsabilità per dolo o colpa grave era prerogativa solo di alcune categorie di dipendenti pubblici particolarmente esposti al rischio di cagionare un danno erariale, come i conducenti di autoveicoli e mezzi meccanici, il personale scolastico, il personale dell'amministrazione finanziaria preposto agli accertamenti con adesione, all'autotutela e alla conciliazione delle liti.

<sup>84</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 371 del 20 novembre 1998.

<sup>85</sup> TENORE, "La nuova Corte dei Conti", cit. 151.

Come, infatti, è stato sottolineato anche in dottrina, deve essere la stessa amministrazione ad assumersi il rischio di scelte complesse, previsioni difficili ed attività pericolose, nonché la responsabilità per le insufficienze sistemiche che non siano imputabili ai singoli.

È altresì da sottolineare che tale deroga, applicata *tout court* a tutte le categorie di dipendenti pubblici, a prescindere dalla qualifica e dalle mansioni, è da alcuni autori definito come un “irragionevole appiattimento”<sup>86</sup>.

In nessun caso, comunque, è prevista alcuna forma di responsabilità oggettiva o per fatto altrui.

La giurisprudenza contabile in numerose occasioni si è interrogata sul significato della distinzione tra dolo e colpa grave e su come, in concreto, debbano essere individuati i due elementi. È da precisare che rispondere per dolo o colpa grave, proprio a causa del sopra descritto sganciamento della responsabilità amministrativa dal canone del buon padre di famiglia, non significa richiedere un grado di diligenza inferiore alla media, ma significa richiedere una diligenza adeguata al caso di specie e riferita alle concrete possibilità dell'agente. E si tratterà sempre di un grado di diligenza elevato richiedente il massimo sforzo possibile da parte del soggetto, come del resto già prevedeva l'art. 13, comma 1 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato, secondo il quale “l'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate, curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel migliore modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene”.

#### 4.1. *La colpa grave*

Ai fini della valutazione della colpa grave ci si riferisce solitamente alla diligenza qualificata, ossia quella richiesta dalla natura e dalle caratteristiche dell'attività esercitata, che supera di gran lunga quella del *bonus pater familias*. Risulta, quindi, indispensabile che l'agente abbia tenuto una condotta contraria a regole deontologiche elementari<sup>87</sup> o che lo stesso “abbia omesso di attivarsi come si attiverrebbe, nelle stesse situazioni, anche il meno sprovveduto degli esercenti quella determinata attività”<sup>88</sup>.

Per colpa grave si intende, quindi, la condotta caratterizzata da un comportamento connotato da notevole negligenza e imperizia, posto in essere senza l'osservanza di quel livello mi-

---

<sup>86</sup> Tale teoria è sostenuta in TENORE, “La nuova Corte dei Conti”.

<sup>87</sup> Corte dei Conti, sez. giur., Trentino Alto Adige, sentenza n. 32 dell'8 aprile 2009.

<sup>88</sup> CHINDEMI, “Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria”, 2011.

nimo di diligenza che il caso concreto richiede, a seconda del tipo di attività e della particolare preparazione professionale dell'agente.

Il giudice contabile ha identificato la colpa grave con la “intensa negligenza”, nella “sprezzante trascuratezza dei propri doveri, nell’atteggiamento di grave disinteresse nell’espletamento delle proprie funzioni, nella macroscopica violazione di norme, nel comportamento che denoti dispregio delle comuni regole di prudenza, nonché nel concorso della ravvisabilità *ex ante* del nocumento, riconoscibile, sempre *ex ante*, per dovere professionale d’ufficio e della assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dei propri compiti”<sup>89</sup>.

In tale prospettiva, la giurisprudenza della Corte dei Conti ha individuato come indici di riconoscimento della colpa grave l’inosservanza del minimo di diligenza, la prevedibilità dell’evento dannoso, la sconsiderata ed arbitraria cura degli interessi pubblici, l’apprezzabile superamento dei limiti di comportamento del *bonus pater familias*, il notevole superamento dei limiti da parte dell’agente che svolga un tipo di attività tecnico-professionale, il cui esercizio richieda particolari cognizioni tecniche o scientifiche, la violazione di norme al cui mancato rispetto il legislatore collega sanzioni gravi. Utili criteri orientativi sono stati, infatti, rinvenuti nell’art. 2, comma 3, L. 117/1998 che, con riguardo alla responsabilità dei magistrati, identifica la colpa grave nella “grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile”, nonché nell’art. 5, comma 3, D.L. 472/1997 che, in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, prevede che “la colpa è grave quando l’imperizia o la negligenza del comportamento sono indiscutibili e non è possibile dubitare ragionevolmente del significato e della portata della norma violata e, di conseguenza, risulta evidente la macroscopica inosservanza degli obblighi elementari”.

La colpa del pubblico dipendente, dunque, va accertata caso per caso dal giudice in relazione “alle modalità del fatto, all’atteggiamento soggettivo dell’autore, nonché al rapporto tra tale atteggiamento e l’evento dannoso, di guisa il giudizio di riprovevolezza della condotta venga in definitiva ad essere basato su un *quid pluris* rispetto ai parametri di cui agli artt. 43 c.p. e 1176 c.c.”<sup>90</sup>.

Accertare la gravità della colpa vuol dire valutare il livello di diligenza del singolo caso specifico, in riferimento a tutte le sue circostanze. Ne consegue che è necessario tener conto della conoscibilità, della prevedibilità e dell’evitabilità dell’evento, in maniera tale da non qualificare come “grave” il comportamento di chi, pur potendo prevedere ed evitare l’evento dannoso, non lo fece.

---

<sup>89</sup> Corte dei Conti, Sezioni Riunite, sentenza n. 57/A del 10 giugno 1997.

<sup>90</sup> Corte dei Conti, Sez. riun., sentenza n. 56/A del 10 giugno 1997.

Insomma, in ultima analisi, si tratta di un giudizio di rimproverabilità che pone in evidenza l'atteggiamento antidoveroso della volontà, ossia il rapporto di contraddizione tra la volontà del soggetto e la norma.

Si parla, quindi, in campo amministrativo della cosiddetta colpa normativa, concetto che differisce profondamente dalla colpa psicologica, utilizzata in campo civilistico. Si vuole così articolare il giudizio non su un modello di buon dipendente astrattamente considerato, bensì sulla costruzione di una figura che tenga conto della capacità e del ruolo assegnato al pubblico dipendente, così come esso è inserito all'interno di una data struttura amministrativa<sup>91</sup>.

L'imputazione per colpa contiene sempre un rimprovero di leggerezza in considerazione dello scarto che separa la condotta concreta dalla condotta che la legge e la comune prudenza assumono come regola. Il grado di colpa sarà direttamente proporzionale al grado di esigibilità da parte del dipendente pubblico del comportamento conforme a diligenza ed allo scarto fra detto comportamento ed il comportamento tenuto. La qualifica di esigibilità di una condotta è un dato squisitamente variabile che può offrire tutta una gamma di variazioni quantitative, in più o in meno, a seconda della situazione personale del soggetto agente.

Occorre allora evidenziare quali siano i coefficienti in presenza dei quali la divergenza tra il comportamento tenuto e quello dovuto raggiunga il massimo, tale da configurarsi il livello di gravità della colpa necessario all'imputazione della responsabilità amministrativa. Secondo le Sezioni Unite della Corte dei Conti tali coefficienti devono essere ravvisati "nella prevedibilità astratta sulla base dei doveri d'ufficio della realizzazione di un illecito contabile; nella presenza di una marcata negligenza o irrazionale imperizia; nell'assenza di oggettive ed eccezionali difficoltà nello svolgimento dello specifico compito d'ufficio; nell'assenza del massimo di cautele laddove le funzioni esercitate dal soggetto siano connotate da potenziale e particolare pericolosità"<sup>92</sup>.

L'utilizzo della concezione normativa della colpa permette di graduare la colpa, offrendo un concetto regolabile di colpevolezza secondo criteri di valore, essendo la volontà diversamente rimproverabile in ragione della sua maggiore o minore antidoverosità. E ciò al fine di soddisfare quelle esigenze di individualizzare la colpevolezza, di rapportarla alla varietà delle situazioni umane attraverso la valutazione dei processi interni di motivazione, come del resto la prassi giudiziaria quotidianamente fa nella commisurazione concreta della pena.

---

<sup>91</sup> Corte dei Conti, sez. Veneto, sentenza n. 618/R dell'11 settembre 1997.

<sup>92</sup> Corte dei Conti, Sez. riun., sentenza n. 56/A del 10 giugno 1997.

Del resto le norme che disciplinano questo tipo di responsabilità sono palesemente chiare: l'art. 52 comma 2 del TU delle leggi sulla Corte dei Conti, gli art. 82 e 83 della legge di contabilità generale dello Stato, l'art. 19, comma 2 dello Statuto degli impiegati civili dello Stato. Tali norme hanno avuto una loro puntualizzazione con le riforme della giurisdizione amministrativo-contabile del 1994, così come modificate nel 1996. Ad oggi, quindi, quanto dapprima contenuto negli articoli sopra citati è stato compiutamente compendiato nell'art. 1 della L. 20/1994, secondo il quale, come già ribadito, "la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica è personale. Essa si estende agli eredi nei casi di illecito arricchimento del dante causa e conseguente illecito arricchimento degli eredi stessi".

Come si può notare, la disciplina della responsabilità amministrativa è tutta fondata sulla colpevolezza del danneggiante (e non sull'interesse del danneggiato al risarcimento, come avviene invece sul piano civile). La colpa, quindi, svolge un ruolo centrale nel giudizio di responsabilità. E, con essa, svolge un ruolo fondamentale il principio di graduazione in relazione al grado di colpa del soggetto personalmente responsabile.

Un utile referente (sebbene non vincolante) per l'individuazione di alcune macro ipotesi di colpa grave è costituito dall'elaborazione delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti e dall'indirizzo di coordinamento n. I.C./6 del 19 ottobre 1996 della Procura Generale della medesima Corte, il quale ravvisa tale elemento psicologico in caso di errore professionale inescusabile, che si configura in tre ipotesi fondamentali:

- a. a fronte di un'erronea percezione di una realtà di diritto o di fatto che in base a dati obiettivi risulti che non poteva così essere intesa per carenza di elementi di dubbio. Si tratta, quindi, dell'erronea interpretazione di dati normativi chiari e inequivoci.
- b. quando la percezione stessa sia stata il frutto di una scelta che abbia dato prevalenza all'erroneo proprio opinamento, senza tener conto di istruzioni, indirizzi, prassi e pronunce esistenti. In tali ipotesi si riscontra una colpevole inerzia nell'attivazione dell'attività conoscitiva che avrebbe evitato il dannoso errore professionale.
- c. quando un comportamento sia conseguenza della mancata acquisizione di queste istruzioni, indirizzi, prassi e pronunce o della equivalente evenienza di una ricerca e considerazione tra le stesse del solo documento conforme a scelta già effettuata.

Sempre nell'ambito della colpa grave è da segnalare che l'art. 17, comma 30-*quater* del D.L. n. 78 del 1° luglio 2009 ha introdotto il principio secondo il quale "*in ogni caso è esclusa la gravità*



*della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo".*

#### 4.1.1. L'errore scusabile

Importante, in termini di colpa grave, è l'istituto dell'errore scusabile. Fin dall'inizio del 1997 si sono registrate pronunce della Corte dei Conti che escludevano l'elemento soggettivo della colpa grave attesa la scusabilità dell'errore indotto da una formulazione non felice della norma, tale da generare difficoltà interpretative. Con il consolidarsi di questo indirizzo giurisprudenziale, si è affermato il principio della rilevanza delle difficoltà interpretative di una norma ai fini dell'applicazione dell'errore scusabile. Anche se non sono mancate, in passato, pronunce che hanno ritenuto sussistere l'errore scusabile, ed escluso quindi la responsabilità amministrativa, in presenza di norme di non facile ed univoca interpretazione, il più delle volte la giurisprudenza ha considerato la difficoltà di interpretazione delle norme rilevante al solo fine dell'applicazione del potere riduttivo dell'addebito.

In sostanza, la violazione di una norma non determina sempre, *ipso facto*, la colpa grave. Essa può determinarsi solo in presenza di fatti gravi e ulteriori.

In tale quadro, dunque, il rischio di uno sproporzionato rigore, già sensibilmente circoscritto dal potere riduttivo tradizionalmente riconosciuto al giudice contabile, appare sostanzialmente eliminato attraverso una corretta applicazione dell'istituto dell'errore scusabile, sottolineando ancora una volta come l'imputabilità per colpa dei soggetti alla giurisdizione della Corte dei Conti deve essere rigorosamente provata.

A tal proposito appare importante uno sguardo anche alla disciplina comunitaria in ambito di applicazione dell'errore scusabile. La dottrina è divisa sull'interpretazione delle pronunce del giudice comunitario in materia. Taluni attribuiscono rilievo ai passaggi secondo i quali, in caso di potestà vincolata o a basso tasso di discrezionalità, la colpa dell'amministrazione sarebbe sempre presunta *juris et de jure* in caso di illegittimità del comportamento, limitando l'ammissibilità dell'errore scusabile agli atti connotati da un più alto tasso di discrezionalità. Altra dottrina nega, invece, rilevanza alla distinzione tra attività vincolata e discrezionale, riconoscendo in ogni caso l'ammissibilità dell'errore scusabile. Una tesi più recente individua, invece, il vero discrimine nella presenza o meno di propri precedenti. Così se l'atto illegittimo è in contrasto con un consolidato orientamento giurisprudenziale della stessa Corte di Giustizia, la colpa è considerata *ex se* grave e manifesta.

Diversamente, in assenza di precedenti, non si esclude l'ammissibilità dell'errore scusabile<sup>93</sup>. Il carattere vincolato del potere, implicando una minore autonomia decisionale e dunque una minore difficoltà di azione, rende peraltro obiettivamente più difficile (anche se non impossibile) invocare tale causa di giustificazione, a meno che la norma violata non sia di incerta interpretazione. È a questo punto che soccorre la presenza di eventuali precedenti giurisprudenziali che, ove indici di un univoco orientamento, non consentono di invocare l'incertezza normativa. Ciò comunque non esclude, come ricordato dalla stessa dottrina che individua nella giurisprudenza il *discrimen* della colpa, di individuare altri motivi di errore scusabile.

#### 4.1.2. *La culpa in vigilando del dirigente*

Particolari problematiche circa la valutazione della gravità della colpa emergono poi nei casi di *culpa in vigilando* del dirigente. Innanzi alla Corte dei Conti, infatti, ha assunto una notevole valenza la responsabilità degli organi apicali gestionali dell'amministrazione per *culpa in vigilando*, ovvero per omesso, inadeguato o tardivo controllo sulla condotta dei propri subordinati.

L'obbligo di vigilanza del dirigente è sancito dall'art. 16, comma 1, lettera e del D.Lgs. 165 del 30 marzo 2001, secondo cui i dirigenti di uffici dirigenziali generali “*dirigono, coordinano e controllano l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con potere sostitutivo in caso di inerzia, e propongono l'adozione, nei confronti dei dirigenti, delle misure previste dall'art. 21*”. Allo stesso modo, il successivo art. 17 sancisce che i dirigenti (di uffici dirigenziali non generali) “*dirigono, coordinano e controllano l'attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia*”.

Premesso che per assumere valenza risarcitoria tale peculiare condotta omissiva deve raggiungere la soglia del dolo o della colpa grave, la giurisprudenza ha chiarito che la responsabilità dell'organo apicale riguarda l'andamento dell'attività di gestione del servizio e non i singoli atti commessi o omessi dai dipendenti. La responsabilità, quindi, si configura solo in presenza di carenze organizzative, mancanza di direttive o omessa predisposizione di controlli<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> In tal senso si ricorda il caso Haim (4 luglio 2000, in C-424/97), nel quale la Corte ha affermato che, in mancanza di una previa interpretazione giurisprudenziale, la violazione di una norma può, ove ne ricorrano i presupposti, essere considerata frutto di un errore scusabile, spettando peraltro al giudice nazionale la valutazione di “tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato”.

<sup>94</sup> Corte dei Conti, sez. giur. Emilia Romagna, sentenza n. 235 del 16 aprile 1997. IEVA, “Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa”, in Riv. Corte Conti, 2006, 3, 343.

In diverse pronunce<sup>95</sup>, poi, si è affermato che i soggetti cui sia da attribuire una *culpa in vigilando* rispondono in via sussidiaria e parziaria. Più in particolare, la *culpa in vigilando* è stato esclusa qualora:

- a. il dipendente tenuto alla vigilanza sia stato contemporaneamente investito della direzione di più uffici di nuova istituzione, venendosi così a trovare in una situazione di obiettiva difficoltà per il cumulo di impieghi gravosi e cogenti cui assolvere con organici largamente incompleti ed inadeguati<sup>96</sup>.
- b. il dirigente di un ufficio di grandi dimensioni non poteva avvedersi dell'errore commesso dal proprio subordinato se non attraverso una revisione – pratica per pratica – del lavoro compiuto dall'intero ufficio<sup>97</sup>.
- c. La condotta del dipendente subordinato dannosa per l'erario sia caratterizzato da una particolare astuzia nei meccanismi fraudolenti posti in essere, tale da non consentire un agevole riscontro da parte del dirigente e da divenire così causa esclusiva dell'evento<sup>98</sup>.
- d. Il dirigente “vigilante” abbia da breve tempo assunto l'incarico<sup>99</sup>.

La disciplina sviluppata sulla *culpa in vigilando* del dirigente è stata applicata anche in relazione agli organi di controllo (ispettori, revisori dei conti) che abbiano omesso una doverosa ed adeguata attività di vigilanza.

#### 4.2. *Il dolo*

Andando oltre, per quanto concerne l'elemento soggettivo del dolo, occorre innanzitutto affermare che coincide con la nozione penalistica dello stesso contenuta negli articoli 42 e 43 del codice<sup>100</sup>. Dunque, ai fini della configurazione del dolo è necessaria la previsione e la volontà del danno come conseguenza della condotta<sup>101</sup>.

---

<sup>95</sup> Corte dei Conti, sez. III, sentenza n. 114 del 4 febbraio 2011.

<sup>96</sup> Corte dei Conti, sez. I centrale, sentenza n. 15 del 16 luglio 1998.

<sup>97</sup> Corte dei Conti, sez. III centrale, sentenza n. 320/A del 23 luglio 1996.

<sup>98</sup> Corte dei Conti, sez. I app, sentenza n. 376/A del 4 novembre 2002.

<sup>99</sup> Corte dei Conti, sez. III, sentenza n. 275 del 6 novembre 1998.

<sup>100</sup> Art. 42 c.p.: “Nessuno può essere punito per un'azione o omissione preveduta dalla legge come reato, se non l'ha commessa con coscienza e volontà. Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvo i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge. La legge determina i casi nei quali l'evento è posto altrimenti a carico dell'agente, come conseguenza della sua azione o omissione. Nelle contravvenzioni ciascuno risponde della propria azione o omissione cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa”.

Art. 43 c.p.: “Il delitto:

è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione o omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione o omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente;

La nozione di dolo non si identifica tanto con la volontà dell'evento dannoso, ma piuttosto si configura come “dolo civile contrattuale” determinato dalla volontà di non adempiere agli obblighi di servizio e dalla consapevolezza della natura illecita dell'attività posta in essere.

## 5. Il nesso di causalità

Il nesso di causalità è un elemento autonomo rispetto sia alla condotta sia all'evento. Anche in questo caso la definizione va ripresa dal campo penalistico. A tal proposito, infatti, la Corte dei Conti ha fatto proprio l'orientamento espresso dalla Cassazione penale in riferimento:

- a. al principio della *condicio sine qua non*, secondo il quale la causalità è quella circostanza senza la quale non si sarebbe verificato l'evento;
- b. al principio della causalità adeguata, quando l'evento è conseguenza della condotta secondo l'*id quod plerumque accidit*;
- c. al principio della causalità umana, che prevede l'esclusione del nesso causale ad opera di fatti imprevedibili o atipici.

Il nesso di causalità è, dunque, da intendersi come il rapporto tra la condotta dell'agente e l'evento dannoso. È un presupposto imprescindibile per contestare la legittimità comportamentale.

In ogni caso, raramente un evento può essere ricondotto con certezza al soggetto considerato agente, in quanto spesso intervengono fattori concausali ulteriori. Proprio per questo secondo parte della dottrina vi è un'altissima probabilità dell'esistenza del nesso causale, ma non la certezza.

Inoltre mentre il giudizio sull'esistenza del nesso di causalità è fondato su un sistema di reperimento dei criteri ipotetici (probabilistici, scientifici e sociali) di causazione dell'evento, il giudizio sulla causalità dell'omissione è un giudizio doppiamente ipotetico, rivolto a verificare sulla base di un'analisi la effettiva probabilità scientifica del verificarsi dell'evento e la sua credibilità logica e razionale.

---

*è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.*

*La distinzione tra reato doloso e reato colposo, stabilita da questo articolo per i delitti, si applica altresì alle contravvenzioni, ogni qualvolta per queste la legge penale faccia dipendere da tale distinzione un qualsiasi effetto giuridico”.*

<sup>101</sup> Corte dei Conti, sez. giur. Sardegna, sentenza n. 2215 del 18 novembre 2008.

Le norme che regolano la responsabilità amministrativa collegano la risarcibilità del danno alla graduazione della colpa, ossia, in ultima analisi, al grado di antidoverosità del comportamento dell'agente. Proprio per questo motivo, in termini di nesso causale, il giudice contabile dovrà determinare quanta parte del danno economico prodotto dovrà tenersi risarcibile in relazione all'intensità della colpa del responsabile, quest'ultima individuata, come abbiamo detto, in riferimento a tutte le circostanze di fatto in cui si svolge l'azione di danno.

Il nesso di causalità, comunque inteso, è escluso solo al verificarsi di una causa che abbia autonoma efficienza e sia di per sé idonea a produrre l'evento, interrompendo ogni legame tra la causa remota ed il presunto danno<sup>102</sup>. Ne sono esempio le cause di giustificazione quali l'incapacità di intendere e di volere, il caso fortuito e la forza maggiore, l'adempimento di un dovere e l'esercizio di un diritto, lo stato di necessità e la legittima difesa<sup>103</sup>.

In conclusione, la responsabilità amministrativa considera rilevante il "fatto dannoso", prescindendo dal suo manifestarsi come illecito o come inadempimento; considera il danno prodotto ed accertato secondo il criterio delle conseguenze dirette ed immediate (tenendo comunque conto del criterio della *compensatio lucri cum damno*); considera tale danno come presupposto per l'esercizio dell'azione di responsabilità amministrativa da parte del Pubblico Ministero; esclude che tale danno costituisca il contenuto di un'obbligazione risarcitoria nascente da un illecito civile o dall'inadempimento di una preesistente obbligazione; fa dipendere la risarcibilità del danno dall'esercizio dei poteri discrezionali ed equitativi del giudice contabile, il quale gradua la condanna sulla base della gravità della colpa; conferisce alla sentenza del giudice contabile la natura di una sentenza determinativa con effetti costitutivi.

Ne consegue che mentre la responsabilità civile mira ad attuare un diritto soggettivo, quella amministrativa attua il diritto oggettivo. Nel primo caso, infatti, il promuovimento è rimesso alla volontà del soggetto interessato, nel secondo invece il giudizio è promosso necessariamente ed obbligatoriamente da un organo del pubblico ministero. La condanna discrezionale ed equitativa del giudice contabile, infine, non può superare il tetto massimo costituito dall'ammontare del danno economico, determinato secondo le modalità previste dal codice civile (criterio delle conseguenze dirette ed immediate), tenendo conto, come abbiamo visto, del principio della *compensatio lucri cum damno*.

---

<sup>102</sup> "La causa giuridica di un evento dannoso è da ricercare in un comportamento colposo commissivo o omissivo contrario a norme imperative che secondo la regolarità causale costituisce *conditio sine qua non* dell'evento stesso, tale che va respinta l'equivalenza delle cause, mentre va adottata quella della condotta costitutiva, cioè direttamente collegata all'evento lesivo" (Corte dei Conti, sez. III, 30 settembre 2002, n. 300).

<sup>103</sup> Le ultime due cause di giustificazione sono espressamente previste anche dalla legislazione amministrativa, più precisamente dall'art. 29 della L. 3/1957.

## CAPITOLO IV

### Il danno all'immagine della pubblica amministrazione

Il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione è una delle figure di più ricorrente applicazione nella prassi giudiziaria.

Secondo un'accurata definizione dottrinale, il danno all'immagine "lede il buon andamento dell'amministrazione, la quale, a causa della condotta illecita perpetrata dai dipendenti infedeli, perde credibilità e la fiducia dei cittadini - amministrati, poiché ingenera in questi ultimi la convinzione che il comportamento illecito posto in essere dal dipendente rappresenti il modo in cui l'ente agisce ordinariamente"<sup>104</sup>.

Dello stesso avviso è anche la giurisprudenza secondo la quale "nei confronti della persona giuridica ed in genere dell'ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale, costituito dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisce"<sup>105</sup>.

Circa il danno all'immagine vi è stato un lungo e difficile travaglio dottrinale e giurisprudenziale, che merita di essere analizzato.

#### 1. Il danno all'immagine delle persone giuridiche

Il concetto di danno all'immagine è stato da sempre ricollegato dalla giurisprudenza solamente alle persone fisiche.

Il Codice Civile, infatti, per quanto riguarda le persone giuridiche disciplinava l'abuso dell'immagine altrui all'art. 10<sup>106</sup>, integrandolo con gli art. 96<sup>107</sup>, 97<sup>108</sup> e 98<sup>109</sup> della Legge sul di-

---

<sup>104</sup> CARIDÀ, "Amministrazione pubblica e responsabilità", Pisa 2011, pag. 96

<sup>105</sup> Corte dei Conti, sezione giurisdizionale Lombardia, 6 marzo 2008, n. 136.

<sup>106</sup> Art. 10 c.c.: "*Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni?*".

ritto d'autore (L. 633/1941). In realtà, il concetto di immagine sotteso a queste disposizioni coincideva con una nozione ristretta di immagine, legata alla rappresentazione grafica, fotografica o plastica di una persona, intendendovi ciò che appare all'esterno, da un punto di vista esclusivamente materiale.

Tuttavia il concetto in questione può essere inteso anche in senso più ampio, identificandosi con l'insieme delle caratteristiche oggettive e soggettive che vengono ricollegate al modo di essere di una persona. Da questo punto di vista la tutela dell'immagine si intreccia con quella di altri beni giuridici come l'onore, il decoro, la riservatezza, tutti accomunabili nel concetto più ampio di personalità.

In origine, la dottrina negava la possibilità di attribuire a una persona giuridica un oltraggio all'onore, a causa della mancanza del presupposto essenziale della stessa di sentirsi offesa da un'aggressione al proprio decoro e alla propria reputazione, trattandosi di un ente astratto e completamente insensibile<sup>110</sup>.

Con il passare del tempo si è giunti a una nozione più estesa di danno che trascende i tradizionali valori dell'onore e della sofferenza della persona, identificandolo con qualunque pregiudizio insuscettibile di valutazione sotto il profilo patrimoniale e non come mero danno morale.

In particolare, già a partire dagli anni Ottanta, le Sezioni Penali della Cassazione iniziarono a riconoscere l'estensione dei delitti di ingiuria e diffamazione alle persone giuridiche, le quali, quindi, potevano assumere la qualità di soggetti passivi dei delitti contro l'onore, senza che fosse altresì preclusa la configurabilità di una concorrente offesa alla reputazione delle singole persone fisiche che ne fanno parte.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> Art. 96 Legge sul diritto d'autore: *“Il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa, salve le disposizioni dell'articolo seguente.*

*Dopo la morte della persona ritrattata si applicano le disposizioni del secondo, terzo e quarto comma dell'art. 93”.*

<sup>108</sup> Art. 97 Legge sul diritto d'autore: *“Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, cerimonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.*

*Il ritratto non può tuttavia essere esposto o messo in commercio, quando l'esposizione o messa in commercio rechi pregiudizio all'onore, alla reputazione o anche al decoro nella persona ritrattata”.*

<sup>109</sup> Art. 98 Legge sul diritto d'autore: *“Salvo patto contrario, il ritratto fotografico eseguito su commissione può, dalla persona fotografata o dai suoi successori o aventi causa, essere pubblicato, riprodotto o fatto riprodurre senza il consenso del fotografo, salvo pagamento a favore di quest'ultimo, da parte di chi utilizza commercialmente la produzione, di un equo corrispettivo.*

*Il nome del fotografo, allorché figure sulla fotografia originaria, deve essere indicato.*

*Sono applicabili le disposizioni dell'ultimo comma dell'art. 88”.*

<sup>110</sup> Nel 1976 il Tribunale di Roma ha affermato l'impossibilità di un risarcimento del danno non patrimoniale in favore delle persone giuridiche, in quanto incapaci di provare sentimenti ed emozioni.

<sup>111</sup> Inizialmente tale impostazione è stata prevista solo in favore delle associazioni, dei comitati, delle fondazioni e delle società di persone, stante lo stretto collegamento fra l'organismo collettivo e i suoi componenti. La giurisprudenza, tuttavia, non ha esitato ad estendere tale interpretazione anche alle società di capitali.

I concetti di onore e di immagine, in questo modo, una volta sganciati dall'originaria ottica personalistico-materiale, furono utilizzati anche con riferimento ai soggetti giuridici formati dall'aggregazione di più persone.

La giurisprudenza di legittimità iniziò, inoltre, ad affermare che “la persona giuridica, se non può per sua natura subire dolori o turbamenti, è portatrice dei diritti della personalità compatibili con l'assenza di fisicità, e quindi del diritto all'esistenza, all'identità, al nome, all'immagine e alla reputazione; pertanto, è configurabile in capo alla stessa un danno non patrimoniale per l'irragionevole durata del processo, indennizzabile ai sensi della L. n. 89 del 24 marzo 2001, sempre che il tema del dibattito coinvolga, direttamente o indirettamente, gli indicati diritti, pregiudicandoli per effetto del perdurare dello stato di incertezza determinato dalla pendenza della lite”<sup>112</sup>.

Con questi arresti, la giurisprudenza prese atto che anche nei confronti di una persona giuridica poteva porsi un problema di lesione all'immagine, intesa in senso ampio come insieme delle caratteristiche che ne contraddistinguono l'attività e il modo di operare.

La Suprema Corte arrivò, quindi, a riconoscere la risarcibilità del danno per lesione dell'immagine della persona giuridica e, più in generale, dell'ente collettivo, sul presupposto che tale diritto, al pari di quelli al nome e all'identità personale, trova fondamento nell'art. 2 della Costituzione<sup>113</sup>. In buona sostanza, il richiamo alle “formazioni sociali” operato dalla Costituzione rappresentò lo spiraglio attraverso il quale venne ricondotta anche la persona giuridica nel novero dei soggetti tutelabili in quanto titolari di diritti fondamentali quali l'esistenza, l'immagine, la reputazione.

Il diritto all'immagine è stato quindi configurato come una situazione giuridica soggettiva profondamente diversa dai diritti della personalità riferibili all'individuo e più attenta ai profili di non patrimonialità del danno che al dolore o alla sofferenza (di cui evidentemente la persona giuridica è incapace) del soggetto che lo subisce.

A tale orientamento si sono conformate sia la Corte dei Conti che il Consiglio di Stato. Più specificatamente, possiamo ricordare, ai soli fini d'esempio, la pronuncia della V Sezione del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 491/2008, ha stabilito la risarcibilità, anche nei

---

<sup>112</sup> Cass. civ., Sez. I, 29 ottobre 2002, n. 15233. Secondo Cass., Sez. III civ., 22 marzo 2012, n. 4542, “anche le persone giuridiche, tra cui vanno compresi gli enti territoriali esponenziali, quali un Comune, possono essere lesi in quei diritti immateriali della personalità, che sono compatibili con l'assenza di fisicità, quali i diritti all'immagine, alla reputazione, all'identità storica, culturale, e politica costituzionalmente protetti ed in tale ipotesi ben possono agire per il ristoro del danno patrimoniale”.

<sup>113</sup> Art. 2 Cost.: “La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo e sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”.



giudizi amministrativi, del danno esistenziale subito dall'appaltatore per la lesione della sua immagine causata dalla revoca dell'appalto da parte della stazione appaltante e dall'adozione di una nota informativa successivamente smentita all'esito di un procedimento penale. Tale assunto prende le mosse dal fatto che la reputazione e la considerazione di cui un soggetto gode non devono essere considerati appannaggio esclusivo della persona fisica, ma vanno riconosciuti anche alle persone giuridiche.

## **2. Il danno all'immagine della pubblica amministrazione**

Una volta affermata la possibilità per le persone giuridiche private di agire in giudizio per la tutela della propria immagine, è stato facile estendere il medesimo concetto anche alle persone giuridiche di diritto pubblico. Tale estensione ha però dovuto tener conto del carattere pubblico degli enti, identificati come portatori di interessi collettivi, arrivando a costruire la categoria del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione come "lesione del rapporto fiduciario intercorrente tra l'ente pubblico e gli utenti, tale da compromettere il buon funzionamento ed il migliore raggiungimento dei fini istituzionali"<sup>114</sup>.

La necessità di garantire l'immagine dell'Amministrazione nasce dal precetto costituzionale dell'art. 97 (oltre che dell'art. 2, già citato per quanto concerne le persone giuridiche in senso esteso), ove sono affermati i principi di buon andamento, di correttezza e di efficienza. Sempre nel testo costituzionale occorre altresì menzionare l'art. 54<sup>115</sup> che impone il rispetto di peculiari obblighi di disciplina e onore ai soggetti che svolgono funzioni pubbliche. Al contempo, la tutela dell'immagine e del prestigio è anche un corollario del principio di buona amministrazione, il quale risulta effettivo solo se l'opinione che i cittadini hanno dell'amministrazione stessa non sia condizionata da un senso di sfiducia nella sua efficienza e serietà.

L'immagine di buon andamento della Pubblica Amministrazione assume quindi una duplice funzione: da un lato, essa è finalizzata al perseguimento dei compiti dello Stato, dall'altra funge da riconoscimento e garanzia dei diritti dei cittadini.

Proprio per tale motivo, il diritto all'immagine non è stato riconosciuto solo allo Stato, inteso come amministrazione centrale, ma ad ogni singolo ente, sull'assunto che è proprio

---

<sup>114</sup> Corte dei Conti, Sez. II centrale, n. 41 del 06 ottobre 2003.

<sup>115</sup> Art. 54 Cost.: "*Tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*".

quest'ultimo a subire in modo diretto gli effetti negativi del comportamento lesivo della propria immagine istituzionale. Ad ogni modo, la lesione dell'immagine del singolo ente può assumere carattere generale e riguardare l'intero sistema dell'amministrazione, intesa come Stato – persona. Ne consegue, pertanto, l'indisponibilità del diritto all'immagine della Pubblica Amministrazione la quale deve essere ripristinata, a prescindere dalla valutazione della singola Amministrazione colpita<sup>116</sup>.

Dunque, per aversi danno all'immagine della pubblica amministrazione, secondo la più recente opinione, la lesione deve rivelarsi come negativa propagazione del comportamento illecito del dipendente pubblico che ha idoneità a deteriorare ed offuscare l'immagine dell'amministrazione la quale, per definizione, deve possedere, diffondere e difendere valori di onestà, correttezza, trasparenza, legalità ed affidabilità; essa, in altri termini, deve essere capace di incrinare il rapporto di fiducia tra la cittadinanza e l'istituzione pubblica a tal punto da realizzare un vero e proprio “danno sociale”<sup>117</sup>.

La lesione all'immagine si produce, in siffatta prospettiva, allorché all'evento dannoso consegua una percettibile eco sui mezzi di informazione, in modo da suscitare riprovazione nell'opinione pubblica<sup>118</sup>.

### **3. La natura del danno all'immagine**

#### *3.1. Tipologia di danno*

Come abbiamo già introdotto in precedenza, nell'ambito dell'analisi sulla natura giuridica del danno all'immagine particolarmente rilevante è stato il tentativo di ricondurre tale figura giuridica al danno morale.

La *ratio* di tale scelta risiedeva nella necessità di garantire un risarcimento del danno in relazione al discredito sociale subito dall'ente e determinato dal verificarsi di una fattispecie penalmente rilevante, riconducibile a una condotta degli amministratori o dei dipendenti pubblici.

Punto debole di tale impostazione era però l'impossibilità di attribuire alla persona giuridica un *pretium doloris*. Proprio per tale motivo era stata riconosciuta la giurisdizione della Corte dei Conti esclusivamente in funzione dell'esborso monetario per il ripristino dell'immagine.

---

<sup>116</sup> Corte dei Conti, Regione Umbria, Sezione giurisdizionale, sentenza n. 98 del 9 gennaio 2001.

<sup>117</sup> Corte dei Conti, sezione giurisdizionale, Veneto, sentenza n. 322 del 17 aprile 2009.

<sup>118</sup> Corte dei Conti, II Sezione, sentenza n. 431 dell'11 novembre 2010.

La giurisprudenza, dunque, ha esteso la tutela non solo ai beni pubblici patrimoniali in senso proprio, ma anche alla lesione di interessi che sono da considerare beni in senso giuridico, consistenti nel pregiudizio arrecato all'immagine di un ente pubblico che si traduce in un danno sociale.

Si è dunque assistito a un progressivo passaggio dalla concezione del danno morale a quella del danno sociale, il quale è divenuto referente necessario al fine di chiarire la portata del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione in quanto titolare di diritti non patrimoniali quali l'onore, la reputazione e l'identità personale. In questo caso, la giurisprudenza contabile ha fatto riferimento al danno non patrimoniale e non a quello morale, confermando quanto già sancito dalla Cassazione secondo la quale “non può condividersi l'equazione tra danno non patrimoniale e danno morale (cosiddetta *pecunia doloris*), perché il danno non patrimoniale comprende qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi ad una valutazione monetaria basata su criteri di mercato, non può essere oggetto di risarcimento, sibbene di riparazione”<sup>119</sup>.

Inizialmente<sup>120</sup>, quindi, il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione era stato qualificato come danno non patrimoniale, più precisamente come *sub specie* di danno morale ex art. 2059 c.c. che, letto necessariamente in combinato disposto con l'art. 185 c.p., consentiva la risarcibilità della lesione di interessi di carattere non strettamente patrimoniale nelle sole ipotesi integranti illecito penale. Una simile soluzione, però, comportava l'attrazione del danno all'immagine, non già in capo alla Corte dei Conti, bensì al giudice ordinario essendo il giudice contabile deputato alla cognizione delle controversie in materia di danno erariale, da intendersi come nocumento patrimoniale effettivo subito dall'amministrazione stessa.

Una simile ricostruzione, però, ha generato non poche obiezioni, mosse essenzialmente dal rilievo per cui le persone giuridiche non possono essere ontologicamente in grado di patire sofferenze morali.

Proprio per questo motivo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno preferito ricondurre il danno in questione “alla grave perdita di prestigio ed al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica che, anche se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta è, tuttavia, suscettibile di una valutazione patrimoniale, sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso”<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Cass. Civ., sez. I, sentenza n. 7646 del 10 luglio 1991.

<sup>120</sup> Si tratta di un risalente orientamento giurisprudenziale maturato in seno alle Sezioni Riunite della Corte dei conti nel 1988.

<sup>121</sup> Corte di cassazione, Sez. Un., sentenza n. 5668 del 21 marzo del 1997.

Da ciò discende la qualificazione del danno all'immagine della P.A. come *species* del più ampio *genus* danno erariale, in quanto suscettibile di valutazione economica poiché comprensivo di una serie di costi sostenuti, tra l'altro, per le attività necessarie al recupero di credibilità dell'ente, per la riorganizzazione dei servizi o anche per la sostituzione del vertice politico o amministrativo all'ente stesso.

Sulla scia dei predetti orientamenti maturati a livello giurisprudenziale, la più attenta dottrina ha osservato che, in tal caso, il fatto lesivo è produttivo di due differenti voci di danno nei confronti della pubblica amministrazione, cui scaturisce pertanto un duplice risarcimento e, in particolare, un danno morale ex art. 2059 c.c. e un danno patrimoniale che deriva dai costi da affrontare per ripristinare il prestigio violato. In tal caso, il primo nocumento è prettamente non patrimoniale ed integra gli estremi del *pretium doloris* mentre, il secondo, è suscettibile di valutazione economica e rientra nell'alveo del danno erariale.

In un momento successivo, nell'intento di superare le restrizioni insite nella riserva di legge di cui all'art. 2059 c.c. e nel solco della concezione del danno - evento elaborata dalla Consulta a partire dal 1986, la giurisprudenza si è adoperata nel riconoscere una rinnovata tutela al danno all'immagine alla luce del combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 2043 c.c. Questo essenzialmente perché si tratta di un danno ingiusto arrecato ad uno dei diritti fondamentali della persona giuridica pubblica, ovvero ad una delle più risalenti formazioni sociali nelle quali si svolge la personalità dell'uomo, qualificabile in termini di danno - evento e risarcibile indipendentemente dalla sussistenza di un illecito penale.

Questa immensa stratificazione giurisprudenziale e dottrinale, fin qui analizzata, ha palesato l'esigenza di una pronuncia definitiva sull'esatta natura del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Tale situazione d'incertezza ha indotto la I Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti a rimettere al giudizio delle Sezioni Riunite la questione di massima sulla natura del danno all'immagine, chiedendo se esso si possa configurare come danno esistenziale, ex art. 2043 c.c. ovvero come danno non patrimoniale, ex art. 2059 c.c.

Le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, con sentenza n. 10/SR/QM del 23 aprile 2003, hanno accolto senza esitazione la prima opzione. Il danno all'immagine è stato, quindi, configurato come un danno esistenziale, inteso come un pregiudizio areddituale, di natura non patri-

moniale e tendenzialmente omnicomprensivo, in quanto ogni lesione di attività esistenziali del danneggiato può dar luogo al risarcimento del danno (ex art. 2043 c.c.)<sup>122</sup>.

Con tale arresto, si è dunque dipanata la confusione che, in materia di danno all'immagine, albergava tra danno morale e danno non patrimoniale. Per lungo tempo, infatti, queste due tipologie sono state considerate come un'unica fattispecie che faceva capo all'art. 2059 c.c. Con la sentenza del 2003, invece, il danno morale e quello non patrimoniale sono stati distinti: il primo riguarda il danno subito dall'individuo nella sua sfera psichica; il secondo, invero, ricomprende tutto ciò che rappresenta un danno alla sfera giuridica dell'individuo, pur non ravvisando immediatamente una perdita di carattere economico.

L'affermazione di tali differenze e l'esistenza di una serie di danni non riconducibili alla categoria del danno patrimoniale e non tutelati dall'art. 2059 c.c., hanno condotto alla creazione di un *tertium genus* di danno, il cosiddetto "danno esistenziale", che tende a sottrarsi all'alternativa tra danno patrimoniale e danno non patrimoniale, al fine di divenire un pregiudizio autonomamente risarcibile<sup>123</sup>.

La giurisprudenza nel costruire tale nuova figura di danno si è originariamente basata sull'applicazione congiunta degli artt. 2043 del codice civile e 32 della Costituzione, che tutela il bene della salute individuale e collettiva. Le Sezioni Riunite, però, hanno affermato che "perfettamente applicabile alla tutela dell'immagine delle Pubbliche Amministrazioni si rivela [...] il modello risarcitorio del danno esistenziale per le fattispecie diverse dalla lesione del diritto alla salute e quindi dell'art. 32 della Costituzione che tale diritto tutela". Tra tali fattispecie vi rientra, infatti, anche il diritto alla propria immagine intesa come tutela della propria identità personale, del proprio buon nome, della propria reputazione e della propria credibilità.

In tale nuova ottica, il danno esistenziale differisce profondamente dalle altre tipologie di danno. Esso, rispetto al danno biologico, sussiste indipendentemente da una lesione fisica o psichica, mentre rispetto a quello morale, non consiste in una sofferenza (la quale può rappresentare una ulteriore conseguenza, ma non si identifica con lo stesso). Infine, diversamente dal danno patrimoniale, quello esistenziale prescinde da una riduzione della capacità reddituale del soggetto leso.

---

<sup>122</sup> La sentenza delle Sezioni Riunite così afferma: "Una congrua utilizzazione del risarcimento di danni siffatti da parte della giurisprudenza servirebbe ad affermare nell'ordinamento la possibilità di tutela dei diversi aspetti della personalità, anche con funzionalizzazione delle situazioni patrimoniali alla reintegrazione di valori tipicamente areddituali o comunque immateriali".

<sup>123</sup> Questa nuova figura di danno, nella quale è confluito anche il danno biologico, da un lato è venuta incontro all'esigenza di tutelare fattispecie dannose areddituali e, dall'altro lato, ha consentito alla Corte Costituzionale di salvare l'art. 2059 c.c. dal giudizio di incostituzionalità.

Si legge nella sentenza delle Sezioni Riunite che “il danno morale è essenzialmente un sentire, il danno esistenziale è piuttosto un fare (cioè un non poter più fare, un dover agire altrimenti). L’uno attiene per sua natura al dentro, alla sfera dell’emotività; l’altro concerne il fuori, il tempo e lo spazio della vittima”.

### 3.2. *Danno-evento o danno-conseguenza?*

Una volta data per assodata la natura esistenziale del danno all’immagine della Pubblica Amministrazione, il passo successivo è stato quello di stabilire se tale danno fosse riconducibile nell’alveo del danno-evento o del danno-conseguenza.

La differenza fra queste due fattispecie è assai rilevante sul piano probatorio. Qualora, infatti, si considerasse il danno come evento le conseguenze esistenziali negative finirebbero per coincidere con la lesione in sé del bene giuridico. Il danno-conseguenza, al contrario, comprende anche tali conseguenze negative, rispetto alle quali l’evento rileva solo quale presupposto.

La ricostruzione giuridica del danno come evento evita il pericolo che la lesione, riconosciuta in astratto, sia vanificata in concreto dalle difficoltà incontrate dalla persona offesa nella dimostrazione delle caratteristiche personali compromesse. La tutela risarcitoria sarà infatti possibile per il semplice fatto che una determinata prerogativa risulti danneggiata, restando in discussione soltanto gli aspetti relativi alla quantificazione del danno (che sono rimessi al giudice, anche attraverso l’utilizzo di criteri discrezionali). A tale concezione si contrappone quella dei fautori della teoria del danno come conseguenza, i quali escludono qualsiasi possibilità di automatismo, al fine di diminuire il pericolo di risarcimenti eccessivi o immotivati.

Inizialmente la giurisprudenza ha fatto propria la prima teoria, identificando il danno all’immagine come un danno in sé, derivante dalla lesione di interessi così importanti da giustificare il risarcimento *in re ipsa*, a prescindere dalla prova del danno. I giudici contabili hanno ritenuto che la soluzione fosse in buona parte condizionata dalla configurazione attribuita al danno esistenziale, affermando che “in realtà, tale configurazione rimane comunque condizionata dalla necessità di superare l’impasse dell’art. 2059 c.c. e di utilizzare la generale previsione dell’art. 2043 per la copertura, per tale via, di ipotesi di danni non patrimoniali individuate dalla dottrina e dalla giurisprudenza ed entrate ormai a far parte del diritto vivente. La qualificazione non patrimoniale rimane, quindi, prevalente e non può non orientare la soluzione del quesito nel senso della sufficienza del danno come evento”.

Sempre le Sezioni Riunite hanno aggiunto che “oggetto del risarcimento non può che essere una perdita cagionata dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva e la liquidazione

del danno non può riferirsi se non a perdite. A questi limiti soggiace anche la tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali causati dalla lesione di diritti o interessi costituzionalmente protetti, quale il diritto all'immagine, con la peculiarità che essa deve essere ammessa, per precetto costituzionale, indipendentemente dalla dimostrazione di perdite patrimoniali, oggetto del risarcimento essendo la diminuzione o la privazione di valori inerenti al bene protetto”.

Tale inquadramento sistematico è stato oggetto di critiche e di tendenze contrastanti. In particolare, si è assistito a un cambio di rotta a favore del danno come conseguenza a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, 4 giugno 2007, n. 12929 che ha affermato che “poiché anche nei confronti della persona giuridica ed in genere dell'ente collettivo è configurabile la risarcibilità del danno non patrimoniale allorquando il fatto lesivo incida su una situazione giuridica della persona giuridica o dell'ente che sia equivalente ai diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione, e fra tali diritti rientra l'immagine della persona giuridica o dell'ente, allorquando si verifichi la lesione di tale immagine, è risarcibile, oltre al danno patrimoniale, se verificatosi, e se dimostrato, il danno non patrimoniale costituito - come danno cosiddetto *conseguenza* - dalla diminuzione della considerazione della persona giuridica o dell'ente nel quale si esprime la sua immagine, sia sotto il profilo della incidenza negativa che tale diminuzione comporta nell'agire delle persone fisiche che ricoprono gli organi della persona giuridica o dell'ente e, quindi, nell'agire dell'ente, sia sotto il profilo della diminuzione della considerazione da parte dei consociati in genere o di settori o categorie di essi con le quali la persona giuridica o l'ente di norma interagisca. Il suddetto danno non patrimoniale va liquidato alla persona giuridica o all'ente in via equitativa, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto”.

Tale principio, affermato per la prima volta dalla Cassazione, ha trovato espresso accoglimento in alcune decisioni delle sezioni regionali della Corte dei Conti. Contestualmente, il Collegio ha individuato “nell'esercizio dei propri poteri di qualificazione in diritto (secondo il brocardo *iura novit curia*) la norma violata dal convenuto nell'art. 2059 c.c. anziché nell'art. 2043 c.c.”<sup>124</sup>. La riconducibilità all'art. 2059 c.c. è stata sostenuta anche dalle Sezioni Unite che, con sentenza n. 26972 del 2008, “con riferimento al danno non patrimoniale e, quindi, anche al danno all'immagine ha fissato il principio secondo il quale, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., unica norma disciplinante il risarcimento del danno non patrimoniale, la tutela risarcitoria è data, oltre ai casi determinati dalla legge, nei casi di lesione di specifici diritti inviolabili della persona fisica offesa, equivalente a quelli della persona giuridica pubblica, e ciò in presenza di un'ingiustizia costituzionalmente qualificata (ex artt. 2, 3, 97 Cost.).

---

<sup>124</sup> Corte dei Conti, Sezione Regionale Lombardia, sentenza n. 532 del 30 luglio 2008.

La lesione di tale interesse da parte di pubblici dipendenti o da incaricati di pubblici servizi si traduce in un'alterazione dell'identità della P.A. e più ancora nell'apparire di un'immagine negativa, con grave compromissione di quel rapporto di totale affidamento che unisce gli amministratori all'Amministrazione, che solo giustifica una entificazione pubblica diversificata da quella privata, per la peculiare capacità giuridica e d'agire di cui essa è dotata e – dunque – per la peculiare natura dei poteri esercitati.

In definitiva, può dirsi che in ipotesi di condotta penalmente rilevante, la gravità del comportamento contrario agli obblighi di servizio e la diffusione presso la collettività della notizia dello stesso sono causa di un danno all'immagine a carico dell'ente pubblico cui appartiene il responsabile”.

### *3.3. Riflessi sulla giurisdizione*

Il problema della natura del danno all'immagine ha avuto importanti ripercussioni anche sul riparto della giurisdizione. Come abbiamo visto, infatti, il danno all'immagine è stato tradizionalmente ricondotto nell'alveo della responsabilità extracontrattuale di cui agli articoli 2043 e seguenti del codice civile. Applicando tale voce di danno alla pubblica amministrazione si sono verificate, sia in dottrina sia in giurisprudenza, una serie di incertezze sulla reale natura giuridica dello stesso, in gran parte dovute alla necessità di individuare il giudice competente. Infatti, a seconda che si considerasse o meno il danno all'immagine come una forma di pregiudizio economico per l'erario pubblico, ne sarebbe conseguita la giurisdizione al giudice contabile o a quello ordinario.

Ad oggi è pacifica la giurisdizione della Corte dei Conti in materia di danno all'immagine. È da segnalare, in questo campo, l'orientamento giurisprudenziale della Suprema Corte, per la quale la cognizione appartiene alla Corte dei Conti anche qualora sussista “non solo il danno erariale, ma anche il danno conseguente alla perdita di prestigio e al grave detrimento dell'immagine e della personalità pubblica dello Stato che, pur se non comporta una diminuzione patrimoniale diretta, è tuttavia suscettibile di una valutazione patrimoniale sotto il profilo della spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso”.

Tale orientamento giurisprudenziale ha subito una rivisitazione nel 1999 da una nuova pronuncia in forza della quale rientra nella giurisdizione della Corte dei Conti la cognizione dell'azione di responsabilità amministrativa sia per il danno derivante da una perdita patrimoniale diretta, sia per il danno all'immagine dell'ente che deve qualificarsi come danno patrimoniale.



Dunque, secondo la Corte di Cassazione<sup>125</sup>, la quale si è pronunciata in materia di danno all'immagine derivante dalla riscossione di tangenti, gli indici sintomatici della giurisdizione della Corte dei Conti possono essere ravvisati nella spesa necessaria per il ripristino del danno, nelle erogazioni e nella qualità di amministratore o funzionario pubblico al quale il danno è imputabile. Pertanto, la giurisdizione della Corte dei Conti è individuata non dalla patrimonialità dell'interesse, bensì dalla patrimonialità della lesione<sup>126</sup>.

Successivamente si è giunti alla conclusione secondo la quale, nel caso di danno all'immagine, in quanto è pregiudicato il principio di buona amministrazione, tale danno debba essere risarcito indipendentemente dal fatto che l'amministrazione abbia o meno dovuto affrontare le spese di ripristino dell'immagine. Tale orientamento è stato confermato dalla già citata sentenza n. 10 del 23 aprile 2003 delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti secondo la quale è opportuno riconoscere la responsabilità amministrativa in funzione di interessi ulteriori rispetto a quelli relativi alla mera integrità patrimoniale. In tale contesto, nel 2009 si è pronunciata la Corte di Cassazione la quale ha privilegiato, con riferimento alla giurisdizione, un approccio più sostanzialistico "sostituendo ad un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei Conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate".

Chiarito tutto ciò, è opportuno porre l'accento su un'ultima questione particolarmente dibattuta, ossia quella concernente la proposizione dell'azione di responsabilità nel caso in cui esista un giudicato penale a seguito del quale sia già stato liquidato il danno all'Amministrazione danneggiata.

L'opinione prevalente della giurisprudenza della Corte dei Conti, seguendo le orme della Corte Costituzionale, ha affermato che le azioni di responsabilità amministrativa e contabile non devono essere considerate inammissibili per sopravvenuto difetto di interesse in caso di costituzione dell'Amministrazione danneggiata come parte civile in un processo penale. L'unico limite posto dalla stessa giurisprudenza concerne il caso in cui il danno sia stato interamente soddisfatto in sede penale nella medesima misura indicata in sede di giurisdizione contabile. La dottrina, difatti, ha sottolineato l'autonomia della giurisdizione contabile in quanto le due azioni

---

<sup>125</sup> Cass. Civ. SS. UU., sentenza n. 98 del 4 aprile 2000.

<sup>126</sup> Occorre ricordare che, in tale ottica, il patrimonio pubblico era inteso come l'insieme di tutti i beni materiali e immateriali, ivi compresi i diritti dai quali l'ente pubblico può ricavare, direttamente o indirettamente, un'utilità economica. In questo modo, una volta inquadrata la lesione del diritto all'immagine nell'ambito delle possibili aggressioni al patrimonio pubblico, ne discende il doveroso riconoscimento della giurisdizione ai giudici contabili.

presentano delle sostanziali differenze funzionali e di interpretazione normativa. Tale indipendenza delle azioni deriva dal fatto che, pur scaturendo dallo stesso fatto illecito, l'interferenza può verificarsi tra giudizi e non tra giurisdizioni.

Ricapitolando, dunque, il danno all'immagine è autonomamente risarcibile rispetto ad eventuali ulteriori danni patrimoniali, costituendo una lesione di carattere non patrimoniale. Rientra, infatti, nell'alveo del danno non patrimoniale ingiusto per violazione di un diritto fondamentale della persona giuridica pubblica e viene configurato come danno patrimoniale in senso ampio sulla base del combinato disposto degli artt. 2043 c.c. e 2 Cost. Va qualificato, più specificamente, come danno esistenziale, ai sensi dell'art. 2043 c.c. e non già come danno morale, ex art. 2059 c.c. e viene considerato come danno-evento, inteso come lesione di situazioni soggettive che determina la perdita di beni protetti, anche non patrimoniali, che assumono rilevanza costituzionale. Si prescinde, pertanto, da ulteriori effetti patrimoniali dell'illecito, che integrerebbero al più il cosiddetto danno-conseguenza costituendo i presupposti del danno patrimoniale riflesso e non già del danno all'immagine che qui rileva.

Per quanto concerne quest'ultimo assunto, però, non sono mancati interventi giurisprudenziali di parere contrario, sintomatici del fatto che il dibattito sul danno all'immagine della Pubblica Amministrazione è in continua evoluzione.

#### **4. Le fonti del danno all'immagine**

Come abbiamo appurato dall'analisi appena condotta, la lesione al prestigio dell'amministrazione ha come effetto principale quello di minare la fiducia della collettività nella gestione della cosa pubblica, con una conseguente diminuzione del livello di credibilità delle istituzioni. A tal fine è importantissimo, come avremo modo di analizzare, il ruolo rivestito dai *mass media*, sia dal punto di vista della diffusione, dell'amplificazione del fatto illecito e delle sue conseguenze sia da quello dell'ammontare del danno. Contestualmente, televisione, giornali e altri mezzi di comunicazione sono fondamentali anche per la selezione delle condotte rilevanti in sede contabile come causative di danno: molto spesso, infatti, un certo comportamento, anche se illecito dal punto di vista penale o erariale, ove non amplificato dai *mass media*, può non comportare alcun danno all'immagine dell'ente pubblico, rimanendo sconosciuto alla giurisdizione contabile. Emblematico, ai fini esemplificativi, è stato un caso (anche se ormai risalente) in cui i giudici contabili hanno assolto un militare appartenente alle forze dell'ordine che aveva

ottenuto con dolo il rimborso di alcune spese di missione producendo fatture fiscali relative a prestazioni effettivamente mai godute<sup>127</sup>.

In questo caso, la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti, pur ritenendo grave il comportamento tenuto dal soggetto, non ha ritenuto sussistenti i presupposti per una condanna al risarcimento del danno all'immagine in quanto il fatto era stato scarsamente pubblicizzato dai *mass media* e, di conseguenza, aveva avuto poco seguito nell'opinione pubblica.

Il diritto della pubblica amministrazione a ottenere un risarcimento in caso di lesione alla propria immagine è sostanzialmente un costrutto giurisprudenziale. Il danno all'immagine, come abbiamo visto, è stato innanzitutto considerato come un danno-evento, che si configura per la sola circostanza della lesione del bene giuridico tutelato e non come una conseguenza patrimoniale negativa di un comportamento delittuoso. Tale tendenza aveva provocato il diffuso esercizio dell'azione di responsabilità verso amministratori e dipendenti per arrecato danno all'immagine, tanto che la Corte dei Conti aveva provveduto ad estendere il proprio campo d'azione anche a condotte di mero disservizio o comunque riprovevoli, non integranti alcuna forma di illecito penale. Al fine di contenere la proliferazione di sentenze di condanna al risarcimento si è ritenuto opportuno intervenire in via legislativa per meglio determinare le attribuzioni della magistratura contabile in tale ambito. I primi interventi legislativi risalgono al 2009.

Innanzitutto è stata emanata la L. 15/2009 che ha modificato il sistema dei controlli, prevenendo specifici casi di danno all'immagine pubblica, quale ad esempio il comportamento scorretto del dipendente. Quindi c'è stata l'introduzione dell'art. 55-ter nel D.Lgs. 165/2001 ad opera della L. 15/2009 che ha confermato la responsabilità per danno all'immagine da mancata prestazione lavorativa. È stata quindi la volta della L. 69/2009 che, all'art. 42, ha ridefinito il funzionamento delle Sezioni Riunite in sede giurisdizionale, rafforzandone la funzione nomofilattica.

#### 4.1. Il lodo Bernardo

Oltre a quanto fin qui visto, con il “decreto anticrisi” n. 78/2009 e la sua legge di conversione n. 102/2009 è stato introdotto all'art. 17 il comma 30-ter (cosiddetto “Lodo Bernardo”)<sup>128</sup>, modificato successivamente dal D.L. 103 del 2009, convertito nella L. 141 del 2009.

---

<sup>127</sup> Corte dei Conti, Sicilia, sezione giurisdizionale, sentenza n. 22 del 20 gennaio 1998.

<sup>128</sup> Art. 17, comma 30 ter, L. 102/2009: “Le procure della Corte dei conti possono iniziare l'attività istruttoria ai fini dell'esercizio dell'azione di danno erariale a fronte di specifica e concreta notizia di danno, fatte salve le fattispecie direttamente sanzionate dalla legge. Le procure della Corte dei conti esercitano l'azione per il risarcimento del danno all'immagine nei soli casi e nei modi previsti dall'articolo 7 dalla legge 27 marzo 2001, n. 97. A tale ultimo fine, il decorso del termine di prescrizione di cui al comma 2 dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è sospeso fino alla conclusione del procedimento penale. Qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione delle disposizioni di cui al presente comma, salvo che sia stata già

In base a questa disposizione, le procure della Corte dei Conti potevano esercitare l'azione per il risarcimento del danno all'immagine causato alla P.A. “*nei soli casi e nei modi previsti*” dall'art. 7 della legge n. 97/2001<sup>129</sup>, vale a dire nei soli casi in cui il dipendente sia stato condannato, con sentenza irrevocabile, per uno dei delitti di cui al Capo I, Titolo II del codice penale, cioè quelli commessi contro la Pubblica Amministrazione da pubblici ufficiali (artt. 314 - 335-*bis* c.p.). La stessa disposizione, conseguentemente, disponeva la sospensione, fino alla conclusione del procedimento penale, del termine quinquennale di prescrizione per l'azione di risarcimento del danno erariale e sanciva, al contempo, la nullità di qualunque atto istruttorio o processuale posto in essere in violazione di questa previsione.

Numerose sezioni regionali della Corte dei Conti (Umbria, Calabria, Campania, Sicilia, Toscana, Lombardia, nonché la prima sezione giurisdizionale centrale d'appello) hanno sollevato, in merito alla norma sopra descritta, una questione di legittimità costituzionale, con particolare riferimento al secondo e al terzo periodo della norma, denunciando la sua irragionevolezza “per avere il legislatore limitato il risarcimento del danno ai soli casi in cui sia stato commesso un delitto contro la P.A. e non anche in presenza di condotte non delittuose altrettanto gravi ovvero in presenza di reati diversi da quelli espressamente indicati” e ritenendola in contrasto con gli artt. 2, 3, 24, 25, 54, 77, 81, 103, 111 e 113 della Costituzione.

Al vaglio della Corte Costituzionale è stata altresì posta la questione concernente l'introduzione, ad opera della norma dibattuta, di due diverse forme di tutela attivabili dinanzi a sedi giurisdizionali diverse, ossia alla Corte dei Conti per le fattispecie costituenti reato e al giudice ordinario per gli altri casi. Si è, dunque, denunciata una iniqua modulazione delle forme di tutela che si sarebbe potuta tradurre in un ulteriore onere finanziario per le casse pubbliche, non più rimpinguate delle somme riscosse all'esito del giudizio risarcitorio, nonché in una disparità tra amministrazione ed altri soggetti dell'ordinamento, non potendo la prima fruire di un'effettiva tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost.

Tenuto poi conto del tenore letterale della disposizione impugnata, le sezioni hanno anche ritenuto possibile il rischio di un differente trattamento tra dipendenti ed amministratori, essendo solo i primi menzionati nella norma, con la conseguenza che gli amministratori avrebbero

---

*pronunciata sentenza anche non definitiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, è nullo e la relativa nullità può essere fatta valere in ogni momento, da chiunque vi abbia interesse, innanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che decide nel termine perentorio di trenta giorni dal deposito della richiesta”.*

<sup>129</sup> Art. 7, L. 97/2001: “*La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'articolo 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271”.*

continuato ad essere soggetti a giudizi di responsabilità quand'anche non fosse ricorso l'accertamento di un illecito penale a monte.

Infine, la normativa è stata censurata anche alla luce del combinato disposto degli artt. 24 Cost. e 2059 c.c., intendendo il diritto all'immagine alla stregua di un diritto della personalità e come tale meritevole di tutela a prescindere dalla ricorrenza anche dell'illecito penale.

Occorre inoltre ricordare che, prima dell'intervento della Corte costituzionale, non si era ancora formato, in ordine all'interpretazione dell'art. 17, comma 30-ter, un consolidato diritto vivente, essendo presenti, nello scenario giurisprudenziale, almeno tre opzioni interpretative. Per la prima, l'articolo andava interpretato nel senso che la tutela del danno all'immagine per fatto dei suoi dipendenti, sussistesse nei soli casi direttamente previsti dall' art. 7 della legge n. 97 del 2001 ovvero in quelli in cui il danno derivi da reati contro la pubblica amministrazione, dovendosi ritenere preclusa ogni ulteriore tutela per il danno all'immagine derivante da reati diversi da quelli commessi contro la P.A. e, a maggior ragione, per quello derivante da fatto illecito non costituente reato. Per il secondo indirizzo, l'articolo doveva intendersi nel senso che la tutela del danno all'immagine continuasse a sussistere, non solo nei casi direttamente previsti dall' art. 7 della legge n. 97 del 2001, ma anche in quelli cui lo stesso art. 7 indirettamente rinvia allorquando fa salvo il disposto dell'art. 129 comma 3 delle disposizioni attuative del c.p.p.

In tal modo il danno ricorrerebbe sia nel caso di danno all'immagine causato da reati contro la P.A., sia in quello scaturente da ogni altro reato, ritenendosi esclusa ogni ulteriore tutela soltanto nel caso di danno derivante da fatto illecito non costituente reato. Ad avviso della terza linea interpretativa, invece, l'articolo comporta che, come per la seconda opzione, la tutela dell'immagine possa sostenersi nel caso di danno scaturente da qualsivoglia tipologia di reato (con la sola esclusione, quindi, di quello causato da fatto illecito non costituente reato), con la precisazione, in punto di giurisdizione, che spetta al giudice contabile la cognizione sul danno da reato contro la P.A., mentre alla deliberazione del giudice ordinario è sottoposto il danno all'immagine originato da reato comune.

In tale situazione d'incertezza è intervenuta la sentenza della Corte costituzionale n. 355 del 15 dicembre 2010, che ha dichiarato le questioni sollevate in parte inammissibili e in parte infondate.

La via prescelta dalla Corte abbraccia la prima delle opzioni sopra ricordate e la sua conformità a Costituzione viene desunta dal Giudice delle leggi nel rilievo per cui la limitazione della tutela del danno in argomento al solo caso in cui esso sia recato da un reato contro la P.A. si inserisce coerentemente in un disegno legislativo volto a ridurre i casi di responsabilità ammini-

strativa, poiché tale responsabilità se non ragionevolmente limitata in senso oggettivo, è suscettibile di determinare un rallentamento nell'efficacia e tempestività dell'azione amministrativa dei pubblici poteri, per effetto dello stato diffuso di preoccupazione che potrebbe ingenerare in coloro ai quali è demandato l'esercizio dell'attività pubblica.

La Consulta si è espressa in maniera chiara affermando che “la norma deve essere univocamente interpretata [...] nel senso che, al di fuori delle ipotesi tassativamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico di appartenenza, non è configurabile siffatto tipo di tutela risarcitoria”.

Secondo la Corte, inoltre, rientra nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà della scelta, conformare la fattispecie di responsabilità amministrativa, valutando le esigenze cui si ritiene di dover far fronte. La scelta discrezionale del legislatore, pertanto, non risulterebbe manifestamente irragionevole, essendo la delimitazione del campo di applicazione dell'azione risarcitoria giustificata dalla funzione sanzionatoria della responsabilità amministrativa e dalla specifica natura del soggetto passivo e del bene giuridico protetto.

Alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale, è stato ribadito l'ambito di operatività dell'azione contabile, confermando le scelte del legislatore del 2009. La pronuncia, infatti, ha ripercorso la nozione di danno all'immagine mantenendo la ricostruzione operata in giurisprudenza intesa a ritenere la fattispecie in oggetto alla stregua di un danno-evento, per il cui accertamento non è indispensabile rintracciare un decremento patrimoniale appositamente documentato.

In tal guisa si sono mantenuti i caratteri tipicamente sanzionatori che inquadrano la responsabilità amministrativa nell'ottica dei danni a carattere punitivo, in cui il profilo restitutorio è posto in ombra dalla funzione ammonitoria della condanna al risarcimento. Ne discende che, al pari di una sanzione, il risarcimento per lesione dell'immagine pubblica, è stato condizionato ad un giudizio di disvalore riservato al legislatore, così precludendo la devoluzione di spazi di discrezionalità troppo ampi in capo agli organi giudicanti, chiamati ad accertare la stessa lesione al bene giuridico e non anche le sole conseguenze patrimoniali negative più facilmente provabili.

La Corte Costituzionale ha altresì chiarito l'esatta portata della disposizione censurata, osservando che con la stessa il legislatore ha voluto circoscrivere oggettivamente i casi in cui è possibile chiedere il risarcimento del danno da lesione all'immagine e non prevedere una limitazione della giurisdizione contabile a favore di un'altra giurisdizione.

Infatti, non è possibile interpretare la normativa in commento nel senso che il legislatore abbia inteso prevedere una responsabilità nei confronti dell'amministrazione, diversificata in relazione all'autorità competente a pronunciarsi in ordine alla domanda risarcitoria. Pertanto, al di fuori delle ipotesi espressamente previste di responsabilità per danni all'immagine dell'ente pubblico, non è configurabile questo tipo di tutela risarcitoria<sup>130</sup>.

Alla luce della pronuncia della Corte Costituzionale, le Sezioni Unite della Cassazione, in vari arresti, hanno rilevato come la norma configurasse una vera e propria condizione di proponibilità della azione di responsabilità amministrativa, affermando che “la condanna per danno all'immagine dello Stato, allorché non vi sia stato un accertamento di uno dei delitti tassativamente indicati dalla legge come fonte di tale danno non patrimoniale da parte del giudice penale da porre a presupposto del giudizio di responsabilità amministrativa, dà luogo ad un eccesso di potere esterno della Corte dei conti, che emette una condanna vietata per legge, erogando una tutela ad essa non consentita di posizioni soggettive dello Stato non giustiziabili”.

Per completare la trattazione, occorre ora però ricordare che sia le sentenze di rigetto *tout court*, sia quelle interpretative di rigetto della Corte Costituzionale non hanno, a differenza di quelle dichiarative d'illegittimità, efficacia *erga omnes* determinando un vincolo solo per il giudice del procedimento nel quale è caduto l'incidente di costituzionalità. Negli altri procedimenti, al contrario, il giudice conserva il potere - dovere di interpretare in piena autonomia la norma denunciata, sempre che il risultato ermeneutico sia conforme ai principi espressi nella Costituzione, poiché l'interpretazione fatta propria dalla Consulta riveste, per il giudice diverso da quello *a quo*, solo valore di precedente esegetico autorevole, purché sia sorretta da argomentazioni persuasive, tali da indurlo, nell'esercizio delle sue autonome funzioni, a condividerne il contenuto e a farlo proprio. La semplice qualificazione, da parte del Giudice delle leggi, di una determinata interpretazione come costituzionalmente ispirata non è sufficiente, infatti, a imporre l'osservanza al giudicante stesso, essendo quest'ultimo tenuto autonomamente a verificare, con l'uso di tutti gli strumenti esegetici *ex lege* attribuitigli, se la disposizione impugnata possa realmente assumere il significato e la portata a essa attribuiti dalla Corte costituzionale.

È proprio per questo motivo che, nonostante l'arresto della Corte Costituzionale, diversi tribunali hanno fornito un'interpretazione diversa dell'art. 17, comma 30-*ter*.

---

<sup>130</sup> Per sostenere i suoi argomenti, la Corte Costituzionale ha addotto quanto pacificamente ha asserito la Consulta nella sentenza n. 371 del 1998, secondo cui la limitazione a livello legislativo della responsabilità amministrativa del pubblico dipendente per dolo o colpa grave non implica che lo stesso, nel caso in cui la sua condotta si caratterizzi per la presenza di una colpa lieve, possa essere evocato un giudizio innanzi ad un'autorità diversa rispetto al giudice contabile.

Infatti, sebbene in un primo momento la magistratura contabile non ha potuto fare altro che adeguarsi al rinnovato quadro normativo, con il passare del tempo la giurisprudenza si è dimostrata dubbiosa nei confronti delle argomentazioni e con le conclusioni addotte dalla Consulta.

Il giudice contabile, molto spesso, in forza di un coordinamento normativo tra l'art. 7 L. 97/2001 e l'art.129 disp. att. c.p.p. da questo richiamato e fatto salvo, ha ritenuto possibile una condanna al risarcimento del danno all'immagine anche in conseguenza di reati diversi da quelli di cui all'art. 7 stesso. L'art. 17 *de quo*, infatti, limitandosi a rinviare ai casi e modi di cui all'art. 7, rende operativo il richiamato art. 129 cit., il quale al comma 3 dispone che *“Quando esercita l'azione penale per un reato che ha cagionato un danno per l'erario, il pubblico ministero informa il procuratore generale presso la Corte dei conti, dando notizia dell'imputazione?”*.

In forza di tale interpretazione, dunque, l'amministrazione potrebbe accedere al risarcimento del danno all'immagine sia nel caso in cui ricorra una sentenza irrevocabile di condanna per uno dei delitti contro la pubblica amministrazione sia nel caso in cui, per reati diversi da quelli che abbiano comunque cagionato un danno all'erario, sia stata (meramente) esercitata l'azione penale da parte del pubblico ministero.

La prima sentenza discorde è stata quella della Sezione giurisprudenziale per la Toscana che si è posta in deliberato contrasto con la decisione della Consulta stessa, affermando la giuridica configurabilità del danno all'immagine anche nel caso di reati comuni<sup>131</sup>. Si è, infatti, considerato che, non essendo il processo di responsabilità amministrativo - contabile assimilabile al processo penale, non sono vevoli le tassatività previste in quella giurisdizione e sarebbe illogico e non conforme a Costituzione limitare la risarcibilità del danno all'immagine alle sole ipotesi di delitti contro la pubblica amministrazione, senza estenderla alle ipotesi non meno gravi, e anzi punite con pene anche più pesanti, di quelle previste per alcuni reati di cui al titolo I capo II del libro II c.p., come l'ipotesi di truffa di cui al capoverso dell'articolo 640 c.p. o finanche le ipotesi di cui all'art. 640-*bis* c.p.<sup>132</sup>.

Ulteriore propensione è stata quella, in via estensiva, di riconoscere la possibilità per le procure regionali di agire in giudizio per il risarcimento del danno all'immagine della P.A. anche in presenza di una sentenza di patteggiamento definitiva ex art. 444 c.p.p. (dunque non soltanto previa sussistenza di una sentenza di condanna) avente ad oggetto uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione contemplati dal codice penale.

---

<sup>131</sup> Corte dei Conti, sezione giurisdizionale, Toscana, sentenza n. 236 del 4 luglio 2011.

<sup>132</sup> Corte dei Conti, sez. III, sentenza n. 286 del 13 aprile 2012.



Proprio per tutti questi motivi, anche a seguito della novella del 2009, si è giudicato comunque risarcibile, ad esempio, il danno all'immagine derivante dal reato di omessa denuncia, commesso da un agente di polizia che aveva avuto conoscenza delle attività delittuose commesse dai suoi colleghi e le aveva coperte senza denunciarle; il danno all'immagine subito da una ASL a causa degli abusi sessuali commessi da un medico pubblico; il danno all'immagine subito dall'Agenzia delle Entrate e derivante dal reato di accesso abusivo ad un sistema telematico ed informatico; il danno all'immagine subito da un Comune a seguito della truffa aggravata perpetrata da due dipendenti nella concessione di loculi cimiteriali; il danno all'immagine subito da un Comune per la truffa aggravata realizzata da due vigili urbani che avevano falsamente attestato la loro presenza in servizio durante l'orario di lavoro (prima dell'entrata in vigore dell'art. 55-*quinqies*, comma 2, del D.Lgs. 165/2001); il danno all'immagine cagionato al Ministero dell'Interno da un agente di polizia che aveva commesso i reati di illecita introduzione nel territorio dello Stato e detenzione di sostanze stupefacenti, nonché di detenzione illegale di lacrimogeni e cartucce per arma.

#### 4.2. *La Legge 190/2012 (cosiddetta legge Severino o legge anticorruzione)*

Nel 2012 si è dato inizio a una nuova ed importantissima fase di riforma della materia, culminata con l'emanazione della L. 190/2012 (cosiddetta *Legge Severino*), recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione", la quale ha introdotto due previsioni che riguardano il danno all'immagine.

In particolare, con l'art. 1 comma 62, sono stati aggiunti due nuovi commi all'art. 1 della L. 20/1994.

Al comma 1-*sexies* si è affermato che "*Nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*"<sup>133</sup>.

Al comma 1-*septies* si è invece sostenuto che "*Nei giudizi di responsabilità aventi ad oggetto atti o fatti di cui al comma 1-*sexies*, il sequestro conservativo di cui all'articolo 5, comma 2, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, è concesso in tutti i casi di fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale*".

---

<sup>133</sup> L'art. 1 comma 1-*sexies* della L. n. 20/1994, introdotto dall'art. 1, comma 62 della L. n. 190/2012, è considerato norma sostanziale e, pertanto, non può trovare applicazione per i danni erariali realizzatisi prima dell'entrata in vigore di quest'ultima legge.

Sempre la L. 190/2012 ha poi introdotto l'art. 1, comma 12, che così enuncia: “*In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione, salvo che provi tutte le seguenti circostanze:*

*a. di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo;*

*b. di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano”.*

Tale norma imputa la responsabilità per il danno all'immagine al dirigente preposto alla prevenzione della corruzione, fermi restando tutti gli altri presupposti della responsabilità amministrativa (nesso di causalità, rapporto di servizio, elemento soggettivo), i quali, non ricorrendo una autonoma disciplina nelle disposizioni particolari in questione, devono essere determinati secondo la disciplina generale della responsabilità amministrativa stessa.

Quanto previsto dall'art. 1, comma 12, si coordina, quindi, con il codice di comportamento dei pubblici dipendenti (di cui parleremo nel prossimo paragrafo), prevedendo una forma di responsabilità (anche) amministrativa per la violazione dei doveri ivi contenuti.

La “Legge Severino” ha avuto un impatto importante nella definizione dell'*an debeatur* del danno all'immagine. In particolare, essa:

- a. ha inteso l'espressione “reato contro la P.A.”, a fronte del quale può derivare un pregiudizio all'immagine pubblica dell'istituzione, come qualcosa di diverso e ulteriore rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali contemplati *apertis verbis* dal lodo Bernardo. Per questo motivo, il danno all'immagine è stato ritenuto risarcibile in tutti i casi di realizzazione di reati contro la Pubblica Amministrazione e non solo ove siano stati accertati quelli previsti dal titolo II del libro II del codice penale;
- b. ha fatto scomparire ogni riferimento ad una previa “sentenza di condanna” laddove ci si accontenta dell'accertamento definitivo di un reato contro la pubblica amministrazione da parte del giudice penale. Non è, quindi, più richiesta una sentenza di condanna *stricto jure*, ma l'esercizio dell'azione risarcitoria dinnanzi alla Corte dei Conti diviene possibile anche sulla scorta di una sentenza di patteggiamento o di una sentenza penale che si sia limitata a dichiarare la prescrizione del reato;
- c. ha quindi apparentemente abrogato la proposizione normativa limitativa della risarcibilità del danno all'immagine contenuta nell'art. 17, comma 30-ter del D.L. 78/2009.

La L. 190/2012 è stata innovativa anche per quanto concerne i criteri di quantificazione del risarcimento, affermando che l'entità del danno all'immagine a fronte di reati dai quali sia scaturita una *utilitas* per il reo è presunta, salvo prova contraria, in misura pari al doppio dell'utilità percepita dal dipendente-reo. Il legislatore ha inteso, quindi, forfetizzare il danno all'immagine da risarcire, fermo restando che l'importo della tangente percepita non costituisce un limite assoluto al potere - dovere del giudice di tenere conto della particolarità del caso concreto, onde evitare il rischio che una meccanica applicazione del principio si traduca in un risarcimento non proporzionato alla entità della lesione subita dall'amministrazione.

Al riguardo si è osservato che la quantificazione *ex lege* del danno all'immagine, per quei reati contro la P.A. dai quali il dipendente reo ha tratto utilità, sembra ormai confermare in senso sanzionatorio più che risarcitorio la responsabilità erariale in discorso (eccezion fatta per quei reati ove non vi è stata alcuna *utilitas* incamerata dal dipendente e per i quali sarà sufficiente una quantificazione equitativa del risarcimento)<sup>134</sup>.

È stato, quindi, da un lato, recuperato l'indirizzo giurisprudenziale precedente al 2009 che aveva permesso di configurare il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione anche in seguito a reato comune, dall'altro è stata tipizzata la tesi secondo la quale non è necessaria una sentenza di condanna, essendo sufficiente un qualsiasi accertamento del giudice penale concernente il reato purché passato in giudicato.

È anche vero, come ha fatto notare parte della dottrina, che la formulazione del disposto di cui al comma 1-*sexies* dell'art. 1 della L. 20/1994, introdotto con la legge anticorruzione del 2012, sembra però ribadire il fatto che il legislatore intendesse proprio limitare e conformare l'azione contabile nel caso di danno all'immagine alla sussistenza di alcuni specifici reati. Infatti, commisurando la quantificazione del danno all'immagine alla somma di denaro o al valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita, il legislatore sembra presupporre che tale illecita percezione sia necessaria premessa del danno.

A seguito dell'emanazione della L. 190/2012 vi sono stati importanti approdi giurisprudenziali delle singole sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti.

Ad esempio, con la sentenza n. 47/2014 la sezione giurisdizionale della regione Lombardia, ha adeguato la propria giurisprudenza alle novità introdotte dalla L. 190/2012, con una sentenza apprezzabile per la puntuale motivazione. La sentenza, infatti, dopo aver ricordato che il danno all'immagine consiste in un "danno pubblico, giacché comporta la lesione del buon an-

---

<sup>134</sup> D'ANGELO, *Lesione all'immagine della P.A. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)?*, in [www.respam.it](http://www.respam.it)

damento della P.A. che perde, a causa della condotta illecita dei suoi dipendenti, credibilità ed affidabilità all'esterno" ingenerando "la convinzione che i comportamenti patologici posti in essere da costoro siano un connotato usuale dell'azione Amministrativa", ha affermato il superamento, per effetto della normativa sopravvenuta contenuta nell'art. 1, comma 62, della legge sopra citata, della regola contenuta nell'art. 17, comma 30-ter, del D.L. n. 78 del 1° luglio 2009, il quale, come abbiamo visto, limitava il risarcimento del danno all'immagine ai soli casi in cui il comportamento criminoso del reo avesse integrato una delle fattispecie delittuose di cui agli articoli 314-335 del codice penale, ovvero si fosse estrinsecato nella realizzazione di un reato proprio e tipico dei pubblici dipendenti contro la P.A.

Riprendendo le parole della sezione giurisdizionale lombarda, il danno all'immagine deve pertanto ritenersi risarcibile in tutti i casi di "commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione". Non essendo possibile rinvenire nel codice penale e nelle leggi speciali la specifica categoria dei "reati contro la pubblica amministrazione", diversa da quella di reati propri dei pubblici ufficiali, il riferimento si deve intendere esteso ad ogni reato che offenda beni e valori di cui l'amministrazione è portatrice o garante nell'interesse generale, purché sia stato commesso un fatto punito dalla legge penale e lo stesso sia stato "accertato con sentenza passata in giudicato".

L'art. 1, comma 62, della legge 190/2012 è stato ritenuto, quindi, applicabile ai processi in corso da diverse Sezioni della Corte dei Conti, sia con riferimento al criterio di quantificazione del danno all'immagine, sia con riguardo all'area dei reati suscettibili di determinare la risarcibilità del danno non patrimoniale cagionato alla P.A.

Recentemente la Corte dei conti, Sezione Puglia<sup>135</sup>, ha statuito che l'art. 1, comma. 62, della L. 190/2012, atteso il chiaro riferimento ai "giudizi di responsabilità" nel proprio *incipit*, ha un innegabile carattere processuale e deve ritenersi immediatamente applicabile a tutti i giudizi in corso alla data della sua entrata in vigore.

Da ultimo, anche il giudice della monofilachia<sup>136</sup>, occupandosi di un caso di frode fiscale realizzata da privati mediante l'utilizzazione di fatture relative ad operazioni inesistenti, proprio valorizzando gli argomenti impiegati dalla giurisprudenza contabile della Toscana, si è recentemente espresso a favore della risarcibilità del danno all'immagine per ogni tipologia di reato che abbia leso il prestigio dell'ente pubblico, senza ravvisare limiti posti dal legislatore.

---

<sup>135</sup> Corte dei conti, Sez. Puglia, sentenza n. 1488 del 6 novembre 2013.

<sup>136</sup> Cass. pen. Sez. III, sentenza n. 548 del 14 febbraio 2014.

Nonostante le aperture appena analizzate, le Sezioni Riunite in sede giurisdizionale della Corte dei Conti con la sentenza n. 8/20/QM del 19 marzo 2015 hanno chiuso il dibattito insorto in ordine alla esatta configurazione della responsabilità patrimoniale per danno all'immagine ogni volta che un soggetto pubblico, anche di fatto, si renda autore e venga condannato per reati contro la Pubblica amministrazione. Si legge nella sentenza che la legge n. 190/2012, usando l'espressione "reato contro la pubblica amministrazione", non ha abrogato tacitamente l'espressione di cui al combinato disposto degli artt. 17 della L. n. 141/2009 e 7 della L. n. 97/2001 ("delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel Capo I del Titolo II del Libro Secondo del codice penale") poiché non ha regolato *ex novo* l'intera materia (ipotesi prevista dall'art. 15 delle cosiddette *Preleggi*), bensì ha inserito solo alcuni commi che insistono sul *quantum* dovuto in caso di danno all'immagine. Di conseguenza, secondo le Sezioni Riunite, le due normative restano del tutto compatibili e, quindi, il termine "reato contro la P.A." deve ritenersi riferito ai delitti contro la P.A. di cui si discute e previsti dal Capo I, Titolo II del libro secondo del codice penale.

Si tratta, con ogni evidenza, di un intervento di per sé corretto, ma che, tuttavia, può sconfinare nella irrazionalità, se interpretato in senso ingiustificatamente riduttivo dei poteri della Procura, tali da non consentire più la tutela di quei beni valori che l'intervento legislativo stesso non ha mai pensato di mettere in discussione.

In quest'ottica, e con specifico riferimento al danno all'immagine, le valutazioni sui limiti dell'attività della Procura vanno condotte in base ai beni - valori che l'azione erariale intende tutelare e la cui lesione produce il danno in discorso, come concordemente riconosciuto dalla Corte costituzionale (ex sentenza n. 355/2010) e dalle Sezioni Riunite (ex sentenza n. 8-QM/2015), che hanno individuato tali beni-valori in quelli declinati dall'art. 97 della Costituzione. Occorre ricordare altresì che il costituente ha correlato ai beni valori declinati dall'art. 97 il fondamentale dovere, per "*i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche [...] di adempierle con disciplina ed onore*", ex art. 54, comma 2 della stessa Costituzione. Da questo punto di vista, è evidentissimo lo stretto e biunivoco collegamento che si crea tra l'art. 97 e l'art. 54 e, tramite quest'ultimo articolo, con gli articoli precedenti, fino ai principi fondamentali della Repubblica. Alla luce di tutto ciò, secondo autorevole dottrina, sembra davvero eccessivo pensare che l'intenzione limitativa del legislatore del 2009 consenta di enucleare il danno all'immagine solo quando il delitto contro la Pubblica Amministrazione resti nell'ambito del capo I del titolo II del libro II del codice penale e non anche quando un delitto del genere, sebbene ugualmente commesso, si com-

penetri nella struttura di un reato di maggiore consistenza per condotta incriminata, disvalore ed allarme sociale, e muti la sua collocazione sistematica nell'ambito del codice penale stesso.

Nel quadro dei valori costituzionali e secondo l'*id quod plerumque accidit*, infatti, è ragionevole ritenere, che anche i reati "comuni", commessi dai dipendenti pubblici in spregio del fondamentale dovere di "*disciplina ed onore*", procurino sempre un discredito all'amministrazione.

Alla stregua di tutte le considerazioni espresse, autorevole dottrina ritiene non fuor di luogo una rieditazione delle conclusioni delle Sezioni Riunite.

Nonostante tutta l'incertezza giurisprudenziale, si ritiene comunque oggi che il danno all'immagine sia risarcibile anche come conseguenza di comportamenti gravemente colposi di alcuni pubblici dipendenti non puniti dalla legge penale, come nei casi di false attestazioni di presenza in servizio dei pubblici dipendenti, di mancata adozione del piano anticorruzione o delle altre misure di prevenzione previste dalla stessa legge 190/2012 da parte del responsabile della corruzione ovvero dell'omessa pubblicazione delle informazioni previste dal D.lgs. 14 marzo 2013, n. 3316 da parte del responsabile della trasparenza. A quest'ultimo proposito, l'art. 46 del D.lgs. appena citato afferma che "*l'inadempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente e il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso civico, al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 5-bis, costituiscono elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione e sono comunque valutati ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili*".

#### 4.3. Il Codice della giustizia contabile

Ad oggi, la tassatività delle ipotesi per promuovere l'azione di responsabilità per danno all'immagine risulta ulteriormente messa in discussione con l'emanazione del D.lgs. n. 174/2016, ossia del cosiddetto nuovo "Codice della giustizia contabile", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 209 del 7 settembre 2016 e in vigore dal 7 ottobre.

L'art. 4, lettera g, dell'Allegato 3 del decreto, infatti, ha abrogato l'art. 7 della L. 97/2001, al quale l'art. 17, comma 30-ter, del D.L. n. 78/2009 si trovava a operare un rinvio e che definiva "*i soli casi e i modi*" dell'azione di responsabilità in questione. Lo stesso art. 4 alla lettera h, ha abrogato il primo periodo dell'art. 17, comma 30-ter del D.L. n. 78 del 2009, convertito in L. n. 102 del 2009. L'immediata conseguenza sull'assetto normativo in esame è lo svuotamento del richiamo alle fattispecie penali che, in base all'articolo sopra citato, consentivano alla Procura l'apertura delle indagini per danno all'immagine. L'effetto più verosimile di tale modifica, salvo escludere in assoluto la possibilità del risarcimento, è che l'azione risulterà quindi esperibile in

tutti i casi in cui vi sia una sentenza passata in giudicato per un qualunque reato commesso ai danni della pubblica amministrazione, inclusi i reati comuni (quali, ad esempio, truffa e falso) che non erano testualmente contemplati dal “lodo Bernardo”.

Allo stato attuale, le uniche norme oggi in vigore, relativamente al danno all’immagine, sono contenute nell’art. 1, comma 1-*sexies* della L. n. 20 del 1994, in tema di misure anticorruzione, che indica, come abbiamo visto, un criterio quantitativo del danno medesimo, e l’art. 51, comma 6, del suddetto “Codice della giustizia contabile”, che statuisce che “*La nullità per violazione delle norme sui presupposti di proponibilità dell’azione per danno all’immagine è rilevabile anche d’ufficio*”. In merito a quest’ultima disposizione normativa, si osserva che l’art. 51, comma 6, si applica solamente alle istruttorie in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo stesso e non può trovare applicazione laddove la fase istruttoria preprozessuale sia esaurita. Detta affermazione trova fondamento nell’art. 2, comma 1, allegato 3 del codice, che dopo aver disposto l’immediata applicazione delle norme sulla fase preprozessuale alle sole istruttorie in corso, fatti salvi gli atti svolti secondo il regime previgente, limita l’immediata vigenza ai giudizi in corso della sola parte relativa alla nuova disciplina della tutela delle ragioni del credito erariale, della disciplina del rito ordinario e dei riti speciali.

Per questo motivo, per tutti i casi già in corso di trattazione prima della sopravvenuta modifica normativa, l’unica fonte normativa da cui si possono trarre indicazioni per disciplinare l’azione erariale per il danno all’immagine resta il menzionato art. 1, comma 1-*sexies* della L. n. 20 del 1994, che, pur fornendo all’interprete un criterio di quantificazione della tipologia di danno in parola, in realtà statuisce due importanti e basilari condizioni imperative per la perseguibilità e la condanna dei dipendenti pubblici per il danno all’immagine, che si pongono come vere e proprie condizioni per l’azione contabile. La norma, infatti, fa espresso riferimento al danno all’immagine come “*...derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato*”. Quindi le condizioni, cumulative e non alternative, sono le seguenti: 1) si deve trattare di un reato contro la pubblica amministrazione; 2) tale reato deve essere accertato con sentenza del giudice ordinario penale passata in giudicato.

Il problema non di poco conto, come abbiamo avuto modo di analizzare, è però comprendere cosa di debba intendere per “*reato contro la stessa pubblica amministrazione*”.

Il “Codice della giustizia contabile” prevede altresì un’altra importante disposizione, contenuta all’art. 51, comma 7, secondo la quale “*La sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nonché degli organismi e degli enti da esse controllati, per i delitti commessi a danno delle stesse, è*

*comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei Conti affinché promuova l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall'articolo 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 271".*

Il campo di applicazione della nuova normativa, anche alla luce della sua recentissima introduzione, non risulta ancora troppo chiaro. Dovrà quindi attendersi giurisprudenza sul merito, soprattutto alla luce del fatto che la nuova normativa potrà essere applicata solo nei giudizi contabili che saranno portati innanzi alla Corte dei Conti dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice.

#### *4.4. Il codice di comportamento dei pubblici dipendenti*

Ulteriore riferimento, seppure indiretto, al danno all'immagine della Pubblica Amministrazione si rinviene nel "Codice di comportamento dei pubblici dipendenti", adottato con decreto del Ministro per la Funzione pubblica del 28 novembre 2000 e successivamente modificato.

Ad oggi, l'art. 3, comma 3<sup>137</sup>, del suddetto codice obbliga i dipendenti ad impegnarsi ad evitare situazioni e comportamenti che possano nuocere agli interessi e all'immagine dell'amministrazione, con il corollario dell'astensione da dichiarazioni pubbliche che vadano a detrimento dell'ente (art. 11, comma 2).

L'art. 9 del codice reca norme dirette a tutelare l'immagine dell'amministrazione, attraverso una serie di prescrizioni inerenti la vita sociale del dipendente pubblico, al quale viene richiesto, non soltanto un comportamento corretto nel corso dello svolgimento della prestazione lavorativa, ma anche di astenersi, nella propria vita privata, da atteggiamenti e azioni che possano causare un danno all'immagine dell'amministrazione. In particolare, il dipendente non deve sfruttare la posizione che ricopre nell'amministrazione per ottenere utilità che non gli spettino e, nei rapporti privati, in modo specifico con pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, non deve menzionare, né fare altrimenti intendere, di propria iniziativa, tale posizione, posto che ciò possa nuocere all'immagine dell'amministrazione. A fondamento di tali regole comportamentali è posto l'art. 54 della Costituzione che, come si è visto in precedenza, sancisce il dovere del dipendente pubblico di adempiere alle proprie funzioni con disciplina e onore.

---

<sup>137</sup> Art. 3, comma 3 del Codice di comportamento: *"Il dipendente non usa a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, evita situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine dell'Autorità. Prerogative e poteri pubblici sono esercitati unicamente per le finalità di interesse generale per le quali sono stati conferiti".*



Ciò sta a significare che il dipendente pubblico, in funzione dei suoi doveri, è tenuto ad osservare regole minime di buona condotta privata, che non mettano a rischio l'immagine dell'amministrazione, la cui credibilità presso i cittadini - utenti verrebbe meno in caso di comportamenti scorretti dei suoi dipendenti, ancorché tenuti al di fuori della prestazione lavorativa. La tutela all'immagine si traduce, in sostanza, in un obbligo aggiuntivo di trasparenza e di correttezza.

Stessa *ratio* regge l'art. 11 del codice, il quale prescrive l'obbligo per il dipendente pubblico, nei rapporti con il pubblico, di fornire le spiegazioni richiestegli in ordine al comportamento proprio o di altri addetti all'ufficio e, nel contempo, gli vieta di prendere impegni o di fare promesse che possano generare sfiducia nell'amministrazione o nella sua indipendenza o imparzialità. Nella trattazione delle pratiche, il dipendente è tenuto a rispettare l'ordine cronologico e non può rifiutare prestazioni a cui sia tenuto, motivando genericamente con la eccessiva quantità di lavoro da svolgere o con la mancanza di tempo a disposizione e, parimenti, ha l'obbligo di rispettare gli appuntamenti con i cittadini-utenti e di rispondere sollecitamente ai reclami.

L'esigenza di tutela dell'immagine dell'amministrazione impone altresì una specifica disciplina nei rapporti del dipendente con la stampa. Sul punto, il codice espressamente prevede che, fatto salvo il diritto di esprimere valutazioni e diffondere informazioni a tutela dei diritti sindacali e dei cittadini, il dipendente deve astenersi da qualsivoglia dichiarazione che vada a danno dell'immagine dell'amministrazione. Il dipendente ha altresì l'obbligo di informare costantemente il dirigente dell'ufficio dei propri rapporti con gli organi di stampa. Inoltre, il quarto comma dello stesso art. 11 dispone che, nella redazione dei testi scritti e in tutte le altre forme di comunicazioni, il dipendente deve adottare un linguaggio chiaro e comprensibile.

La violazione della gran parte dei doveri contenuti nel codice di comportamento può determinare, direttamente o indirettamente, anche per effetto di un giudizio civile, penale o amministrativo, un danno all'immagine, quando sia stato prodotto un danno allo Stato e agli enti pubblici mediante una condotta caratterizzata da dolo o colpa grave. La normativa del codice amplia perciò notevolmente la tutela erariale relativa a tale ipotesi di danno, sulla quale era già intervenuta la legge anticorruzione in relazione ai poteri di impulso del pubblico ministero contabile, ossia del Procuratore regionale della Corte dei Conti istituito presso le Sezioni giurisdizionali regionali. Tale ampliamento, come già abbiamo avuto modo di osservare, è stato particolarmente significativo in quanto solo tre anni prima, nel 2009, il legislatore aveva adottato una politica particolarmente restrittiva delle attribuzioni delle Procure regionali contabili, condizionando l'esercizio dell'azione alla sussistenza di una sentenza di condanna definitiva per uno dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione di cui al codice penale.

## 5. Gli elementi costitutivi del danno all'immagine

Gli elementi costitutivi del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione sono i medesimi della responsabilità amministrativa che abbiamo analizzato nei capitoli precedenti. Procediamo ora ad una loro specificazione.

### 5.1. *Il soggetto agente*

La lesione dell'immagine della pubblica amministrazione si concretizza ogniqualvolta un soggetto legato da un rapporto di servizio con la Pubblica Amministrazione, ponga in essere un comportamento criminoso e sfrutti la posizione ricoperta per il soddisfacimento di scopi personali utilitaristici e non per il raggiungimento di interessi pubblici generali, realizzando attività illecite di cui la collettività venga a conoscenza (cosiddetto *clamor fori*), minando in tal modo la fiducia dei cittadini nella correttezza dell'azione amministrativa, con ricadute negative sull'organizzazione amministrativa e sulla gestione dei servizi pubblici.

I soggetti che possono provocare un danno all'immagine della Pubblica Amministrazione sono quindi soltanto i suoi amministratori, funzionari e dipendenti. Tali soggetti, infatti, sono legati all'amministrazione da un rapporto organico, che implica l'immedesimazione della persona fisica titolare dell'organo nella persona giuridica pubblica, con la conseguenza che gli effetti dei comportamenti posti in essere dalla prima vengono ricondotti automaticamente alla seconda.

La giurisprudenza, come abbiamo visto nei capitoli precedenti, ha ampliato il novero dei soggetti responsabili: sono rilevanti, ai fini del danno all'immagine, tutte le attività poste in essere dagli organi di vertice dell'ente pubblico, ma anche da tutti quei soggetti che partecipano direttamente alla formazione della volontà dell'ente stesso. Sempre secondo la più recente giurisprudenza, non è necessaria la formale attribuzione di una funzione pubblica, avendo rilevanza, ai fini della responsabilità, anche tutte quelle ipotesi nelle quali il soggetto abbia anche solo partecipato allo svolgimento dell'attività amministrativa. In questo contesto può rispondere del danno all'immagine anche il dipendente di un ente pubblico diverso da quello danneggiato nel caso in cui siano uniche le risorse finanziarie destinate al raggiungimento di un interesse collettivo unitario, quando si realizzi un rapporto interorganico tale da far ritenere sussistente un rapporto di servizio tra il dipendente e l'ente, ovvero quando un soggetto si inserisca nella fase

terminale di un procedimento amministrativo di competenza di un altro ente, agendo sostanzialmente come funzionario di fatto di quest'ultimo<sup>138</sup>.

Parte della giurisprudenza, poi, è giunta al punto di riconoscere responsabilità per danno all'immagine ai consulenti esterni degli enti pubblici, sia nel caso di consulenze giuridico-economiche sia nell'ipotesi di progettazione e direzione di lavori per un'opera pubblica.

### 5.2. *L'elemento psicologico*

Come abbiamo visto per la responsabilità amministrativa in senso generale, la responsabilità per danno all'immagine è imputabile solo a titolo di dolo o colpa grave.

In tema di dolo, nel campo specifico del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, ci si è chiesti se il soggetto agente debba conoscere e volere, quanto meno in forma indiretta, la lesione del prestigio dell'amministrazione di appartenenza che può derivare dalla propria condotta.

Nel caso concreto, si prenda l'ipotesi di un pubblico ufficiale che riceve delle tangenti per un atto contrario ai propri doveri d'ufficio. Ai fini della condanna penale, dovrà essere dimostrata la piena consapevolezza dell'illiceità della condotta, ossia si dovrà palesare che il soggetto agente conosceva ed accettava *ante delictum* tutte le possibili conseguenze dannose derivanti dalla propria condotta. Ai fini della condanna in sede contabile, ci si chiede se sia altrettanto necessaria tale piena consapevolezza, ossia se, in ultima analisi, la responsabilità per danno all'immagine possa essere imputata a titolo di dolo. Purtroppo la giurisprudenza contabile non è giunta a una soluzione, tanto che nella pratica giudiziaria quotidiana si preferisce imputare al soggetto la condotta a titolo di colpa grave, evitando l'ulteriore indagine sulla previsione e accettazione delle conseguenze, necessaria ai fini della configurazione del dolo. Per l'attribuzione della colpa grave, infatti, è necessario il mero mancato rispetto di norme di comportamento, che il soggetto agente abbia posto in essere volontariamente, ma senza prevederne e volerne gli effetti.

### 5.3. *Il nesso di causalità*

La questione del nesso di causalità nell'ambito del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione è stata inizialmente studiata in stretta relazione con la natura penale che carat-

---

<sup>138</sup> In un caso i giudici contabili hanno riconosciuto la responsabilità per il danno all'immagine subito da un'azienda ospedaliera causato da un soggetto che aveva dolosamente svolto attività medica senza il necessario titolo di studio, esercitando quindi di fatto le relative funzioni (Corte dei Conti, sezione giurisdizionale, sentenza n. 98 dell'8 marzo 2001).

terizzava la condotta del dipendente: dunque, ogni qualvolta si fosse accertata l'illiceità penale della condotta ne discendeva *sic et simpliciter* anche la responsabilità contabile del reo.

La giurisprudenza, però, con il passare degli anni, ha esteso la responsabilità per danno all'immagine anche a tutta una serie di comportamenti extrapenalici, ossia a fatti che non costituiscono reato. Questa evoluzione dell'interpretazione giurisprudenziale, tuttavia, non ha comportato l'accantonamento del modello penalistico di spiegazione causale dell'evento dannoso. Al contrario ne ha comportato un maggiore utilizzo da parte dei giudici contabili che la hanno applicata in sede di giudizio, ove sono stati chiamati a valutare e riconoscere autonomamente il rapporto di causa-effetto tra comportamento del dipendente pubblico e pregiudizio all'immagine della Pubblica Amministrazione.

Il nesso eziologico, pertanto, nella fattispecie del danno all'immagine, è stato affrontato dalla recente giurisprudenza<sup>139</sup> che ha stabilito che la fattispecie di responsabilità di cui all'art. 1 della L. 20/1994 si perfeziona con il verificarsi del danno in ragione del nesso causale tra esso e il comportamento doloso o gravemente colposo posto in essere dal pubblico dipendente.

#### 5.4. *Il concetto di danno*

La violazione del diritto all'immagine della Pubblica Amministrazione “intesa come diritto al conseguimento, al mantenimento e al riconoscimento della propria identità come persona giuridica pubblica, è economicamente valutabile. Essa infatti si risolve in un onere finanziario che si ripercuote sull'intera collettività, dando luogo a una carente utilizzazione delle risorse pubbliche e a costi aggiuntivi per correggere gli effetti distorsivi che sull'organizzazione della Pubblica Amministrazione si riflettono in termini di minor credibilità e prestigio e di diminuzione della potenzialità operativa”.

In tema di danno è opportuno ricordare che il danno non si identifica concettualmente né si verifica contestualmente a un atto o a un comportamento illecito del pubblico dipendente, bensì deriva dalla diffusione all'esterno del fatto illecito attraverso il *clamor fori*. È, infatti, necessario che, mediante gli ordinari mezzi di comunicazione, si sia determinata una lesione al nome e all'onorabilità della personalità pubblica dello Stato-amministrazione. Costituisce, dunque, un “effetto diretto e immediato dell'accertamento dell'abuso della pubblica funzione che induce, secondo comune esperienza, un impoverimento del rapporto di fiducia tra la cittadinanza e

---

<sup>139</sup> Cassazione Civile, Sez. Un, 20 giugno 2007, n. 14297.

l'istituzione pubblica, la quale viene percepita come entità non più affidabile, talvolta neanche nemica, finita nelle mani di soggetti dediti a perseguire soltanto illeciti interessi personali”<sup>140</sup>.

#### *5.4.1. La quantificazione del danno*

In questo ambito si pone il problema della quantificazione del danno all'immagine, problema che è stato più volte affrontato dalla giurisprudenza.

In termini generali si è sempre ritenuto di dover far riferimento ai criteri equitativi contenuti agli artt. 1226 e 2056 del codice civile ai fini della quantificazione degli effetti lesivi sul rapporto di fiducia tra l'amministrazione e i cittadini causati dal comportamento del dipendente pubblico, tenendo conto dell'amplificazione provocata dai mezzi di comunicazione. Di conseguenza, il giudice contabile è stato chiamato caso per caso a valutare le caratteristiche della fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, liquidando in via equitativa il pregiudizio subito dall'amministrazione.

Nelle prime applicazioni pratiche dell'istituto del danno all'immagine da parte della Corte dei Conti erano stati individuati dei meccanismi automatici di liquidazione del pregiudizio. In particolare, si riteneva, a solo titolo di esempio, che nel caso di pagamento di tangenti, il danno all'immagine potesse essere quantificato nella misura di una volta o di una volta e mezzo l'importo in denaro corrisposto al funzionario<sup>141</sup>. Questa soluzione è stata, tuttavia, ben presto abbandonata a favore di criteri di liquidazione maggiormente analitici, che tenessero conto di tutte le peculiarità del caso concreto, mirando al risarcimento del costo complessivo sopportato dall'amministrazione per la ricostruzione della propria immagine pubblica. A tal proposito non è mancato il riferimento al vantaggio economico conseguito dal dipendente autore della violazione<sup>142</sup>, così come all'amplificazione dell'illecito operata dai mezzi di comunicazione e, di conseguenza, alla diffusione della notizia sul territorio<sup>143</sup>. Più in generale è stato deciso che “il danno arrecato all'immagine dell'amministrazione deve essere quantificato con riferimento a principi obiettivi, fra i quali vengono in evidenza la natura del bene tutelato, le eventuali reiterazioni dell'illecito, l'entità del vantaggio conseguito dal dipendente infedele, il livello e la qualifica pro-

---

<sup>140</sup> Corte dei Conti, Sezione II, sentenza n. 27 del 26 gennaio 2004. Conforme Corte dei Conti, Marche, sezione giurisdizionale, sentenza n. 259 dell'11 giugno 2008.

<sup>141</sup> Corte dei Conti, Lombardia, sezione giurisdizionale, sentenza n. 1219 del 21 settembre 2000.

<sup>142</sup> Corte dei Conti, Abruzzo, sezione giurisdizionale, sentenza n. 685 del 31 luglio 2001.

<sup>143</sup> Corte dei Conti, sezione I centrale, sentenza n. 209 del 28 giugno 1999.

fessionale posseduta, la capacità di rappresentanza dell'ente, il dimensionamento territoriale dello stesso, l'ampiezza della diffusione e il risalto dato all'evento<sup>144</sup>”.

Tra i criteri individuati dalla Corte dei Conti è stata contestualmente operata una distinzione tra elementi oggettivi e soggettivi.

Tra i primi sono stati inseriti quelli della gravità dell'illecito, delle modalità della sua realizzazione, dell'eventuale carattere continuativo di quest'ultimo, dell'entità del vantaggio economico conseguito dall'autore dell'illecito, della capacità esponenziale degli interessi collettivi propria dell'ente colpito, delle sue dimensioni territoriali, della rilevanza delle funzioni esercitate dallo stesso, della rilevanza attribuita alla notizia dell'illecito, dell'amplificazione subita da questo.

Tra i secondi, invece, ritroviamo quelli relativi alla valutazione della posizione ricoperta dal soggetto nell'amministrazione e dall'eventuale capacità di quest'ultimo di rappresentare l'ente all'esterno.

È stata altresì presa in considerazione una terza categoria di criteri, cosiddetti sociali, basati sulle capacità esponenziali dell'ente interessato, sulle sue dimensioni territoriali, sulla rilevanza delle funzioni al medesimo assegnate, oltre che sull'ampiezza della diffusione e del risalto dato all'illecito<sup>145</sup>. Proprio quest'ultimo fattore (il cosiddetto *clamor fori*) riveste un'importanza primaria nella quantificazione materiale del danno in oggetto operata dal giudice<sup>146</sup>.

In ordine alla determinazione del danno, le Sezioni Riunite hanno offerto un importante contributo per l'individuazione delle sue modalità: “Oggi si possono quindi indicare in via esemplificativa alcuni di tali parametri quali il rilievo e la delicatezza dell'attività svolta dall'amministrazione pubblica, la già ricordata posizione funzionale dell'autore dell'illecito, le negative ricadute socio-economiche (il non poter più fare) sui componenti dell'amministrazione o sui soggetti da essa amministrati come quelle derivanti dalla presenza di un sistema concussivo idoneo a scoraggiare l'attività imprenditoriale, la diffusione, la gravità e la ripetitività dei fenomeni di mal amministrazione, la significativa rilevante compromissione dell'efficienza dell'apparato, la necessità di onerosi interventi correttivi, la negativa impressione suscitata dal fatto lesivo nell'opinione pubblica per effetto del *clamor fori* e/o della risonanza data dai mezzi di informazione di massa [...]. Si noti sotto quest'ultimo aspetto che il clamore e la risonanza non

---

<sup>144</sup> Corte dei Conti, Umbria, sezione giurisdizionale, sentenza n. 361 del 27 agosto 2001.

<sup>145</sup> Corte dei Conti, Bolzano, sentenza n. 7 del 7 dicembre 2001. Conforme Corte dei Conti, Sezione I, sentenza n. 135 dell'11 marzo 2008.

<sup>146</sup> Ne è esempio la Corte dei Conti, sez. giur. Sardegna, sentenza n. 173 del 2 settembre 2014: “Qualora, in caso di concussione, l'Amministrazione abbia rimosso il dipendente dalle sue funzioni entro pochi giorni dalla notizia del reato, lo *strepitus fori* causativo di danno all'immagine è stato limitato e circoscritto; pertanto esso va quantificato equitativamente nella metà della somma illecitamente percepita dal dipendente”.

integrano la lesione ma ne indicano la dimensione<sup>147</sup>. In particolare la percezione di una tangente compromette di per sé il buon andamento della Pubblica Amministrazione. Il fatto che il fenomeno tangenzioso sia noto agli addetti all'ufficio o anche agli operatori del settore interessato o ad altri ancora, per effetto dello svolgimento di indagini e di processi pubblici o, infine, all'intera collettività, per l'effetto divulgativo dei mezzi d'informazione sono indici della dimensione via via maggiore che il medesimo evento lesivo può assumere a seconda delle circostanze<sup>148</sup>.

Secondo il massimo organo della giustizia contabile, quindi, non si deve confondere il nucleo patrimoniale del danno all'immagine, costituito dalla spesa necessaria al ripristino del bene giuridico leso, con le spese effettivamente sostenute per il suo ripristino. Le Sezioni Riunite hanno dato conto del fatto che le spese sostenute per il ripristino dell'immagine non esauriscono l'identità economico-patrimoniale del danno, costituendo solo un criterio per la sua quantificazione, la quale può avvenire facendo riferimento oltre che ai costi già sostenuti per il ripristino del prestigio, anche a quelli ancora da sostenersi. Del resto, quand'anche si dovessero individuare ed isolare costi specificatamente rivolti alla riparazione dell'immagine pubblica, non può ritenersi che essi siano sufficienti al ripristino del bene giuridico leso, dipendendo esso da spese molto più consistenti, articolate e trasversali, volte da un lato ad assicurare una adeguata reazione contro l'azione lesiva e il suo autore e dall'altro a intraprendere attività promozionali, anche mediante apposite previsioni di bilancio, volte a rilanciare la fiducia e il prestigio dell'istituzione. Si tratta, in altre parole, di spese che sono necessarie al ripristino e non alla mera riparazione del bene violato e che, proprio per questo motivo, sfuggono alla determinazione precisa del loro ammontare, così come risultano essere discrezionali anche le concrete modalità di ripristino, decise dall'amministrazione danneggiata.

Tali principi, enunciati dalle Sezioni Riunite, sono stati mutuati anche dalla successiva giurisprudenza contabile, la quale ha asserito che il danno è costituito dalla lesione dell'immagine dell'ente, conseguente ai fatti produttivi della lesione stessa, da non confondersi con le spese necessarie al ripristino, le quali costituiscono solo uno dei possibili parametri della valutazione equitativa del risarcimento. Sostenendo un'opinione diversa, infatti, si arriverebbe alla paradossale situazione per cui l'amministrazione, ancorché danneggiata, se sprovvista di adeguati fondi

---

<sup>147</sup> La diffusione a mezzo stampa, sia locale sia nazionale, è parametro che influisce solo sulla valutazione dell'ampiezza della lesione, ossia sulla valutazione del quantum del danno e non dell'*an* di quest'ultimo, stante la riconduzione del danno all'immagine alla tipologia del danno-evento. In questo modo il risarcimento del danno prescinde dalla circostanza che le condotte, produttive del danno, abbiano o meno trovato diffusione sui mezzi di informazione e, tanto meno, abbiano trovato risalto solo in sede locale.

<sup>148</sup> Corte dei Conti, Sezioni Riunite, sentenza 10/QM/2003.

di bilancio da utilizzare per il ripristino del bene immagine, non potrebbe conseguire il risarcimento del nocumento sofferto, non essendo in condizione di offrire la prova degli esborsi sostenuti.

Importante è stata anche la pronuncia in relazione all'importo del danno a seguito di riscossione di tangenti. Il supremo collegio, sul punto, ha sottolineato che l'importo erogato a titolo di tangente a un dipendente pubblico, se considerato in sé per sé, non riguarda direttamente il danno all'immagine. Tale importo, infatti, dovrà essere considerato come un danno patrimoniale subito dall'amministrazione (il cosiddetto danno da tangente, di cui abbiamo già parlato), risarcibile in via autonoma con apposita domanda giudiziale. Tuttavia, il solo fatto che il dipendente pubblico abbia percepito una tangente costituisce un fatto idoneo a causare una lesione all'immagine dell'amministrazione. Non è possibile affermare, in via generale ed astratta, che all'erogazione di una tangente avente un dato importo corrisponda, infatti, una lesione all'immagine proporzionale a tale ammontare. Così si esprimevano le Sezioni Riunite nel 2003: "L'importo della tangente, isolatamente considerato, non può fondare una valida automatica parametrizzazione per la quantificazione del danno, ma può concorrervi, unitamente ad altri elementi propri della fattispecie, quali ad esempio il ruolo del percettore all'interno dell'apparato pubblico. Così una modesta tangente percepita da un modesto funzionario rileverà molto meno di una analoga percepita da un dipendente in posizione esponentiale o, peggio ancora, apicale. Le esemplificazioni potrebbero continuare ma esse in realtà debbono ricavarsi, caso per caso, in relazione alla peculiarità della singola fattispecie".

#### 5.4.2. Onere della prova del danno

A questo punto, si apre quindi il problema dell'onere della prova del danno.

Nelle prime sentenze dei giudici contabili in materia si è sostenuto che il danno all'immagine dovesse essere dimostrato in modo specifico dall'ente interessato, sulla base dei principi generali in tema dell'onere della prova contenuti nel codice civile. Il pregiudizio subito dall'ente, infatti, non avrebbe mai potuto essere ritenuto *in re ipsa* nel solo fatto della commissione dell'illecito penale da parte del pubblico dipendente, ma avrebbe dovuto essere dimostrata anche la concreta *deminutio patrimonii*. Ai fini esemplificativi, si considerino le conseguenze della diffusione della notizia dell'illecito attraverso i mezzi di comunicazione; in questo caso, ai fini dell'esistenza del danno all'immagine, non era sufficiente la mera propagazione di voci relative a un comportamento illegittimo del dipendente né il conseguente risalto sulla stampa, ma era ne-



cessario dimostrare che l'amministrazione avesse subito un effettivo danno patrimoniale, da quantificare in base alla spesa necessaria per il ripristino del prestigio.

Tale concezione è stata ribaltata con la sentenza 10/2003 delle Sezioni Riunite nella quale è stato ritenuto che la questione della prova del danno all'immagine dovesse andar risolta sulla base di una valutazione di tipo preliminare, relativa alla tipologia delle conseguenze dannose lamentate dall'ente colpito. In altre parole, secondo i giudici contabili, è ammissibile il ricorso alle presunzioni, quali mezzo di prova idoneo a sostenere la domanda fin quando le conseguenze negative che vengono fatte valere rimangano entro i limiti *dell'id quod plerumque accidit*. Di conseguenza, l'onere della controprova, per il convenuto che volesse lamentare la non esistenza del danno, risulta particolarmente rigido. E, utilizzando sempre questo paradigma, è necessaria adeguata prova da parte dell'amministrazione danneggiata ove questa rivendichi conseguenze negative, ulteriori e specifiche.

Sulla base di questi principi si è dunque concluso che per la quantificazione del danno all'immagine si possa far riferimento, oltre che alle spese già sostenute per il ripristino del prestigio leso, anche a quelle che risultano ancora da sostenere (come già abbiamo visto nei paragrafi precedenti). In quest'ultimo caso, la valutazione equitativa del giudice ex art. 1226 c.c. si dovrà fondare su prove presuntive o indiziarie. A tal proposito, infatti, occorre tenere presente la distinzione, operata dalla giurisprudenza, tra la prova dell'esistenza del danno (rimessa esclusivamente al Procuratore contabile) e la prova del suo ammontare. In particolare, si è affermato che "il problema della prova dell'esistenza e della patrimonialità di un danno all'immagine va disancorato da quello della prova della specifica spesa sostenuta per ripristinare la stessa, anche perché l'immagine dell'ente pubblico, a differenza di quella dei privati, va necessariamente ripristinata e non semplicemente riparata, non consentendo in nessun modo di stabilirne esattamente i costi e i tempi"<sup>149</sup>.

L'onere della prova delle spese sostenute dall'amministrazione per la reintegrazione del danno, secondo le Sezioni Riunite della Corte dei Conti, spetta all'attore, il quale deve provare gli elementi di fatto adottati a sostegno della domanda, mentre il convenuto deve provare quelli a sostegno delle proprie eccezioni. Il giudice contabile, da questo punto di vista, non ha un marcato potere sindacatorio, in rispetto del principio del giusto processo ex art. 111 della Costituzione: "Solo prospettandone una ben minor portata rispetto al passato [...], il potere sindacatorio funzionalizzato ai soli fini istruttori, correttamente utilizzato, non sembra discostarsi molto da quei poteri che il codice di procedura civile intesta al giudice ai sensi degli articoli 118 e

---

<sup>149</sup> Corte dei Conti, Umbria, sezione giurisdizionale, sentenza n. 498 del 19 ottobre 2002.

213, i quali consentono di poter disporre accertamenti ispettivi di persone e di cose (utili al fine di persuadere il giudice sull'esistenza o meno del fatto) e di richiedere informazioni alla P.A. (utili queste, al fine di acquisire elementi necessari per il processo che siano rinvenibili in atti e documenti conservati dall'Amministrazione stessa, nell'ovvio presupposto che essa non sia la parte nel cui interesse viene esercitata l'azione). Oltre questo limitato ambito verrebbero violati i principi costituzionali di terzietà del giudice, della *par condicio* tra le parti del processo e i diritti della difesa (articoli 111 e 24 della Costituzione)<sup>150</sup>.

### 5.5. *La condotta*

Analizziamo, infine, le principali condotte che possono configurarsi quali fonti di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

#### 5.5.1. *La percezione di tangenti*

Tra i comportamenti penalmente rilevanti più spesso causativi di un danno all'immagine troviamo la percezione di tangenti, intese come l'illegittima dazione di somme di denaro a funzionari pubblici da parte di soggetti privati in cambio di favoritismi di vario genere, tutti ugualmente vietati dalla legge.

La giurisprudenza contabile si è occupata più volte di questa fattispecie di danno all'erario. In particolare, la sezione regionale della Lombardia, per i noti fatti legati allo scandalo della cosiddetta "Tangentopoli", ha avuto modo di approfondire la questione in numerosi arresti<sup>151</sup> che meritano di essere analizzati.

La percezione di tangenti da parte di pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni rappresenta indubbiamente un'ipotesi di lesione all'immagine dell'amministrazione di appartenenza. In effetti, la gravità del fatto e la risonanza data dagli organi di stampa a questi episodi hanno come effetto quello di mettere in cattiva luce l'ente, con il rischio di scardinare il rapporto di fiducia tra lo stesso e i cittadini. Si tratta quindi di monetizzare, a fini risarcitori erariali, una condanna penale definitiva che rappresenta un elemento costitutivo *ex lege* del danno all'immagine: la procura regionale della Corte dei Conti può azionare la responsabilità erariale in esame, in ogni ipotesi di sussistenza di una "sentenza penale irrevocabile del giudice penale". Come abbiamo già visto, non si parla solo di sentenza definitiva di condanna, ma anche di pat-

---

<sup>150</sup> Corte dei Conti, Sezioni Riunite, sentenza 10/2003/QM.

<sup>151</sup> Corte dei Conti, Lombardia, sezione giurisdizionale, sentenze n. 296 del 15 febbraio 2000, n. 43 del 18 gennaio 2000, n. 1250 del 4 novembre 1999.

teggimento, ex art. 444 c.p.p., che risulta sufficiente ad integrare il presupposto per l'azione di risarcimento del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione.

La rilevanza e la gravità del danno sono proporzionali all'importanza del ruolo svolto dall'autore dell'illecito.

#### *5.5.2. Appropriazione indebita di beni ed altre utilità pubbliche*

Oltre che i fenomeni di corruzione e concussione, è allo stesso modo diffusa l'appropriazione di somme di denaro o di altre utilità di proprietà della pubblica amministrazione da parte di dipendenti che ne abbiano la disponibilità. A tal proposito, si è assistito al caso del tesoriere di ente locale o dell'impiegato di società concessionaria per la riscossione dei tributi locali che si appropri delle somme versate dai contribuenti. Ancora, si è assistito all'appropriazione di materiale di cancelleria da parte dei dipendenti di un ufficio e all'utilizzo smodato del telefono, del telefax o di Internet per la soddisfazione di interessi personali che, come ricordato più volte dalla Corte di Cassazione, può assumere profili di illiceità penale<sup>152</sup>.

#### *5.5.3. Altri reati*

È possibile fare moltissimi altri esempi di comportamenti penalmente rilevanti che hanno avuto come conseguenza anche una condanna, in sede contabile, dell'autore per danno all'immagine.

In un caso la Corte dei Conti ha riconosciuto la responsabilità di un soggetto che aveva svolto con continuità attività di docenza presso alcune scuole superiori statali sulla base di un diploma di laurea risultato falso<sup>153</sup>.

In un'altra ipotesi i giudici contabili hanno condannato alcuni agenti della Polizia di Stato per il fatto di essersi resi complici del pestaggio di alcuni giovani in concorso con i buttafuori di una discoteca<sup>154</sup>.

Altro caso che capita con una certa frequenza consiste nell'indebita rivelazione di segreti d'ufficio da parte di funzionari pubblici che ne abbiano notizia proprio in ragione della funzione ricoperta. Secondo i giudici contabili questo comportamento, soprattutto se ripetitivo, è in grado di danneggiare gravemente l'immagine e il prestigio dell'amministrazione. Ne è esempio

---

<sup>152</sup> Dal punto di vista giuridico questo genere di condotte rientrano generalmente nel reato di peculato, previsto dall'art. 314 c.p., in base al quale il pubblico ufficiale che si appropri di somme di denaro o di altro genere di utilità delle quali si trovi ad avere la disponibilità per ragioni d'ufficio può essere condannato alla pena della reclusione da tre a dieci anni.

<sup>153</sup> Corte dei Conti, Sardegna, sezione giurisdizionale, sentenza n. 42 del 6 febbraio 1999.

<sup>154</sup> Corte dei Conti, Lazio, sezione giurisdizionale, sentenza n. 321 del 31 gennaio 2002.

la condanna di un funzionario che, dietro pagamento di un indebito compenso, aveva più volte rivelato notizie segrete riguardanti atti giudiziari non ancora pubblicati<sup>155</sup>.

#### 5.5.4. *Le condotte assenteistiche*

In contro tendenza rispetto alla disposizione contenuta nel cosiddetto “lodo Bernardo” si è presentata la disposizione contenuta nell’art. 69 del D.Lgs. 150/2009 (cosiddetto “decreto Brunetta”) che, introducendo l’art. 55-*quinquies* al D.Lgs. 165/2001, ha sancito la risarcibilità del danno all’immagine subito dall’amministrazione a seguito dei fenomeni di assenteismo, senza ancorarla alla rilevanza penale dell’illecito<sup>156</sup>.

Tale norma prevede che il dipendente di un’amministrazione che attesti falsamente la propria presenza in servizio mediante l’alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, in aggiunta alle responsabilità penali e disciplinari, “è obbligato a risarcire il danno patrimoniale, pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi in cui sia accertata la mancata prestazione, nonché il danno all’immagine subito dall’amministrazione”.

Il dipendente pubblico che si assenta ingiustificatamente e ripetutamente dall’ufficio per espletare faccende o soddisfare bisogni personali, quindi, ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni, è obbligato a risarcire all’ente sia il danno patrimoniale diretto, ragguagliato alle retribuzioni o emolumenti stipendiali indebitamente percepiti in ragione delle assenze dal luogo di lavoro, sia il danno all’immagine. In caso di condotte assenteistiche sostenute da illecita certificazione di malattia, infatti, è automaticamente prodotto un ingiusto profitto derivante dalla corresponsione del trattamento economico relativo alla qualifica professionale, con danno per l’amministrazione di appartenenza e per l’Inail in caso di infortunio subito durante l’attività lavorativa<sup>157</sup>.

La disposizione analizzata risulta di fondamentale importanza in quanto, nel prevedere l’obbligo specifico di risarcire il danno connesso all’assenteismo realizzato nel pubblico impiego con modalità fraudolente, ha, nel contempo, configurato tale condotta assenteista come una specifica ipotesi di responsabilità per danno all’immagine<sup>158</sup>.

Come più volte è stato sancito dalla giurisprudenza contabile, “la fattispecie contemplata dall’art. 55-*quinquies* del d.lgs. n. 165/2001 presenta indiscutibili caratteri di autonomia rispetto a

---

<sup>155</sup> Corte dei Conti, Umbria, sezione giurisdizionale, sentenza n. 321 del 31 gennaio 2001.

<sup>156</sup> Corte dei Conti, Friuli Venezia Giulia, sezione giurisdizionale, sentenza n. 46 del 2 settembre 2013: “La specialità di detta disposizione supera ogni problematica che possa eventualmente porsi con riferimento a quanto disposto dall’art. 17, comma 30-*ter*, D.L. n. 78/2009, convertito dalla L. n. 102/2009”.

<sup>157</sup> Corte dei Conti, Piemonte, sezione giurisdizionale, sentenza n. 118 del 17 giugno 2013.

<sup>158</sup> Corte dei Conti, Veneto, sez. giurisdizionale, sentenza n. 20 dell’8 febbraio 2017.

quella, più generale, prevista, sempre con riferimento alla risarcibilità del danno all'immagine, dall'art. 17, comma 30-ter, d.l. n. 78/2009. Il richiamato art. 55-*quinques* si presenta, infatti, quale previsione *ad hoc*, alla stregua di una norma speciale, siccome volta a sanzionare la specifica fattispecie dell'assenteismo fraudolento nel pubblico impiego, ricollegando ad essa l'azionabilità del risarcimento del danno (patrimoniale diretto ed all'immagine) derivatone a carico a carico della P.A.”<sup>159</sup>.

In tale assetto, la Corte ha giudicato che tale norma, nello statuire l'obbligo di risarcimento sul piano erariale, si configura come disposizione non innovativa dell'ordinamento, ma come meramente ricognitiva di orientamenti consolidati nella giurisprudenza contabile di epoca anteriore. In effetti, già precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 55-*quinquies* e sulla scorta dell'applicazione delle norme fondamentali in materia di responsabilità amministrativa, la giurisprudenza contabile riconosceva la sussistenza degli elementi della responsabilità, sia per il danno patrimoniale che per quello all'immagine, nei confronti dei dipendenti assenteisti che, con artifici e raggiri di vario tipo, avevano indebitamente percepito la retribuzione.<sup>160</sup>

Ne deriva che, ai fini dell'applicazione dell'art. 55-*quinquies*, si prescinde dai requisiti previsti dal lodo Bernardo, non richiedendosi, in particolare, l'accertamento, con sentenza definitiva, della ricorrenza di talune indefettibili fattispecie delittuose, lesive dell'immagine.

Tale previsione, quindi, risulta valevole a superare, data la connessione della responsabilità per danno all'immagine con la commissione di un illecito disciplinare, l'impedimento per il quale l'azione del pubblico ministero contabile è esperibile nei soli casi in cui il fatto commesso integri gli estremi di uno dei delitti contro la pubblica amministrazione, di cui al capo II, titolo I, libro II del codice penale, accertato con sentenza passata in giudicato. In altri termini, il legislatore, nell'ambito della sua legittima discrezionalità, ha inteso garantire un diverso e più rigoroso trattamento per l'odioso fenomeno dell'assenteismo pubblico, fissando espressamente il principio per cui le condotte assenteistiche sono causa di lesione all'immagine della Pubblica Amministrazione, circoscrivendo la discrezionalità delle valutazioni rimesse sul punto agli stessi organi giurisdizionali<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Corte dei Conti, Campania, sezione giurisdizionale, sentenza n. 512 del 23 maggio 2014.

<sup>160</sup> In molteplici pronunce della Corte dei Conti si legge che “in presenza di accertata dolosa o colposa inadempienza nella dovuta prestazione lavorativa da parte dei pubblici dipendenti, è pacifica e consolidata la giurisprudenza della Corte dei Conti nel riconoscere la responsabilità amministrativa dei predetti dipendenti, ritenendo che il danno è, in questi casi, quanto meno pari alla spesa sostenuta dall'amministrazione pubblica datrice di lavoro per la retribuzione complessivamente erogata nel periodo in cui i dipendenti non hanno reso la dovuta prestazione lavorativa, fatti salvi comunque gli ulteriori danni che possono essere stati causati a motivo della assenza arbitraria nella gestione dei servizi ai quali i predetti dipendenti pubblici erano addetti o preposti”.

<sup>161</sup> Corte dei Conti, Piemonte, sezione giurisdizionale, sentenze n. 118 del 2013 e 115 del 2011.

Tutto ciò evidentemente a ragione della frequenza del richiamato fenomeno e della sua capacità di incrinare fortemente il senso di fiducia dei cittadini nei confronti delle Amministrazioni pubbliche.

Non sono tuttavia mancati tentavi giurisprudenziali di armonizzazione di tale tipo di illecito con le disposizioni del lodo Bernardo, ritenendo che per il suo configurarsi fosse necessario la condanna definitiva in sede penale per il reato di truffa<sup>162</sup>.

Ad ogni modo, la materia è stata innovata recentemente. Nella Gazzetta Ufficiale n. 149 del 28 giugno 2016 è stato, infatti, pubblicato il D.Lgs 116/2016, recante “Modifiche all’art. 55 quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell’art. 17 comma 1 lett. s) della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare”. Allo stato della normativa attuale, quindi, è previsto che in caso sia accertata la falsa attestazione della presenza in servizio da parte dei pubblici dipendenti, ne è data notizia alla Procura della Corte dei Conti, per l’esercizio dell’azione per danno all’immagine della Pubblica Amministrazione.

Ai fini del risarcimento del danno, infine, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla Corte dei Conti debbono avvenire entro quindici giorni dall’avvio del relativo procedimento disciplinare. La quantificazione del danno è rimessa alla valutazione equitativa del giudice, il quale deve tenere in considerazione la rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque non deve essere inferiore a sei mesi dell’ultimo stipendio in godimento.

---

<sup>162</sup> Corte dei Conti, Trento, sezione giurisdizionale, sentenza n. 112 del 2012.

## CAPITOLO V:

### La responsabilità amministrativa e il danno all'immagine dell'Arma dei Carabinieri

Passiamo ora all'analisi della responsabilità amministrativa e del danno all'immagine dell'amministrazione militare, con particolare riferimento all'Arma dei Carabinieri.

#### 1. La responsabilità amministrativa del militare

Per il personale non privatizzato (magistrati, avvocati dello Stato, forze armate e di polizia, carriere prefettizie e diplomatiche), per il quale il D.P.R. n. 3 del 10 gennaio 1957 è ancora vigente, trova applicazione la generale disciplina della L. 20/1994 sia in base alla generale portata della normativa, sia in virtù del richiamo operato dall'art. 23 del D.P.R. n. 3 cit. "alle leggi" (ergo anche quelle sopravvenute) in materia di responsabilità amministrativo-contabile.

Militari e forze di polizia, dunque, in termini di responsabilità amministrativa, non hanno uno statuto differenziato e sono soggetti alla giurisdizione della Corte dei Conti, come previsto dall'art. 52 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei Conti<sup>163</sup>.

La responsabilità amministrativa è quindi la stessa dei dipendenti civili dello Stato per effetto del rinvio operato dalla disciplina di stato dei vari corpi.

Vi sono tuttavia, come avremo modo di vedere, molteplici ragioni per ritenere che non sia possibile una equiparazione disinvolta e priva di distinguo tra l'amministrazione militare e qualsiasi altro tipo di apparato amministrativo statale. Tanto che l'amministrazione militare è regolata da un ordinamento ulteriore e differenziato rispetto a quello statale, ossia l'ordinamento militare stesso.

Possiamo quindi affermare che, anche per quanto concerne la responsabilità amministrativa, da un lato, sembra doversi escludere l'esistenza di una teoria unitaria (così come si può escludere l'esistenza di principi che regolino, in modo specifico e derogatorio, tale disciplina).

---

<sup>163</sup> Art. 52 T.U. 1214/1934: "I funzionari impiegati ed agenti, civili e militari, compresi quelli dell'ordine giudiziario e quelli retribuiti da amministrazioni, aziende e gestioni statali a ordinamento, autonomo, che nell'esercizio delle loro funzioni per azione o omissione imputabili anche a sola colpa o negligenza cagionino danno allo Stato e ad altra amministrazione dalla quale dipendono sono sottoposti alla giurisdizione della Corte nei casi e modi previsti dalla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato e da leggi speciali. La Corte, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o parte del danno accertato o del valore perduto".

Dall'altro lato, però, non si può altrettanto affermare che la Corte dei Conti, almeno in alcune ipotesi emblematiche, sia del tutto indifferente nei confronti delle specificità funzionali dell'amministrazione militare.

La specificità delle Forze Armate e delle Forze di Polizia è stata sancita anche in via legislativa con l'art. 19 della legge n. 183 del 4 novembre 2010, il quale ha affermato che *“ai fini della definizione degli ordinamenti, delle carriere e dei contenuti del rapporto di impiego e della tutela economica, pensionistica e previdenziale, è riconosciuta la specificità del ruolo delle Forze armate, delle Forze di polizia e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché dello stato giuridico del personale ad essi appartenente, in dipendenza della peculiarità dei compiti, degli obblighi e delle limitazioni personali, previsti da leggi e regolamenti, per le funzioni di tutela delle istituzioni democratiche e di difesa dell'ordine e della sicurezza interna ed esterna, nonché per i peculiari requisiti di efficienza operativa richiesti e i correlati impieghi in attività usuranti. La disciplina attuativa dei principi e degli indirizzi di cui al comma 1 è definita con successivi provvedimenti legislativi, con i quali si provvede altresì a stanziare le occorrenti risorse finanziarie”*. Si può quindi affermare che le condotte del personale militare siano valutate dai giudici contabili proprio in ragione dei particolari e dei complessi compiti da assolvere.

Il particolare compito affidato alle Forze Armate e alle Forze di Polizia è stato però utilizzato anche in termini positivi dalla Corte dei Conti. La complessità e la difficoltà degli incarichi loro affidati, infatti, sono state considerate dai giudici contabili, sia sul piano degli effetti sia su quello applicativo ed interpretativo. Un esempio emblematico è l'applicazione del potere riduttivo dell'addebito amministrativo-contabile da parte del giudice chiamato a valutare comportamenti di membri delle Forze Armate e di polizia, di cui diremo in seguito.

Ciò che rende destramente interessante lo studio della responsabilità amministrativa e contabile del militare è il fatto che le peculiarità viste, nella maggior parte dei casi, non derivano da fonti normative bensì da applicazioni giurisprudenziali.

Inoltre, le specificità introdotte dalle diverse interpretazioni dei giudici contabili non sono limitate ai soli casi in cui oggetto di valutazione sia l'amministrazione militare e la responsabilità dei suoi appartenenti.

Le specificità, infatti, sono molto spesso estese anche ad altri corpi (e ai loro appartenenti) che nulla hanno a che vedere con le Forze Armate ma che, al pari di esse, si distinguono dal resto degli apparati amministrativi per le funzioni esercitate a beneficio della collettività. Dunque, lo stesso discorso può essere fatto anche per gli appartenenti alle Forze di Polizia, i quali, seppur componente civile dell'apparato della difesa e della sicurezza, si distinguono, al pari delle Forze Armate, per le evidenti specificità funzionali.



## 1.1. L'accertamento della responsabilità amministrativa

### 1.1.1. Il Regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli organismi della Difesa (cosiddetto R.A.D.)

Lo scenario della normativa applicabile in materia di responsabilità amministrativa, oltre alla normativa generale che abbiamo analizzato nei capitoli precedenti, è completato per la compagine militare dal “Regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli organismi della Difesa”, di cui al d.P.R. n. 167 del 21 febbraio 2006, comunemente indicato come R.A.D.<sup>164</sup>.

Il provvedimento, in vigore dal 2007, ha abrogato tutte le disposizioni contenute nel pre-vigente “Regolamento per l'amministrazione e la contabilità degli organismi dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica” del 1976 e nelle relative Istruzioni Amministrative Contabili (I.A.C.).

In particolare, l'art. 1, lettera b, precisa che le norme del regolamento sono applicabili anche all'Arma dei Carabinieri, in assenza di altre disposizioni specificatamente riferite all'Arma stessa. L'art. 3, comma 2 del R.A.D., infatti, specifica che l'espressione “*forza armata*” comprende anche l'Arma dei Carabinieri, con ciò pienamente uniformandosi a quanto già delineato dall'art. 1 della L. 78 del 31 marzo 2000.

Il Capo III del R.A.D., intitolato “Responsabilità amministrativa e contabile”, e in particolare gli artt. 7 e 8 hanno disciplinato nel dettaglio la materia.

L'art. 7, comma 1 ha previsto, infatti, che “*allorché si verificano mancanze, deterioramenti e diminuzioni di denaro e di materiali o comunque danni all'amministrazione o a terzi, chi è tenuto a rispondere predisporre immediatamente apposito rapporto e lo trasmette per via gerarchica al comandante dell'organismo, il quale, con immediatezza, procede alla denuncia del fatto alla Procura regionale presso la Corte dei Conti*”<sup>165</sup>.

I commi 2 e seguenti dell'art. 7 del R.A.D. disciplinano, invece, l'istituto dell'inchiesta amministrativa, procedura rivolta ad accertare le cause dell'evento dannoso, l'entità del danno e le eventuali responsabilità. Tale inchiesta è condotta dal Comandante dell'ente che ha effettuato la denuncia alla Procura regionale della Corte dei Conti. Qualora l'entità del danno non superi la soglia predeterminata di 50mila euro, l'inchiesta sarà svolta da un inquirente, ufficiale o dipendente civile non inferiore al ruolo “C”, di grado o qualifica pari o superiore all'inquisito.

---

<sup>164</sup> Per completezza di trattazione, occorre dire che il R.A.D., a sua volta, ha subito svariate modificazioni nel corso del tempo. Ad esempio, gli artt. 14 e 15 sono stati abrogati dal DPR 236/2012, ovvero dal “Regolamento recante disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture, a norma dell'art.196 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n.163”, ovvero al “Nuovo codice dei contratti pubblici”.

<sup>165</sup> Esempio recente di applicazione di tale normativa lo possiamo rinvenire in Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale Trentino-Alto Adige, sentenza n. 5 del 21 marzo 2016.

Qualora, invece, l'entità del danno superi tale soglia, l'inchiesta sarà svolta da una commissione il cui presidente, ufficiale o dipendente civile non inferiore al ruolo "C", sia di grado pari o superiore all'inquisito.

#### *1.1.2. Il testo unico regolamentare dell'ordinamento militare*

Come abbiamo visto, i regolamenti di amministrazione e contabilità delle singole amministrazioni regolano minutamente le modalità di accertamento e di denuncia dei danni originati dai dipendenti. In ogni caso, ad uniformare le puntiformi previsioni, il D.P.R. n. 90 del 15 marzo 2010, al Capo III e più precisamente agli artt. 452, 453 e 454, prevede una specifica normativa di settore.

In particolare, l'art. 452 del TUROM descrive le modalità di accertamento del danno erariale affermando al primo comma che *"Allorché si verificchino mancanze, deterioramenti e diminuzioni di denaro e di materiali o comunque danni all'amministrazione o a terzi, chi è tenuto a rispondere predispone immediatamente apposito rapporto e lo trasmette per via gerarchica al comandante dell'organismo, il quale, con immediatezza, procede alla denuncia del fatto alla Procura regionale presso la Corte dei conti"*.

Il Comandante, quindi, effettuata la denuncia ivi descritta, dispone un'inchiesta amministrativa volta ad accertare le cause dell'evento dannoso, l'entità del danno e le eventuali responsabilità. L'inquirente o la commissione di inchiesta acquisiscono, se necessario, il parere degli organi tecnici competenti, esaminano le cause e le circostanze inerenti all'evento dannoso, determinano l'entità dei danni, muovono le opportune contestazioni scritte ai presunti responsabili, acquisiscono agli atti di inchiesta le relative risposte e redigono, in duplice esemplare, apposita relazione, contenente le proprie conclusioni per il successivo inoltro al comandante dell'organismo. Il comandante dell'organismo, quindi, al termine dell'inchiesta amministrativa, costituisce in mora i responsabili.

Gli articoli 453<sup>166</sup> e 454<sup>167</sup> si occupano, invece, rispettivamente, delle autorità competenti per la determinazione della responsabilità e dei criteri per l'addebito del danno.

---

<sup>166</sup> Art. 453 TUROM: *"Sono competenti a determinare in via amministrativa la responsabilità e gli addebiti relativi al danno accertato:*

- a) il comandante dell'organismo, provvisto di autonomia amministrativa, se il danno presunto, riferito all'evento che lo ha determinato, non supera l'importo di euro 50mila;*
- b) il comandante gerarchicamente superiore, ovvero un'altra autorità individuata dagli ordinamenti di Forza armata o interforze sulla base delle peculiari configurazioni organizzative, se il danno presunto non supera l'importo di euro 500mila;*
- c) l'autorità centrale competente, nel caso di importo superiore a euro 500mila.*

*Le autorità di cui al comma 1:*

- a) dispongono, salvo quanto previsto dall'articolo 452, comma 7, sulla base delle risultanze dell'inchiesta amministrativa, l'addebito ai responsabili e la diminuzione del carico;*

### 1.1.3. La L. 97/2001

Ulteriori elementi circa la responsabilità amministrativa delle Forze Armate e di polizia possono essere desunti dalla L. n. 97 del 27 marzo 2001. Tale disposizione, recante “Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti pubblici”, ha introdotto, agli artt. 6 e 7, alcuni elementi di raccordo tra il processo penale e quello contabile, apparentemente “estranei” all’oggetto del provvedimento.

L’art. 6, rubricato “Disposizioni patrimoniali”, oltre a prevedere il nuovo articolo 335bis c.p. in tema di confisca, stabilisce al secondo comma che “*nel caso di condanna per i delitti di cui al capo I del titolo II del libro secondo del codice penale commessi a fini patrimoniali, la sentenza è trasmessa al procuratore generale della Corte dei conti, che procede ad accertamenti patrimoniali a carico del condannato*”. L’art. 7, rubricato “Responsabilità per danno erariale” prevede, invece, che “*la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell’art. 3 per i delitti contro la pubblica amministrazione previsti nel capo I del titolo II del codice penale è comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei conti affinché promuova entro trenta giorni l’eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato. Resta salvo quanto disposto dall’art. 129 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271*”.

Da una prima lettura della normativa, risulta immediata la constatazione che le fattispecie penali considerate sono limitate ai reati contro la pubblica amministrazione previsti nel codice penale, senza richiami ai reati analoghi previsti nel codice penale militare di pace. Può quindi ritenersi che il legislatore sia incorso nella ricorrente “dimenticanza” relativa a tali reati, anche se si deve constatare che nell’art. 3 della stessa legge (in relazione agli effetti sul procedimento disciplinare) viene espressamente nominato il reato militare di cui all’art. 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383 (Peculato speciale o collusione del militare della Guardia di Finanza). L’omissione appare pertanto ingiustificata e tale da far ritenere comunque possibile, seppure non espressamente previsto, che anche il giudice militare, nelle situazioni previste dagli artt. 6 e 7 della legge 97/2001, provveda alle comunicazioni agli uffici di procura contabile.

---

b) *emettono decreto di scarico, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 194 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, recante regolamento per l’amministrazione e la contabilità generale dello Stato, nel caso di eventi dannosi dovuti a caso fortuito o forza maggiore;*

c) *comunicano i provvedimenti di cui alle lettere a) e b) alla Procura regionale presso la Corte dei conti, per le eventuali azioni di competenza*”.

<sup>167</sup> Art. 454 TUROM: “L’addebito per la perdita di materiali è commisurato, per i materiali assunti in carico, al prezzo risultante dalle scritture contabili e, per i materiali non ancora assunti in carico, al prezzo di acquisto. L’addebito può essere ridotto o aumentato quando il valore effettivo dei materiali risulta inferiore o superiore a quello di carico o di acquisto. L’addebito per deterioramento di materiali è commisurato alla spesa di ripristino in perfetta efficienza. Per i materiali che dopo la riparazione risultino deprezzati è addebitata anche la differenza di valore. Se i materiali deteriorati sono dichiarati fuori uso, il prezzo ricavato dalla vendita è portato in diminuzione dall’addebito”.

In secondo luogo, sotto il profilo dei contenuti, l'art. 6, con la peculiarità di individuare come destinatario il procuratore generale anziché il procuratore regionale, sembra correlare una necessaria attività di accertamento patrimoniale alla sentenza penale (anche non irrevocabile), al fine di assicurare il recupero del danno erariale, anche a prescindere dall'instaurazione del giudizio contabile e ponendo pertanto il problema di qualificare correttamente tale funzione di accertamento.

La legge 97/2001, dunque, conferma un sistema di raccordi fra processo penale e giudizio contabile, evidenziando l'interesse del legislatore verso una risposta non solo penalistica per i comportamenti dei pubblici dipendenti produttivi di danni all'erario pubblico, spesso difficilmente rimediabili, in assenza di tempestive misure dirette a tale scopo ed in presenza di fenomeni estesi di corruzione pubblica, correlati all'ampliamento delle funzioni pubbliche nell'economia, esercitate anche con forme organizzative di tipo privatistico.

### *1.2. Profili di peculiarità per le Forze Armate e le Forze di Polizia*

Non sono rare le pronunce della Corte dei Conti per quanto concerne danni erariali provocati da appartenenti alle Forze Armate e alle Forze di Polizia (e in particolare della Polizia di Stato). Possiamo in questa sede fare alcuni esempi tratti dalla recente casistica giurisprudenziale.

Una emblematica decisione<sup>168</sup> riguarda un agente della Polizia di Stato di Reggio Calabria, il quale si assentava dal servizio per 360 giorni, asserendo di risultare affetto da varie patologie, ma senza mai produrre all'ufficio di appartenenza la certificazione medica necessaria nonostante le reiterate sollecitazioni ricevute in tal senso. Si legge nella motivazione della III Sezione della Corte dei Conti che "l'arbitraria assenza dal servizio determina un abbassamento dell'efficienza dell'amministrazione di appartenenza e arreca un immediato pregiudizio alla complessiva organizzazione". In tale contesto occorre, quindi, tener conto, da un lato, dell'inadempienza della prestazione gravante sul presunto responsabile e, dall'altro, dell'incidenza di detta omissione sul modello organizzatorio. È proprio in relazione a quest'ultimo aspetto che il giudice contabile introduce delle considerazioni che tengono conto, nella valutazione in questo caso del danno da disservizio, dei doveri connessi alle funzioni istituzionali esercitate dagli appartenenti alle Forze dell'Ordine. In particolare, la Corte dei Conti afferma che "la disfunzione organizzativa che si viene a determinare non ricade solo sull'apparato amministrativo, ma sull'intera collettività cui l'amministrazione eroga i propri servizi".

---

<sup>168</sup> Corte dei Conti, sez. III, sentenza n. 294 del 17 ottobre 2007.

Nella fattispecie “le imprevedibili, ma ripetute assenze arbitrarie dal servizio hanno generato un grave disservizio, avuto riguardo alla posizione dell’appellante e soprattutto ai compiti a lui intestati. Si trattava, infatti, di un agente di PS incardinato presso il dodicesimo reparto mobile che, quindi, dispiegava compiti operativi di assoluto rilievo per l’intera collettività”.

In fattispecie analoghe, anche altre sezioni regionali della Corte dei Conti hanno adottato il medesimo ragionamento. Per esempio, la sezione Puglia nel 2009<sup>169</sup>, andando ad analizzare la condanna in sede penale di due agenti per i reati di contrabbando, peculato e falso ideologico, ha affermato che il “danno all’organizzazione” va inteso nel duplice aspetto della mancata resa della prestazione di servizio (conseguente alla violazione dei doveri d’ufficio) e della mancata o inadeguata resa del più generale servizio di repressione e contrasto dell’attività criminale (ancora più rilevante).

### 1.2.1. L’applicazione del potere riduttivo

Peculiarità fondamentale inerente la disciplina della responsabilità amministrativa degli appartenenti alle Forze Armate e di Polizia è l’applicazione del potere riduttivo della Corte dei Conti.

Già nei capitoli precedenti abbiamo visto come la valutazione del giudice non si limiti al mero danno e alla causalità della condotta che lo ha determinato, ma si estenda a tutti gli elementi della fattispecie dannosa, considerata nel complesso delle componenti oggettive e soggettive.

Per quel che concerne in particolare l’ambito militare hanno assunto particolare rilevanza nella giurisprudenza contabile, ad esempio, situazioni soggettive quali la pregressa esperienza (ove questa fosse stata breve), la giovane età, i precedenti positivi di carriera, il comportamento e la personalità del convenuto, lo stato emotivo in occasione dell’evento dannoso, lo stato di salute e le gravi condizioni di stress psico-fisico, i turni gravosi di lavoro, il trattamento economico e le condizioni economiche generali, la mancanza di una previa adeguata attività formativa o professionale.

Parimenti, sono risultate rilevanti, sul piano oggettivo, le situazioni esterne in cui il pubblico dipendente si è trovato ad operare, quali la disorganizzazione dell’ufficio e la complessità organizzativa dell’ente.

Infine, vi sono parametri, non condivisi da tutti, quali ad esempio la rilevanza data, ai fini del potere riduttivo, all’essersi adeguati a consolidate prassi ancorché *contra legem*.

---

<sup>169</sup> Corte dei Conti, sez. Puglia, sentenza n. 12 del 16 gennaio 2009.

Interessante, in quest'ultimo senso, una sentenza della sezione Toscana del 2006, giudicante l'illecito conferimento a soggetti esterni di incarichi di progettazione, in presenza di idonei tecnici interni. La Corte, in questo caso, ha ravvisato un danno erariale pari al compenso erogato a tali soggetti esterni; la somma, tuttavia, veniva ritenuta suscettibile di potere riduttivo dell'addebito in quanto il conferimento *contra legem* era avvenuto sulla scorta di pregressa prassi illegalmente seguita dall'ente.

Le fattispecie in cui, in ambito militare, il giudice contabile ha ritenuto di dover applicare il potere riduttivo dell'addebito sono a dir poco numerose. Come già accennato in introduzione a questo capitolo, infatti, è proprio attraverso l'applicazione e l'interpretazione di tale potere discrezionale che il giudice contabile può concretamente tener conto delle specificità funzionali del corpo militare.

Tra le numerose sentenze rinvenute merita di essere analizzata, seppur risalente<sup>170</sup>, quella inerente a un appartenente all'Arma dei Carabinieri che uccideva, per eccesso colposo nell'uso legittimo delle armi, un soggetto che non si era fermato ad un posto di blocco. La Sezione II della Corte dei Conti riteneva, nel caso in oggetto, di dover fare applicazione del potere riduttivo in quanto il comportamento del responsabile era stato influenzato dalle particolari condizioni in cui si era svolta l'azione, quali la tensione connessa alla particolare finalità dell'operazione di polizia in corso (a seguito di un sequestro di persona), l'ora notturna, la concitazione del momento e la giovane età dell'operante.

Solitamente si parla del carattere urgente del servizio di polizia e di difesa espletato che viene sovente considerato dalla giurisprudenza come in grado di escludere del tutto la responsabilità amministrativa ovvero circostanza rilevante ai fini dell'applicazione della riduzione dell'addebito.

Molto spesso, inoltre, la Corte dei Conti prende in considerazione, ai fini dell'applicazione del potere riduttivo, "l'obiettiva pericolosità che deriva nel maneggio delle armi da fuoco, all'atto dello svolgimento di servizi armati, i cui rischi, per ragioni connesse a superiori interessi della società, devono in parte ricadere sull'amministrazione".

In altri casi, la Corte ha ancorato la possibilità di esercizio della riduzione dell'addebito al comportamento del soggetto, alle condizioni nelle quali il medesimo ha agito e al grado di influenza avuto nella produzione del danno. Emblematico precedente giurisprudenziale (anche se ormai anche questo risalente) è la sentenza della Corte dei Conti, Sez. I, n. 13 del 23 gennaio 1989, nella quale si è ritenuto che legittimasse l'applicazione del potere riduttivo la circostanza

---

<sup>170</sup> Corte dei Conti, sez. II, sentenza n. 91 del 23 marzo 1994.

in cui un Carabiniere, responsabile della morte di altra persona per l'uso imprudente dell'arma di servizio, fosse stato immesso di recente nell'attività militare e che il corso di formazione obbligatorio fosse stato eccezionalmente corto.

Ancora si segnala un altro caso di responsabilità amministrativa per omessa o ritardata denuncia del fatto dannoso. Nella fattispecie si trattava di un Colonnello che non aveva perseguito il responsabile principale del danno, né tantomeno denunciato il fatto dannoso alla Corte dei Conti<sup>171</sup>. Il giudice contabile motivava la sua decisione di ricorrere al potere riduttivo “vista, da un lato, la particolare natura dell'organizzazione militare nella quale le competenze tendono ad essere parcellizzate in relazione alla rigida gerarchia che la contraddistingue e, dall'altro lato, l'assenza di comportamenti omissivi e dannosi per la collettività posti in essere dal convenuto”.

Altre interessanti applicazioni del potere riduttivo si sono altresì ritrovate in qualche fattispecie concernente il personale delle Forze di Polizia. Ne è un esempio il caso deciso dalla sezione giurisdizionale del Lazio riguardante un incidente stradale avvenuto nell'espletamento di servizi urgenti d'istituto, senza però che il convenuto (agente scelto della Polizia di Stato) facesse uso del dispositivo acustico di allarme, né di quello di segnalazione visiva a luce lampeggiante blu. Il giudice contabile, dopo aver affermato che l'espletamento di servizi urgenti non può comunque esimere i conducenti dei veicoli adibiti a tali servizi dal rispetto delle regole del Codice della strada, riteneva sussistenti le condizioni per l'esercizio del potere riduttivo dell'addebito: “l'esercizio in concreto di tale potere è inteso a proporzionare il danno risarcibile al malinteso impegno finalizzato al più celere espletamento dei compiti di istituto, in rapporto alla rilevante aliquota di rischio che incombe, a causa delle mansioni espletate, sugli appartenenti alle Forze di Polizia”.

È comunque da sottolineare che, al fine di prevenire un abuso del potere di riduzione, è la stessa giurisprudenza contabile a richiedere un particolare rigore nella motivazione. Quest'ultima deve, infatti, ritenersi contraddittoria, carente o insufficiente ove non vi sia la specificazione degli elementi valutati a favore del responsabile, ossia dove non trovi fondamento oggettivo in circostanze che hanno assunto rilevanza nella verifica del fatto dannoso, oltre che nella manifestazione del grado di colpa dell'agente.

### *1.2.2. Le inchieste amministrative militari*

Ai fini della delineazione della responsabilità amministrativa risulta di fondamentale importanza l'inchiesta amministrativa, intesa come una procedura condotta dal Comandante

---

<sup>171</sup> Corte dei Conti, sez. Veneto, sentenza n. 1010 del 14 luglio 2005.

dell'ente che ha effettuato la denuncia alla Procura regionale della Corte dei Conti e finalizzata ad accertare le cause dell'evento dannoso, l'entità del danno erariale e le eventuali responsabilità.

Le inchieste amministrative sono generalmente caratterizzate da una peculiare articolazione strutturale che ha origine da un atto d'iniziativa d'ufficio, pur potendo quest'ultimo venire adottato in conseguenza di una denuncia.

La regolamentazione delle singole inchieste trova per lo più le sue fonti nella prassi, nelle norme interne o, ancora, nei principi di buona amministrazione, nelle direttive dei superiori gerarchici o dell'Autorità che ha disposto l'inchiesta stessa.

L'atto che dispone l'inchiesta è sempre necessario in quanto si vuole che ad essa partecipino organi rispetto alle cui funzioni tale attività sarebbe esorbitante o estranea. Inoltre, solitamente, con tale atto si può disporre la creazione di un organo straordinario, di regola collegiale, estendendo allo stesso particolari poteri giuridici, come ad esempio la facoltà di richiedere la collaborazione delle varie autorità interessate. Infine, l'atto *de quo* deve contenere la delimitazione più o meno rigorosa dell'oggetto dell'indagine ed eventualmente l'indicazione delle modalità secondo cui l'attività inquirente deve espletarsi.

La delimitazione dell'oggetto e l'esatta individuazione dei compiti e dei poteri operate dall'atto istitutivo risultano, d'altra parte, ancora più necessarie se si pensa che non esiste nel nostro ordinamento una normativa generale che disciplini analiticamente le inchieste svolte dalla pubblica amministrazione. Così, a parte qualche disposizione particolare contenuta in varie fonti normative (quali il RAD e il TUROM), assumono una notevole rilevanza in tale materia la prassi seguita e i precedenti.

Dopo l'apertura dell'inchiesta amministrativa si passa alla fase istruttoria, ovvero a quella fase rivolta all'acquisizione degli interessi coinvolti dall'azione amministrativa e alla raccolta degli elementi che servono alla loro valutazione obiettiva ed imparziale.

Infine, nella sua fase terminale, l'inchiesta culmina con la redazione e il deposito di una relazione attraverso la quale viene data esternazione ai risultati conoscitivi acquisiti. La relazione d'inchiesta di regola non produce certezza legale, ma soltanto notizia, nel senso che non ha la forza di obbligare chiunque ad usare la certezza che essa fissa: il fatto di promanare da una pubblica autorità le conferisce solo una particolare autorevolezza, per cui le altre autorità di regola vi si attengono, mentre nei confronti dei privati non ha alcuna forza giuridica.

I risultati cui l'amministrazione militare perviene sono comunque tutt'altro che ignorati dal giudice contabile nelle sue valutazioni. Pur non vincolandolo direttamente, in numerose sentenze sembra trasparire chiaramente l'influenza dell'istruttoria svolta nel corso dell'inchiesta



amministrativa, sia per quanto concerne la ricostruzione dei fatti, sia per il raggiungimento della prova circa la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Come abbiamo già introdotto nei paragrafi precedenti, l'inchiesta amministrativa può essere svolta da un inquirente, ufficiale o dipendente civile, di grado o qualifica pari o superiore all'inquisito, allorché l'entità del danno non superi i 50mila euro oppure da una commissione d'inchiesta il cui presidente deve avere i medesimi requisiti allorché l'entità del danno superi il predetto importo.

L'inquirente o la commissione d'inchiesta, acquisito se necessario il parere degli organi tecnici competenti, esaminano nella fase istruttoria le cause e le circostanze inerenti all'evento dannoso, determinano l'entità dei danni, muovono le opportune contestazioni scritte ai presunti responsabili, acquisiscono agli atti d'inchiesta le relative risposte e redigono apposita relazione, contenente le conclusioni per il successivo inoltro al Comandante dell'ente. Quest'ultimo, al termine dell'inchiesta amministrativa, qualora il danno accertato superi la soglia sopra richiamata, trasmette un esemplare della relazione, munita del proprio parere all'autorità superiore, competente a determinare in via amministrativa la responsabilità e gli addebiti relativi al danno accertato ex art. 453 TUROM.

Un procedimento analogo è previsto per la Guardia di Finanza e precisamente dagli artt. 57-59 del Regolamento di amministrazione del Corpo della Guardia di Finanza (d.m. n. 292 del 14 dicembre 2005). A norma dell'art. 57, infatti, in caso di mancanze, deterioramenti e diminuzioni di denaro e di materiali, "chi è tenuto a rispondere" compila immediatamente apposito rapporto dettagliato e lo trasmette al Comandante dell'ente. Il Comandante, in base a tale rapporto o di sua iniziativa quando altrimenti gli consti del danno avvenuto, nomina, ove la presunta entità del danno superi il valore stabilito dal Comandante Generale, una commissione composta da almeno tre ufficiali, di cui uno superiore che la presiede, per accertare le cause dell'evento dannoso e l'entità del danno, nonché per pronunciarsi sulle eventuali responsabilità. Qualora, sulla base degli elementi di fatto ovvero a conclusione dell'inchiesta amministrativa, emerga un'ipotesi di danno erariale, il Comandante fa denuncia al Procuratore regionale della Corte dei Conti, costituendo in mora i responsabili e informando il Comando Generale.

In ultima analisi, risulta opportuno un accenno alle inchieste sommarie e formali su eventi di particolare gravità o risonanza occorsi nell'ambito di enti, reparti ed unità del Ministero della Difesa.

Tali inchieste hanno il compito specifico di accertare le cause soggettive ed oggettive che hanno determinato eventi di particolare importanza o clamore nell'ambito dell'amministrazione

militare, allo scopo di valutare l'opportunità di adottare le misure correttive di carattere organizzativo o tecnico, necessarie ad evitare il ripetersi di eventi dannosi e di dare l'avvio a procedimenti rivolti ad individuare eventuali responsabilità penali, disciplinari, amministrative, in merito alla causazione dell'evento.

Esistono due tipologie di inchieste. Le prime, cosiddette sommarie, sono disposte nell'imminenza dell'evento e condotte secondo modalità semplificate, anche allo scopo di evitare la dispersione degli elementi utili per gli eventuali ulteriori accertamenti. Le seconde, cosiddette formali, sono disposte quando la gravità dell'evento richiede nell'immediato un approfondito esame, ovvero quando sia necessario, sulla base dei risultati dell'inchiesta sommaria, esperire indagini più articolate e complesse, al fine di accertare le cause dell'evento.

Sono disciplinati in modo dettagliato l'iter procedimentale, i tempi di espletamento dell'incarico, l'individuazione dei soggetti preposti, le modalità di inoltro delle relazioni finali (le cosiddette schede informative) al Ministero della Difesa e allo Stato Maggiore della Difesa.

Sono altresì stati tipizzati gli eventi che possono dar luogo alle suddette inchieste: si parla, infatti, degli eventi dannosi che interessano personale, beni o mezzi del Ministero della Difesa, quali, ad esempio, incidenti ed infortuni rilevanti connessi all'impiego operativo o all'attività addestrativa; a furti, smarrimenti o danneggiamenti di materiali ed apparati; alla situazione sanitaria dei reparti; ai sinistri marittimi; al danno all'immagine e al decoro dell'amministrazione (oggetto di studio dei prossimi paragrafi).

### *1.2.3. La culpa in vigilando del Comandante*

In materia di *culpa in vigilando* del soggetto apicale, le decisioni relative agli appartenenti alle Forze Armate sono numerose. Nel leggere le motivazioni delle sentenze, tuttavia, non si rinvencono rilevanti aspetti di peculiarità e diversità rispetto ai parametri di valutazione utilizzati per i dirigenti civili.

### *1.2.4. L'istituto della rimostranza*

In ambito militare il dovere di obbedienza rappresenta il dovere tipico e caratteristico degli appartenenti alle Forze Armate. Si tratta di un particolare dovere che trova causa e giustificazione nella rigida struttura gerarchica dell'amministrazione militare e che si lega strettamente al concetto di ordine gerarchico, costituendone l'oggetto.

L'art. 1346 del Codice dell'Ordinamento Militare, rubricato "Disciplina militare" afferma che "*La disciplina del militare è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione*

*ai compiti istituzionali delle Forze armate e alle esigenze che ne derivano. Essa è regola fondamentale per i cittadini alle armi in quanto costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza.*

*Per il conseguimento e il mantenimento della disciplina sono determinate le posizioni reciproche del superiore e dell'inferiore, le loro funzioni, i loro compiti e le loro responsabilità. Da ciò discendono il principio di gerarchia e quindi il rapporto di subordinazione e il dovere dell'obbedienza.*

*Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici. Nella disciplina tutti sono uguali di fronte al dovere e al pericolo”.*

Il successivo art. 1347, rubricato “Obbedienza” specifica inoltre che “L’obbedienza consiste nella esecuzione pronta, rispettosa e leale degli ordini attinenti al servizio e alla disciplina, in conformità al giuramento prestato.

*Il dovere dell’obbedienza è assoluto, salvo i limiti posti dall’articolo 1349, comma 2 e dall’articolo 729 del regolamento”.*

Dunque, dall’analisi del dettato normativo si può desumere che le uniche legittime eccezioni al dovere di obbedienza per i militari sono i casi previsti dagli artt. 1349 del Codice e 729 del Regolamento.

In particolare, il secondo comma dell’art. 1349 del Codice afferma che “*il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l’ordine e di informare al più presto i superiori”.*

Coerentemente, il secondo comma dell’art. 729 del Regolamento afferma che “*il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto a eseguirlo se l’ordine è confermato. Secondo quanto disposto dalle norme del codice, il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l’ordine e informare al più presto i superiori”.*

È dunque presente anche in ambito militare l’istituto della rimostranza, oltre che la causa di giustificazione, con esenzione dalla responsabilità, per il militare che ha agito (provocando un danno erariale) sulla base di un ordine che era obbligato a eseguire.

Le Corti, a più riprese, hanno precisato che il diritto di rimostranza avverso un atto del superiore va in ogni caso esercitato con espressioni convenienti e non polemiche, compatibili con il rispetto dovuto al superiore. Il potere di rimostranza, inoltre, non può essere utilizzato sulla base di semplici valutazioni soggettive o al fine di contestare provvedimenti di carattere organizzatorio.

Tale potere, infatti, deve essere considerato quale strumento eccezionale per evitare un improprio coinvolgimento di responsabilità e non per coprire inammissibili ingerenze sostitutive nella sfera decisionale dell'autorità competente.

#### *1.2.5. Il divieto di polizze assicurative*

Come abbiamo già detto nel capitolo inerente la responsabilità amministrativa del pubblico dipendente "civile", è sancito il divieto di stipula delle polizze assicurative atte ad escludere la responsabilità amministrativo-contabile del dipendente stesso. Ad oggi, il d.lgs. n. 20/2012 è intervenuto sul libro III del Codice dell'Ordinamento Militare e, anche, in materia di polizze assicurative.

L'art. 533 del suddetto codice prevedeva, nella sua versione originaria, il divieto per il Ministero della difesa "*di stipulare polizze assicurative finalizzate a tenere indenni i propri dipendenti dalla responsabilità amministrativo-contabile derivante dallo svolgimento dei compiti istituzionali; in caso di violazione del divieto si applica l' art. 3, c. 59, della legge 24 dicembre 2007, n. 244*". La norma dispone ora, senza sostanziali novità, che "*in materia di polizze assicurative, al Ministero della difesa si applicano le disposizioni vigenti per le pubbliche amministrazioni statali sul divieto di stipula di assicurazioni per i dipendenti pubblici*". Il nuovo art. 533 del codice, dunque, non introduce nell'ordinamento un divieto prima inesistente, ma riconosce un divieto già insito nel sistema e consacrato dalla costante ed uniforme giurisprudenza, sviluppandone la componente sanzionatoria in modo da colpire sia gli autori dell'illecito sia i beneficiari.

#### *1.2.6. Particolari tipologie di danno*

La giurisprudenza contabile ha tipizzato tutta una serie di condotte che possono costituire un danno all'erario, divenendo fonti di responsabilità amministrativa.

##### *1.2.6.1. Danni da sinistri automobilistici*

È copiosa la giurisprudenza in materia di sinistri automobilistici produttivi di danni a veicoli di servizio. In tutti questi casi, a decisioni in cui il militare viene giudicato alla stregua di un qualsivoglia dipendente pubblico, si contrappongono alcune sentenze in cui le funzioni svolte dalle Forze Armate hanno avuto qualche rilievo nel *decisum* della Corte.

Un esempio può essere riscontrato in un arresto della sezione giurisdizionale della Lombardia<sup>172</sup>, la quale non ha ritenuto connotato da colpa grave il comportamento di un Carabiniere che, in assenza di segnalazioni semaforiche, a causa dell'inosservanza del diritto di precedenza, aveva provocato un incidente automobilistico, sussistendo la circostanza della bassissima velocità del mezzo e dell'esigenza di rispondere a una chiamata di servizio.

Generalmente il carattere urgente del servizio espletato e la specificità del contesto operativo vengono considerati, dalla giurisprudenza contabile, quali circostanze rilevanti ai fini dell'applicazione del potere riduttivo dell'addebito, ma non quali circostanze in grado di escludere del tutto la responsabilità amministrativa. In effetti, quasi tutte le sentenze in merito fanno riferimento all'art. 177, comma 2, del Codice della Strada<sup>173</sup>, secondo il quale i conducenti dei veicoli adibiti a servizi di polizia chiamati ad espletare servizi urgenti d'istituto sono tenuti in ogni caso a rispettare le regole di comune ed elementare prudenza e diligenza poste a salvaguardia della pubblica incolumità.

#### 1.2.6.2. *Danni da uso inadeguato di armi da fuoco*

La casistica relativa ai danni erariali derivanti dall'uso maldestro di armi da fuoco può essere illustrata muovendo, a titolo esemplificativo, da un caso deciso dalla sezione Lazio nel 2005<sup>174</sup>.

La vicenda all'esame del giudice contabile concerneva una richiesta di risarcimento della Procura regionale della Corte dei Conti per il Lazio, conseguente a una condanna dell'amministrazione per la refusione del danno a terzi causato dall'azione di un Carabiniere durante un'operazione di polizia.

Nella fattispecie concreta, il militare dell'Arma veniva chiamato dal personale di servizio presso il Distaccamento della Marina Militare di Roma, che lo avvertiva che nell'antistante piazza si aggiravano alcune persone sospette. Nell'avvicinarsi all'autovettura ferma con degli occupanti a bordo, il militare tentava di qualificarsi. L'autovettura, quindi, si metteva repentinamente in moto urtando il Carabiniere e facendolo cadere a terra.

---

<sup>172</sup> Corte dei Conti, sez. Lombardia, sentenza n. 293 del 14 febbraio 2000.

<sup>173</sup> Art. 177, comma 2, Codice della Strada: “ *I conducenti dei veicoli di cui al comma 1, nell'espletamento di servizi urgenti di istituto, qualora usino congiuntamente il dispositivo acustico supplementare di allarme e quello di segnalazione visiva a luce lampeggiante blu, non sono tenuti a osservare gli obblighi, i divieti e le limitazioni relativi alla circolazione, le prescrizioni della segnaletica stradale e le norme di comportamento in genere, ad eccezione delle segnalazioni degli agenti del traffico e nel rispetto comunque delle regole di comune prudenza e diligenza*”.

<sup>174</sup> Corte dei Conti, sez. Lazio, sentenza n. 1130 del 6 giugno 2005.

Il militare, temendo di essere più gravemente investito, esplose cinque colpi di arma da fuoco; di questi, tre raggiungevano l'autovettura e uno colpiva il conducente, causandogli lesioni gravissime.

La decisione della Corte dei Conti scaturiva quindi dall'atto di iniziativa della Procura Regionale per il Lazio, la quale chiamava in giudizio, innanzi al giudice contabile, il militare dell'Arma, evidenziando "l'imprudenza e la negligenza manifestata, da parte dell'imputato, nel controllo e nella valutazione della situazione di pericolo" ed imputandogli la conseguente responsabilità amministrativa per il danno erariale derivante dalla sua condotta gravemente colposa.

Il giudice contabile giungeva ad optare per l'esclusione dell'elemento soggettivo della colpa grave nei confronti del militare, evidenziando alcuni aspetti che non consentivano la riferibilità del danno alla condotta del Carabiniere. In particolare, era stata esclusa la certezza (sostenuta invece dalla Procura regionale) che i colpi fossero stati esplosi "non certo alle gomme, bensì ad altezza uomo", con la conseguenza di aver usato un mezzo (lo sparo ad altezza uomo) non proporzionale al fine (l'arresto dell'autovettura).

Non essendo stata raggiunta, nel corso del giudizio contabile, una prova certa ed inconfutabile circa l'uso sproporzionato e maldestro dell'arma in dotazione, la Corte dei Conti è arrivata ad escludere la sussistenza della colpa grave in capo al militare, affermando che "una puntuale e ragionevole certa ricostruzione dei fatti sarebbe stata invece indispensabile per ritenere provata non solo la colpa del militare, ma anche [...] la gravità di tale colpa".

La decisione in questione è solo un esempio dei numerosi interventi della giurisprudenza contabile sull'uso corretto delle armi da fuoco da parte del personale delle Forze Armate e delle Forze di Polizia, attività oggettivamente pericolosa che può dar luogo, in assenza di adeguata professionalità, addestramento e capacità operativa, a tragici incidenti cui spesso conseguono pregiudizi finanziari per i risarcimenti erogati alle persone danneggiate.

La casistica in materia è copiosa, ma raramente si ritrovano esempi di diversi e peculiari parametri di valutazione utilizzati dalla Corte dei Conti. Tra queste rare ipotesi si può richiamare una sentenza della Sezione I in cui, alla base della sussistenza della responsabilità amministrativa, si fa espresso riferimento all'esperienza professionale che un militare dovrebbe avere nell'uso dell'arma. Si trattava in particolare di un finanziere, il quale, all'ingresso di un impianto sportivo, estraeva dalla fondina la pistola d'ordinanza da cui, accidentalmente, partiva un colpo che raggiungeva fatalmente al petto un civile presente<sup>175</sup>. Nel confermare la decisione di primo grado, il giudice contabile precisava che "l'uso delle armi è intuitivamente pericoloso e [...] vie-

---

<sup>175</sup> Corte dei Conti, sez. I, sentenza n. 391 del 28 novembre 2005.

più un militare deve essere consapevole del rischio di manovrare una pistola in un locale inadatto e in presenza di civili”. Nella circostanza concreta, il giudice sottolineava di non ritenere circostanza esimente la carenza di strutture destinate al disarmo, considerato che “la scelta del tempo e del luogo per effettuare le operazioni di cui si tratta non era necessitata” e la preferenza per un luogo totalmente inadeguato, quale una “sala spogliatoio, depone per una estrema leggerezza e sconsideratezza del finanziere che [...] si indusse a fare operazioni comunque pericolose in violazione delle consegne”. La specificità della natura dell’organizzazione militare (e delle funzioni esercitate dai suoi componenti) veniva in questo caso considerata non al fine di “giustificare” un comportamento, bensì in senso più rigoroso e negativo per l’agente.

Più in generale, scorrendo i contenuti delle decisioni in materia, sembra palese come la giurisprudenza contabile metta in rilievo, ai fini della riferibilità degli eventuali danni indiretti, sia l’inosservanza non giustificata del rispetto delle norme di sicurezza sia l’uso avventato dell’arma durante le operazioni di polizia, seguendo, sia nell’uno sia nell’altro caso, rigorosi parametri di valutazione del comportamento dannoso. La sussistenza dell’elemento psicologico della colpa grave viene quindi così costantemente affermata laddove la condotta del militare o dell’appartenente alle Forze dell’ordine si presenti come imprudente e carente nell’osservazione delle specifiche cautele di prevenzione che i regolamenti interni, di norma, impongono e che proprio tali dipendenti pubblici (viste le loro funzioni) non dovrebbero mai esimersi dal rispettare. A tal proposito, ad esempio, è stata riconosciuta la responsabilità a titolo di colpa grave di un sottufficiale dei Carabinieri<sup>176</sup>, il quale ha estratto l’arma dalla fondina in modo incauto, causando il ferimento di una persona (nella fattispecie lo sparo era avvenuto mentre il militare estraeva la pistola dalla fondina per riporla in un cassetto e il perito di parte ha sostenuto che il caricamento era avvenuto all’atto dell’introduzione nella fondina stessa, effettuata celermente nel contesto di una precedente operazione di inseguimento).

Da ciò si evince che l’uso legittimo delle armi da parte del personale militare e delle forze dell’ordine è sottoposto a precise regole di attenzione e di prudenza, affinché i danni che si possono produrre siano contenuti, secondo un principio di proporzionalità, alla difesa di quegli interessi di valore assoluto richiamati dalla norma penale. Ovviamente, per far questo è necessario, se non indispensabile, che il personale delle Forze dell’ordine (ma lo stesso discorso può essere esteso anche alle Forze armate) venga mantenuto a un elevato livello di addestramento e professionalità, per il quale devono essere opportunamente destinate e non lesinate le risorse economiche, le quali, a fronte di una carente preparazione del personale in parola, serviranno,

---

<sup>176</sup> Corte dei Conti, sez. Campania, sentenza n. 54 del 5 giugno 2001.

comunque, per risarcire i danni, disattendendo, così, la regola di buon senso che privilegia la prevenzione alla cura. È quindi necessario, per ottenere un elevato livello di professionalità, che il personale preposto alle funzioni di responsabilità (funzionari, dirigenti, Ufficiali) sia sempre in grado di coordinare i necessari controlli e di attivare le indispensabili operazioni di cautela durante le operazioni di polizia, non solo per raggiungere il migliore risultato, ma anche per evitare che i propri dipendenti si trovino esposti a situazioni di difficoltà. A tal proposito, occorre ricordare che anche la mancanza o la carenza qualitativa del controllo da parte dei soggetti preposti può configurare fattispecie di responsabilità amministrativa.

Nella trattazione della materia occorre, infine, ricordare che il D.P.R. n. 395 del 31 luglio 1995 prevede che *“nei procedimenti a carico di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria o dei militari in servizio di pubblica sicurezza, per fatti compiuti in servizio anche relativi all’uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, continua ad applicarsi l’art. 32 della legge 22 maggio 1975, n. 152”*, il quale a sua volta afferma che *“nei procedimenti a carico di ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria o dei militari in servizio di pubblica sicurezza per fatti compiuti in servizio e relativi all’uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, la difesa può essere assunta a richiesta dell’interessato dall’Avvocatura dello Stato o da libero professionista di fiducia dell’interessato medesimo. In questo secondo caso le spese di difesa sono a carico del Ministero dell’Interno salva rivalsa se vi è responsabilità dell’imputato per fatto doloso”*. È dunque prevista, per tali evenienze, la cosiddetta tutela legale, proprio in ragione del rischio e della specificità delle funzioni attribuite.

## **2. Il danno all’immagine dell’Arma dei Carabinieri**

Come per altre pubbliche amministrazioni anche nei confronti delle Forze Armate e di polizia vi può essere un danno all’immagine a seguito di una condotta antigiuridica di un proprio dipendente. Ciò produce chiaramente un minore prestigio e una minore credibilità del corpo di appartenenza, nonché una lesione di natura organizzativa e un decremento delle potenzialità operative.

La reputazione e l’estimazione dell’amministrazione militare subiscono un danno maggiore in relazione al noto principio di immedesimazione: il militare, in ogni suo comportamento, rappresenta l’intera istituzione e, agli occhi del cittadino, un suo comportamento illecito risulta essere indicativo del *modus operandi* dell’amministrazione nel suo complesso.



Come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, la Corte dei Conti ha applicato, anche per gli appartenenti all'amministrazione militare, i principi generali caratterizzanti la responsabilità amministrativa dei pubblici dipendenti. In quest'ambito, però, non si può non notare come le amministrazioni militari abbiano, proprio in virtù delle loro specificità funzionali, un sistema normativo e regolamentare peculiari, ancorché inclusi nel complessivo ordinamento giuridico dei pubblici dipendenti. Proprio alla luce di ciò, in molte sentenze sul danno all'immagine dell'amministrazione militare, i giudici contabili hanno presupposto che, a causa del comportamento del soggetto, l'amministrazione abbia subito una significativa lesione a causa dell'alto prestigio e dell'ampio valore che occupa nella comunità civile. Molte decisioni sono state assunte, infatti, nonostante la Procura contabile non abbia offerto la prova delle spese sostenute dalle amministrazioni per il ripristino dell'immagine compromessa dalla condotta illecita dei propri dipendenti, configurando il danno in *re ipsa* all'illecito<sup>177</sup>.

Ad ogni modo, nella valutazione e nella quantificazione del danno si deve tener conto anche del fatto che il ripristino della lesa estimazione, ovvero il recupero dell'immagine, appare più oneroso per le amministrazioni militari, sia sotto l'aspetto organizzativo-amministrativo generale, sia sotto l'aspetto gestionale del personale. Una condotta antiggiuridica, infatti, determina significativi riflessi di natura psicologica e motivazionale nei confronti dei colleghi (con sentimenti e valutazioni diversi a seconda che si tratti di subordinato, parigrado ovvero sovraordinato) che dovranno continuare ad operare con immutato spirito di servizio e di abnegazione. Oltre a ciò, come abbiamo in più sedi ribadito, l'attuazione di una condotta antiggiuridica da parte di un militare cagiona un più ampio discredito all'istituzione pubblica, andando ad intaccare in maniera profonda quel sentimento di fiducia e di considerazione che generalmente la comunità civile ha nei confronti delle Forze Armate e di polizia.

La responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione militare, peraltro, viene tendenzialmente valutata con maggiore rigore in considerazione del dovere di fedeltà qualificata discendente dall'art. 54 secondo comma della Costituzione, ove si afferma che “*i cittadini cui sono*

---

<sup>177</sup> Ancorché con tali arresti ci si uniformi ad una recente giurisprudenza contabile, non da tutti condivisa, appare indubitabile che tali decisioni siano favorite per le strutture statuali come quelle militari.

Emblematico a tal proposito è il caso giudicato dalla Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Veneto, con sentenza n. 432 del 29 maggio 2009, con la quale è stato affermato sussistente il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione a fronte della detenzione e cessione a terzi da parte di un finanziere di sostanze stupefacenti, ancorché la vicenda avesse già comportato sanzione disciplinare espulsiva e la condanna penale.

Stesso principio è stato applicato dalla Corte dei Conti, Sez. I, con sentenza, n. 305/A del 12 settembre 2002, n. 305/A ove si è affermato che alla collusione di militari della Guardia di Finanza in fatti di contrabbando, realizzabile anche mediante omissioni oltre che mediante una condotta commissiva, vanno ricondotti sia i danni corrispondenti alle imposte evase che i danni per lesione dei beni immateriali della reputazione e dell'estimazione dell'amministrazione finanziaria.

*affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge*<sup>178</sup>. Il comportamento di un appartenente alle Forze Armate nonché a quelle di Polizia dovrebbe essere improntato, più che quello di ogni altro dipendente pubblico, a criteri di correttezza e di rispetto dell'integrità delle finanze pubbliche e dell'istituzione in generale. Come più volte ha rimarcato la giurisprudenza contabile, infatti, non può dubitarsi che l'opinione pubblica rimanga particolarmente colpita ogni qualvolta l'illecito provenga da organi particolarmente qualificati dello Stato, dai quali è portata a sentirsi in un certo qual modo tradita con il conseguente rischio dell'innescarsi di un pericoloso effetto-imitazione, conseguente al convincimento della non convenienza di comportamenti virtuosi a fronte della dilagante illegittimità della compagine statale nelle sue componenti più qualificate.

Anche per tale motivo, appare ancora più impensabile non considerare suscettibile di attenzione da parte dell'erario la situazione di un militare condannato con sentenza passata in giudicato per aver commesso un grave reato che non sia tra quelli previsti dal titolo II del libro secondo del codice penale, ancor più laddove, a seguito dell'ampio eco mediatico del fatto, vi sia stato un detrimento all'immagine dell'amministrazione di appartenenza e che la stessa sia stata costretta per il ripristino del proprio prestigio a sopportare importanti oneri finanziari legati, ad esempio, al trasferimento di personale per motivi di opportunità e/o ad una ristrutturazione dell'assetto organizzativo.

D'altra parte, è stato autorevolmente rilevato da plurima dottrina come la responsabilità per danno all'immagine oltre che alla commissione di un illecito penale dovrebbe essere connessa anche all'inosservanza dei doveri propri del pubblico dipendente, con particolare riguardo ai doveri di fedeltà, lealtà e correttezza<sup>179</sup>. In sostanza, non dovrebbe essere necessario che la trasgressione ai doveri d'ufficio del pubblico dipendente abbia sempre e comunque rilevanza penale, sia cioè correlata a particolari ipotesi delittuose, come quelle contemplate nel codice penale al libro II, titolo II, capo I, ma dovrebbe essere sufficiente che si riscontri un'infrazione ai doveri d'ufficio che comporti una precisa responsabilità disciplinare.

---

<sup>178</sup> Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Friuli Venezia Giulia, sentenza n.491 del 21 luglio 2007: "Nel delineato contesto non può riconoscersi alcun valore esimente alla circostanza che i fatti contestati dalla Procura Regionale ebbero a verificarsi al di fuori dal servizio di istituto, dovendosi rilevare che al particolare status degli odierni convenuti, quali appartenenti ai Corpi della Polizia di Stato e della Guardia di Finanza, sono connessi specifici doveri di comportamento e divieti di attività che riguardano la condotta da assumere anche in contesti estranei a quelli istituzionali. Vero è che per gli appartenenti alle forze dell'ordine il rapporto di servizio viene ad assumere una particolare e più intensa connotazione che discende dal dovere di fedeltà di cui all'art. 54 della Costituzione, da intendersi come fedeltà qualificata, con contenuto più ampio di quello riguardante la totalità dei cittadini", essendo "idonea a fondare doveri più impegnativi nei confronti di chi, essendo tenuto a prestare giuramento, contrae anche un vincolo di ordine morale, che a quelli giuridici si aggiunge".

<sup>179</sup> CORTESE, *La responsabilità per danno all'immagine della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 2004, p. 153 ss.

## 2.1. *I particolari doveri del militare*

Ai fini della comprensione della lesione all'immagine dell'amministrazione militare, occorre innanzitutto ricordare che esistono, in capo al singolo dipendente, peculiari doveri attinenti al grado rivestito. In base alla normativa disciplinare, il militare ha il dovere di tenere in ogni circostanza una condotta esemplare ed onorevole. Questo specifico dovere si trova contemplato, così come formulato, nell'art. 732<sup>180</sup> del TUROM. La norma obbliga il militare a tenere in ogni circostanza una condotta esemplare per uno scopo ben preciso: la salvaguardia del prestigio, della reputazione e della credibilità delle Forze armate. Il dovere di salvaguardia del prestigio dell'istituzione militare di appartenenza costituisce un dovere attinente al grado rivestito e, in quanto tale, da osservare incondizionatamente da parte del militare in servizio attivo alle armi. Possiamo affermare con certezza, allora, che il dovere di tenere una condotta esemplare ed onorevole sia un dovere attinente alla posizione di militare in servizio attivo alle armi e come tale un dovere connesso con lo stesso stato giuridico di militare.

La violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 732 TUROM, però, costituisce di per sé una violazione del prestigio dell'istituzione, ma dovrebbe essere indicativa di lesione soprattutto quando al comportamento tenuto si legano elementi estrinseci, come la negativa risonanza pubblica conseguente all'episodio che vede coinvolto un militare.

Bisogna, a questo punto, intenderci per risonanza pubblica, poiché si potrebbe ipotizzare che questa si abbia solo quando l'evento sia a conoscenza di un numero più o meno rilevante di persone. L'ambito più o meno esteso di conoscenza dell'ipotesi di lesione al prestigio dell'istituzione è sicuramente una circostanza che aggrava la condotta, ma per la realizzazione della fattispecie antidisciplinare è sufficiente che anche un numero ristrettissimo di persone sia a conoscenza diretta del fatto. Ecco allora che la possibilità di contestare la lesione del prestigio dell'istituzione si collega soprattutto a circostanze oggettive di risonanza pubblica che emergono dagli usuali strumenti di conoscenza collettiva (stampa, radiotelevisione e altro ancora) o istituzionale (sentenza di un giudice penale da cui emerga la qualità di militare del condannato, relazioni di pubbliche autorità su comportamenti negativi di militari ed altro ancora).

L'art. 732 del TUROM, nel più ampio alveo della tutela del prestigio delle Forze Armate, descrive come lesive di quest'ultimo le seguenti situazioni:

- a. il contrarre relazioni o amicizie non confacenti agli obblighi di serietà e decoro che devono essere osservati anche nella vita privata;

---

<sup>180</sup> Art. 732, comma 1, TUROM: *“Il militare deve in ogni circostanza tenere condotta esemplare a salvaguardia del prestigio delle Forze armate. Egli ha il dovere di improntare il proprio contegno al rispetto delle norme che regolano la civile convivenza”*.

- b. l'uso smodato di bevande alcoliche o l'uso di sostanze stupefacenti, di cui al n. 426 comma 1, secondo alinea del Regolamento Generale dell'Arma.
- c. i debiti non onorati o contratti con persone controindicate moralmente o penalmente.

Gli stessi principi sono contenuti nel Codice di comportamento dei dipendenti del Ministero della Difesa, nel quale, all'art. 9, si afferma che *“nei rapporti privati, comprese le relazioni extra lavorative con i pubblici ufficiali nell'esercizio delle funzioni, il dipendente non sfrutta o menziona la posizione che ricopre all'interno dell'Amministrazione per ottenere utilità indebite. Il dipendente non assume condotte che possano nuocere all'immagine dell'Amministrazione”*.

In passato, sono state altresì considerate rilevanti per l'eventuale lesione del prestigio dell'istituzione anche le liti familiari o di condominio, nel caso in cui travalichino la sfera della vita strettamente privata ed emergano da rapporti o altri provvedimenti dell'autorità di polizia; le attività private svolte dai congiunti, nella sede di servizio del militare o qualora sia accertata l'esistenza di rapporti commerciali fra familiari del militare e Forze armate, agevolati dalla posizione degli stessi; le gravi violazioni di norme stradali, comunali, edilizie o fiscali sanzionate in via amministrativa, di cui sia venuto a conoscenza il comando di appartenenza.

Occorre fare un'ulteriore precisazione. Come abbiamo introdotto nel capitolo inerente la generalità della disciplina del danno all'immagine, prima dell'intervento del “Codice di giustizia contabile” del 2016, la sentenza delle Sezioni Riunite 8/QM/2015 aveva cercato di fare chiarezza circa il campo applicativo del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione. Essa, infatti, aveva sancito definitivamente che i soli reati che potevano essere fonte di danno all'immagine erano quelli contenuti al Capo I del Titolo II del Libro Secondo del codice penale.

Al di là della disquisizione sulla correttezza interpretativa, occorre però sottolineare una indubbia mancanza. Con riferimento ai criteri interpretativi seguiti nella sentenza in oggetto, risulta necessario ricomprendere tra i reati che suffragano il danno all'immagine anche quelli “speciali contro l'amministrazione militare” (ex artt. 215 e seguenti del codice penale militare di pace). In effetti, vale considerare che i reati del capo I del titolo IV del libro II del c.p.m.p. (“peculato e malversazione militare”), sono caratterizzati da una intrinseca ed oggettiva consistenza di offensività dell'immagine pubblica analoga alle omologhe figure di reato previste dal codice penale, delle quali, tra l'altro, ne condividono anche il *nomen iuris*.

È anche da sottolineare in questa sede come un'interpretazione quale quella fornita dalla Sezioni Riunite e ivi analizzata rischia di non considerare lesivi dell'immagine e del prestigio dell'amministrazione comportamenti estremamente gravi, quali, ad esempio, i tristemente noti

fatti accaduti nel luglio 2001 a Genova, presso il complesso scolastico denominato “Diaz”, durante il vertice di Capi di Stato e di Governo del G8.

La Polizia di Stato, in quel contesto, organizzò ed eseguì un’operazione rilevante, per numero di uomini e di mezzi impiegati. Le decisioni e le azioni conseguenti fecero capo ai più alti livelli della Polizia di Stato presenti quel giorno a Genova e, al termine dell’operazione, i 93 soggetti presenti nella scuola furono arrestati e per la maggior parte dovettero essere assistiti dal personale medico, intervenuto sul posto, e trasferiti in ospedale per gli interventi necessari in considerazione delle lesioni anche gravi che avevano riportato.

Tra i reati contestati in appello si ricordano l’abuso d’ufficio (art. 323 c.p.); la calunnia (art. 368 c.p.); la falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 479 c.p.); le percosse (art. 581 c.p.); le lesioni personali (art. 582 c.p.); la perquisizione e ispezione personale arbitrarie (art. 609 c.p.); la violenza privata (art. 610 c.p.); la violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale (art. 615 c.p.); il danneggiamento (art. 635 c.p.) con l’aggravante di cui all’art. 625 n. 7 (fatto commesso su cose esistenti in uffici o stabilimenti pubblici, o sottoposte a sequestro o a pignoramento, o esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede, o destinate a pubblico servizio o a pubblica utilità, difesa o reverenza).

I reati contestati, dunque, ma ancor di più le intervenute condanne, lasciano davvero perplessi con riguardo al fatto che, seguendo l’interpretazione offerta dalla Consulta, tali reati, non appartenendo specificatamente a quelli di cui al capo I, titolo II, libro II del codice penale, non diano la possibilità allo Stato di agire in giudizio a tutela dell’eventuale, ulteriore (e diversa) lesione ad esso inferta, quella alla propria immagine ed al prestigio dell’amministrazione. Stato che nella fattispecie non si è costituito parte civile, ma è stato citato quale responsabile civile.

In tal quadro, afferma autorevolmente e gravemente la Suprema Corte “del tutto legittimamente la Corte di appello ha ritenuto ostativi al riconoscimento delle attenuanti generiche, la natura dei reati addebitati e la loro gravità, anche quali violazioni dei doveri di fedeltà dei prevenuti, osservando, quanto ai falsi, alle calunnie e agli altri reati conseguenti, che si era trattato della consapevole preordinazione di un falso quadro accusatorio ai danni degli arrestati, realizzato in un lungo arco di tempo intercorso fra la cessazione delle operazioni ed il deposito degli atti in Procura; ed ha evidenziato l’odiosità del comportamento di chi, in posizione di comando a diversi livelli come i funzionari, una volta preso atto che l’esito della perquisizione si era risolto nell’ingiustificabile massacro dei residenti nella scuola, invece di isolare ed emarginare i violenti denunciandoli, dissociandosi così da una condotta che aveva gettato discredito sulla Nazione agli occhi del mondo intero e di rimettere in libertà gli arrestati, avevano scelto di persistere ne-

gli arresti creando una serie di false circostanze, funzionali a sostenere così gravi accuse da giustificare un arresto di massa, formulate peraltro in modo logico e coerente, tanto da indurre i Pubblici Ministeri a chiedere, e ottenere seppure in parte, la convalida degli arresti”.

I reati in parola, dunque, non sono solo gravi ed odiosi in sé ma, secondo la Suprema Corte, anche espressione di precise violazioni di doveri di fedeltà. Si tratta di comportamenti lesivi del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione come consacrati nella Carta fondamentale all'art. 97 e di condotte che hanno “gettato discredito sulla Nazione agli occhi del mondo intero”.

Si consideri tra l'altro che, solitamente, la valutazione del giudice contabile in merito alla prova della sussistenza del danno all'immagine e/o alla sua quantificazione è ancorata a parametri oggettivi proprio al fine di evitare qualsiasi arbitrarietà o automatismo risarcitorio. Tra tali parametri si ricordano, come abbiamo visto, l'oggettiva gravità del fatto, le modalità di realizzazione dell'illecito e il cosiddetto *strepitus fori*, cioè la diffusione della notizia da parte dei mass-media e la più o meno grande risonanza dell'evento. E nel caso di specie tutti questi requisiti risultavano ricorrenti all'esame della Cassazione.

## 2.2. *Casistica giurisprudenziale*

Analizziamo innanzitutto la vicenda riguardante un brigadiere e un appuntato, in servizio presso il Nucleo Operativo e Radiomobile della Compagnia di Trapani, i quali, abusando della qualità di pubblico ufficiale, nel corso di alcuni controlli, avevano chiesto e ottenuto dazioni di denaro e altri beni, omettendo di elevare verbali di contravvenzione per infrazioni al codice della strada<sup>181</sup>.

In questo caso, la considerazione della peculiarità del corpo militare a cui appartenevano i due convenuti si rinviene già nella valutazione dell'*an* del danno: come osserva il giudice contabile, “il comportamento illecito perpetrato dai convenuti ha certamente arrecato un danno al prestigio e all'immagine della amministrazione, tenuto conto della rilevanza e della enorme considerazione che nel nostro Paese vengono [...] attribuite all'Arma dei Carabinieri, da sempre simbolo di abnegazione e di attaccamento al dovere; danno all'immagine che, ad avviso del Collegio, è stato determinato [...] per il rilievo dato alla vicenda dagli organi di stampa e per la circostanza che, per il cittadino medio, l'attività di pattuglia pone sicuramente il carabiniere in una posizione di rappresentanza dell'Arma”.

---

<sup>181</sup> Corte dei Conti, sez. Sicilia, sentenza n. 1833 dell'8 ottobre 2002.

Circa il *quantum* del danno, la Corte lo ha calcolato con riferimento alla spesa sostenuta dall'Arma per lo svolgimento dell'attività investigativa disposta per accertare la responsabilità dei convenuti. In via equitativa, la somma a titolo di risarcimento è stata tuttavia ridotta "tenuto conto della esiguità del vantaggio economico conseguito dai convenuti, della loro posizione all'interno della struttura organizzativa dell'Arma dei Carabinieri, nonché del loro rispettivo livello retributivo".

Altra vicenda è quella giudicata dalla sezione giurisdizionale emiliana ed inerente illecite condotte di un Comandante provinciale della medesima regione. Quest'ultimo è stato ritenuto responsabile di danno patrimoniale, per essersi appropriato di una somma che era stata raccolta dai militari del Comando Provinciale per la vendita di "crest" riproducenti il logo del Comando stesso. Aveva altresì provocato un danno da disservizio derivato dall'utilizzo del carburante e dal pagamento dei pedaggi autostradali per l'effettuazione di viaggi d'ufficio con autovetture d'ufficio e personale militare e di danno all'immagine dell'Amministrazione di appartenenza, non solo per i succitati motivi, ma, altresì, per l'illecita acquisizione della fornitura di mobili d'ufficio e l'appropriazione di beni mobili (nella fattispecie, un armadio e una lampada). Sfruttando la sua posizione di Comandante Provinciale, infatti, il soggetto aveva ottenuto, con indebitte pressioni e minacce, la fornitura di mobili per il proprio ufficio per un valore molto superiore a quello effettivamente autorizzato e corrisposto dal Comando Legione.

Si legge nella motivazione che, secondo il costante e consolidato orientamento della Corte, il danno all'immagine, in base al principio di immedesimazione organica, porta sempre ad identificare l'amministrazione con il soggetto che per essa ha agito, così da ricondurre all'amministrazione stessa tanto gli sviluppi concreti di reale attuazione dei valori di legalità, buon andamento ed imparzialità, quanto i corrispondenti, opposti disvalori legati alle forme più gravi di illecito amministrativo - contabile, con evidente discredito delle istituzioni pubbliche. Il danno in parola, inoltre, non investe soltanto i rapporti (privati) tra l'autore dell'illecito e i cittadini con i quali ha avuto contatti, ma il più ampio e diverso rapporto che lega l'intera comunità degli amministrati alle istituzioni per le quali il dipendente medesimo ha agito.

Il danno all'immagine (nella specie, quella dell'Arma dei Carabinieri) per la Corte è desumibile dalla reale e concreta offensività del fatto illecito, qualificato dalla posizione gerarchica di carattere apicale del suo autore, dalla gravità delle pressioni ambientali esercitate in forza della medesima posizione, e dalla lesione della aspettativa, intestata non solo alla collettività, ma anche alla comunità dei colleghi, del ligio ed orgoglioso adempimento delle funzioni esercitate con limpidezza ed imparzialità nell'interesse esclusivo della legge e del cittadino, con la consapevo-

lezza della insopprimibilità di tali elementi, non quale valore aggiunto, ma quale caratteristica essenziale e giustificazione stessa del servizio istituzionale svolto<sup>182</sup>.

Interessante è anche il caso dell'utilizzo di pattuglie dei Carabinieri per operazioni deviate dai fini istituzionali e volte alla soddisfazione di interessi illeciti. Nel caso di specie, la condanna è stata inflitta a un Carabiniere il quale, in ragione della sua dipendenza dall'uso di cocaina e dei rapporti debitori che lo legavano al gestore di due locali notturni nella zona del Valdarno, si è prestato, su istigazione di tale soggetto, a provocare ed a determinare, in due distinti momenti, l'arresto del tutto illegale di altri due titolari di esercizi pubblici concorrenti, collocando, in entrambe le circostanze, all'interno delle loro autovetture, durante le operazioni di perquisizione dei veicoli esperite da due pattuglie di carabinieri, due involucri di sostanza stupefacente, identificata come cocaina.

Secondo la Corte dei Conti, chiamata a decidere sul danno indiretto subito dall'amministrazione di appartenenza, da questi fatti deriva un danno erariale dovuto all'utilizzazione di pattuglie di Carabinieri per un'operazione artificiosamente deviata dai fini istituzionali verso la soddisfazione di interessi illeciti oltre che, sotto un profilo di prioritaria importanza, un rilevantissimo danno all'immagine.

Per il giudice contabile, il danno all'immagine infrange il principio costituzionale di buon andamento e di legalità che presiede l'azione delle pubbliche amministrazioni (art. 97 Cost., con i correlati principi di cui agli artt. 28, 98 e 101 Cost. che connotano l'impegno di cooperazione richiesto a chi svolge una pubblica funzione ed è titolare di un pubblico ufficio), e necessita per il suo accertamento e quantificazione di elementi valutativi quali la missione istituzionale e l'attività funzionale di cui è investito l'ente nel quale è incardinato l'autore del danno, la posizione funzionale dell'autore dell'illecito, la necessità o meno di interventi sostitutivi o riparatori dell'attività illecitamente tenuta, le conseguenze sociali fondate sulla negativa impressione e ripercussione suscitate nell'opinione pubblica dal fatto illecito<sup>183</sup>.

Infine, analizziamo il caso di due militari in servizio presso il Nucleo Operativo e Radiomobile della Compagnia Carabinieri di Trento, con il grado di Appuntato Scelto, convenuti per i reati, commessi in concorso, di abuso delle qualità e dei poteri propri delle funzioni ricoperte. I fatti di reato contestati venivano commessi nei confronti di cittadine straniere, esercitanti la prostituzione e prive di permesso di soggiorno.

---

<sup>182</sup> Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale Emilia-Romagna, sentenza n. 759 del 18 agosto 2008.

<sup>183</sup> Corte dei Conti, Sez. giurisdizionale Toscana, sentenza n. 273 del 17 maggio 2005.



Tale sentenza risulta essere particolarmente interessante in quanto delinea tutta una serie di criteri che sono utilizzati dal giudice contabile nella quantificazione del danno all'immagine. A tal fine, infatti, soccorre il criterio equitativo fissato dall'art. 1226 c.c. per il quale il Collegio, tra gli elementi ed i criteri ai quali reputa di poterne ancorare la valutazione, deve considerare:

- a) in primo luogo, l'attività istituzionale assegnata all'Arma dei Carabinieri nella quale operavano gli autori del danno;
- b) i comportamenti reiterati nel tempo e gravemente devianti - rispetto ai doveri non solo normativamente sanciti ma che, soprattutto, debbono essere consapevolmente avvertiti e intimamente maturati quale frutto di personale convinzione, da ciascun appartenente all'Arma;
- c) il negativo riflesso sulla collettività interessata (specialmente a livello territoriale) per la intuibile nonché conseguente perdita di fiducia a discapito sia del rispetto sia della considerazione dei cittadini verso i singoli soggetti, titolari di delicate funzioni, nonché dell'istituzione nella sua integrità;
- d) il *clamor fori* e lo *strepitus* determinatisi, anche al di là dello stretto ambito della comunità locale, per la celebrazione, nel tempo, dei processi penali a carico dei convenuti riferiti dalla stampa regionale nell'esercizio della propria funzione di informazione;
- e) la compromissione della credibilità e dell'affidabilità di una Forza Armata il cui apporto è fondamentale nell'organizzazione dello Stato nonché nella difesa dei valori della sicurezza nazionale<sup>184</sup>.

Dall'analisi della casistica giurisprudenziale, dunque, è possibile dedurre come il giudice contabile tenga in debito conto le funzioni svolte dagli appartenenti delle Forze Armate e delle Forze di Polizia. Quando si parla di danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, le funzioni pubbliche affidate a tali soggetti e il particolare status sociale loro riconosciuto, rilevano come aggravanti. Infatti, come rinvenibile in molteplici arresti della Corte dei Conti, “gli illeciti penali gettano non poco discredito sul Corpo militare e sull'Amministrazione di appartenenza le cui immagini debbono essere ed apparire particolarmente cristalline ai cittadini che, nei loro operatori, per gli specifici *munera* di cui sono investiti, ripongono ogni fiducia per vedere nel concreto garantito il rispetto della legge”. Ancora di più “alla luce del peculiare vincolo (anche) di ordine morale che lega gli esponenti delle forze dell'ordine all'amministrazione, in virtù di un dovere di fedeltà qualificata, con contenuto più ampio di quello riguardante la totalità dei cittadini”.

---

<sup>184</sup> Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Trentino-Alto Adige, sentenza n. 23 del 30 marzo 2006.

Per completezza espositiva, un ultimo cenno merita di essere fatto in relazione al possibile danno all'immagine conseguente ai trasferimenti del personale militare.

Una particolare forma che non ha generato dubbi interpretativi si ha con il cosiddetto *trasferimento per incompatibilità ambientale*. Questo genere di trasferimento è stato dalla giurisprudenza ricondotto nell'ambito dei trasferimenti per esigenze di servizio, non costituendo dunque una fattispecie autonoma ma inquadrandosi quale *species* del più ampio *genus* dei trasferimenti di autorità.

La finalità del trasferimento di un dipendente pubblico per incompatibilità ambientale è quella di ripristinare il corretto e sereno funzionamento dell'ufficio restituendo allo stesso il prestigio, l'autorevolezza o l'immagine perduti<sup>185</sup>. Lo stesso non ha carattere sanzionatorio, né postula un comportamento contrario ai doveri d'ufficio e non ha, dunque, natura disciplinare essendo subordinato ad una valutazione ampiamente discrezionale dei fatti che possa far ritenere nociva per il prestigio, il decoro e la funzionalità dell'ufficio l'ulteriore permanenza del dipendente in una determinata sede.

Parte della dottrina, non supportata ancora da casi giurisprudenziali, ritiene possibile che possano sussistere dei profili di responsabilità amministrativa nei casi in cui un militare sia trasferito per incompatibilità ambientale. In particolare, qualora i fatti e gli episodi posti a base della dichiarata incompatibilità siano di estrema gravità e risonanza pubblica, qualora la condotta tenuta risulti causativa del cosiddetto *clamor fori* e la pubblica amministrazione debba affrontare dei costi finalizzati a ripristinare l'immagine lesa, si potrebbe configurare un'ipotesi di danno all'immagine dell'amministrazione di appartenenza del militare il quale potrebbe dunque essere chiamato in giudizio dinanzi alla competente sezione giurisdizionale della Corte dei Conti.

La potenzialità dannosa del comportamento illecito va saggiata in concreto, caso per caso, per cui nessun rilievo assumeranno comportamenti sporadici mentre la pluralità, la gravità ed il conseguente impatto sull'opinione pubblica di tali fatti costituiranno un sicuro indice della diffusione della conoscenza da parte dei cittadini dell'esistenza di una distorta organizzazione dei pubblici poteri e, conseguentemente, della presenza di un danno certo per l'amministrazione, danno che può essere quantificato equitativamente.

---

<sup>185</sup> Consiglio di Stato, sez IV, sentenza n. 1133/2000.

## Conclusioni

Come abbiamo potuto notare dalla articolata disquisizione circa la responsabilità amministrativa e il danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, il tema è quanto mai attuale e complesso.

Ormai le questioni inerenti la responsabilità amministrativa sono quanto più pacifiche. L'istituto, infatti, si è consolidato nel tempo. È stato saldamente definito il concetto di rapporto di impiego e di servizio, di condotta rilevante, di nesso di causalità. Qualche dubbio resta sul concetto di elemento soggettivo, soprattutto per quanto concerne la corretta interpretazione della colpa grave. Così come sono di sempre nuova costruzione giurisprudenziale, fermi gli elementi fondamentali, le fattispecie concrete di danno erariale, a seconda delle sempre nuove esigenze della comunità statale.

Un problema più delicato è quello inerente al danno all'immagine. Le questioni introdotte, infatti, sono molto articolate e non risolvibili sulla base di un mero coordinamento normativo o della discrezionalità del singolo giudice contabile. In effetti, come abbiamo potuto vedere, molto spesso si è pervenuti a differenti arresti da parte delle sezioni della Corte dei Conti, le quali hanno, secondo loro legittima discrezionalità, ampliato o ristretto il campo del perseguibile, attraverso una lettura più o meno ampia della normativa.

Sarebbe quindi forse auspicabile, in quest'ambito, un ulteriore intervento del legislatore cui solo spetta l'attività di interpretazione autentica ed alla cui chiarezza e rispetto per le istituzioni fa appello ogni cittadino. Il "Codice della giustizia contabile" del 2016 ha introdotto molteplici novità, ma per quanto concerne l'ambito della responsabilità amministrativa e del danno all'immagine si è limitato ad abrogare, con l'allegato 3, il riferimento all'art. 7 della legge n. 97/2001. Contestualmente ha stabilito che per i procedimenti contabili attualmente già in corso si continui ad applicare la normativa previgente, mentre per quelli successivi si faccia riferimento al Codice stesso. Il problema cui ancor oggi non si è trovata soluzione, è quale sia la corretta interpretazione della normativa previgente. Infatti, come abbiamo avuto modo di analizzare, la dottrina e la giurisprudenza, a seguito della novella del 2012 portata dalla Legge n. 190, si sono divise tra un'interpretazione estensiva (che andava a ricomprendere, al fine del danno all'immagine, tutti i reati contro la Pubblica Amministrazione) e una più restrittiva (che considerava ancora valido il vincolo posto nel 2009 in riferimento ai soli reati di cui al Capo I, Titolo II del codice penale, cioè quelli commessi contro la Pubblica Amministrazione da pubblici ufficiali (artt. 314-335-*bis* c.p.).

Altro problema è il fatto che il Codice è di recentissima introduzione. Per questo motivo ancora non si è formata sufficiente giurisprudenza per comprendere come la novella legislativa verrà interpretata dalla Corte dei Conti. Allo stato attuale, infatti, parte della giurisprudenza ha interpretato l'introduzione del "Codice della giustizia contabile" come un'apertura alla perseguibilità del danno all'immagine causabile da qualsiasi reato contro la Pubblica Amministrazione. Altra parte della giurisprudenza, però, non è concorde. E ci si chiede altresì se tutti i reati commessi da un pubblico dipendente durante l'espletto delle funzioni pubbliche siano da qualificare come reati contro la pubblica amministrazione.

Il problema è che, molto spesso, non è possibile fare una lista tassativa di tutti i comportamenti che risultano oggettivamente lesivi dell'immagine dell'amministrazione e che può anche succedere che il prestigio venga leso mediante delle condotte che non sono direttamente rivolte contro l'amministrazione di appartenenza.

A tal proposito, si pensi, ad esempio, alla violenza sessuale. Come ha sottolineato un recentissimo arresto della Sezione giurisdizionale della Corte dei Conti dell'Emilia-Romagna<sup>186</sup>, vi sono numerosi dilemmi ancora aperti.

Nell'interessante caso di specie, era stato convenuto un medico accusato di violenza sessuale perpetrata durante l'esercizio delle proprie funzioni. In motivazione si afferma che la norma violata dal convenuto (a prescindere da ogni giudizio sulla gravità della condotta in sé, che appare indiscutibile) si colloca nella sezione II, titolo XII, capo III c.p., tra i delitti contro la libertà individuale, ed in particolare contro la libertà personale. In questo caso l'offesa al bene giuridico tutelato (la libertà personale delle pazienti sottoposte a visita medica ed oggetto delle violenze perpetrate dal convenuto) è, in realtà, ben diverso dal bene tutelato dalle norme che reprimono i reati contro la pubblica amministrazione, dove il bene tutelato è senza dubbio l'imparzialità e il buon andamento dell'attività amministrativa. Pertanto, posto che le norme in vigore indicano, come presupposto per la risarcibilità del danno all'immagine, l'esistenza di una condanna definitiva per reati contro la pubblica amministrazione, la semplice occasionalità delle condotte in un contesto sanitario aperto alla collettività, per reati contro la persona, non consente di poter riconoscere nelle sue condotte l'offesa diretta ed immediata al bene giuridico dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, tipico dei reati specifici contro la pubblica amministrazione, e che si può ravvisare anche in altre fattispecie lesive dell'attività amministrativa, come alcuni reati contro la fede pubblica o la salute pubblica.

---

<sup>186</sup> Corte dei Conti, sez. giurisdizionale Emilia Romagna, sentenza n. 73 del 24 marzo 2017.

In tal senso, secondo le parole della Corte dei Conti, spetta all'interprete la verifica caso per caso dell'attitudine offensiva all'amministrazione pubblica delle fattispecie penali sulle quali poter fondare un'azione di responsabilità erariale per danno all'immagine compatibile con i criteri enunciati dall'art. 1, comma 1-*sexies* della L. n. 20 del 1994, nella sua attuale formulazione. In ogni caso, la preminenza del bene giuridico della libertà personale sulla corretta e imparziale attività amministrativa è inidonea a determinare, anche in ragione dell'assorbimento di reati contro la pubblica amministrazione nelle condotte poste in essere dal soggetto, un'offensività diretta all'organizzazione sanitaria, nonostante si sia in presenza di fatti avvenuti presso presidi ospedalieri statali con diffusione a mezzo stampa della notizia.

A mio parere, forse, dovrebbe essere replicato il ragionamento che è stato adottato per quanto concerneva il tema della delimitazione della giurisdizione. Come, infatti, abbiamo avuto modo di vedere, ai fini dell'individuazione della competenza della Corte dei Conti non è stata utilizzata la qualificazione giuridica del soggetto o la natura degli strumenti operativi (siano essi di diritto pubblico o privato), bensì l'appartenenza, sia pure indiretta, del soggetto danneggiato alla Pubblica Amministrazione globalmente intesa, con l'utilizzo di risorse finanziarie e patrimoniali pubbliche, nel perseguimento di finalità anch'esse pubbliche e riferibili al pubblico interesse.

Di conseguenza, anche per quanto riguarda il diritto al ripristino dell'immagine della pubblica amministrazione potrebbe essere utilizzato il medesimo ragionamento. In effetti, anche alla luce del principio di immedesimazione organica, qualsiasi azione compiuta dal dipendente pubblico diventa esemplificativa del comportamento della Pubblica Amministrazione globalmente intesa. In molteplici arresti del giudice contabile, infatti, si afferma che il danno all'immagine, in base proprio al principio di immedesimazione organica, porta sempre ad identificare l'amministrazione con il soggetto che per essa ha agito, così da ricondurre all'amministrazione stessa tanto gli sviluppi concreti di reale attuazione dei valori di legalità, buon andamento ed imparzialità, quanto i corrispondenti, opposti disvalori legati alle forme più gravi di illecito amministrativo - contabile, con evidente discredito delle istituzioni pubbliche. Ecco che quindi qualsiasi condotta riprovevole sul piano penale, ma anche disciplinare, potrebbe essere, in potenza, causatrice di un danno all'immagine. Onde evitare un'eccessiva arbitrarietà del giudice, sarebbero quindi solo necessari dei criteri generali ed oggettivi di valutazione e di quantificazione del danno in esame.

Oltre ai non trascurabili problemi posti dal danno all'immagine della Pubblica Amministrazione, vi sono poi le molteplici peculiarità (e, conseguentemente, le numerose problematiche) relative alle Forze Armate e alle Forze di Polizia.

Dato l'attuale e complesso assetto organizzativo e funzionale dell'amministrazione militare, senza giungere a giustificare comportamenti ingiustificabili e a coprire eventuali abusi, occorre domandarsi se la specificità di tale tipo di organizzazione possa o meno essere tenuta in debita considerazione dal giudice contabile.

Innanzitutto, come abbiamo avuto modo di osservare, l'approccio giuridico al mondo militare, anche in materia di responsabilità amministrativa, dovrebbe tenere in considerazione che il militare è chiamato ad aderire ad un ruolo psico-sociale che si fonda su un universo di valori, molti dei quali fondati su basi emozionali. Spirito di corpo, mistica del capo, etica dell'obbedienza delineano una vera e propria identità culturale e, quindi, dei modelli di condotta esaltati dallo spirito di sacrificio e dalla simbologia di gruppo. Si pensi, ad esempio, al giuramento di fedeltà con cui si entra a far parte del mondo militare, considerato non un semplice giuramento di sottomissione alle norme positive che regolano la pubblica amministrazione e la professione stessa, ma atto avente una valenza metagiuridica, poiché con il giuramento militare non si impone l'obbligo di prestazioni personali individuate, ma un modo di vivere.

Tener conto delle specificità dell'amministrazione militare non necessariamente deve significare riservare un trattamento di *favor* ai suoi componenti, viste la rilevanza e la considerazione che la società civile attribuisce a quest'ultimi, simboli di abnegazione e di assoluta serietà professionale. Anzi, al contrario, si deve tenere ben presente la considerazione opposta, ossia che, proprio alla luce di tutte queste peculiarità, ove il soggetto agente sbaglia, il suo comportamento debba essere giudicato in modo più rigoroso e negativo.

Riprendo, in conclusione, una domanda posta da una eminente studiosa di diritto amministrativo militare<sup>187</sup>: è, quindi, configurabile un giudizio amministrativo-contabile *sui generis*? La risposta è quasi certamente sì.

Infatti, innanzitutto, deve escludersi la possibilità di delineare una teoria unitaria che regga la disciplina della responsabilità amministrativa e contabile del militare, così come l'esistenza di principi che regolino, in modo derogatorio, tale materia. Ciò risulta senz'altro dalle fonti normative emanate in materia, le quali, il più delle volte, non fanno che richiamare la normativa applicabile in via generale.

---

<sup>187</sup> RODRIGUEZ, *Corte dei Conti e responsabilità del militare. Un giudizio amministrativo-contabile sui generis?*, Jovene editore, Napoli, 2009.

E ciò risulta anche dalle numerose decisioni in cui la Corte dei Conti “si dimentica” di trovarsi dinnanzi a un caso di responsabilità di un appartenente delle Forze Armate o delle Forze di Polizia e giudica, senza alcun distinguo, come si trattasse di un qualsiasi altro dipendente pubblico.

Date queste premesse, tuttavia, non può essere altrettanto affermato che la Corte dei Conti, almeno in alcune ipotesi emblematiche, non sia influenzata, nel raggiungere il suo convincimento finale, dalle specificità funzionali ed organizzative dell'amministrazione militare e dei suoi appartenenti. Tale influenza si è ravvisata, soprattutto (ma non solo), quando il giudice contabile valuti alcuni elementi, quali la sussistenza della colpa grave o del dolo, del danno erariale o qualora debba applicare il potere riduttivo dell'addebito. In tali ipotesi, considerando le funzioni e il contesto operativo in cui le Forze Armate e quelle di Polizia si trovano ad agire, la Corte tende ad applicare, pur nell'ambito delle categorie giuridiche generali, specifici criteri di valutazione, o più favorevoli o più stringenti, rispetto a quelli adottati per gli altri dipendenti pubblici.

Sembra quindi quasi pacifico affermare che i parametri utilizzati per “i dipendenti con le stellette” e per le Forze di Polizia in generale, così come analizzati nella casistica giurisprudenziale, hanno fatto della responsabilità amministrativa un settore in cui è l'elemento “funzione” a giocare un ruolo di estrema importanza e a guidare il giudice verso il suo convincimento finale, sia in termini più favorevoli che meno favorevoli al soggetto agente, a seconda della singola fattispecie concreta giudicata.

## *Bibliografia*

### *Articoli*

- ARRIGONI, “Moralità pubblica e danno non patrimoniale davanti alla Corte dei Conti: due sentenze a confronto”, in Riv. Amm., 1994, III, 1216.
- ASTRALDI DE ZORZI, “Colpa grave e dolo: responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti”, in Enti pubblici, 1997, n. 1, 18.
- CACCIAVILLANI, “Note minime sulla liceità della polizza assicurativa dei funzionari per il danno erariale”, in Foro amm., 1998.
- CELIONI, “La responsabilità patrimoniale dei pubblici dipendenti e le esimenti. Le nuove fattispecie di responsabilità erariale emergenti dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 e dai decreti attuativi”, in Amministrativamente n. 12/2013.
- D'ANGELO, “Lesione all'immagine della P.A. e legge anticorruzione: un ampliamento della tutela erariale (anche cautelare)? in [www.respam.it](http://www.respam.it).
- FALCITELLI, “Il sindacato giurisdizionale contabile sull'attività discrezionale della P.A. nel difficile equilibrio tra esigenze di tutela della corretta gestione economica del patrimonio pubblico e dell'autonomia amministrativa: dal principio di ragionevolezza al principio di proporzionalità”, nota a commento della sentenza della Corte dei Conti, seconda sezione giurisdizionale centrale, 20 marzo 2006, n. 127.
- FERLINI, “Responsabilità amministrativa e copertura assicurativa: illiceità del contratto o legittimità delle polizze?”, in Dir. econ. assicur., 2001.
- FRACCHIA, “Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione, in Foro it., 2003.
- FRANCESE, “L'illegittimità e l'illiceità al cospetto del giudice contabile, con particolare riguardo alla discrezionalità amministrativa”, in Foro amm., 1987.
- GARRI, Voce “Danno erariale”, in Enc. giur., vol. X, Roma, 1988.
- IEVA, “Responsabilità erariale del dirigente per disorganizzazione amministrativa”, in Riv. Corte Conti, 2006.
- LILLO, “Responsabilità amministrativa tra discrezionalità e merito”, nota a commento della sentenza della Corte dei Conti, sezione giurisdizionale di Milano, 2 maggio 2005, n. 324.
- MADDALENA, “La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo”, in Cons. Stato, 2001.



- MADDALENA, “La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa, ed il problema della graduazione della condanna in base alla gravità della colpa”, in Giust.it, articoli e note, n. 01-2002.
- MADDALENA, “Il potere-dovere di graduare la condanna come elemento fondante dell’unico ius del giudice contabile e come garanzia di giusta sentenza”, in [www.amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it).
- MADDALENA, “Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell’attuale evoluzione del diritto amministrativo”, in [www.amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it).
- MADDALENA, “Problemi irrisolti della giurisdizione amministrativo-contabile: la solidarietà”, in Foro amm., 1977.
- MAZZEO, “Sull’obbedienza e diritto di rimostranza”, in Riv. giur. scuola, 1977.
- MERUSI, “La responsabilità dei pubblici dipendenti secondo la Costituzione: l’art. 28 rivisitato”, in Riv. Tri. Dir. Pubbl., 1986.
- MULLANO, “Il danno all’immagine della p.a.”, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).
- RODRIGUEZ, “La responsabilità amministrativa tra natura personale e trasmissibilità agli eredi” in Trib. Udine, 25 Gennaio 2007.
- RODRIGUEZ, “Tangenti e danno all’immagine: un altro intervento del giudice contabile”, nota a Corte dei Conti, sentenza n. 502 del 7 dicembre 2007.
- RODRIQUEZ, “La responsabilità amministrativa e le sue più recenti evoluzioni. Spunti di riflessione sugli interventi, negli anni, del giudice contabile”, in Resp. civ. prev., 2009.
- TENORE, “Niente polizze a spese dell’ente contro i danni erariali”, in Dir. e pratica amministrativa, 2007, fasc. 3, 77.
- TENORE, “Profili ricostruttivi dell’obbligo di denuncia alla Corte dei conti di fatti e comportamenti dannosi per l’Erario”, in Foro amm., 1997, 1236.
- TRIDICO, “Colpa grave e gradualità della condanna”, in Riv. Corte dei Conti, 2000, 68.

### *Libri*

- ALTIERI, “La responsabilità amministrativa per danno erariale”, Giuffrè, 2012.
- ANDREIS, “Responsabilità della pubblica amministrazione: quale giurisdizione?”, Milano, 2004, Giuffrè.
- ANTOLISEI, “Manuale di diritto penale”, Parte Speciale.
- AA.VV. (L. LAPERUTA, B. CONSALES) , “Compendio di diritto amministrativo”, Santarcangelo di Romagna, 2012, Maggioli Editore.

- AA.VV. (MIRABELLA, DI STEFANO, ALTIERI), “Corso di diritto amministrativo”, Milano, Giuffrè.
- AA.VV. (AVERSANO, LAINO, MUSIO), “Il danno all’immagine delle persone giuridiche”, Torino, 2012, Giappichelli.
- AA.VV. (AVALLONE, TARULLO), “Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei Conti”, Padova, 2002, Cedam.
- AA.VV. (GARRI, DAMMICCO, LUPI, DELLA VENTURA, VENTURINI), “I giudizi innanzi alla Corte dei Conti, responsabilità, conti, pensioni”, Milano, 2007, Giuffrè.
- AA.VV. (MORETTI, MASTELLONI, MANCUSO), “La Corte dei Conti: origine, ordinamento, funzioni”, Milano, 1985, Giuffrè.
- AA.VV. (PASQUALUCCI, SCHLITZER, CAPONE, DELLA VENTURA, DI STEFANO, LUPI), “L’evoluzione della responsabilità amministrativa”, Milano, 2002, Giuffrè.
- AA.VV. (ATELLI, BRIGUORI, GRASSO, LAINO), “Le responsabilità per danno erariale”, Milano, 2006, Giuffrè.
- CARIDÀ, “Amministrazione pubblica e responsabilità”, Pisa 2011.
- CARINGELLA, “Giustizia amministrativa”, Simone, 2003.
- CARINGELLA, “Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali”, Tomo I, Milano 2009, Giuffrè.
- CASETTA, “Manuale di diritto amministrativo”, Milano, Giuffrè, 1999.
- CASSESE, “Diritto amministrativo generale, tomo II”, in “Trattato di diritto amministrativo”, Milano, 2003, Giuffrè.
- CASTRO, “Il danno all’immagine”, Torino, 2008, Giappichelli.
- CHINDEMI, “Il danno erariale in materia di responsabilità medico-sanitaria”, 2011.
- CIMINI, “La responsabilità amministrativa e contabile”, Milano, 2003, Giuffrè.
- CORTESE, “La responsabilità per danno all’immagine della pubblica amministrazione”, Padova, Cedam, 2004.
- DE CARLO, “La Corte dei Conti. Profili di organizzazione, funzionamento e responsabilità”, Macerata, 2008, Halley editore.
- DIDONNA, “Il danno all’immagine e al prestigio della pubblica amministrazione”, Bari, 2003, Cacucci.
- DI RAGO, “Il danno all’immagine della Pubblica Amministrazione”, Halley editore, 2004
- GARRI, “La Corte dei Conti: controllo e giurisdizione, contabilità pubblica”, Milano, 2013, Giuffrè.

- LONGAVITA, “Il danno all’immagine”, Rimini, 2006.
- MIRABELLA, “La responsabilità nella pubblica amministrazione e la giurisdizione contabile”, Milano, 2003, Giuffrè.
- ODDI, “Il giusto processo dinanzi alla Corte dei Conti”, Napoli, 2010, Jovene.
- POLICE, “La disciplina attuale della responsabilità amministrativa”, in “La responsabilità amministrativa e il suo processo”, a cura di F.G. SCOCA, Padova, 1997, Cedam.
- RODRIGUEZ, “Corte dei Conti e responsabilità del militare. Un giudizio amministrativo-contabile sui generis?”, Jovene editore, Napoli, 2009.
- SANTORO, “L’illecito contabile e la responsabilità amministrativa”, Santarcangelo di Romagna, 2011.
- SCHIAVELLO, “La nuova conformazione della responsabilità amministrativa”, Giuffrè, 2001.
- SCHLITZER, “Profili sostanziali della responsabilità amministrativo-contabile”, in AA.VV. (a cura di E. F. Schlitzer), “L’evoluzione della responsabilità amministrativa”, Milano, 2002.
- SCOCA, “La responsabilità amministrativa e il suo processo”, Padova, 1997.
- SCOCA, “Giustizia amministrativa”, Torino, 2014, Giappichelli.
- TENORE, “Le cinque responsabilità del pubblico dipendente”, Giuffrè, 2013.
- TENORE, “L’ordinamento militare”, Milano, 2006.
- TENORE, “La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli”, Giuffrè, 2013.
- TREMANTE, “La perdita di chance: risarcimento del danno da attività amministrativa”, Macerata, 2006, Halley editore.

### *Siti*

[www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)  
[www.giust.it](http://www.giust.it)  
[www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it)  
[www.amministrativistaonline.it](http://www.amministrativistaonline.it)  
[www.altalex.com](http://www.altalex.com)  
[www.diritto.it](http://www.diritto.it)  
[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)  
[www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it)  
[www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)  
[www.amcorteconti.it/](http://www.amcorteconti.it/)  
[www.diritto.it/articoli/amministrativo/](http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/)



**MISURE CAUTELARI PERSONALI  
E DIRITTI UMANI**

*Ten. Niko Giaquinto*



*Quaedam iura non scripta,  
sed omnibus scriptis  
certiora sunt*

*(Lucio Anneo Seneca, Controversiae, I sec.)*





## Indice

### CAPITOLO I Disciplina normativa

1	Le misure precautelari.....	153
1.1.	L'arresto in flagranza .....	153
1.2.	Il fermo.....	155
1.3.	L'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare .....	158
2	Le misure cautelari personali .....	160
2.1.	Disposizioni generali .....	163
2.2.	Applicazione delle misure cautelari personali .....	168
2.3.	Vicende successive.....	169
2.4.	Le impugnazioni <i>de libertate</i> : peculiarità e linee di riforma .....	173

### CAPITOLO II I diritti umani

1.	Introduzione .....	179
2.	Legislazione internazionale .....	182
2.1.	La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.....	188
3.	Organismi internazionali.....	190
3.1.	Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT).....	193

### CAPITOLO III La tutela della libertà personale: limitazioni e criticità

1.	La CEDU nel rapporto Autorità-libertà .....	195
2.	L'inviolabilità della libertà personale .....	199
2.1.	Il vuoto dei fini.....	208
3.	Sicurezza e libertà: un dibattito aperto.....	214
3.1.	La lotta al terrorismo: quale bilanciamento? .....	216
4.	La custodia cautelare come <i>extrema ratio</i> : un principio spesso disatteso .....	222

### CAPITOLO IV Il rispetto della dignità umana nel trattamento dei detenuti

1.	La dignità del detenuto nella Costituzione .....	229
2.	Considerazioni sul Decreto Legge 211 del 2011 convertito con modificazioni nella Legge 9 del 2012 .....	235
3.	Il caso Torreggiani e la Corte EDU.....	239
3.1.	Risarcimenti per i detenuti .....	246
4.	Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati .....	252
5.	Il caso Guantanamo: riflessioni sul sistema americano .....	256



# CAPITOLO I

## Disciplina normativa

### 1. Le misure precautelari

La polizia giudiziaria ha il potere di disporre misure coercitive temporanee denominate *arresto e fermo*, che limitano la libertà personale dell'indagato in situazioni di urgenza, fino a quando non interviene la convalida del giudice. Se la convalida non è emessa entro il termine perentorio indicato dall'art. 391, comma 7<sup>1</sup>, tali misure cessano di avere efficacia.

Queste misure sono dette sinteticamente “precautelari” per indicare che consistono in un anticipo della tutela predisposta mediante le misure cautelari: quando non è possibile attendere che si svolga il procedimento cautelare, in quanto il destinatario della misura coercitiva potrebbe sottrarsi alle ricerche, si dà all'organo maggiormente presente sul luogo dei delitti, e cioè alla polizia giudiziaria, il potere di agire tempestivamente, a condizione che la magistratura sia investita del caso in termini brevissimi. La misura precautelare è ammessa dalla Carta fondamentale<sup>2</sup> in quanto sia funzionale alla successiva adozione di una misura cautelare.

#### 1.1. L'arresto in flagranza

L'arresto in flagranza è un provvedimento che di regola è disposto dalla polizia giudiziaria ed eccezionalmente dai privati (artt. 380, 381, 383). In particolare, il potere di arresto ha la finalità di assicurare alla giustizia gli autori del reato e di impedire che il reato medesimo venga portato a conseguenze ulteriori (art. 55). È in stato di flagranza (in senso pieno) colui che viene colto nell'atto di commettere il reato. È in situazione denominata tradizionalmente “quasi flagranza” il soggetto che, subito dopo il reato, è inseguito dalla polizia giudiziaria, dalla persona offesa o da altre persone ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che abbia commesso il reato immediatamente prima. Accanto al concetto tradizionale di flagranza, il legislatore ha aggiunto una nuova ipotesi di “flagranza differita” che autorizza la polizia giudiziaria ad operare l'arresto di persone che abbiano commesso atti violenti nelle manifestazioni sportive (si rinvia alla trattazione in fondo al presente paragrafo).

---

<sup>1</sup> L'arresto o il fermo cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del giudice.

<sup>2</sup> Art. 13, comma 3 Cost.

*Arresto obbligatorio.* L'arresto in flagranza è obbligatorio per la polizia giudiziaria (art. 380, comma 1) in presenza di un delitto non colposo (consumato o tentato) per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a venti anni (es. sequestro di persona a scopo di estorsione; art. 630 c.p.). L'arresto è obbligatorio anche in presenza dei delitti previsti nell'art. 380 comma 2 c.p.p. (es., associazione mafiosa, traffico di stupefacenti, furto aggravato, rapina, estorsione, pornografia minorile e altri) per i quali sono presenti esigenze di tutela della collettività:

*Arresto facoltativo.* L'altra ipotesi di arresto è denominata "facoltativa" dal codice, nel senso che è rimesso alla discrezionalità dell'ufficiale o agente di polizia valutare se la misura è giustificata dalla *gravità del fatto* o dalla *pericolosità del soggetto* desunta dalla sua personalità o dalle circostanze del fatto (art. 381, comma 4). In presenza di tali condizioni l'arresto in flagranza è consentito quando si procede sia per un delitto non colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a tre anni (es., calunnia; art. 368 c.p.), sia per un delitto colposo per il quale la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni (es., lesioni gravissime a più persone; art. 590, comma 4 c.p.). L'arresto facoltativo in flagranza è consentito anche in ulteriori ipotesi previste dall'art. 381 comma 2 c.p.p. a prescindere dalla pena edittale. Ad esempio, violenza o minaccia a pubblico ufficiale prevista dall'art. 336, comma 2 c.p.; lesione personale volontaria; furto; danneggiamento aggravato; truffa; corruzione di minorenni; e infine, evasione<sup>3</sup>. Il d.l. n. 92 del 2008 (sicurezza pubblica), conv. nella legge 24 luglio 2008 n. 125, ha introdotto due ulteriori casi di arresto facoltativo in flagranza per i delitti di falsa attestazione sulla identità personale e fraudolente alterazioni per impedire tale identificazione, previsti dagli artt. 495 e 495-ter c.p. (nuove lett. m-ter e m-quater).

*L'arresto in flagranza differito per violenze nelle manifestazioni sportive.* Una normativa speciale è prevista per i reati commessi con violenza alle persone o alle cose in occasione (o a causa) di manifestazioni sportive, per i reati di lancio di materiale pericoloso, di invasione di campo e di inosservanza delle prescrizioni del questore concernenti il divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive e, infine, per i reati concernenti il possesso di artifici pirotecnici<sup>4</sup>. La polizia ha il potere di arrestare in flagranza i responsabili dei predetti reati fino a quarantotto ore dal compimento del fatto. Ciò è possibile «sulla base di documentazione video-fotografica dalla quale emerge inequivocabilmente il fatto».

---

<sup>3</sup> D.l. 13 maggio 1991, n. 152.

<sup>4</sup> Si veda la legge 13 dicembre 1989 n. 401, modificata dal d.l. 8 febbraio 2007 n. 8, conv. in legge 4 aprile 2007 n. 41.

La previsione opera quando la polizia giudiziaria non può eseguire immediatamente l'arresto per ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica. Una volta che è stato disposto l'arresto in flagranza, l'applicazione di misure cautelari è possibile anche fuori dei limiti di pena previsti dal codice di procedura penale (artt. 274, comma I, lettera c e 280).

## 1.2. *Il fermo*

Il fermo è un provvedimento che può essere disposto di regola dal pubblico ministero quando sono presenti le seguenti condizioni (art. 384, comma 1):

- 1) che vi siano gravi indizi a carico dell'indagato;
- 2) che sussistano specifici elementi di prova che fanno ritenere fondato il pericolo di fuga;
- 3) che si proceda per un delitto per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a due anni e superiore nel massimo a sei anni (es., furto pluriaggravato; rapina). Si prescinde dalla pena edittale per i delitti concernenti le armi da guerra e gli esplosivi o per i delitti commessi «per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico».

Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono procedere al fermo nei medesimi casi nei quali tale atto può essere disposto dal pubblico ministero, in presenza delle seguenti situazioni:

- a) prima che il pubblico ministero abbia assunto la direzione delle indagini (art. 384, comma 2, in relazione all'art. 348, comma 1);
- b) dopo l'assunzione della direzione delle indagini, ma qualora sia successivamente individuato un indiziato fino ad allora ignoto (art. 384, comma 3);
- c) sempre dopo l'assunzione della direzione delle indagini, ma qualora sopravvengano specifici elementi che rendano fondato il pericolo che l'indiziato stia per darsi alla fuga e non sia possibile, per la situazione di urgenza, attendere il provvedimento del pubblico ministero; tra gli «specifici elementi» vi è anche il possesso, da parte dell'indiziato, di documenti falsi (art. 384, comma 3).

*La convalida dell'arresto e del fermo.* Il procedimento di convalida può essere suddiviso in tre fasi. Nella prima fase la polizia giudiziaria pone l'arrestato a disposizione del pubblico ministero. Nella seconda il pubblico ministero chiede la convalida dell'arresto (o del fermo) al giudice. La terza fase consiste nell'udienza di convalida che si svolge davanti a quest'ultimo. La procedura è sottoposta a termini precisi, che attuano il disposto dell'art. 13, comma 3 Cost. A causa della presenza di termini perentori e per non intralciare l'organizzazione degli uffici e del

personale della polizia giudiziaria, la legge prevede una perfetta fungibilità della persona fisica che procede ai vari adempimenti (art. 120 disp. att.).

*La prima fase del procedimento.* Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che hanno eseguito le misure precautelari (o che hanno avuto in consegna l'arrestato) hanno doveri di informativa nei confronti dell'arrestato, del difensore di questi e del pubblico ministero. Per quanto concerne l'arrestato e il fermato, il d.lgs. n. 101 del 2014 impone di consegnare al medesimo una comunicazione scritta (e, se questi non conosce la lingua italiana, tradotta in una lingua a lui comprensibile) in cui la polizia informa l'arrestato di quanto segue (art. 386, comma 1):

- a) della facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge;
- b) del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa;
- c) del diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali;
- d) del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere;
- e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda l'arresto o il fermo;
- f) del diritto di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari;
- g) del diritto di accedere all'assistenza medica di urgenza;
- h) del diritto di essere condotto davanti all'autorità giudiziaria per la convalida entro novantasei ore dall'avvenuto arresto o fermo;
- i) del diritto di comparire dinanzi al giudice per rendere l'interrogatorio e di proporre ricorso per Cassazione contro l'ordinanza che decide sulla convalida dell'arresto o del fermo.

In aggiunta, gli ufficiali e gli agenti hanno i seguenti doveri di informazione:

- 1) danno immediata notizia del provvedimento al pubblico ministero del luogo ove l'arresto o il fermo è stato eseguito (art. 386, comma 1);
- 2) al medesimo trasmettono l'informativa di reato (art. 347);
- 3) se non è nominato un difensore di fiducia, chiedono al pubblico ministero la designazione del difensore d'ufficio (art. 386, comma 2 che rinvia all'art. 97);
- 4) informano immediatamente dell'arresto o del fermo il difensore (art. 386 comma 2); la disposizione è funzionale all'art. 104 comma 2, che riconosce all'arrestato il diritto di conferire con il difensore «subito dopo l'arresto o il fermo»
- 5) senza ritardo e con il consenso dell'arrestato danno ai familiari di quest'ultimo notizia dell'esecuzione della misura (art. 387)

Gli stessi ufficiali e agenti devono poi provvedere a due ulteriori adempimenti. In primo luogo, devono porre l'arrestato o il fermato a disposizione del pubblico ministero al più presto e, comunque, non oltre le ventiquattro ore. In secondo luogo, gli ufficiali e agenti devono trasmettere al pubblico ministero il verbale dell'arresto<sup>5</sup> sempre entro le ventiquattro ore (art. 386, comma 3). Il pubblico ministero può autorizzare una dilazione, in modo che comunque sia possibile presentare al giudice il verbale entro quarantotto ore dall'arresto.

*La seconda fase del procedimento* ha la funzione di mettere in grado la pubblica accusa sia di formulare la richiesta di convalida, sia di chiedere nella successiva udienza una delle misure cautelari personali. A tal fine il pubblico ministero può procedere all'interrogatorio dell'arrestato o del fermato dando previo avviso al difensore, che ha facoltà di essere presente all'atto (art. 388, comma 1). All'inizio dell'interrogatorio l'inquirente, dopo aver dato l'avviso della facoltà di non rispondere, informa l'arrestato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento, comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti (art. 388, comma 2, che rinvia all'art. 64). Il pubblico ministero può liberare l'arrestato o il fermato in due casi. Ordina la liberazione senza chiedere la convalida al giudice quando:

- a) risulta evidente che l'arresto o il fermo è stato eseguito per errore di persona o fuori dai casi consentiti dalla legge;
- b) la misura è divenuta inefficace perché sono decorsi i termini per porre l'arrestato a disposizione del pubblico ministero o per chiedere la convalida al giudice (art. 389).

Il pubblico ministero ordina la liberazione<sup>6</sup> quando, pur considerando giustificato l'arresto o il fermo, ritiene di non dover chiedere al giudice l'applicazione di una misura cautelare coercitiva (art. 121 disp. att.).

*La terza fase del procedimento* inizia con la richiesta di convalida che deve essere presentata dal pubblico ministero al giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito (art. 390, comma 1). Ricevuta la richiesta, il giudice fissa l'udienza di convalida al più presto e comunque entro le quarantotto ore successive dandone avviso senza ritardo al pubblico ministero e al difensore (art. 390, comma 2). L'udienza si svolge in camera di consiglio (art. 127) con la partecipazione facoltativa del pubblico ministero e necessaria del difensore dell'imputato (art. 391, comma 1). Quest'ultimo non è obbligato a intervenire; ma, se è presente, deve essere interrogato dal giudice (art. 391,

---

<sup>5</sup> Anche per via telematica.

<sup>6</sup> Ma deve egualmente chiedere al giudice la convalida.

comma 3). Il giudice, anche d'ufficio, verifica che all'arrestato o al fermato sia stata data la comunicazione sui diritti della difesa (art. 386, comma 1) e provvede, se del caso, a fornire o a completare le informazioni ivi indicate (art. 391, comma 2, mod. dal d.lgs. n. 101 del 2014). L'arresto o il fermo cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del giudice (art. 391 comma 7); e cioè, dal momento in cui il giudice ha ricevuto la richiesta di convalida.

*Le decisioni: convalida ed emissione della misura cautelare.* In sede di convalida vengono prese due distinte decisioni. In primo luogo, il giudice accerta se l'arresto o il fermo è stato legittimamente eseguito e se sono stati osservati i termini perentori per porre l'arrestato a disposizione del pubblico ministero (art. 386, comma 3) e per chiedere la convalida (art. 390, comma 1); quindi decide con ordinanza se convalidare o meno l'arresto o il fermo. A tal fine, il giudice deve valutare la sussistenza degli elementi che legittimavano l'adozione dell'arresto o del fermo con un giudizio ex ante; in particolare, è necessario che sia presente separatamente o la gravità del fatto o la pericolosità del soggetto (art. 381, comma 4). Il provvedimento di convalida (o il diniego di convalida) può essere oggetto di ricorso per Cassazione (art. 391, comma 4). In secondo luogo, il giudice valuta se sussistono i presupposti della misura cautelare richiesta dal pubblico ministero (art. 391, comma 5); quindi può applicarla. L'ordinanza è impugnabile presso il tribunale della libertà. I due accertamenti sono indipendenti fra di loro. In ogni caso, l'arresto o il fermo cessano di avere efficacia se il giudice non decide sulla convalida nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a sua disposizione (art. 391, comma 7). La cognizione del giudice è limitata al fatto di reato, come appare nella richiesta di convalida formulata dal pubblico ministero.

### 1.3. *L'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare*

Si tratta di una nuova e originale misura precautelare<sup>7</sup> il cui contenuto consiste nell'allontanamento fisico del soggetto dalla casa familiare (spontaneo o coartato) e nel « divieto di avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dalla persona offesa » (art. 384-*bis*, comma 1). La misura in oggetto è regolamentata dalle norme dell'arresto e del fermo e dal relativo procedimento di convalida «in quanto compatibili» (art. 384-*bis*, comma 2).

*Il provvedimento disposto in via di urgenza.* L'allontanamento d'urgenza può essere effettuato dalla polizia giudiziaria nei confronti di chi è «colto in flagranza dei delitti» di violenza alla

---

<sup>7</sup> Introdotta dal d.l.n. 93 del 2013, conv. in legge n. 119 del 2013.



persona previsti dall'articolo 282-*bis* comma 6. Occorre che « sussistano fondati motivi per ritenere che le condotte criminose possano essere reiterate ponendo in grave e attuale pericolo la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa». Occorre anche una previa autorizzazione del pubblico ministero, scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, o per via telematica. La polizia giudiziaria deve fornire alla persona offesa le informazioni relative ai centri antiviolenza presenti sul territorio e metterla in contatto con i medesimi (art. 11, d.l. n. 11 del 2009). Della dichiarazione orale di querela si dà atto nel verbale delle operazioni di allontanamento (art. 391, comma 3). Se le prescrizioni sono trasgredite, il pubblico ministero può chiedere una misura cautelare più grave e la polizia giudiziaria, in presenza di flagranza, effettuerà l'arresto.

*La prima fase del procedimento.* Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria avvertono l'indagato della facoltà di nominare un difensore di fiducia. Entro ventiquattro ore dall'allontanamento trasmettono al pubblico ministero il relativo verbale, che contiene l'eventuale nomina del difensore di fiducia, l'indicazione del giorno, dell'ora e del luogo in cui l'allontanamento è stato eseguito e l'enunciazione delle ragioni che lo hanno determinato. Il pubblico ministero può procedere all'interrogatorio dell'indagato, dandone tempestivo avviso al difensore. Durante l'interrogatorio il pubblico ministero informa l'indagato del fatto per cui si procede e delle ragioni che hanno determinato il provvedimento comunicandogli inoltre gli elementi a suo carico e, se non può derivarne pregiudizio per le indagini, le fonti.

*La seconda fase del procedimento.* Entro quarantotto ore dall'allontanamento il pubblico ministero chiede la convalida al giudice per le indagini preliminari competente in relazione al luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito (art. 390). Il giudice fissa l'udienza di convalida entro le quarantotto ore successive dandone avviso, senza ritardo, al pubblico ministero e al difensore. Se non ritiene di comparire all'udienza di convalida, il pubblico ministero trasmette al giudice le richieste con gli elementi su cui le stesse si fondano.

*La terza fase del procedimento.* All'udienza di convalida deve essere presente il difensore; possono essere presenti l'indagato e il pubblico ministero (art. 391). Quest'ultimo indica i motivi dell'allontanamento e illustra le richieste in ordine alla libertà personale. Il giudice procede quindi all'interrogatorio dell'indagato, se presente; sente in ogni caso il suo difensore. La decisione del giudice ha due oggetti distinti: da un lato, deve decidere se convalidare o meno la misura precautelare; da un altro lato, deve valutare se disporre o meno la misura cautelare richiesta dal pubblico ministero, o altra meno grave. Quando risulta che l'allontanamento è stato legittimamente eseguito e sono stati osservati i termini, il giudice provvede alla convalida

con ordinanza (art.391, comma 4). Quindi, il giudice dispone l'applicazione della misura coercitiva (art. 391, comma 5), e cioè l'allontanamento dalla casa familiare. Le ordinanze previste dai commi precedenti, se non sono pronunciate in udienza, sono comunicate o notificate a coloro che hanno diritto di proporre impugnazione. L'allontanamento cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle quarantotto ore successive al momento in cui l'indagato è stato posto a disposizione del giudice.

## 2. Le misure cautelari personali

Le misure cautelari personali si dividono in tre categorie: misure coercitive, interdittive e misure di sicurezza applicate provvisoriamente a scopi cautelari. Esse sono disciplinate dalle disposizioni generali che verremo ad esaminare nel prossimo paragrafo.

1) *Le misure coercitive* sono enumerate nel codice in ordine crescente di gravità e vanno dal divieto di espatrio alla custodia cautelare in carcere. Sono misure obbligatorie il divieto di espatrio, l'obbligo di presentarsi alla polizia giudiziaria, l'allontanamento dalla casa familiare, il divieto o obbligo di dimora e il divieto di avvicinarsi a luoghi frequentati dalla persona offesa; sono misure custodiali l'arresto domiciliare, la custodia in carcere e in luogo di cura.

### *Le misure obbligatorie*

*Il divieto di espatrio* (art. 281) impone all'imputato di non uscire dal territorio nazionale senza l'autorizzazione del giudice, che può dare tutte le disposizioni necessarie per assicurare l'esecuzione del provvedimento<sup>8</sup>. *Con l'obbligo di presentarsi alla polizia giudiziaria* (art. 282) si prescrive all'imputato di presentarsi presso gli uffici di quest'ultima nei giorni e nelle ore indicati dal giudice.

*Il divieto di dimora* (art. 283, comma 1) impone all'imputato di non dimorare in un determinato luogo e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice. Viceversa, con *l'obbligo di dimora* si prescrive all'imputato di non allontanarsi, senza l'autorizzazione del giudice, dal comune o da una sua frazione. Può essere aggiunto, inoltre, un obbligo di reperibilità (art. 283, commi 2-6). Il giudice può limitare progressivamente la libertà dell'imputato "senza pregiudizio per le normali esigenze di lavoro".

---

<sup>8</sup> Ad esempio, ritiro dei documenti validi per l'espatrio.

Con *l'allontanamento dalla casa familiare*<sup>9</sup>, il giudice prescrive all'imputato di lasciare immediatamente la casa familiare, o di non farvi rientro e di non accedervi senza autorizzazione. Qualora sussistano esigenze di tutela della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti, il giudice può prescrivere obblighi accessori, come il divieto di avvicinarsi a luoghi determinati, abitualmente frequentati dalla persona offesa (art. 282-*bis*, comma 2), o l'obbligo di versare un assegno periodico ai conviventi (art. 282-*bis*, comma 3). L'allontanamento è una misura cautelare predisposta con particolare riferimento ai reati in materia di violenza nelle relazioni familiari, ma non vi è alcuna norma che la riservi a tale categoria criminologica.

Con *il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa* (art. 282-*ter*, introdotto dal decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11), il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati, abitualmente frequentati dalla persona offesa, dai prossimi congiunti di questa o da persone legate da relazione affettiva o convivenza con la persona offesa; il giudice può anche prescrivere all'imputato di mantenere una determinata distanza dai predetti luoghi (art. 282-*ter*, commi 1 e 2). Inoltre, il giudice può vietare all'imputato di comunicare, attraverso qualsiasi mezzo, con la persona offesa, i suoi prossimi congiunti e le persone a lei legate da relazione affettiva o convivenza (art. 282-*ter*, comma 3).

*Le misure custodiali.* Tali misure comportano per l'imputato una situazione di custodia, dalla quale derivano due conseguenze. Quella negativa consiste nella configurabilità del delitto di evasione (art. 385 c.p.), ove l'imputato si allontani dal luogo di custodia. La conseguenza positiva sta nel fatto che il periodo trascorso in custodia sarà computato come esecuzione della pena detentiva, nel caso in cui questa debba essere eseguita in seguito a condanna (artt. 285, comma 3 e 657 c.p.p.).

*Gli arresti domiciliari* (art. 284) impongono all'imputato di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora ovvero da un luogo pubblico di cura o di assistenza. A tale misura possono essere aggiunti limiti alla facoltà dell'imputato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano. È anche possibile un'attenuazione del rigore della misura, come avviene, ad esempio, quando l'imputato è autorizzato a recarsi al lavoro in quanto “non può altrimenti provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita ovvero versa in situazione di assoluta indigenza”.

Occorre precisare che il codice vieta di concedere gli arresti domiciliari a chi sia stato condannato per il reato di evasione nei cinque anni precedenti al fatto per il quale si procede (art. 284, comma 5-*bis*). La legge n. 47 del 2015 ha posto un'eccezione a tale divieto e consente

---

<sup>9</sup> Art. 282-*bis*, introdotto dalla legge 4 aprile 2001, n. 154.

al giudice di accertare, «sulla base di specifici elementi», se il fatto sia «di lieve entità» e se «le esigenze cautelari possano essere soddisfatte» con l'arresto domiciliare.

*La custodia in carcere* (art. 285) è la più grave delle misure coercitive: con il relativo provvedimento il giudice dispone che l'imputato venga immediatamente condotto in un istituto di custodia a disposizione dell'autorità giudiziaria. L'imputato dovrebbe essere tenuto separato dai detenuti che stanno scontando una pena definitiva (art. 14, comma 3 ord. penitenziario); la mancata costruzione di carceri in misura adeguata, almeno pari alle necessità che si manifestano negli altri paesi dell'Unione europea, fa sì che in pratica quest'ultima norma non venga mai rispettata.

Se l'imputato necessita di cure specialistiche che non possono essere fatte in luogo di detenzione, il giudice ne dispone la *custodia cautelare in luogo di cura* (art. 286) e, se del caso, adotta i provvedimenti necessari per prevenire il pericolo di fuga (es. piantonamento).

2) *Le misure interdittive* consistono nell'applicazione provvisoria a scopo cautelare di determinati divieti. La loro previsione risponde alla finalità di far fronte alle esigenze cautelari con misure meno gravi di quelle custodiali quando sia possibile evitare queste ultime. L'applicazione di tali misure comprime la facoltà di esercitare determinati diritti e poteri collegati ad una condizione giuridico soggettiva propria di uno status civile o professionale lasciando inalterata la libertà fisica intesa in senso stretto. Sono previsti tre tipi di misure interdittive, che il giudice può adattare alle particolarità del caso concreto su richiesta del pubblico ministero. La sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale priva temporaneamente l'imputato, in tutto o in parte, dei poteri ad essa inerenti (art. 288). La sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio impedisce temporaneamente all'imputato, in tutto o in parte, le attività relative (art. 289). Con il provvedimento che dispone il divieto di esercitare determinate professioni, imprese o uffici direttivi, il giudice interdice temporaneamente all'imputato, in tutto o in parte, le attività predette (art. 290).

Le misure interdittive possono essere applicate, di regola, solo in ordine ai delitti per i quali la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a tre anni (art. 287).

3) *Applicazione provvisoria di misure di sicurezza*. Infine, il codice prevede che le misure di sicurezza possano essere applicate provvisoriamente a titolo di provvedimento cautelare (art. 312 c.p.p.). L'applicazione provvisoria ha per oggetto: a) il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario (OPG) per l'imputato che sia affetto da vizio di mente totale; b) il ricovero in una casa di cura e custodia (CCC) per l'imputato semi-infermo di mente (art. 206 comma 1 c.p.); c) la libertà vigilata (art. 228 c.p.).

Occorre che siano presenti i seguenti presupposti: i gravi indizi di “commissione del fatto”; che l'imputato sia socialmente pericoloso (in senso penalistico, come probabilità di commissione di reati ai sensi dell'art. 203 c.p.); che non siano applicabili in concreto le cause di giustificazione, di non punibilità o di estinzione del reato (art. 273 comma 2, richiamato dall'art. 312).

### 2.1 *Disposizioni generali*

Sono previste varie disposizioni di carattere generale che precisano i presupposti necessari per applicare le misure coercitive; poiché il giudice deve motivare ampiamente il suo provvedimento, ne deriva che il pubblico ministero ha l'onere di convincerlo che esistono in concreto i presupposti che fondano la singola misura. Dopo che la misura coercitiva è stata eseguita (o notificata), l'imputato ha diritto di essere sentito dal giudice in un interrogatorio definito “di garanzia”. In questo momento il difensore ha la possibilità di conoscere la richiesta del pubblico ministero e gli atti che la pubblica accusa ha presentato al giudice (art. 293, comma 3).

*Le condizioni generali di applicabilità.* Il codice pone le seguenti condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali: 1) una determinata gravità del delitto addebitato all'imputato; 2) la punibilità in concreto del delitto; 3) la presenza di gravi indizi di reità.

1) *La gravità del delitto.* Il codice (artt. 280 e 287) dispone che non siano applicabili le misure coercitive e interdittive nei procedimenti per quei reati che sono denominati “contravvenzioni”; inoltre l'art. 280 impedisce che, di regola, possano applicarsi misure coercitive e interdittive al di sotto di una soglia minima di gravità del delitto addebitato; tale soglia fa riferimento alla pena detentiva stabilita nel massimo per il delitto. Determinazione della pena ai fini dell'applicazione delle misure cautelari. In base all'art. 278, per determinare la quantità di pena che consente di applicare le misure cautelari, il codice impone di considerare la pena detentiva prevista in astratto nel massimo per il singolo delitto consumato o tentato, senza tenere conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze comuni del reato, ma tenendo conto dell'aggravante dell'aver profittato di situazioni di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (art. 61, n. 5 c.p.) e dell'attenuante del danno o del lucro di speciale tenuità (art. 62, n. 4 c.p.). Sulla quantità così individuata devono essere operati gli aumenti o le diminuzioni di pena previsti per le circostanze “indipendenti” o per quelle ad effetto speciale. Sono circostanze “indipendenti” quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa o determina la misura della pena in modo indipendente da quella ordinaria del reato (art. 69, comma 4 c.p.); sono circostanze ad effetto speciale quelle che comportano un aumento o una diminuzione superiore ad un terzo (art. 63, comma 3 c.p.).

Nel regolare l'applicazione delle misure cautelari personali il codice distingue tre fondamentali categorie di delitti:

- Nella prima categoria rientrano i delitti punibili nel massimo con la reclusione fino a tre anni; di regola per tali delitti nessuna misura coercitiva né interdittiva può essere disposta. Sono, tuttavia, applicabili le misure cautelari reali, e cioè il sequestro preventivo e quello conservativo.
- Nella seconda categoria rientrano i delitti punibili nel massimo con la reclusione superiore a tre anni, ma inferiore a cinque<sup>10</sup>. Per essi sono applicabili, di regola, le misure cautelari che sono diverse dalla custodia in carcere (e cioè, a partire dal divieto di espatrio, fino all'arresto domiciliare).
- Nella terza categoria rientrano i delitti punibili nel massimo con la reclusione di almeno cinque anni o con l'ergastolo. Tali delitti consentono l'applicazione anche della custodia in carcere, oltre che delle altre misure cautelari (art. 280, comma 2).

2) *La punibilità in concreto*. Il requisito in oggetto è descritto in modo analitico dall'art. 273, comma 2 e può essere così sintetizzato: occorre che il delitto addebitato all'imputato sia punibile in concreto. In caso contrario, non vi è la possibilità di applicare alcuna misura cautelare personale; « nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione (es. legittima difesa) o di non punibilità (es. fatti compiuti a danno di congiunti; 649 c.p.) o se sussiste una causa di estinzione del reato (es. prescrizione) ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata » (es. indulto di tre anni, se la pena non sarà superiore a tale entità).

3) *I gravi indizi*. L'art. 273 pone, come requisito della misura cautelare personale, l'esistenza di "gravi indizi di colpevolezza", intesi in un senso ampio, idonei cioè a ricomprendere sia le prove critiche, sia quelle rappresentative. L'espressione "gravi indizi" sta allora a significare il quantum (o standard) di prova (rappresentativa o critica) che serve a legittimare la misura cautelare. Se nel codice del 1930 bastavano i "sufficienti" indizi, la nuova aggettivazione ("gravi") nel codice del 1988 vuole significare un quantum di prova più alto. Ciò è coerente con il fatto che attualmente viene accolto il principio costituzionale della presunzione di innocenza dell'imputato. Il quantum di prova, del quale è onerata l'accusa pubblica quando chiede al giudice la misura cautelare, deve intendersi rafforzato.

*Presunzione d'innocenza e decisione allo stato degli atti*. Nel processo penale, ove viene in gioco la libertà dell'individuo, il rispetto della presunzione di innocenza impone di pronunciare la

---

<sup>10</sup> Art. 280, comma I, mod. dal d.l. n. 78 del 2013, conv. nella legge n. 94 del 2013.

condanna soltanto quando l'accusa ha escluso ogni ragionevole dubbio sulla reità dell'imputato (art. 533 comma 1). Poiché nel processo penale la misura cautelare deve essere fondata sulla "prognosi di una condanna", la presunzione di innocenza ha una influenza anche sul quantum di prova richiesto per l'applicazione della misura cautelare. Occorre che l'accusa provi come molto probabile la reità dell'indagato. Inoltre, se la misura consiste nella custodia cautelare in carcere, il giudice deve esporre le "concrete e specifiche ragioni" per le quali le esigenze cautelari non possono essere soddisfatte con altre misure. Le misure cautelari sono applicate dal giudice *inaudita altera parte*; il contraddittorio con la difesa dell'imputato si svolgerà in un momento successivo (art. 294).

*La base probatoria del giudizio cautelare.* Il pubblico ministero presenta al giudice una richiesta di applicazione che è accompagnata dagli «elementi» sui quali la medesima «si fonda» (art. 291 comma 1). Si tratta degli atti raccolti in modo unilaterale dalla pubblica accusa, dalla polizia giudiziaria ed, eventualmente, dal difensore dell'indagato e da quello dell'offeso.

Tali atti sono utilizzabili come prove durante le indagini e, in base ad un argomento sistematico, le norme sulle prove che si trovano nel libro terzo del codice appaiono applicabili anche durante le indagini, a meno che non siano incompatibili (espressamente o implicitamente) con la regolamentazione del singolo atto da compiere in una determinata fase.

Occorre sottolineare, tuttavia, che il legislatore non ha operato un rinvio generico a tutte le disposizioni relative alle prove, bensì ne ha richiamate soltanto alcune: il rinvio espresso ad alcune soltanto delle norme in materia di prove potrebbe indurre a ritenere che quelle non espressamente richiamate siano non applicabili. Viceversa, l'interpretazione sistematica<sup>11</sup> richiede che su tutte le disposizioni del libro terzo si faccia di volta in volta una valutazione di compatibilità in relazione al singolo atto di indagine.

*Le esigenze cautelari.* Alle condizioni generali di applicabilità si aggiunge un ulteriore requisito: le misure personali possono essere applicate soltanto quando esiste in concreto almeno una delle esigenze cautelari indicate tassativamente dall'art. 274. Il pubblico ministero, nel presentare al giudice la richiesta motivata di disporre una misura cautelare, deve fornire gli elementi di prova che dimostrino in concreto sia l'esistenza di tutte le condizioni necessarie per applicare la misura richiesta (gravi indizi e punibilità in concreto), sia il ricorrere di una delle esigenze cautelari, e cioè il pericolo di inquinamento della prova, il pericolo di fuga o, infine, il pericolo che vengano commessi determinati reati.

---

<sup>11</sup> Largamente accolta in dottrina e giurisprudenza.

1) *Il pericolo di inquinamento della prova.* Il pubblico ministero deve dimostrare che vi sono in concreto situazioni di attuale pericolo sia per l'acquisizione della prova (pericolo di occultamento), sia per l'acquisizione in modo genuino (pericolo di alterazione). La situazione di pericolo deve essere fondata su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità (art. 292, comma 2, lett. c). Le precisazioni sono dovute alla legge n. 332 del 1995, che ha reagito agli abusi verificatisi nella prassi applicativa. A tal fine il legislatore ha inserito un'ulteriore disposizione, che in verità doveva ricavarsi implicitamente dal sistema ed esplicitamente dal Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 14, comma 3, lett. g); e cioè, si è precisato che dal silenzio mantenuto dall'imputato (o dalla sua mancata ammissione degli addebiti) non si può ricavare l'esistenza del pericolo di inquinamento della prova.

2) *Il pericolo di fuga.* Questa esigenza sussiste quando l'imputato si è dato alla fuga o vi è il pericolo concreto e attuale che egli si dia alla fuga. Occorre, tuttavia, che il giudice ritenga possibile che all'imputato possa essere irrogata in concreto con la sentenza una pena superiore a due anni di reclusione. Al di sotto di tale soglia il legislatore impedisce di dare rilevanza al pericolo di fuga. La legge n. 47 del 2015, oltre ad aggiungere il requisito dell'attualità del pericolo, ha precisato che « le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede ».

3) *Il pericolo che vengano commessi determinati reati.* La misura coercitiva deve essere applicata quando vi è il pericolo concreto e attuale che l'imputato commetta una delle seguenti categorie di delitti:

- a) gravi delitti con l'uso di armi o di altri mezzi di violenza personale;
- b) gravi delitti diretti contro l'ordine costituzionale;
- c) delitti di criminalità organizzata;
- d) delitti della stessa specie di quello per il quale si procede.

Il pericolo concreto e attuale deve essere desunto da specifiche modalità del fatto di reato e dalla personalità pericolosa dell'autore del fatto, con il limite che la pericolosità non può essere desunta esclusivamente dalla gravità del titolo di reato addebitato, bensì deve essere ricavata dai precedenti penali o da comportamenti o atti concreti, che devono essere specificamente indicati.

*I criteri di scelta delle misure.* Il giudice, dopo aver accertato che esistono sia i gravi indizi di reità, sia almeno una delle esigenze cautelari, dispone la misura con ordinanza. Tuttavia il suo potere è vincolato a limiti formali e sostanziali. Sotto un profilo formale, il giudice non può



disporre una misura più grave di quella richiesta dal pubblico ministero: in materia vale il principio accusatorio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Da un punto di vista sostanziale, il giudice ha il potere-dovere di scegliere la misura cautelare in base ai criteri che sono espressamente indicati nell'art. 275 ove si stabilisce che la stessa debba essere:

1) "adeguata" alle esigenze cautelari presenti in concreto; 2) "proporzionata" alla gravità del fatto e della sanzione che potrà essere irrogata; 3) "graduata" in modo tale da applicare la custodia in carcere soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata. L'accertamento dei criteri predetti deve basarsi su elementi di prova ricavati dal caso concreto: di regola, non sono ammessi automatismi né presunzioni (C. cost. n. 265 del 2010). Dell'esercizio del potere discrezionale il giudice deve dare conto nella motivazione dell'ordinanza (art. 292).

Al giudice è posto il divieto di disporre la carcerazione cautelare o l'arresto domiciliare quando si prevede che sarà concessa la sospensione condizionale della pena (art. 275, comma 2-*bis*). È altresì posto il divieto di applicare la carcerazione cautelare quando egli «ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni» (art. 275, comma 2-*bis*) e quindi, di regola, la pena detentiva medesima sarà sospesa in attesa dell'applicazione di una misura alternativa (art. 656).

Si tratta di una valutazione complessa e difficile da farsi "allo stato degli atti"; tuttavia, se il legislatore la impone, significa che, in presenza di alcune prassi devianti, si percepisce l'esigenza di sottolineare come deve essere applicato in concreto il principio di proporzionalità.

La custodia in carcere costituisce la più intensa delle limitazioni della libertà personale e, pertanto, deve essere applicata soltanto quando non sia assolutamente possibile operare diversamente<sup>12</sup>. Il codice recepisce tale istanza affermando il principio di gradualità, secondo il quale la carcerazione cautelare può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive risultino inadeguate. La legge 16 aprile 2015, n. 47, nel modificare il comma 3 dell'art. 275, ha previsto nuovi istituti che costituiscono un rafforzamento dell'operatività di tale principio.

*Le situazioni incompatibili con la custodia in carcere.* A livello codicistico sono poi previste situazioni che impediscono la custodia cautelare in carcere (art. 275, comma 4-*quinquies*). Quest'ultima non può essere comunque disposta quando l'imputato è affetto da «malattia che si trova in una fase così avanzata da non rispondere più ai trattamenti disponibili e alle terapie curative».

---

<sup>12</sup> *Extrema ratio*.

Vi sono poi altre situazioni, tipizzate nell'art. 275, comma 4, che di regola impediscono la custodia in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza. Si tratta dei seguenti casi: a) donna incinta; b) madre di prole di età fino a sei anni con lei convivente; c) padre in analoghe condizioni, se la madre è assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole; d) persona che ha superato l'età di settanta anni. L'imputato che si trova nelle situazioni menzionate è sottoposto al carcere soltanto se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, come potrebbe accadere quando egli è particolarmente pericoloso a causa dei suoi precedenti penali o del reato commesso.

## *2.2 Applicazione delle misure cautelari personali*

L'applicazione delle misure cautelari personali avviene in due fasi. Nella prima vi è una decisione del giudice fondata su di una richiesta che viene presentata dal pubblico ministero senza che sia sentita la difesa, poiché la misura deve essere eseguita "a sorpresa" per essere efficace. Nella seconda fase vi è una qualche forma di contraddittorio perché il giudice per le indagini preliminari deve interrogare l'indagato (sottoposto a custodia o altra misura cautelare) e il difensore ha il diritto di esaminare i verbali degli atti che sono stati valutati dal giudice.

La prima fase del procedimento applicativo ha inizio quando il pubblico ministero chiede per scritto al giudice per le indagini preliminari l'adozione di una misura cautelare personale; termina quando il giudice prende, sempre per scritto, una decisione sulla richiesta. La procedura è segreta, e cioè deve svolgersi all'insaputa dell'indagato e del suo difensore. Il pubblico ministero ha soltanto il potere di rivolgere una richiesta al giudice per le indagini preliminari, presentandogli gli «elementi su cui la richiesta si fonda» (art. 291, comma 1), e cioè i verbali degli atti delle indagini preliminari. Il giudice decide sulla base di atti di indagine che valgono come prove, perché sono posti a fondamento di una decisione sulla libertà personale.

La legge n. 332 del 1995 ha inserito un primo correttivo, e cioè ha posto al pubblico ministero l'obbligo di presentare al giudice «tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate» (art. 291, comma 1). La stessa legge abolendo il comma dell'art. 291, ha poi sancito che il giudice ha un solo limite al suo potere di decidere sulla richiesta presentata dal pubblico ministero; e cioè, non può applicare una misura più grave di quella richiesta. Viceversa, il giudice può applicare sia la misura richiesta, sia una o più misure meno gravi; ma può anche non applicare nessuna misura, se ritiene che non sussistano le esigenze cautelari o le condizioni di applicabilità.

La seconda fase del procedimento applicativo ha inizio nel momento in cui la misura cautelare personale è eseguita; si conclude con l'interrogatorio davanti al giudice che ha deciso l'applicazione della misura stessa. Questo interrogatorio nella prassi è denominato "di garanzia" perché assume una funzione prevalentemente difensiva. Infatti, al termine di tale atto, il giudice deve valutare «se permangono» le condizioni di applicabilità e le esigenze cautelari originarie, realizzando così un controllo giurisdizionale sulla legittimità e fondatezza della misura disposta. Quando ne ricorrono le condizioni, e cioè se gli indizi o le esigenze sono venute meno o si sono attenuate, deve provvedere alla revoca della misura disposta o alla sua sostituzione con una meno grave (art. 294 comma 3).

L'art. 293 comma 3 impone al giudice per le indagini preliminari di depositare immediatamente in cancelleria, insieme all'ordinanza applicativa della misura che è stata eseguita, anche la richiesta del pubblico ministero e gli «atti presentati con la stessa», vale a dire «gli elementi sui cui la richiesta si fonda», «tutti gli elementi a favore dell'indagato» e le «eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate» (art. 291).

### 2.3 *Vicende successive*

Il codice prevede tre ipotesi nelle quali può essere modificata la misura cautelare applicata: 1) la revoca; 2) la sostituzione *in melius*; 3) la sostituzione *in peius*.

1) *La revoca* deve essere immediatamente disposta: a) quando si accerti che le condizioni generali di applicabilità «risultano mancanti, anche per fatti sopravvenuti» (art. 299, comma 1; ad esempio, gli indizi non risultano essere gravi in seguito alle indagini successivamente svolte dall'accusa o dalla difesa); b) quando si accerti che siano venute meno completamente le esigenze cautelari (pericolo di inquinamento delle prove, pericolo di fuga o pericolo del compimento di gravi delitti).

2) *La sostituzione in melius* della misura (o la sua applicazione con modalità meno gravose) deve essere disposta quando le esigenze cautelari, pur non essendo venute meno, risultano «attenuate»; o quando la misura non appare più proporzionata all'entità del fatto o alla sanzione che si ritiene possa essere inflitta (art. 299, comma 2).

Per quanto riguarda gli aspetti procedurali, occorre sottolineare che, di regola, sia la revoca, sia la sostituzione in meglio possono essere disposte dal giudice a richiesta dell'imputato o del pubblico ministero (art. 299, comma 3); eccezionalmente possono essere concesse anche d'ufficio nel corso dell'interrogatorio di garanzia, oppure in udienza (ad esempio, nell'udienza preliminare) o in situazioni ad essa equiparate (ad esempio, in sede di incidente probatorio o di

proroga dei termini per le indagini). Sempre sotto un profilo procedimentale, il giudice è in grado di avere un contatto diretto con l'indagato: infatti, può disporre l'interrogatorio prima di decidere in ordine alla revoca o alla sostituzione della misura cautelare. L'interrogatorio diventa obbligatorio quando lo abbia chiesto l'indagato e la sua stanza di revoca o di sostituzione sia basata su «elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati» (art. 299, comma 3-ter).

3) *La sostituzione in peius* della misura cautelare può essere disposta dal giudice soltanto su richiesta del pubblico ministero; ciò avviene sia quando le esigenze cautelari risultano essersi aggravate (art. 299, comma 4), sia quando l'imputato ha trasgredito alle prescrizioni che concernono la misura (art. 276). Si tratta di un procedimento segreto, perché la nuova misura può essere disposta “a sorpresa”, come è previsto per la prima applicazione della misura cautelare.

Le misure cautelari personali si estinguono in due modi differenti:

- 1) in seguito a un *provvedimento del giudice* che accerta il modificarsi dei presupposti applicativi (ope iudicis): di ciò si è trattato nel precedente paragrafo (v., ad esempio, il provvedimento di revoca);
- 2) *di diritto*, per perdita di efficacia dovuta al verificarsi di determinati eventi previsti dalla legge (ope legis).

Una delle cause di estinzione delle misure cautelari coercitive è la decorrenza del termine di durata massima. Ove esso venga superato, il giudice deve disporre la cessazione degli effetti (se si tratta di misura obbligatoria o interdittiva) o la liberazione (se si tratta di misura custodiale e salvo che l'indagato non sia detenuto per altra causa). Il termine massimo è stato posto allo scopo di attuare due garanzie costituzionali. In primo luogo, quella prevista dall'art. 13, comma 5 Cost., secondo cui la legge deve stabilire «i limiti massimi della carcerazione preventiva». In secondo luogo, la garanzia prevista dall'art. 27, comma 2 Cost. che vieta di anticipare la sanzione penale prima della condanna definitiva. La misura cautelare coercitiva rischierebbe di diventare, di fatto, una “anticipazione” della sanzione, ove non fosse previsto un termine massimo per la sua applicazione.

I termini massimi di custodia cautelare coprono il periodo di tempo che va dalla esecuzione della misura coercitiva o dal fermo o dall'arresto (art. 297), fino a quando la sentenza di condanna è diventata irrevocabile (art. 648). Soltanto da questo momento inizia l'esecuzione della sanzione.

Il codice prevede varie tipologie di termini. Da un lato, vi sono i termini massimi intermedi (o di fase) ricollegati a determinate fasi (o gradi) del procedimento (art. 303, comma

1; es. le indagini preliminari); da un altro lato, vi è il termine massimo complessivo fino alla sentenza irrevocabile (art. 303, comma 4).

*I termini intermedi.* I termini massimi intermedi hanno la caratteristica di essere autonomi tra loro e cioè operano soltanto in quella determinata fase (o grado) del procedimento.

*Il primo termine intermedio* copre il periodo di tempo che va, da quando è stata eseguita la misura già nel corso delle indagini, fino al provvedimento che dispone il giudizio o fino all'ordinanza che dispone il giudizio abbreviato o fino alla sentenza di patteggiamento (art. 303, comma 1, lettera a). In relazione ai più gravi delitti, entro un anno deve intervenire il provvedimento sopra menzionato; il termine può essere prorogato fino a sei mesi, se sono necessari accertamenti particolarmente complessi e sussistono gravi esigenze cautelari (art. 305, comma 2).

*Il secondo termine intermedio* copre il periodo di tempo che va dal rinvio a giudizio (o dalla sopravvenuta esecuzione della misura) fino alla sentenza di condanna di primo grado (art. 303, comma 1, lettera b). In relazione ai più gravi delitti, la condanna deve intervenire entro un anno e sei mesi. In caso di giudizio abbreviato la condanna deve essere pronunciata entro nove mesi.

*Il terzo termine intermedio* copre il periodo di tempo che va dalla pronuncia della condanna di primo grado (o dalla sopravvenuta esecuzione della misura) fino alla condanna in grado di appello; questa deve intervenire entro un anno e sei mesi (art. 303, comma 1, lettera c).

*Il quarto termine intermedio* copre il periodo di tempo che va dalla pronuncia della condanna di secondo grado (o dalla sopravvenuta esecuzione della misura) fino alla sentenza irrevocabile, che deve intervenire entro un anno e sei mesi (art. 303, comma 1, lettera d). Il termine predetto non opera quando vi è stata condanna sia in primo grado sia in appello (cosiddetto criterio della "doppia conforme") o quando l'impugnazione sia stata proposta soltanto dal pubblico ministero. In tal caso si applica il termine complessivo, che veniamo ad illustrare.

*Il termine massimo complessivo* si riferisce alla durata dell'intero procedimento. Esso costituisce il limite entro il quale deve intervenire la sentenza di condanna irrevocabile e opera a prescindere dalla durata dei singoli termini intermedi (art. 303, comma 4). Per i delitti più gravi il termine è di sei anni e comprende le eventuali proroghe che siano state concesse ai sensi dell'art. 305.

*I termini finali.* L'articolo 304, comma 6 prevede i cosiddetti termini finali comprensivi della sospensione, oltre i quali la custodia cautelare non può comunque protrarsi. I termini finali consistono in un allungamento dei termini massimi (intermedi e complessivi). I termini finali

intermedi sono pari al doppio dei termini intermedi, il termine finale complessivo è pari al termine complessivo aumentato della metà (e cioè a nove anni per i reati più gravi).

*Estinzione della custodia.* Ove la custodia cautelare superi i termini massimi previsti dal codice, la stessa si estingue di diritto e l'imputato deve essere liberato immediatamente (art. 306). Il giudice dispone una fra le altre misure delle quali ricorrono i presupposti, soltanto se sussistono le ragioni che avevano determinato la custodia cautelare<sup>13</sup>. La custodia è ripristinata se l'imputato ha trasgredito le prescrizioni della nuova misura cautelare (art. 307, comma 2, lett. a) o se è stata emessa sentenza di condanna in primo o secondo grado e vi è pericolo di fuga (art. 307, comma 2, lett. b).

*Termini di durata massima delle misure diverse dalla custodia cautelare.* Per completare il quadro, si possono ricordare i diversi termini che valgono per le misure coercitive obbligatorie e per le misure interdittive.

Le misure obbligatorie (divieto di espatrio, obbligo di presentarsi alla polizia o obbligo di dimora), come abbiamo visto, sono vincolate a termini intermedi e complessivi pari al doppio di quanto è previsto per la custodia cautelare (art. 308, comma 1).

Le misure interdittive (artt. 288-290) di regola non possono avere durata superiore a dodici mesi e perdono efficacia quando è decorso il termine fissato dal giudice nell'ordinanza<sup>14</sup>. In ogni caso, qualora siano state disposte per esigenze probatorie, il giudice può ordinarne la rinnovazione con il limite massimo di dodici mesi.

La sospensione del decorso dei termini. La sospensione può essere definita come una stasi nella decorrenza di un termine, imposta da peculiari esigenze sostanziali, che inducono a non tenere conto di tale periodo nel computo della durata del termine stesso. Sono previste tre cause sospensive generali, che si riferiscono a tutti i reati (art. 304 comma 1), e una causa sospensiva speciale, applicabile soltanto nei procedimenti relativi ad alcuni delitti particolarmente gravi (art. 304 comma 2).

Cause sospensive generali. La prima causa sospensiva generale è prevista in caso di sospensione o rinvio del dibattimento, dell'udienza preliminare o del giudizio abbreviato per impedimento dell'imputato o del suo difensore, oppure su richiesta di questi ultimi (art. 304 comma 1, lett. a). Per espresso disposto normativo la stasi non opera qualora la sospensione o il rinvio dell'udienza siano stati disposti a cagione di esigenze istruttorie o a seguito di concessione di termini a difesa.

---

<sup>13</sup> Art. 307, comma 1, mod. dal decreto legge n. 341 del 2000, conv. in legge n. 4 del 2001.

<sup>14</sup> Art. 308, comma 2, mod. dalla legge n. 47 del 2015.

La seconda causa sospensiva generale concerne le ipotesi di sospensione o del dibattimento, dell'udienza preliminare o del giudizio abbreviato rinvio dovuti alla mancata presentazione, all'allontanamento o alla mancata partecipazione di uno o più difensori che rendano privo di assistenza uno o più imputati (art. 304 comma 1, lett. b). L'ultima causa sospensiva generale scatta nel giudizio ordinario o nel rito abbreviato durante la pendenza dei termini per la redazione della motivazione ai sensi dell'art. 544 commi 2 e 3 c.p.p. (art. 304 comma 1, lett. c). Nelle ipotesi appena esposte la sospensione è disposta dal giudice con ordinanza appellabile a norma dell'art. 310 c.p.p.

*Causa sospensiva speciale.* La causa sospensiva speciale è prevista in relazione ai dibattimenti e ai giudizi abbreviati relativi a delitti di criminalità organizzata, terrorismo *et similia* (art. 407 comma 2, lett. a) qualora l'accertamento risulti particolarmente complesso (art. 304 comma 2). La sospensione "per complessità" opera durante il tempo in cui sono tenute le udienze o si delibera la sentenza nel giudizio di primo grado o nel giudizio sulle impugnazioni ed è disposta dal giudice su richiesta del pubblico ministero con ordinanza appellabile ai sensi dell'art. 310.

*I termini finali.* La sospensione dei termini massimi di custodia cautelare non può protrarsi a tempo indeterminato. All'uopo, l'art. 304 comma 6 prevede un apparato di termini "finali" calcolati in relazione all'ammontare dei termini intermedi e complessivi disciplinati dall'art. 303. La durata della custodia non può comunque superare il doppio dei termini intermedi o il termine complessivo aumentato della metà. Vi è, da ultimo, un termine finale detto sussidiario, che opera soltanto se più favorevole rispetto agli altri termini finali ed è pari a due terzi del massimo della pena temporanea prevista per il reato contestato o ritenuto in sentenza (art. 304 comma 6).

#### 2.4 *Le impugnazioni de libertate: peculiarità e linee di riforma*

Il codice prevede tre mezzi di impugnazione: il riesame, l'appello e il ricorso per Cassazione.

Il riesame è ammesso di regola soltanto contro le ordinanze che applicano per la prima volta (ab initio) una misura coercitiva; la richiesta può essere proposta esclusivamente dall'imputato o dal suo difensore, non dal pubblico ministero.

L'appello è ammesso nei confronti di tutti gli altri provvedimenti in tema di misure cautelari personali. Esso può essere proposto dall'imputato, dal suo difensore e dal pubblico ministero.

Competente a decidere sia sul riesame, sia sull'appello è il tribunale (in composizione collegiale) del capoluogo del distretto di corte d'appello nel quale ha sede il giudice che ha disposto la misura (art. 309, comma 7); nella prassi, tale organo è denominato “tribunale della libertà”.

Il ricorso per Cassazione è ammesso di regola contro le decisioni emesse in sede di riesame e di appello. In via eccezionale tale ricorso è consentito, in alternativa al riesame, contro l'ordinanza che applica una misura coercitiva per la prima volta: il ricorso *per saltum* può essere proposto esclusivamente dall'imputato o dal suo difensore (art. 311, comma 2).

La caratteristica comune ai tre mezzi di impugnazione sta nel fatto che essi non hanno efficacia sospensiva sul provvedimento che limita la libertà personale (art. 588, comma 2). Ciò vuol dire che la misura cautelare continua ad avere effetto, nonostante che sia stata presentata impugnazione<sup>15</sup>. *La riparazione per l'ingiusta custodia cautelare*. All'imputato è riconosciuto un vero e proprio diritto ad ottenere un'equa riparazione per la custodia cautelare subita ingiustamente (art. 314). Si tratta di una novità introdotta dal codice del 1988 in adempimento di un preciso obbligo posto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 5, comma 5). La domanda di riparazione è presentata dall'imputato dopo che la sentenza è divenuta irrevocabile; sulla richiesta decide la corte d'appello con un procedimento in camera di consiglio. Il presupposto del diritto ad ottenere l'equa riparazione consiste nella ingiustizia sostanziale o formale della custodia cautelare subita (ad esempio, la custodia in carcere o l'arresto domiciliare). Il codice evita di addossare al richiedente un così pesante onere della prova e gli consente di limitarsi a dimostrare che la sua situazione rientra in una delle due ipotesi di ingiustizia (formale o sostanziale) previste espressamente dall'art. 314. Per tale motivo la somma di denaro, che gli può essere attribuita, è denominata “riparazione” e non “risarcimento”.

*Limiti alla riparazione*. Occorre segnalare che il codice pone al diritto alla riparazione alcuni ostacoli, che di fatto tengono conto di esigenze di giustizia sostanziale.

Il primo ostacolo è previsto dall'art. 314, comma 4. Il diritto alla riparazione è escluso per quella parte di custodia cautelare che è stata comunque computata ai fini della determinazione della quantità di pena detentiva che avrebbe dovuto essere scontata dall'imputato, che è stato condannato (art. 657).

---

<sup>15</sup> Il procedimento relativo ai tre mezzi di impugnazione delle misure cautelari è stato oggetto di profonda revisione ad opera della legge n. 47 del 2015.



Il secondo ostacolo è posto dall'art. 314, comma 1. L'imputato non ha diritto alla riparazione se ha «dato causa» o ha «concorso a dare causa» all'ingiusta custodia cautelare per dolo o colpa grave. Tale condizione ostativa alla riparazione trova applicazione anche nell'ipotesi di ingiustizia formale, nonostante che il legislatore l'abbia espressamente prevista solo per l'ingiustizia sostanziale.

Le più recenti prospettive di riforma del sistema delle impugnazioni sui provvedimenti in materia di misure cautelari personali hanno preso spunto da una riflessione generale sul ruolo della Corte di Cassazione e sull'esigenza di ridurre il peso dei ricorsi.

Indubbiamente, anche nel settore della libertà personale dell'imputato non possono non essere condivisi i valori sottesi all'uniformità della giurisprudenza: «la parità di trattamento delle persone che ricorrono alla tutela giurisdizionale; la prevedibilità delle decisioni giudiziarie; più in generale una almeno tendenziale certezza nella conoscenza del contenuto delle disposizioni normative». Né sembra possibile eliminare, o, quantomeno, attenuare il significato di tali aspetti nell'ambito delle misure cautelari personali, come, forse, potrebbe ipotizzarsi se si aderisse alla tesi in forza della quale nell'art. 111 comma 7 Cost., a seguito dell'inserimento della ricorribilità dei provvedimenti *de libertate*, convivrebbero due anime del ricorso in Cassazione, aventi riguardo una alla funzione nomofilattica dell'impugnazione<sup>16</sup>, l'altra alla tutela garantistica del bene fondamentale protetto nell'art. 13 Cost., quindi, al profilo impugnatorio come garanzia meramente individuale.

Difatti, alla luce del dettato costituzionale non si può fare a meno di riconoscere una significativa distanza tra la disciplina così delineata e i fondamenti di una teoria che continua a ritenere l'interesse generale alla nomofilachia prevalente sull'interesse individuale ad una giusta definizione del processo. E in effetti solo una scelta decisa del legislatore nella direzione della tutela del *jus constitutionis*, inevitabilmente modificativa dell'odierno art. 111 comma 7 Cost., può dare risposta a chi vuol vedere nella Corte di Cassazione quel giudice supremo chiamato ad intervenire esclusivamente, o comunque, prevalentemente, in presenza di questioni giuridiche che assumono rilevanza.

La prospettiva di una rivisitazione del sistema delle impugnazioni *de libertate*, dovrà partire dalla considerazione del carattere di inviolabilità del bene, quindi, dall'esigenza di apprestare tutte le soluzioni normative che potranno ridurre le ipotesi di un sacrificio ingiustificato della libertà personale.

---

<sup>16</sup> In linea con la concezione tradizionale approfondita soprattutto negli studi di Piero Calamandrei.

Nelle recenti proposte avanzate un punto fermo pare costituito dal regime concernente i provvedimenti che applicano le misure coercitive, per i quali dovrebbe rimanere ferma la previsione del riesame e del ricorso per Cassazione. Si tratta di una scelta che sicuramente merita apprezzamento, anche se non riflette contenuti sempre riconducibili all'art. 13 Cost., dal momento che non tutte le misure coercitive incidono sulla libertà personale. Il che potrebbe legittimare una diversa individuazione dei provvedimenti riesaminabili e ricorribili, fondata sulla delimitazione ai soli casi di provvedimenti che effettivamente possono dirsi limitativi della libertà personale dell'imputato ovvero sulla valutazione dell'incidenza della misura cautelare sulla persona dell'imputato. È questa seconda opzione quella che merita maggiore attenzione: non si può negare che l'applicazione delle misure interdittive possa ingenerare conseguenze assai più pesanti di quelle riconducibili ad un divieto di espatrio o ad un obbligo di presentazione agli uffici di polizia giudiziaria. Potrebbe quindi essere valorizzato il livello di incisività sulle libertà della persona dell'esecuzione della misura, per ricavare da tale indice le ragioni della previsione di una garanzia, quale quella del riesame, i cui costi non sono certamente indifferenti. E altrettanto può dirsi con riferimento all'estensione dei casi di ricorribilità in Cassazione.

Con riguardo all'attuale determinazione dei provvedimenti riesaminabili, inoltre, andrebbe superata quella lettura dell'art. 309 c.p.p., in forza della quale sarebbero soltanto appellabili le ordinanze con le quali viene disposta una misura coercitiva nell'esercizio dei poteri di sostituzione *in peius* o di rinnovazione. In effetti, non appare facile comprendere per quale motivo debba differenziarsi la posizione dell'imputato che sia tornato in piena libertà e sia pertanto legittimato a chiedere il riesame nei confronti del provvedimento con il quale viene successivamente disposta una qualsiasi misura coercitiva, da quella dell'imputato che, sottoposto, ad esempio, al divieto di espatrio, si veda applicare ai sensi dell'art. 299 c.p.p., la misura della custodia in carcere.

Alquanto delicata la problematica che attiene alla possibile rilevanza dei vizi della motivazione dell'ordinanza impugnata dinanzi al tribunale della libertà. Invero, sulla scia della teoria che vede nel riesame un vero e proprio nuovo giudizio, che si sovrappone a quello condotto dal giudice che ha disposto la cautela, si è pervenuti ad un risultato giustamente definito paradossale: con l'impugnazione l'imputato ristretto in base ad un titolo inadeguatamente motivato non solo non ottiene la dichiarazione di nullità ex art. 292 comma 2

lett. c) e c) *bis* c.p.p.<sup>17</sup>, ma finisce per fare un ‘favore’ al giudice emittente, in soccorso del quale interviene, proprio grazie al riesame, il tribunale, che consolida così l’azione cautelare.

Sembra così realizzarsi una sorta di ‘delega’ al giudice del controllo rispetto ad obblighi che dovrebbero essere adempiuti dal giudice che dispone la misura restrittiva. In una prospettiva meno preoccupante si collocano tuttavia svariate decisioni della Corte di Cassazione, per le quali il potere integrativo postula comunque la presenza nell’atto impugnato di motivate ragioni, non potendosi altrimenti ipotizzare una conferma per “ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione” (art. 309 comma 9 c.p.p.): ne segue che dovrà disporsi l’annullamento non solo dell’ordinanza mancante di motivazione in senso grafico, ma anche di quella dalla cui lettura non è possibile l’individuazione degli indizi, delle esigenze cautelari perseguite, dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa, stante l’assoluta inadeguatezza o l’apoditticità delle affermazioni che danno (apparente) corpo all’apparato motivazionale.

Questa impostazione ha trovato traduzione nel novellato art. 309 comma 9 laddove si stabilisce l’annullamento del provvedimento impugnato “se la motivazione manca o non contiene l’autonoma valutazione, a norma dell’art. 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”. Viene così individuato un ‘onorevole’ compromesso tra l’esigenza di dare una qualche consistenza all’obbligo di motivare i provvedimenti restrittivi e l’esigenza di valorizzare sul piano dei tempi processuali l’intervento di un organo collegiale chiamato a giudicare nel merito.

Nella medesima proposta di riforma dell’art. 309 c.p.p., peraltro, si rinviene un’apprezzabile attenzione alle difficoltà, per la difesa e per i giudici, di conoscere adeguatamente la vicenda *de libertate* nel rispetto di una tempistica estremamente serrata. Laddove approvate le modifiche ipotizzate, il tribunale, su richiesta personale dell’imputato o d’ufficio, potrà differire la data dell’udienza da un minimo di cinque a un massimo di dieci giorni, se vi sono giustificati motivi o sulla base della complessità del caso e del materiale probatorio (art. 309 comma 9-*bis* c.p.p.). Ai fini di una deflazione delle impugnazioni *de libertate*, si è poi suggerito di mettere in alternativa appello e ricorso in Cassazione per tutti i provvedimenti non riesaminabili, con l’inammissibilità del ricorso se viene presentato l’appello e l’inammissibilità dell’appello se viene presentato il ricorso. Una simile soluzione pare tuttavia legittimare più di una perplessità: il Costituente, nel prevedere lo specifico mezzo di impugnazione del ricorso per Cassazione, intendeva sì assicurare una garanzia, ma anche

---

<sup>17</sup> Pur trattandosi di invalidità espressamente dichiarata dalla legge come rilevabile d’ufficio.

consentire alla Corte, quale giudice supremo, un sindacato generale sulla legittimità di tutte le sentenze e tutti i provvedimenti *de libertate*. Solo un intervento sull'art. 111 comma 7 Cost. potrebbe, pertanto, consentire modifiche del tipo di quella appena considerata, almeno laddove queste vengano a coinvolgere provvedimenti che incidono sulla libertà personale e non su altre libertà della persona.

Non sembra invece porre problemi di legittimità costituzionale l'abolizione dell'appello del pubblico ministero contro tutti i provvedimenti sulla libertà personale. Sul punto, è stata chiamata in causa la presunzione di non colpevolezza, che imporrebbe alla pubblica accusa di prestare acquiescenza in una materia in cui deve prevalere l'interesse dell'imputato. Detto richiamo non appare convincente: "Comunque la si intenda, la formula contenuta nel 2° comma dell'art. 27 Cost. non esclude affatto che il giudice possa commettere un grave errore nel negare una misura coercitiva; e, dunque, non appare incompatibile con il potere di impugnazione del pubblico ministero". Piuttosto, ma su un piano non di doverosità costituzionale ma di opportunità costituzionale, la scelta di rendere inappellabili da parte del pubblico ministero i provvedimenti *de quibus* riflette il significato dell'inviolabilità della libertà personale proclamata nell'art. 13 comma 1 Cost., inviolabilità che non può non favorire tutte quelle soluzioni che riducono le ipotesi di possibile limitazione di detto bene, laddove non sussistano dati probatori insuperabili che ne giustifichino il sacrificio.

## CAPITOLO II

### I diritti umani

#### 1. Introduzione

Alcuni esperti tendono a ricostruire la storia dei Diritti Umani riconoscendo nella Magna Charta del 1215 la prima dichiarazione sui “Diritti Umani”<sup>18</sup>. L’idea “contemporanea” dei Diritti Umani si è sicuramente sviluppata attraverso i secoli, ma è diffusamente riconosciuto come essa abbia le sue origini nel pensiero filosofico e sia stata la forza trainante delle rivoluzioni americana e francese (*rispettivamente del 1776 e del 1789*), che hanno portato all’adozione sia della Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti che della Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino in Francia.

Tuttavia, fu solo dopo la fine della seconda guerra mondiale che l’idea dei Diritti Umani venne trasferita progressivamente dal livello nazionale a quello sovranazionale, che è il campo d’azione delle organizzazioni internazionali, con un ruolo di primo piano svolto dalle Nazioni Unite. La dottrina dei Diritti Umani è stata infatti considerata l’unica risposta possibile ai mali del nazismo, compreso, in particolare, l’Olocausto, nonché uno dei pilastri per garantire il futuro di pace e sicurezza nel mondo. Le organizzazioni internazionali, come le Nazioni Unite (UN) o il Consiglio d’Europa (CoE), hanno lottato per creare un sistema globale di protezione dei Diritti Umani a livello sovranazionale che si è sviluppato in una sempre crescente area del Diritto Internazionale, nota oggi come Diritto Internazionale sui Diritti Umani.

Il sistema evoluto del Diritto Internazionale sui Diritti Umani, fondato su norme consuetudinarie vincolanti, trattati e strumenti non vincolanti di “soft law”, ha un sempre crescente effetto sul piano nazionale interno. Gli operatori di *Law Enforcement*, quindi, devono essere preparati su tali standards di Diritti Umani internazionali e dare loro attuazione nel lavoro quotidiano.

Il Diritto Internazionale sui Diritti Umani si basa sul principio che i “Diritti Umani” appartengono ad ogni essere umano sulla base del valore intrinseco di ogni individuo.

---

<sup>18</sup> Tuttavia, questo atto del Re Giovanni d’Inghilterra costituiva “concessione di” alcuni specifici diritti, compreso il diritto di proprietà e il diritto di essere considerati uguali di fronte alla legge, soltanto per gli individui nobili nati liberi.

Molti strumenti internazionali riconoscono questo principio, facendo riferimento alla “dignità” di ogni individuo, che è il fondamento e presupposto per il godimento di ogni altro diritto umano. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo (UDHR<sup>19</sup>) spiega perfettamente questo principio e statuisce nel suo preambolo che:

*“[...] il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo”.*

Inoltre, se ogni individuo possiede una “dignità intrinseca”, ciò significa che i Diritti Umani non sono garantiti dagli Stati ma sono riconosciuti e protetti dagli Stati medesimi i quali hanno la responsabilità fondamentale di assicurare che ciascuno goda dei Diritti Umani senza discriminazione.

I Diritti Umani sono universali perché sono basati sulla dignità di ogni essere umano e devono essere garantiti ad ogni persona, ovunque nel mondo. Tale principio è insito nel fatto che oggi molti Paesi del mondo, nonostante le differenze di cultura, religione e tradizioni politiche, hanno ratificato le più importanti convenzioni internazionali sui Diritti Umani.

I Diritti Umani sono inalienabili, perché nessuno può perderli o rinunciare ad essi e gli Stati non possono privare un individuo dei suoi Diritti Umani. Tuttavia, gli Stati possono in alcuni casi limitare l’esercizio di alcuni specifici Diritti Umani da parte di alcuni individui per garantire gli altri concorrenti bisogni sociali. Così, per esempio, i funzionari di polizia possono arrestare individui, limitando in tal modo il loro diritto alla libertà, se sussiste un pericolo serio per la sicurezza collettiva.

I Diritti Umani sono indivisibili, interdipendenti e interconnessi, perché ogni diritto umano dipende da altri, in modo che la violazione di uno di essi pregiudica l’esercizio di tutti gli altri. Questi principi di base sono stati riconosciuti dai 171 Stati che hanno partecipato alla Conferenza mondiale sui Diritti Umani tenutasi nel 1993 e sono stati approvati nella Dichiarazione di Vienna, che afferma:

*“Tutti i Diritti Umani sono universali, indivisibili, interdipendenti e correlati. La comunità internazionale deve considerare i Diritti Umani a livello mondiale in modo equo e paritario, sullo stesso piano e con la stessa enfasi. Mentre l’importanza delle particolarità nazionali e regionali e i diversi contesti storici, culturali e religiosi devono essere tenuti a mente, è dovere degli Stati, indipendentemente dal loro sistema politico, economico e culturale, promuovere e proteggere tutti i Diritti Umani e le libertà fondamentali”<sup>20</sup>.*

---

<sup>19</sup> Il primo strumento dei Diritti Umani adottato nel quadro delle Nazioni Unite nel 1948.

<sup>20</sup> Nazioni Unite, Dichiarazione di Vienna sui Diritti Umani, para 5.

Infine, come è stato riconosciuto in molti strumenti internazionali sui Diritti Umani, tali diritti devono essere garantiti allo stesso modo e senza discriminazioni. I funzionari incaricati dell'applicazione della legge sono tenuti ad attuare il diritto di uguaglianza e il principio di non discriminazione fondata su qualsiasi motivo, tra cui razza, colore, sesso, lingua, religione, origine nazionale o sociale, proprietà, disabilità, nascita o altro status in modo da evitare differenze di trattamento basate su qualsiasi status.

Ciò nonostante, vi sono alcune eccezioni a questa regola generale. In alcuni casi, infatti, un diverso trattamento potrebbe essere giustificato e dunque non costituirebbe una discriminazione, ma in tal caso gli Stati devono dimostrare che la differenziazione si basa su criteri ragionevoli e oggettivi.

Ci sono anche alcuni trattati sui Diritti Umani che garantiscono diritti speciali ad alcune categorie di individui - donne, bambini, lavoratori migranti, rifugiati, minoranze, indigeni, disabili ecc. - considerati più vulnerabili e quindi bisognosi di una maggiore protezione. In alcuni casi, sono accettabili persino speciali misure temporanee che introducono un regime preferenziale volto ad annullare gli effetti di vecchie durature discriminazioni. Per esempio, l'art. 4 della Convenzione sull'Eliminazione di Tutte le Forme di Discriminazione Contro le Donne riconosce che:

*“L'adozione, da parte degli Stati, di misure temporanee speciali, tendenti ad accelerare il processo di instaurazione di fatto dell'uguaglianza tra gli uomini e le donne non è considerato atto discriminatorio, (..) ma non deve assolutamente dar luogo al permanere di norme ineguali o distinte; suddette misure devono essere abrogate non appena gli obiettivi in materia di uguaglianza, di opportunità e di trattamento, siano raggiunti?”.*

Inoltre, ci sono anche alcuni specifici Diritti Umani, come il diritto di partecipare alla gestione degli affari pubblici, a votare o candidarsi alle elezioni e di avere accesso al servizio pubblico, che di solito non sono garantiti ad ogni individuo, ma solo ai cittadini di ogni singolo Stato. La natura politica di tali diritti giustifica il fatto che essi sono garantiti esclusivamente ad una determinata categoria di individui i quali hanno un legame particolare con lo Stato di cittadinanza.

Tuttavia, e parte queste poche eccezioni, gli altri Diritti Umani fondamentali generalmente contenuti in trattati sui Diritti Umani devono essere assicurati a tutti gli individui che si trovano all'interno del territorio e che sono sottoposti alla giurisdizione dello Stato.

## 2. Legislazione internazionale

Le obbligazioni degli Stati nel Diritto Internazionale dei Diritti Umani derivano principalmente dai seguenti due tipi di fonti: norme consuetudinarie, compresi i principi di *jus cogens* e norme contenute nei trattati.

In linea generale, il dovere degli Stati di garantire la tutela dei Diritti Umani è considerato come facente parte di una norma consuetudinaria del diritto internazionale. Inoltre, tra le più gravi violazioni dei Diritti Umani che hanno raggiunto il livello di norme imperative del diritto internazionale (*jus cogens*), ci sono:

- il diritto alla vita;
- il divieto di tortura e altri trattamenti inumani o degradanti;
- il principio di non respingimento;
- il divieto di schiavitù e di commercio di schiavi;
- il divieto di genocidio;
- il divieto di crimini di guerra;
- il divieto di crimini contro l'umanità;
- il divieto di *apartheid*.

Il numero dei trattati adottati nel quadro delle Nazioni Unite e di altre organizzazioni regionali al fine di garantire la tutela dei Diritti Umani è impressionante. Quelli più rilevanti per il lavoro quotidiano delle Forze di Polizia sarà analizzato in questo capitolo.

Gli Stati hanno i tre obblighi generali: rispettare, proteggere e adempiere ai Diritti Umani. Un inadempimento nell'attuazione da parte dello Stato di uno di questi tre obblighi costituisce una violazione dei Diritti Umani. Di conseguenza, gli Stati devono garantire il pieno godimento dei Diritti Umani, come previsto dal diritto umanitario internazionale, ad ogni uomo che venga a trovarsi sotto la loro giurisdizione. Nello svolgimento del loro lavoro, i funzionari delle Forze dell'Ordine devono garantire il rispetto da parte dello Stato di questi tre obblighi.

Infine, norme sui Diritti Umani sono sancite in numerosi strumenti di “*soft law*”<sup>21</sup>.

*L'adozione della carta delle Nazioni Unite*

Per molti secoli gli unici attori incontrastati della scena internazionale sono stati gli Stati, liberi di trattare le persone a loro piacimento sulla base della loro giurisdizione nazionale<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Anche se non sono vincolanti, tali strumenti hanno una forza morale indiscussa e forniscono indicazioni pratiche agli Stati in merito al loro comportamento.

<sup>22</sup> Cosiddetta “*domaine réservé*”.



Le uniche limitazioni al potere degli Stati erano fornite dalle norme consuetudinarie che prevedevano un trattamento umano per gli stranieri e da alcuni trattati per l'abolizione della schiavitù e la tratta degli schiavi, per la tutela delle minoranze religiose, etniche e linguistiche e per la protezione dei diritti dei lavoratori adottati tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo.

Il nuovo percorso è iniziato con l'adozione della Carta delle Nazioni Unite a San Francisco, nel 1945, che nel Preambolo riconosce quale uno dei suoi obiettivi fondamentali:

“[...] *che i popoli delle Nazioni Unite hanno ribadito nella Carta la loro fede nei diritti fondamentali dell'uomo e nella dignità e nel valore della persona umana [...]*”.

La Carta delle Nazioni Unite cita la protezione dei Diritti Umani sette volte e i suoi articoli 1.3 e 55. (c.) sottolineano anche come lo scopo di questa organizzazione internazionale miri a promuovere il rispetto dei Diritti Umani e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, sesso, lingua o religione.

#### *La carta Internazionale dei Diritti Umani*

Il nuovo percorso annunciato dalla creazione delle Nazioni Unite viene poi confermato con l'adozione, da parte dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, della Dichiarazione Universale sui Diritti Umani (UDHR) del 10 dicembre 1948. Anche se la Dichiarazione è uno strumento di *soft law* e come tale non è vincolante per gli Stati della comunità internazionale, molte delle disposizioni in essa contenute sono rappresentative di norme consuetudinarie o anche di principi di *jus cogens* del diritto internazionale.

L'adozione della UDHR più di sessant'anni fa è stato il primo passo di un cambiamento epocale nel Diritto Internazionale, che stava per diventare maggiormente evidente con l'adozione, nel quadro delle Nazioni Unite, di molte convenzioni internazionali volte a rafforzare la protezione dei Diritti Umani. Nel 1966 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato il testo di due trattati fondamentali - entrati in vigore solo dieci anni più tardi - il cui scopo era quello di trasferire i principi e gli ideali contenuti nella Dichiarazione Universale in disposizioni vincolanti per gli Stati: l'Accordo Internazionale sui Diritti Civili e Politici (ICCPR) e l'Accordo Internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali (ICESCR)<sup>23</sup>.

I due citati Accordi contengono un comune art. I che proclama il diritto di tutti i popoli all'autodeterminazione che può essere considerato come un prerequisito per il completo godimento degli altri diritti contenuti in tali Accordi. Inoltre, mentre l'Accordo ICESCR mira a garantire il rispetto dei diritti economici, sociali e culturali quali il diritto a istruzione, salute, cibo

---

<sup>23</sup> Questi due trattati sono stati ratificati da più di tre quarti degli Stati della comunità internazionale e, insieme con la Dichiarazione Universale costituiscono la Carta Internazionale dei Diritti.

e servizi sociali, l'Accordo ICCPR tratta di protezione dei diritti civili e politici quali i Diritti Umani maggiormente attinenti alle attività di polizia.

Un secondo Protocollo facoltativo all'Accordo Internazionale sui Diritti Civili e Politici, che mira all'abolizione della pena morte, è stato adottato dall'Assemblea Generale nel 1989 ed è entrato in vigore due anni dopo. Il Protocollo mira ad abolire la pena di morte nell'ambito della giurisdizione degli Stati che lo hanno sottoscritto.

#### *I trattati principali delle Nazioni Unite sui Diritti Umani*

I due Accordi e altre sette convenzioni fondamentali, adottati nel quadro delle Nazioni Unite negli ultimi quarant'anni, costituiscono la spina dorsale del sistema sviluppato dall'ONU per migliorare la protezione dei Diritti Umani. Questi trattati possono essere suddivisi come segue:

- Trattati che mirano a proteggere specifici gruppi vulnerabili:
  - Convenzione Sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione Contro Le Donne (CEDAW);
  - Convenzione sui Diritti del Fanciullo (CRC);
  - Convenzione Internazionale sulla Protezione dei Diritti di Tutti i Lavoratori Migranti e i Membri delle Loro Famiglie (ICRMW);
  - Convenzione sui Diritti delle Persone con Disabilità (CRPD);
- Trattati dedicati al contrasto di specifici fenomeni:
  - Convenzione Europea per la Prevenzione della Tortura, dei Trattamenti o delle Pene Inumani o Degradanti (CAT);
  - Convenzione Internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di Discriminazione Razziale (ICERD);
  - Convenzione sulla Protezione di tutte le Persone dalle Sparizioni Forzate.

Ciascuno dei trattati fondamentali delle Nazioni Unite sui Diritti Umani ha istituito una commissione di esperti indipendenti per monitorare il rispetto degli Stati Parti degli obblighi stabiliti nelle rispettive disposizioni.

(1) *Convenzione per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*

*(Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women - CEDAW)*. Un'altra Convenzione di fondamentale importanza nel campo della non-discriminazione, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1979 ed entrata in vigore due anni dopo.

(2) *Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dei suoi due protocolli*

*(Convention on the Rights of the Child - CRC)*. Un altro Trattato adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1989 ed entrato in vigore un anno dopo<sup>24</sup>.

La Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza è stata completata da due Protocolli Opzionali, adottati nel 2000 ed entrati in vigore due anni dopo, riguardanti il coinvolgimento dei bambini nei conflitti armati, la loro vendita, la prostituzione infantile e la pedopornografia.

(3) *Convenzione Internazionale per la Protezione dei Diritti di Tutti i Lavoratori Migranti ed i Membri delle loro famiglie*

*(The International Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Members of their Families - ICRMW)*. Tutela i diritti civili, politici, economici, sociali e culturali dei lavoratori migranti e delle loro famiglie, adottata nel 1990 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ed entrata in vigore il 1° luglio del 2003.

(4) *Le due nuove Convenzioni per i Diritti delle Persone con Disabilità e per la Protezione di tutte le Persone dalle Sparizioni Forzate*

*(Conventions on the Rights of Persons with Disabilities and for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance)*. I più recenti Trattati internazionali sui Diritti Umani, sono le Convenzioni per i *Diritti delle Persone con Disabilità* e per la *Protezione di tutte le Persone dalle Sparizioni Forzate*, entrambe adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2006.

(5) *Convenzione contro le Torture*

*(Convention Against Torture - CAT)*, è stata adottata nel 1984 ed è entrata in vigore tre anni dopo. Essa mira a contrastare le gravi violazioni dei Diritti Umani che ancora oggi sono praticate: la tortura e gli altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti.

. L'art. 1 CAT definisce la tortura come:

*“[...]qualsiasi atto con il quale sono inflitti a una persona dolore o sofferenze acute, fisiche o psichiche, segnatamente al fine di ottenere da questa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che ella o la terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, per intimidirla o esercitare pressioni su di lei o di intimidire o esercitare pressioni su una terza persona, o per qualunque altro motivo basato su una qualsiasi forma di discriminazione, qualora tale dolore o tali sofferenze siano inflitti da un funzionario pubblico o da qualsiasi altra persona che agisca a titolo ufficiale, o sotto sua istigazione, oppure con il suo consenso espresso o tacito. Tale termine non si estende al dolore o alle sofferenze derivati unicamente da sanzioni legittime, ad essere inerenti o da essere provocate”.*

Le misure più importanti tra gli obiettivi del CAT:

---

<sup>24</sup> Con i suoi 192 firmatari, è la convenzione più ampiamente ratificata che sia stata mai adottata.

- considerare la proibizione della tortura come fattore assoluto in modo che, anche in caso di guerra, instabilità politica interna o di qualsiasi altra emergenza pubblica, non possa essere praticata e gli ordini superiori non possano essere invocati come giustificazione (Articolo 2);
- vietare la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, richiedendo agli Stati membri di adottare misure per la prevenzione e considerare, sia il tentativo che la commissione di tali pratiche, come reati previsti dall'ordinamento giuridico interno;
- vietare la tortura e altri trattamenti crudeli, inumani o degradanti, richiedendo visti dai propri codici penali (Articolo 4);
- attuare il principio di *non-respingimento*, in modo che gli Stati appartenenti alla Convenzione non praticino l'espulsione o l'extradizione di una persona verso un altro Stato in cui vi siano fondati motivi di ritenere che questa sarebbe vittima di tortura (Articolo 3);

Il divieto di tortura e degli altri trattamenti inumani o degradanti nonché il principio di *non-respingimento*, sono considerati norme imperative del diritto internazionale (*jus cogens*) in quanto così fondamentali da non poter essere derogate da norme consuetudinarie o da trattati, ma solo da una nuova norma imperativa del diritto internazionale.

(6) *Convenzione Internazionale per l'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale*

(International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination - ICERD)<sup>25</sup>. Obiettivo dell'ICERD è la lotta ad ogni forma di discriminazione basata su razza, colore, provenienza, origine nazionale o etnica e garantire che tutti gli Stati Membri condannino ed eliminino tali pratiche e adottino misure atte a garantire ad ogni individuo il godimento o l'esercizio in condizioni di parità di elementari diritti civili, politici, economici, sociali e culturali.

(7) *Altre importanti convenzioni internazionali adottate nel quadro delle Nazioni Unite*

- *Convenzione per la Prevenzione e la Repressione del Crimine di Genocidio*

È stata adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948 ed è entrata in vigore tre anni dopo. Gli Stati aderenti alla Convenzione hanno confermato che il genocidio - commesso sia in tempo di pace sia in tempo di guerra - è un crimine ai sensi del diritto internazionale e che sono tenuti a prevenire la consumazione nonché a punirne i colpevoli (*Art. 1*).

---

<sup>25</sup> È stata adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1965 ed il trattato è divenuto esecutivo.

- *La Convenzione del 1951 ed il Protocollo del 1967 relativi allo Status dei Rifugiati* sono le convenzioni internazionali fondamentali in materia di protezione dei rifugiati, in quanto prevedono specifici diritti per i richiedenti asilo e i rifugiati. L'Art. 1 della Convenzione per i rifugiati comprende nel termine "rifugiato" chiunque si trovi al di fuori del proprio Paese di residenza abituale (*nel caso degli apolidi*), che abbia fondato timore di essere perseguitato per ragioni di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinione politica e non può beneficiare, o non vuole avvalersi, di quel Paese né vuole tornarci.

(8) *I principali strumenti di soft law delle Nazioni Unite inerenti all'attività di polizia*

Oltre ai già citati trattati internazionali, ci sono anche molti strumenti di *soft law*, adottati dalla Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che stabiliscono principi chiari nello specifico settore del lavoro delle Forze di Polizia. Come tali, anche se non costituiscono obbligazioni giuridicamente vincolanti per gli Stati della comunità internazionale essi hanno una forza morale e politica e possono essere considerati come una guida per i sistemi nazionali.

- quelli che stabiliscono principi generali devono essere rispettati dagli appartenenti alle Forze dell'Ordine, nell'esercizio delle loro funzioni:

- i principi di base per l'uso della forza e delle armi da fuoco da parte delle Forze dell'Ordine, adottata dall'ottavo Congresso delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e il trattamento dei criminali, tenutosi a l'Avana (*Cuba*) nel 1990;
- il Codice di condotta per le Forze dell'Ordine, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1979;

- quelli che contengono gli standards da rispettare quando si ha a che fare con persone private della propria libertà e che promuovono l'uso di misure non detentive:

- i Principi sull'efficace accertamento e documentazione della tortura e degli altri trattamenti o pene crudeli, inumani o degradanti, adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 2000;
- i Principi Base per il Trattamento dei Prigionieri, adottati dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1990;
- le norme base delle Nazioni unite per le misure cautelari non detentive (Regole di Tokyo) adottate dall'Assemblea Generali delle Nazioni Unite nel 1990;
- le Norme delle Nazioni Unite per la Protezione dei Fanciulli privati della libertà, adottate dall'Assemblea delle Nazioni Unite nel 1990;

- il Corpo di principi per la protezione di tutte le persone sottoposte a qualsiasi forma di detenzione, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1988;
- regole minime standard per il trattamento dei detenuti, adottate dal primo Congresso delle Nazioni Unite del 1955 per la prevenzione del crimine e il trattamento dei criminali e approvate dal Consiglio economico e sociale nel 1957 e nel 1977;
- quelli relativi all'amministrazione della giustizia minorile:
  - Linee guida per l'azione sui minori nel sistema giudiziario penale, adottate dal Consiglio economico e sociale nel 1997;
  - Linee guida delle Nazioni Unite per la Prevenzione della delinquenza minorile (*linee guida di Riyadh*) adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1990;
  - Linee guida delle Nazioni Unite per la Protezione dei minori privati della libertà, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1990;
  - Norme base delle Nazioni Unite per l'Amministrazione della giustizia minorile (norme di Beijing) adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1985;
- quelli che garantiscono la tutela dei Diritti Umani delle vittime di tratta come i Principi e le Linee Guida sui Diritti Umani delle vittime di tratta, adottati dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Diritti Umani nel 2002;
- quelli che istituiscono i principi sul corretto Trattamento delle vittime come la Dichiarazione dei Principi Fondamentali di Giustizia per le Vittime di Reati e Abusi di Potere, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1985.

### 2.1. *La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo*

Documento storico molto importante prodotto dagli Alleati in risposta agli importanti danni subiti nella Seconda guerra mondiale, la Dichiarazione fa parte dei documenti di base delle Nazioni Unite insieme al suo stesso Statuto del 1945<sup>26</sup>.

La Dichiarazione dei Diritti Umani è un codice etico di importanza storica fondamentale: è stato infatti il primo documento a sancire universalmente (cioè in ogni epoca storica e in ogni parte del mondo) i diritti che spettano all'essere umano.

---

<sup>26</sup> Secondo gli Stati membri non democratici dell'ONU, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani non è vincolante per gli Stati membri dell'organizzazione. Tuttavia ai diritti e alle libertà in essa riconosciuti va attribuito un valore giuridico autonomo nell'ambito della comunità internazionale, dal momento che sono ormai considerati dalla gran parte delle nazioni civili.

La dichiarazione è frutto di una elaborazione umana centenaria, che parte dai primi principi etici classico-europei e arriva fino al *Bill of Rights* (1689), alla *Dichiarazione d'indipendenza statunitense* (4 luglio 1776), ma soprattutto la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* stesa nel 1789 durante la Rivoluzione Francese, i cui elementi di fondo (i diritti civili e politici dell'individuo) sono confluiti in larga misura in questa carta.

Molto rilevanti infine, nel percorso che ha portato alla realizzazione della Dichiarazione, sono i *Quattordici punti* (del presidente Woodrow Wilson, 1918) e i *pilastrini delle Quattro libertà enunciate da Franklin Delano Roosevelt nella Carta Atlantica del 1941*.

I milioni di morti della Seconda guerra mondiale hanno ricoperto un ruolo fondamentale per sbloccare quella coscienza etica che è alla base della Dichiarazione<sup>27</sup>.

La Dichiarazione è la base di molte delle conquiste civili della seconda metà del XX secolo, e costituisce l'orizzonte ideale della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, confluita poi nel 2004 nella Costituzione Europea. Il testo della Costituzione Europea non è mai entrato in vigore per via della sua mancata ratifica da parte di alcuni Stati membri (Francia e Paesi Bassi a seguito della maggioranza dei no al relativo referendum), ma la Dichiarazione in ambito europeo costituisce comunque una fonte di ispirazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata per la prima volta a Nizza il 7 dicembre 2000, e avente oggi anche pieno valore legale vincolante per i Paesi UE dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona il 1° dicembre 2009 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale parte integrante della Costituzione europea.

La Dichiarazione universale dei diritti umani è composta da *un preambolo e da 30 articoli* che sanciscono i diritti individuali, civili, politici, economici, sociali, culturali di ogni persona. I diritti dell'individuo vanno quindi suddivisi in *due grandi aree*: i diritti civili e politici e i diritti economici, sociali e culturali.

La Dichiarazione può essere suddivisa *in 7 argomenti*:

1. il preambolo enuncia le cause storiche e sociali che hanno portato alla necessità della stesura della Dichiarazione;
2. gli articoli 1-2 stabiliscono i concetti basilari di libertà ed eguaglianza (già sanciti dalla Rivoluzione francese)
3. gli articoli 3-11 stabiliscono altri diritti individuali;

---

<sup>27</sup> Alla Dichiarazione, tra gli altri, da René Cassin, sono poi seguiti la Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali e il Patto internazionale sui diritti civili e politici, elaborati dalla Commissione per i Diritti Umani ed entrambi adottati all'unanimità dall'ONU il 16 dicembre 1966.

4. gli articoli 12-17 stabiliscono i diritti dell'individuo nei confronti della comunità (anche qui rifacendosi a un dibattito filosofico che va da Platone ad Hannah Arendt);
5. gli articoli 18-21 sanciscono le cosiddette "libertà costituzionali", quali libertà di pensiero, opinione, fede e coscienza, parola, associazione pacifica dell'individuo;
6. gli articoli 22-27 sanciscono i diritti economici, sociali e culturali dell'individuo;
7. i conclusivi articoli 28-30 stabiliscono le modalità generali di utilizzo di questi diritti, gli ambiti in cui tali diritti dell'individuo non possono essere applicati, e che essi non possono essere ritorti contro l'individuo.

### 3. Organismi internazionali

Il fenomeno dell'organizzazione permanente della cooperazione fra stati è relativamente recente. Le prime organizzazioni internazionali sono istituite dopo il Congresso di Vienna del 1815 (Commissione fluviale per il Reno) e dopo il Congresso di Parigi del 1856 (Commissione per il Danubio). Nella seconda metà dell'Ottocento si creano le cosiddette unioni amministrative per la cooperazione in materia di comunicazioni ferroviarie, postali, telegrafiche, ecc.

Il 1919 segna l'inizio dell'organizzazione internazionale universale a fini politici, con la creazione della Società delle Nazioni, cui è succeduta, con ben più ampie competenze e poteri, a partire dal 1° gennaio 1946, l'Organizzazione delle Nazioni Unite<sup>28</sup>: attorno a questa si è strutturato il "sistema delle Nazioni Unite", composto oltre che dall'ONU, dalle cosiddette Agenzie specializzate.

L'organizzazione internazionale regionale, con l'anticipazione costituita dalle Commissioni fluviali in Europa e dall'Unione Panamericana (1880) divenuta poi Organizzazione degli Stati Americani (OSA), si sviluppa successivamente all'entrata in funzione dell'Organizzazione universale.

All'origine di un'organizzazione internazionale sta la volontà di un gruppo di Stati, espressa in un accordo giuridico (trattato, convenzione). Questo è lo statuto o costituzione

---

<sup>28</sup> Questa Organizzazione universale sorge come risposta a conflitti mondiali e come impegno per la costruzione di un ordine di pace positiva (*si vis pacem para pacem, se vuoi la pace costruisci la pace*).



dell'organizzazione intergovernativa<sup>29</sup>, contenente disposizioni che fissano i principi, gli obiettivi, gli organi, le funzioni del nuovo ente.

Il processo di organizzazione permanente delle relazioni internazionali ha dato luogo allo sviluppo della cultura della cooperazione internazionale, ispirata a valori quali la solidarietà, la giustizia economica, sociale, il rispetto dei diritti umani.

Il funzionamento delle organizzazioni internazionali costituisce la base indispensabile per l'avvio di più impegnativi processi di integrazione sopranazionale su scala regionale, continentale, mondiale. Questi processi hanno i caratteri del mutamento strutturale per l'intero sistema delle relazioni internazionali in risposta a sempre più pressanti esigenze di *governance* globale distribuita su più livelli territoriali e funzionali. La condizione della vita nel pianeta è infatti quella dell'interdipendenza complessa, alimentata da molteplici e differenziati processi di globalizzazione in tutti i campi.

Il sistema di sicurezza collettiva previsto dalla Carta delle Nazioni Unite, anche se non ancora attuata nella sua interezza, è esso stesso nucleo forte di *governance* globale garantita da autorità sopranazionale.

Insieme con il fenomeno dell'organizzazione della cooperazione fra Stati è in fase di capillare sviluppo quello della cooperazione tra formazioni organizzate di società civile.

La Convenzione internazionale sui diritti civili e politici ha creato un'agenzia, il "Comitato per i Diritti Umani" per promuovere l'applicazione delle proprie norme. I diciotto membri dell'organo esprimono opinioni riguardanti il se una particolare pratica costituisca o meno una violazione dei Diritti Umani, sebbene le sue relazioni non costituiscano vincolo legale.

Un'interpretazione moderna dell'originale Dichiarazione dei Diritti Umani fu avanzata nella Dichiarazione di Vienna e relativo Programma d'Azione adottata dal *Conferenza Mondiale sui Diritti Umani del 1993*. Il livello di unanimità su queste convenzioni è piuttosto elevato. Le Nazioni Unite hanno posto in essere un numero di organismi istituiti con accordi (chiamati *treaty bodies*) atti a monitorare e controllare i diritti umani, sotto la direzione dell'Alto Commissariato per i Diritti Umani, a sua volta sotto le Nazioni Unite stesse.

---

<sup>29</sup> Le organizzazioni internazionali intergovernative costituiscono apparati funzionali che operano in via distinta dai singoli stati che ne fanno parte. Esse ospitano al loro interno organi di carattere sopranazionale, una folla crescente di soggetti transnazionali come le ONG con status consultivo, un funzionariato internazionale.

Gli organismi sono comitati di esperti indipendenti che controllano l'attuazione del nucleo del trattato internazionale relativo ai diritti umani. Sono stati creati dallo stesso trattato che devono controllare e tutelare:

- *Il Comitato dei Diritti Umani (The Human Rights Committee)*, che promuove la partecipazione e l'adesione agli standard dello ICCPR. I diciotto membri del comitato esprimono opinioni<sup>30</sup> sugli Stati membri e danno giudizi su reclami individuali contro Stati che non hanno ratificato il trattato.
- *Il Comitato sui Diritti Economici, Sociali e Culturali* controlla lo ICESCR e rilascia commenti generici sulle operazioni di ratifica dei vari Paesi. Ha il diritto di non ricevere reclami o denunce.
- *Il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione Razziale* controlla il CERD e conduce regolari revisioni e controlli sui lavori dei Paesi in questo ambito. Può giudicare su reclami, ma non in maniera vincolante. Rilascia anche raccomandazioni e preoccupazioni per prevenire serie violazioni della Convenzione.
- *Il Comitato sull'Eliminazione della Discriminazione contro le Donne*, che monitora il CEDAW. Riceve i dati raccolti dagli Stati sulle loro procedure di ratifica e rilascia commenti al riguardo e può effettuare giudizi su reclami contro gli Stati che hanno aderito nel Protocollo Opzionale del 1999.
- *Il Comitato contro la Tortura* controlla il CAT e riceve dati e risultati dagli Stati sulle loro prestazioni ogni quattro anni rilasciando commenti. Ha poteri ispettivi nei confronti dei vari Paesi, purché abbiano espresso il loro consenso al riguardo.
- *Il Comitato sui Diritti del Fanciullo* controlla il CRC e fa commenti sui dati forniti dagli Stati ogni 5 anni. Non ha potere di ricevere reclami.
- *Il Comitato sui Lavoratori Migranti*, stabilito nel 2004 e controlla lo ICRMW facendo anche in questo caso commenti ogni cinque anni. Non ha potere di ricevere reclami di violazioni da parte degli Stati, ma è previsto in futuro possa essere possibile con il consenso di dieci Stati membri.

Esistono anche numerosi organi regionali che disciplinano i Diritti Umani, come ad esempio la *Corte Europea per i Diritti Umani*, l'unica corte internazionale con competenza a giudicare su casi di violazioni condotte da individui (piuttosto che da Stati); *la Commissione*

---

<sup>30</sup> Le opinioni non sono vincolanti giuridicamente.

*Africana sui Diritti Umani e dei Popoli; la Commissione Inter-Americana sui Diritti Umani; la Corte Inter-Americana sui Diritti Umani; e in Iran il Centro per la Difesa dei Diritti Umani.*

Numerosi sono anche gli accordi, come, per esempio, la Dichiarazione de Il Cairo sui Diritti Umani delle Nazioni Islamiche (o Dichiarazione islamica dei diritti dell'uomo, 1999), la Carta araba dei diritti dell'uomo (1994), la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (o Carta di Banjul: 1981, in vigore dal 1986), la Convenzione americana dei diritti dell'uomo (1969), la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (1948), la Carta dei diritti dell'uomo e dei popoli asiatica (1998), la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (o CEDU, 1950).

### *3.1. Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)*

Il Comitato Europeo per la Prevenzione della Tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT)<sup>31</sup> monitora la Convenzione europea nell'ambito della prevenzione delle torture o trattamenti inumani. L'idea alla base è quella di prevenire i maltrattamenti di persone e le privazioni della loro libertà da parte di un' Autorità Pubblica. La convenzione non stabilisce alcuna nuova norma ma mira a rafforzare l'obbligo di cui all'articolo 3 della CEDU "nessuno può subire torture e trattamenti inumani o degradanti".

Il CPT è un meccanismo, non giudiziario, abilitato a ricevere informazioni, pronunciarsi sui ricorsi e a determinare se uno Stato ha violato le disposizioni fondamentali del Trattato. Il Consiglio d'Europa ha due meccanismi complementari per la lotta alla prevenzione delle torture: il meccanismo giudiziario della Corte europea dei Diritti Umani il quale opera a posteriori e pronuncia sentenze sulle singole denunce e, il CPT, che effettua visite preventive. Entrambi i meccanismi si basano sull'articolo 3 della CEDU.

Secondo il suo statuto, la Commissione, per mezzo di sopralluoghi, esamina la condizione delle persone private della propria libertà, al fine di preservarle da torture e dai trattamenti inumani.

Durante queste ispezioni, la Commissione generalmente:

- esamina le condizioni generali degli stabilimenti visitati;
- osserva il comportamento delle Forze dell'Ordine nei confronti delle persone private della libertà;

---

<sup>31</sup> È composto da personale "super partes", esperti imparziali che svolgono il proprio servizio per quattro anni con facoltà di rielezione due volte e tra essi figura un membro per ogni Stato firmatario.

- interroga le persone private della loro libertà per acquisire eventuali problematiche;
- esamina il fondamento giuridico e amministrativo della privazione di libertà.

Le visite sono effettuate da delegazioni, generalmente composte da due o più membri del CPT, accompagnati dai membri del Segretariato della Commissione e, se necessario, da esperti e interpreti. Il membro individuato come rappresentante del Paese ispezionato non si unisce alla delegazione. La Commissione deve avvisare lo Stato interessato ma senza specificare il periodo intercorrente tra l'avviso e la visita reale, che, in circostanze eccezionali, può avvenire anche subito dopo l'avviso. Le obiezioni del Governo sulle tempistiche e i luoghi dell'ispezione possono essere considerate solo per motivi di difesa nazionale, sicurezza pubblica, disordini gravi, condizione di salute di una persona o di un interrogatorio urgente relativa ad un reato grave che è in corso. In tali casi lo Stato deve immediatamente adottare misure per consentire alla Commissione di effettuare l'ispezione non appena possibile.

## CAPITOLO III

### La tutela della libertà personale: limitazioni e criticità

#### 1. La C.e.d.u. nel rapporto Autorità-libertà

La tutela della libertà personale trova nelle principali Carte internazionali dei diritti umani e, in particolar modo, nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali*<sup>32</sup>, la sua massima consacrazione.

La C.e.d.u., come si evince dal tenore letterale dell'art. 1, si caratterizza per l'accentuata aspirazione a garantire un'effettiva protezione dei diritti umani<sup>33</sup>, la cui titolarità spetta direttamente all'individuo, legittimato a pretenderne la tutela giuridica da parte dello Stato. In particolare l'art. 5 § 1 della Convenzione, nel sancire il diritto di ogni persona "alla libertà e alla sicurezza" si prefigge lo scopo di proteggere la libertà personale intesa nell'accezione classica di libertà fisica della persona<sup>34</sup>. Un'altra dottrina, ritiene, peraltro, che tale previsione, nel riferirsi sia alla libertà che alla sicurezza, costruisce il concetto di libertà personale in modo ampio, "coinvolgendo la dimensione di tutela dell'individuo da coercizioni ingiustificate insieme a tutti gli aspetti che riguardano l'evoluzione globale e completa della persona umana<sup>35</sup>". Dunque l'accostamento dei due profili indica la latitudine del concetto di libertà personale e la sua funzione di tutela anche di diritti diversi da quelli più tipicamente concernenti l'imputato, e in questa prospettiva coincide con il contenuto dell'art. 2 Cost.

All'affermazione del principio generale fa seguito un elenco tassativo di ipotesi derogatorie, nelle quali, cioè, la privazione della libertà personale è consentita. Nel novero delle privazioni della libertà ammesse dalla Convenzione europea è compresa anche quella "classica" della custodia in carcere dell'indiziato di reato in attesa di giudizio. La disposizione contenuta nell'art. 5 § 1 lett. c) non brilla certo per chiarezza e può dar luogo a seri dubbi interpretativi. Nondimeno, un'apprezzabile chiave di lettura è fornita dallo stesso art. 5 § 3. Il combinato disposto che ne risulta permette, infatti, di affermare che la previsione pattizia legittimi solo la custodia cautelare di chi è sospettato di aver commesso un delitto e deve essere condotto

---

<sup>32</sup> La C.e.d.u. è stata firmata a Roma il 4 novembre 1950, dagli Stati aderenti al Consiglio d'Europa.

<sup>33</sup> A riguardo si veda AMODIO, *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, RIDPP, 1967, 842.

<sup>34</sup> Così UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2009, 97.

<sup>35</sup> DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *AA.VV.*, cit., 30.

dinanzi all'organo giurisdizionale per essere giudicato, con conseguente esclusione delle misure di prevenzione *ante delictum*.

Al fine di garantire ulteriormente l'individuo, l'art. 5 C.e.d.u. introduce una riserva di legge, prescrivendo, quale condizione necessaria a legittimare l'eventuale privazione di tale libertà, che essa sia disposta "nei modi previsti dalla legge", ossia dal diritto interno, purché quest'ultimo risulti conforme alla C.e.d.u. e, soprattutto, allo scopo perseguito dall'art. 5 C.e.d.u., ravvisabile nella protezione della persona dall'arbitrio.

Nell'ambito delle garanzie a tutela di chi subisca gli effetti della privazione della libertà personale, si colloca, poi, il diritto alla conoscenza dei motivi per i quali si dovesse verificare tale privazione: pertanto, ai sensi dell'art. 5 § 2 C.e.d.u., "ogni persona arrestata deve essere informata al più presto e in una lingua a lei comprensibile, dei motivi dell'arresto e di ogni accusa formulata a suo carico". Al paragrafo successivo della disposizione è, in primis, sancito il diritto del soggetto sottoposto a custodia cautelare ad esser tradotto al più presto dinanzi all'autorità giudiziaria e successivamente quello ad essere giudicato entro un termine ragionevole o ad essere posto in libertà durante la procedura. La tutela della libertà personale viene, altresì, assicurata attraverso la previsione, inserita nel § 4 della disposizione qui esaminata, del diritto del soggetto in stato di arresto o detenzione di adire un tribunale al fine di far accertare, entro termini brevi, la legalità della detenzione e di ottenere, nell'ipotesi in cui la stessa sia illegale, la liberazione. Affinché il diritto individuato nel § 4 sia effettivamente garantito, il procedimento instaurato mediante ricorso deve essere rispettoso dell'equo processo (diritto espressamente sancito dall'art. 6 della Convenzione), almeno nelle sue linee essenziali, con particolare riferimento all'osservanza del contraddittorio e della parità delle armi<sup>36</sup>. L'ultimo paragrafo di cui si compone l'art. 5 C.e.d.u. riconosce, infine, il diritto alla riparazione per l'illegittima privazione della libertà personale: chiunque sia stato "vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo" ha infatti diritto, nei confronti dello Stato inadempiente, ad una riparazione del pregiudizio subito. In un'accezione ampia di libertà della persona assumono rilievo sia l'art. 8 C.e.d.u., il quale, sancendo il diritto al rispetto della vita privata e familiare, assicura protezione non solo al diritto alla riservatezza, ma altresì a quelli d'identità personale, come il diritto al nome e all'identità sessuale, sia l'art. 3 C.e.d.u., ai sensi del quale "nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti".

---

<sup>36</sup> UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, cit., 120.

Infine, anche la C.e.d.u., all'art. 6 § 2, stabilisce la “presunzione di innocenza” della persona accusata di un reato. Tuttavia, la definizione normativa, riferendo che ogni persona è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata, può sembrare più ampia di quella contenuta nella Costituzione (la quale si esprime in termini di “presunzione di non colpevolezza”) ma, nella realtà, esprime un concetto sovrapponibile a quello costituzionale per quanto concerne il significato della locuzione<sup>37</sup>.

Tra le conquiste giuridiche più significative del Secolo scorso è dunque da annoverare la raggiunta consapevolezza del valore rappresentato dalla persona umana e della necessità di qualificare l'ordinamento giuridico attraverso l'individuazione e la tutela complessiva dei diritti fondamentali ad essa riconducibili. Tra questi rientra a pieno titolo, in posizione primaria, il diritto alla libertà personale a cui, come si è visto, sia la Costituzione che le Carte sovranazionali - prime fra tutte la summenzionata C.e.d.u - riservano un ruolo centrale nell'economia generale della tutela soggettiva. Per questa ragione, la sua limitazione durante lo svolgimento del procedimento penale - prima cioè della definizione di quest'ultimo con sentenza irrevocabile - costituisce un'evenienza oggettivamente eccentrica rispetto ad un sistema ideale costituzionalmente orientato.

Per comprendere questa evidente contraddizione, bisogna considerare come, nel procedimento penale, si confrontino due profili in possibile contrasto: la *libertà individuale* e l'*autorità* dello Stato. Da un lato, l'apparato repressivo statale, che punta al fine ultimo di esercitare, in modo effettivo ed efficiente, la pretesa punitiva, tutelando la collettività dalle svariate possibili forme di aggressioni di beni e di valori protetti dall'ordinamento; dall'altro, l'esigenza di massima tutela della libertà personale, bene fondamentale dell'individuo, inserito, nel testo costituzionale, tra quelli di maggior rilievo. La prevalenza riconosciuta all'interesse repressivo ha, nel passato, qualificato il sistema processuale in modo autoritario<sup>38</sup>; invece, la successiva sempre maggiore attenzione per la libertà ha contrassegnato l'evoluzione verso un processo democratico<sup>39</sup>.

Sul piano concreto e attuale, invece, il distinguo perde rilevanza, in quanto, nell'ottica costituzionale, “l'autorità è al servizio della libertà e perde la posizione antitetica rispetto

---

<sup>37</sup> Del resto l'ipotetica incompatibilità della “presunzione d'innocenza” con la custodia *ante indicatum* è fugata dal riconoscimento espresso di quest'ultima ad opera dell'art. 5 § 1 lett. c) C.e.d.u.

<sup>38</sup> Ci si riferisce, in particolare, al codice di procedura penale del 1930, tipico esempio di processo autoritario, nato in un momento storico nel quale viveva una dimensione autoritaria dello Stato (il fascismo) che si riversava sul tipo processuale coniato in quel contesto.

<sup>39</sup> La differenza tra processo democratico e processo autoritario si fonda su una peculiare relazione tra le parti e il giudice connessa al complessivo rispetto dei principi costituzionali che costituiscono la struttura portante della democrazia e, quindi, di un sistema processuale a essa ispirato.

all'individuo; e ciò pure quando rivolge attenzione alla "sicurezza" che è un profilo connaturato - pur esso - alla globale e generale evoluzione della persona<sup>40</sup>".

Questa semplice considerazione consente di svalutare i profili di antitesi tra i due versanti, per esaltare, invece, le occasioni di confronto e di interrelazione tra gli stessi. Il procedimento penale rappresenta, in via di massima approssimazione, un percorso legale di accertamento che coinvolge una vasta gamma di diritti e di libertà dell'individuo. La stessa forza d'un simile strumento di verifica - il cui epilogo può essere la condanna alla pena detentiva, perfino perpetua - rende l'idea di quale pressione esso sia capace di esercitare su beni di fondamentale rilievo e di quali lesioni possa determinare con la sua progressione. Il complesso normativo deputato a regolare il procedimento penale prevede un insieme di poteri "forti", che trovano la loro giustificazione e, al contempo, il loro limite - anzitutto - nella Costituzione; la quale stabilisce, altresì, i diritti e le libertà essenziali dell'individuo. Il momento dell'autorità, dunque, non può prevaricare quello della libertà. Pertanto, al fine di stabilire un equilibrio soddisfacente tra le esigenze tipiche dell'accertamento penale e la libertà personale (nonché gli altri diritti coinvolti dal processo) è necessario considerare, in primis, i principi previsti, nella specifica materia, dalla Costituzione e dalle Carte internazionali sui diritti umani, in particolare la C.e.d.u., quale massima consacrazione della tutela della libertà personale; in questo modo, è possibile comprendere quale sia l'insieme dei valori di riferimento e quale il progetto da realizzare.

La fonte normativa principale del nostro sistema giuridico è la Costituzione, la quale condiziona, naturalmente, il modello procedimentale in tutte le sue scansioni. Nella gerarchia delle fonti giuridiche, alla Carta fondamentale fanno immediatamente seguito - in posizione comunque sovraordinata rispetto alla legge ordinaria - le Carte internazionali dei diritti contenenti principi e regole generalmente condivise. Tali sistemi normativi delineano l'archetipo processuale ideale di riferimento (tra l'altro, il cosiddetto "giusto processo"). E allora, se il giusto processo è quello previsto, nelle sue linee essenziali, dalla Costituzione e dalle suddette Convenzioni internazionali, la comprensione delle regole predisposte dalla legge ordinaria per disciplinare le limitazioni della libertà personale prima della decisione definitiva deve passare per una chiara definizione dei principi essenziali predisposti a tutela di taluni fondamentali valori. Inoltre, le stesse regole sono essenziali per comprendere le ragioni - e i punti critici - dell'equilibrio tra diversi interessi stabilito dal legislatore.

---

<sup>40</sup> DE CARO, *Libertà penale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 168.



## 2. L'inviolabilità della libertà personale

L'architettura interna dell'art. 13 della Costituzione sintetizza bene, specialmente attraverso i primi tre commi, i diversi livelli di garanzia della libertà personale definiti dalla tradizione storica e oggi recepiti *expressis verbis* nell'ordinamento italiano. Da questo punto di vista la solenne proclamazione contenuta nell'art. 13, comma 1, per cui “*la libertà personale è inviolabile*”, non corrisponde soltanto a una pur doverosa affermazione di principio<sup>41</sup>, ma riveste altresì un preciso significato normativo da diversi punti di vista<sup>42</sup>. Anzitutto perché, ponendo in risalto il requisito dell'inviolabilità, essa definisce la regola, in materia di libertà personale, destinata a rimanere ferma ove non risulti espressamente derogata nelle forme previste dalla stessa Costituzione. In secondo luogo perché, grazie al ruolo cardine assunto da tale regola all'interno del sistema, e grazie all'evidente collegamento con la presunzione costituzionale di non colpevolezza<sup>43</sup>, essa fonda anche un non equivoco canone di orientamento per gli organi chiamati a interpretare e applicare singole disposizioni di legge attinenti al tema della libertà personale: nel senso che, tutte le volte in cui possa esservi incertezza tra la salvaguardia della libertà e il suo sacrificio, debba necessariamente affermarsi il primato dell'inviolabilità, quale del resto risulta espresso dal brocardo di matrice garantistica *in dubio pro libertate*. In terzo luogo, infine, perché, con riferimento alle situazioni nelle quali la legge debba stabilire dei limiti alla naturale espansione della libertà personale, intesa come ‘inviolabile’, tali limiti dovranno ubbidire al criterio della stretta necessità, e quindi essere coerentemente disciplinati in linea con l'esigenza del “sacrificio minimo” compatibile con la tutela degli altri valori ritenuti meritevoli di protezione<sup>44</sup>.

Rispetto al principio enunciato dal comma 1 dell'art. 13 della Costituzione, la disciplina contenuta nel comma 2 dello stesso articolo assume un'importanza fondamentale in quanto delinea l'ambito delle ‘compressioni’ che - stando al disegno costituzionale - la libertà personale può legittimamente subire, ovviamente in chiave derogatoria rispetto alla regola della sua inviolabilità. Ed è qui, per l'appunto, che il legislatore costituzionale, rivolgendosi anzitutto al legislatore ordinario per vincolarne la sfera di discrezionalità, sancisce le due più qualificanti

---

<sup>41</sup> Tanto più emblematica se rapportata a esperienze storico-politiche nelle quali il valore dell'inviolabilità non sempre ha ricevuto adeguata tutela.

<sup>42</sup> V. GROSSI, 1972; v. RICCIO e altri, 1991, pp. 226 ss.

<sup>43</sup> V. ILLUMINATI, 1979.

<sup>44</sup> V. CHIAVARIO, 1984, pp. 299 ss.; v. GREVI, 1976, pp. 19 ss.; v. PISANI, 1974, pp. 3 ss.

garanzie a tutela della libertà personale, rappresentate dalla previsione della riserva di legge e della riserva di giurisdizione in rapporto a ogni atto limitativo di tale libertà.

Ha colto sicuramente nel segno chi ha posto in luce come il nodo della libertà personale sostanzi “*un crocevia nevralgico dell’intera rete di rapporti fra la tematica dei diritti fondamentali della persona e la tematica del processo*”<sup>45</sup>.

In questa prospettiva, l’art. 13, comma 1, Cost. costituisce sicuramente la norma centrale in materia, poiché sancisce in maniera solenne, l’inviolabilità di tale diritto<sup>46</sup>, mirante a tutelare la libertà personale intesa come libertà da coercizioni fisiche, e dunque, come “libertà dagli arresti”; ma ad esser oggetto di vivaci dibattiti è stata - ed è tuttora - la possibilità o non che lo stesso articolo protegga anche ulteriori profili della libertà personale, tali da trascendere il riferimento alla dimensione esclusivamente fisica dell’individuo.

Un primo orientamento<sup>47</sup>, muovendo da una lettura restrittiva dell’art. 13, comma 1, Cost., ritiene che tale norma si riferisca esclusivamente alla libertà fisica, essendo diretta a garantirla contro arbitrarie coercizioni sul corpo. In particolare, vengono distinte le ipotesi in cui il limite viene imposto coattivamente da quelle nelle quali, invece, si ha un semplice vincolo obbligatorio; e ciò sulla base della considerazione per cui i provvedimenti non riguardanti “la libertà dagli arresti” risulterebbero regolati dall’art. 16 Cost. e chiamerebbero in causa la libertà di circolazione. A sostegno dell’interpretazione restrittiva si è affermato che essa è tale da consentire in concreto di assicurare la piena effettività del principio dell’inviolabilità personale; invece, accogliere le ricostruzioni che ricomprendono nella sfera di operatività del predetto articolo, per esempio, anche misure obbligatorie, determina un’incertezza esegetica destinata a tradursi, nel concreto, in un serio indebolimento della tutela costituzionale dei diritti di libertà. Difatti, se si considerassero lesive della libertà personale tutte le misure, sia coercitive che obbligatorie, tali da comportare una degradazione giuridica del soggetto colpito o un rilevante livello di assoggettamento all’altrui volere, le garanzie della riserva assoluta di legge e della riserva di giurisdizione potrebbero non trovare applicazione nel caso di interventi coercitivi non degradanti, o che comunque comportassero un grado di coazione fisica non equiparabile all’arresto.

In diversa prospettiva si colloca l’orientamento<sup>48</sup> secondo il quale un provvedimento va ritenuto restrittivo della libertà personale non in considerazione della qualità e gravosità dei

---

<sup>45</sup> CHIAVARIO, *Processo ed.*, Milano, 1984, 299.

<sup>46</sup> Recita il comma 1° dell’art.13 Cost.: *La libertà personale è inviolabile.*

<sup>47</sup> Cfr., per tutti, AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 23 ss.

<sup>48</sup> BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 119 ss.

limiti che esso impone, bensì in base alla possibilità che, attraverso la limitazione della libera disponibilità della propria persona, si venga ad incidere sulla personalità morale e sulla dignità sociale del singolo. Ancora, è stato da altri sostenuto che l'apparato garantista dell'art. 13 Cost. si deve attivare "sia ogni qualvolta si configuri un'ipotesi di coercizione fisica, sia allorché il provvedimento autoritativo, pur esibendo contenuto esclusivamente obbligatorio o pur investendo la sfera economico-patrimoniale del soggetto, si riconnetta alla valutazione di disvalore circa la personalità e la pericolosità del destinatario"<sup>49</sup>.

In questo senso, si adduce che oggetto della tutela assicurata dall'art. 13 Cost. è anche la libertà di autodeterminarsi psichicamente in ordine alle proprie azioni<sup>50</sup> (cosiddetta "libertà morale"). In questa ottica, la dottrina più recente<sup>51</sup> ha ritenuto che la nozione di libertà personale debba conquistare spazi positivi, aprendosi a tutte le dinamiche che la coinvolgono. Il suo ampliamento viene giustificato con la convinzione secondo cui la libertà personale è - nell'ottica dell'art. 2 Cost. (che riconosce e tutela, in via generale, l'inviolabilità dei diritti dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge e si realizza la sua personalità) - un valore ancorato alla persona umana intesa in senso dinamico. Il concetto, dunque, travalica il mero riferimento all'arresto, comprendendo sia la libertà fisica sia la libertà morale, profili coesenziali alla personalità dell'individuo ed entrambi caratteristici del valore coinvolto. Al contempo, l'evoluzione culturale e normativa internazionali spesso scoprono (ed elaborano) nuovi diritti e nuove libertà, da annoverare, per la loro intrinseca natura e per la loro diretta riconducibilità alla persona umana, senza alcun dubbio, nell'ambito dei diritti inviolabili. La qualificazione di un diritto come inviolabile è, infatti, diretta conseguenza del suo riconoscimento quale essenziale profilo di tutela dell'individuo. E, alle volte, tale aspetto emerge prima nella coscienza sociale e nella cultura, e solo dopo viene apprezzato dal diritto. Per tutti questi casi, la Costituzione ha creato, con l'art. 2, un meccanismo "automatico" e "immediato", diretto a recepire tali valori e ad apprestare la massima tutela possibile.

Alla libertà personale fanno capo due profili essenziali: l'aspetto *statico*, che si manifesta come libertà da forme di coazione (e in particolare, ma non solo, dagli arresti), posizione individualistica comune ad altri diritti; la direzione *dinamica* coniuga, invece, libertà e sicurezza

---

<sup>49</sup> Sempre nel senso che la libertà personale sia una pretesa a che non vengano posti, se non nel rispetto dell'art. 13 Cost., limitazioni incidenti sulla dignità sociale, si veda, dunque, NANIA, *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 69.

<sup>50</sup> BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 111; GROSSI, *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, GCost, 1962, 205; GUARINO, *Lezioni di diritto pubblico*, II, Milano, 1967, 40; MORTATI, *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, GCost, 1960, 683.

<sup>51</sup> DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 193 ss.

come presupposti dello sviluppo della personalità, ed ha, in questo senso, una prevalente dimensione collettiva. L'art. 2 Cost. è la disposizione chiave anche in tema di libertà personale, dal momento che propone un progetto di tutela generale e onnicomprensivo senza il quale il bene personale perderebbe valore; stabilisce il valore fondamentale dei diritti inviolabili; assegna alla libertà personale - unitamente con l'art. 13 Cost. - un significato assoluto; la collega allo sviluppo della personalità dell'individuo; ne riconosce la duplice valenza e gli ambiti rispetto alla sua evoluzione e alle sue possibili limitazioni.

La dimensione ampia e totalizzante dell'art. 2 Cost., non può non contemplare il coesistente versante dei «doveri inderogabili di solidarietà sociale, politica ed economica» richiesti dallo Stato ai cittadini. In tal modo, i necessari limiti alla libertà personale devono trovare giustificazione nell'adempimento dei richiamati doveri di solidarietà, che costituiscono gli ambiti selezionati di possibile riduzione della valenza del bene; nell'ottica, però, del pieno sviluppo della personalità.

Autorevoli dottrine ritengono che la libertà di cui all'art. 13 Cost. sia interessata solo dalle misure custodiali, mentre le altre misure coercitive riguardino la libertà di movimento e di circolazione<sup>52</sup>. È però palese - quale che sia la concezione di libertà personale accolta nella formula d'esordio dell'art. 13 Cost. - che il diritto *de quo* si iscrive - al pari della libertà di domicilio e della libertà e segretezza delle comunicazioni - nel novero delle prerogative inviolabili dell'uomo riconosciute e garantite dall'art. 2 Cost. Quanto al profilo dell'oggetto, è agevole constatare che la libertà personale, nel riferirsi ad un bene in senso naturalistico essenziale alla tutela dell'individuo, si caratterizza per essere primordiale e strumentale rispetto a qualsiasi altra libertà civile; ed invero, essendo immediatamente riconducibile alla persona umana, di cui investe la dimensione fisica (art. 13), tale libertà costituisce, altresì, il tramite necessario per il godimento di qualsiasi altra situazione soggettiva in cui può esplicarsi la personalità del singolo.

Sotto altro profilo, la libertà disciplinata nell'art. 13 Cost. (insieme a quelle considerate dagli artt. 14 e 15 della stessa Carta fondamentale) è quella più pericolosamente esposta a "limitazioni più o meno estese in nome dell'efficienza del processo"<sup>53</sup>: la ricostruzione dei fatti e l'accertamento della responsabilità penale, nel porsi come precipue finalità del rito penale, postulano di frequente l'impiego di strumenti e meccanismi processuali potenzialmente lesivi di diritti e garanzie fondamentali, soprattutto nei confronti dell'imputato.

---

<sup>52</sup> FERRAIOLI, *Misure cautelari*, EGT, XXII, Roma, 1996, 4.

<sup>53</sup> FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 40.

Oltre alle riserve di legge e di giurisdizione e all'obbligo di motivazione, le garanzie dettate nell'art. 13 Cost. fanno perno, sull'uso dell'attributo "inviolabile", che - nel tradurre la più generale presa di posizione a favore dei diritti ricollegabili allo sviluppo della personalità del singolo, espressa nell'art. 2 Cost. - si attegga, in relazione alla libertà considerata, a "selettore automatico della soluzione più favorevole<sup>54</sup>", con riferimento a tutte le situazioni di dubbio tra il rispettivo limite e la libertà inviolabile; e come baluardo nei confronti della possibilità di una totale soppressione della stessa, perfino nelle situazioni in cui è ammessa una parziale compressione: "la libertà personale si configura come una sfera di autonomia suscettibile bensì di compressione, ma tale da tendere a mantenersi espansa e munita perciò degli strumenti giuridici per farlo<sup>55</sup>." Ne è indice specificativo proprio l'art. 13, comma 4, Cost.: il principio per cui «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà», finalizzato a tutelare la personalità del singolo nell'ottica dell'art. 2 Cost., evidenzia come, pur essendo comprimibile nelle forme e nei limiti autorizzati dal sistema, la libertà personale sia bene dalla consistenza elastica e, perciò, non espropriabile per intero; sicché residueranno pur sempre - anche nell'ipotesi estrema dello *status custodiae* - margini insopprimibili di libertà residue; la cui arbitraria aggressione risulterà non solo vietata ma anche punita dall'ordinamento<sup>56</sup>.

I diritti che, come la libertà personale, sono qualificati inviolabili, fanno parte, di quel "nucleo di principi supremi che resistono all'osmosi con altri ordinamenti, pur quando è consentita dalla Costituzione<sup>57</sup>", e che si impongono nei confronti di tutti i soggetti, e non solo del potere pubblico<sup>58</sup>. Rispetto al principio enunciato dal comma 1 dell'art.13 Cost., la disciplina contenuta nel comma 2 dello stesso articolo assume un'importanza fondamentale, in quanto delinea l'ambito delle compressioni che - stando al disegno costituzionale - la libertà personale può legittimamente subire, ovviamente, in chiave derogatoria rispetto alla regola della sua inviolabilità. Ed è qui, per l'appunto, che la Costituzione - rivolgendosi anzitutto al legislatore ordinario per vincolarne la sfera di discrezionalità - sancisce le due più qualificanti garanzie a tutela della libertà personale: la previsione della riserva di legge e quella della riserva di giurisdizione, in rapporto a ogni atto limitativo di tale libertà. La riserva di legge sembra avere

---

<sup>54</sup> AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 323.

<sup>55</sup> AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, cit., 370.

<sup>56</sup> Una chiave di lettura omogenea suggerisce, d'altronde, la regola sancita dall'art. 277 c.p.p., ove si prevede che «le modalità di esecuzione delle misure devono salvaguardare i diritti della persona ad esse sottoposta, il cui esercizio non sia incompatibile con le esigenze cautelari del caso concreto». La previsione, si ricollega a sua volta anche all'art. 27, 3° comma, Cost. ove è sancito il divieto di pene contrarie al senso di umanità.

<sup>57</sup> CERRI, *Libertà II) libertà personale - dir. cost.*, EGT, XXI, Roma, 1991, 10.

<sup>58</sup> C. Cost. 122/1970, GCost 1970, 1529.

anche carattere rinforzato, dal momento che pone precisi vincoli per il legislatore ordinario: le limitazioni alla libertà personale devono essere specificate dalla legge non solo in relazione ai casi, ma anche con riferimento ai modi in cui possono essere realizzate, definendone sia, da un canto, i presupposti e le finalità, sia, dall'altro, le forme e le procedure strumentali ai relativi provvedimenti; e possono essere previste esclusivamente per il perseguimento di fini previsti dalla Costituzione.

L'altra fondamentale garanzia posta a presidio della libertà personale è la riserva di giurisdizione, in base alla quale le corrispondenti restrizioni possono essere disposte solo con atto motivato dell' autorità giudiziaria.

Dalla regola dell'art. 111, comma 7, Cost., si è poi desunta, in particolare, l'esistenza di un sistema diversificato di tutela nei confronti degli atti di coercizione personale; in base al quale la legittimazione ad incidere sulla libertà in oggetto e l'ulteriore garanzia della ricorribilità sono diversamente modulate in relazione al grado di restrizione apportato al bene de quo: i provvedimenti restrittivi particolarmente incisivi devono essere emessi dal giudice e sono ricorribili; invece, quelli che, pur incidendo sulla libertà personale, non la comprimono in modo significativo possono essere adottati (nella fase investigativa) dal pubblico ministero e non richiedono di poter essere portati immediatamente al vaglio della Suprema Corte, essendo sufficienti la garanzia della riserva di legge e di "promanazione giudiziaria"<sup>59</sup>.

Più nel dettaglio, si sottolinea come non sembri corretto l'usuale riferimento alla riserva di giurisdizione, in quanto non sarebbe l'art. 13 Cost. a sancire la giurisdizionalizzazione delle misure cautelari (cioè delle limitazioni più consistenti alla libertà): infatti, con il termine "autorità giudiziaria" ci si riferisce anche al pubblico ministero, mentre, per un altro, il principio trova il suo vero fondamento nell'art. 111, comma 7, Cost.

Se si legge l'art. 111, comma 7, in combinato disposto con l'art. 13, comma 2, Cost. - che, invece, ammette forme di restrizione della libertà personale disposte, nei casi previsti dalla legge, con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria (e, quindi, anche del pubblico ministero) - si ricava che le "restrizioni significative" (cioè, quelle che ledono in maniera grave la libertà personale, incidendo sulla libertà fisica o di esercizio di prerogative essenziali; in particolare: la custodia cautelare) devono essere sempre disposte dal giudice e sono soggette al ricorso diretto per Cassazione; mentre quelle minori (come le perquisizioni, l'accompagnamento coattivo, le ispezioni, che determinano una transitoria restrizione della libertà) possono essere disposte anche dal pubblico ministero e non sono ricorribili; non già

---

<sup>59</sup> DE CARO, *Libertà personale (profili costituzionali)*, Dpen, III Agg., I, Torino, 2005, 837.

perché esse non incidano sulla libertà garantita dall'art. 13 Cost., ma piuttosto per ragioni tecniche; in particolare, per il fatto che, una volta avvenuta la compressione della libertà minore, la situazione non è certamente riparabile con il ricorso per Cassazione; restando, comunque, la possibilità di far valere eventuali doglianze in sede di impugnazione del provvedimento che definisce il giudizio. Del resto, l'art. 13, comma 2, Cost. fa riferimento espressamente alle perquisizioni; eppure è evidente e indubitabile la non ricorribilità per Cassazione del provvedimento che dispone una perquisizione. Quindi, è la nozione di libertà personale recepita dall'art. 111, comma 7, Cost. ad essere più ristretta di quella accolta dalle altre disposizioni costituzionali; e ciò discende da ragioni comprensibili, in quanto non tutte le "piccole restrizioni" meritano di essere portate immediatamente al vaglio della Cassazione. Viceversa, nell'ottica del costituente, la ricorribilità per Cassazione dei provvedimenti di coercizione personale legittima ad emetterli solo organi giurisdizionali. Ciò risponde all'esigenza di assicurare una tutela differenziata e immediata nei confronti delle restrizioni significative della libertà personale. Si tratta, peraltro, di un meccanismo che, giustamente, con il tempo si è ritenuto insufficiente; tanto che, negli ultimi decenni, si è focalizzata l'attenzione su più incisive forme di verifica sul provvedimento, estese anche al merito, tali quindi da travalicare il mero controllo di legittimità, e da realizzare, finalmente, il diritto a far sindacare i provvedimenti coercitivi, emergente dalla Costituzione in esito a quanto disposto nell'art. 111, comma 6, che prevede l'obbligo di motivazione anche di questa tipologia di provvedimenti, vista la loro natura giurisdizionale<sup>60</sup>. Tale clausola, infatti, sarebbe una vana enunciazione di principio, se non mirasse al controllo effettivo del provvedimento, che non può essere se non di merito (sindacato richiesto come specifico profilo di garanzia, anche dalle fonti internazionali).

Si può sostenere, allora, anche nell'ottica appena descritta, che il legislatore costituzionale "ha recepito, nell'ambito dell'art. 13 Cost., una nozione ampia di libertà personale e nel contesto della complessiva tutela del bene, affidata ad una pluralità di disposizioni, ha voluto stabilire, con la previsione dell'art. 111, comma 7, Cost., la necessaria giurisdizionalizzazione dei percorsi limitativi che più marcatamente incidono sul diritto garantito"<sup>61</sup>.

Per quanto concerne ancora la riserva di giurisdizione contemplata dal comma 2 dell'art. 13 Cost., è necessario aggiungere che tale garanzia, al contrario della riserva di legge - la quale nell'architettura della disciplina prevista dall'art. 13 Cost. si pone come un argine insuperabile - non ha carattere assoluto, ma subisce una deroga parziale - e, comunque, provvisoria e iniziale -

---

<sup>60</sup> Recita, infatti, l'art. 111, comma 6, Cost.: "Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati".

<sup>61</sup> In questi termini si esprime DE CARO, in *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 196 ss.

laddove, nel comma 3 dello stesso articolo, si prevede che «in casi eccezionali di necessità e urgenza, indicati tassativamente dalla legge», l'autorità di pubblica sicurezza possa adottare provvedimenti provvisori, da comunicarsi entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e da intendersi come revocati nonché inefficaci, se questa stessa non li convalida nelle successive quarantotto ore.

Al riguardo, si è sottolineato, innanzitutto, come tale deroga non scalfisca la centralità dell'intervento giurisdizionale: dalla complessiva disciplina dell'art. 13 Cost. si ricava, infatti, che il provvedimento del giudice deve in ogni caso intervenire: ordinariamente, in via preventiva (art. 13, comma 2), oppure straordinariamente, in via successiva (art. 13, comma 3) sotto forma di convalida. Quindi la garanzia della riserva di giurisdizione non risulta pretermessa, ma soltanto differita per un determinato arco temporale<sup>62</sup>.

È inoltre agevole formulare un immediato rilievo: l'art. 13, comma 3, Cost. plasma una disciplina di estremo dettaglio, che appare stilisticamente e metodologicamente lontana dalle sfumate statuizioni di principio per solito proprie delle Carte fondamentali. Proprio la minuziosità della previsione - ove si giunge finanche a scandire le cadenze cronologiche dell'iter relativo alla convalida - palesa l'esigenza di circoscrivere, con precisione estrema, gli insuperabili margini di manovra dell' "autorità di pubblica sicurezza" sul terreno della libertà personale. Nitida appare, d'altronde, la ratio della disposizione: la "necessità" e l'"urgenza" dei "casi eccezionali" elevati a presupposto della fattispecie impongono interventi tempestivi, incompatibili con un previo filtro deliberativo dell'autorità giudiziaria; alla quale ultima - va però ribadito - è riservato, tuttavia, un controllo successivo sulla misura adottata, secondo le forme e nel rispetto delle rigide cadenze cronologiche della convalida. La restrizione della libertà personale provocata da un provvedimento di polizia non potrà quindi protrarsi per una durata superiore alle novantasei ore, scadute le quali essa è destinata a perdere efficacia, a meno che la competente autorità giudiziaria - chiamata nel frattempo ad un controllo sul provvedimento provvisorio - non decida di convalidarlo e di disporre la prosecuzione dello *status detentionis*, in virtù di un proprio autonomo "atto motivato"<sup>63</sup>.

A questo riguardo, la Corte costituzionale ha stabilito che il provvedimento di convalida deve basarsi su di una valutazione di merito circa la sussistenza in concreto dei requisiti

---

<sup>62</sup> BARILE, *Diritto dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 118.

<sup>63</sup> Se il provvedimento non è convalidato o se la convalida interviene oltre i termini stabiliti dall'art. 13, 3° comma, Cost., i provvedimenti "si intendono revocati e restano privi di ogni effetto". Si verifica, in tale ipotesi, una "caducazione *ope legis* dell'atto": in tal senso si esprime FANUELE, in *La libertà personale*, in DINACCI, *Processo penale e Costituzione*, Milano, 2010, 220.



prescritti; e che, laddove non ci dovesse essere convalida, da parte dell'autorità giudiziaria, sul presupposto di un corretto esercizio del potere coattivo "di polizia", le prove derivanti dall'atto poliziesco non potrebbero essere utilizzate nel processo.

Il richiamo ai concetti di "necessità ed urgenza", indica, senza possibilità di equivoci, come siano esclusi tutti i casi nei quali è possibile - pur con difficoltà - l'intervento preventivo del giudice o comunque, ove previsto, dell'autorità giudiziaria. Quanto a questo specifico punto, la Corte costituzionale, in più occasioni<sup>64</sup>, ha riferito gli estremi della necessità e dell'urgenza alla finalità di acquisire e conservare le prove, considerata la pericolosità del soggetto. Ma non basta che la situazione concreta richieda come necessario e urgente l'intervento limitativo dell'autorità di polizia, perché questo è subordinato altresì alla eccezionalità delle corrispondenti ipotesi. Difatti, se fosse legittima una restrizione della libertà personale in tutti i casi di necessità e urgenza, sarebbe priva di significato l'ulteriore specificazione - quella della eccezionalità - contenuta nella disposizione costituzionale. Il richiamo, invece, qualifica la vicenda, individuando la peculiarità della situazione nel suo carattere contingente ed estremamente residuale, tale da non lasciare ipotizzare il ricorso a modalità più garantite di intervento<sup>65</sup>.

Quanto al significato da attribuire alla locuzione "autorità di pubblica sicurezza, nella categoria in questione non rientrano solo gli organi (come il prefetto, il questore, il sindaco), ai quali è attribuita la suddetta qualifica secondo un significato strettamente tecnico-giuridico; ma anche "tutti gli organi della polizia giudiziaria nell'esercizio delle loro tipiche funzioni *post delictum*"<sup>66</sup>; e, più in generale, ogni soggetto cui la legge attribuisca specificamente l'autorità di compiere atti di polizia.

In questa ottica, la Corte costituzionale, nell'interpretare estensivamente la citata espressione, ha ritenuto non illegittima la norma che autorizza, a determinate condizioni, l'arresto del reo da parte del privato cittadino. Occorre poi sottolineare, quanto al presupposto legittimante il potere restrittivo provvisorio, che l'espressione "casi eccezionali" pone un rigoroso limite al legislatore e agli interpreti nella concreta individuazione delle ipotesi in questione. Per giunta, in dottrina, è stato affermato che anche i provvedimenti coercitivi provvisori necessitano di motivazione, in quanto, essendo tale obbligo previsto per le restrizioni disposte dall'autorità giudiziaria, a maggior ragione lo stesso non può non sussistere per le limitazioni "di polizia".

---

<sup>64</sup> C Cost. 79/1982, *GCost* 1982, I, 712; C Cost 3/1972, *GCost* 1972, 6; C Cost. 173/1971, *GCost* 1971, 1813.

<sup>65</sup> DE CARO, *Presupposti e criteri applicativi*, in *AA.VV.*, cit., 18.

<sup>66</sup> GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976, 78.

Si ascrivono pienamente al meccanismo delineato dall'art. 13, comma 3, Cost. le misure precautelari dell'arresto e del fermo; i cui presupposti appaiono integrare i casi eccezionali di necessità e urgenza tali da legittimare l'esercizio del potere coercitivo provvisorio dell'autorità di polizia; da sottoporre, entro brevissimi termini, alla autorità giudiziaria per la convalida. Ulteriori poteri di coercizione personale, direttamente esperibili dalla polizia giudiziaria, salva successiva convalida del magistrato, sono quelli previsti in tema di perquisizione.

### 2.1. Il "vuoto dei fini"

La ricerca delle legittime finalità del potere cautelare (e, più in generale, di quello d'adottare provvedimenti coercitivi *ante iudicatum*) è ruotata, per molti anni, esclusivamente intorno alla interpretazione isolata dell' art. 13 Cost., senza peraltro condurre a risultati soddisfacenti. Si è evidenziato, pertanto, in dottrina, il problema del "vuoto dei fini"<sup>67</sup>, proprio per sottolineare che, nella lettera dell'art. 13 Cost., non sono rintracciabili gli elementi minimi tali da far individuare le ragioni idonee a legittimare le restrizioni della libertà personale prima del giudizio. Si riteneva, perciò, che la Costituzione non fornisse alcuna indicazione circa i parametri di riferimento cui collegare precisamente la detenzione *ante iudicatum*. Infatti, lo sforzo della dottrina di rintracciare, all'interno dell'art. 13, significati capaci di dare base al potere coercitivo spaziava tra l'individuazione di esigenze processuali e il ripiegamento su esigenze sostanziali; senza, tuttavia, riuscire a cogliere la filosofia cautelare emergente, invece, dal testo costituzionale, in modo da attribuire un significato inequivoco alle limitazioni della libertà personale prima del giudizio.

La messa a punto della logica cautelare trova fondamento in un'interpretazione logico-sistematica di differenti norme costituzionali; in particolare, nel raccordo tra l'art. 13 e l'art. 27, 2 comma, Cost.; in base al quale ultimo, «l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva»; collegamento attuato nella raggiunta consapevolezza del ruolo ricoperto dalla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Si tratta di una espressione coniata da ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, *GCost*, 1964, 951. Si intende con ciò la mancanza di elementi idonei ad individuare, in Costituzione, un legittimo finalismo cautelare: e per questa via si denunciava, anche, la inidoneità del solo art. 13 a costituire l'ossatura costituzionale della libertà personale. In questo senso si rinvia a DOMINIONI, *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale*, Milano, 1985, 203 ss.; ma anche a RICCIO, *Libertà personale*, in RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, Napoli, 1991, 229 ss.

<sup>68</sup> Sulla presunzione di non colpevolezza quale regola di trattamento si vedano, per tutti, le pagine di ILLUMINATI, in *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

Si è scoperta, attraverso questa “presa di coscienza”, la base della “filosofia cautelare”, già *in nuce* nell’art. 13 Cost.; e, con ciò, si sono trovate le legittime finalità delle restrizioni *ante iudicatum*.

È dunque proprio nel raccordo tra l’art. 13 Cost. e l’art. 27, comma 2, Cost. che è possibile rinvenire lo spunto per superare quel “vuoto dei fini” che precedentemente era rimasto insoluto per conseguenza di una lettura “monistica” dell’art. 13.

Infine, va senz’altro coltivata l’idea di una lettura necessariamente coordinata degli artt. 27, comma 2, Cost. e 6, § 2, C.e.d.u.<sup>69</sup>. Una simile impostazione metodologica appare, oggi, non solo opportuna, ma addirittura ineludibile, alla luce delle recenti e ben note sentenze costituzionali che hanno elevato le disposizioni della suddetta Convenzione al rango di “parametri interposti”<sup>70</sup> tra la Carta fondamentale e la legge ordinaria.

La Corte costituzionale - pur senza elaborare in modo incisivo gli ambiti di valenza e i limiti della regola - ha poi riconosciuto che, “in linea di principio, la detenzione preventiva va disciplinata in modo da non contrastare con una delle fondamentali garanzie della libertà del cittadino, la presunzione di non colpevolezza dell’imputato”<sup>71</sup>.

Indugiare sul tenore letterale dell’art. 27, comma 2, Cost., potrebbe tuttavia risultare interessante sotto un particolare profilo. La formula «l’imputato non è considerato colpevole» esprime, all’evidenza, una negazione passiva. Più precisamente, quindi, si sostanzia in un divieto di valutazione in merito alla colpevolezza dell’imputato. Nel contesto della negazione passiva, è come se lo Stato non considerasse l’imputato colpevole fino alla condanna definitiva. Si potrebbe forse cominciare a riflettere sulla possibilità di valorizzare la formula costituzionale della negazione passiva sotto il profilo squisitamente culturale. Si conviene - ormai da tempo - che, sotto il profilo strutturale, la garanzia posta dall’art. 27, comma 2, Cost., è scomponibile in due norme distinte: la presunzione di non colpevolezza opera, innanzitutto, quale regola di trattamento e, in questo senso, si sostanzia nel divieto di assimilare l’imputato al colpevole, e quindi di punire il primo soggetto prima della sua eventuale condanna definitiva.

Da questo punto di vista, la presunzione di non colpevolezza costituisce un criterio regolatore dei rapporti tra individuo e autorità nell’ambito del processo penale.

---

<sup>69</sup> Propendono per questa idea vari autori, tra i quali, CHIAVARIO, in *La convenzione europea dei diritti dell’uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969; ILLUMINATI, in *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bologna, 1979, 27; PAULESU, in *La presunzione di non colpevolezza dell’imputato*, cit., 57. Sostiene invece una diversa opinione, GAROFOLI, in *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 93.

<sup>70</sup> C. Cost. 348/2007 e C. Cost. 349/2007, *GCost* 2007, 3555.

<sup>71</sup> Sentenza della C. Cost. 64/1970, *GCost* 1970.

Allo stesso principio si collega, altresì, la fissazione di termini massimi di carcerazione preventiva, secondo il canone posto dall'art. 13, comma 5, Cost.: l'impossibilità di considerare l'imputato colpevole fino alla condanna definitiva impedisce che la privazione della libertà personale in corso di processo possa protrarsi oltre soglie etiche di accettabilità, la cui specifica determinazione è affidata al legislatore ordinario. Se infatti i provvedimenti restrittivi *ante iudicatum* potessero essere applicati senza termini di durata, essi finirebbero per costituire una anticipazione della pena nei confronti dell'imputato, che la Costituzione vieta invece di considerare colpevole fino al passaggio in giudicato della sua condanna. Una simile regola ha pertanto l'indiscutibile significato di una "garanzia di chiusura": si vuole, cioè, che - quali che siano le difficoltà delle vicende processuali, e quale che sia il grado di consistenza degli indizi di responsabilità penale dell'imputato - questi non debba sopportare oltre un certo tempo, sulla propria persona, le lungaggini processuali; da qui, dovrebbe venire anche uno stimolo ad una giustizia celere; ma in primo piano c'è, sicuramente, la preoccupazione di salvaguardare, contro detenzioni "preventive" a tempo indeterminato, la persona dell'imputato. Dunque, come regola di trattamento, la presunzione di non colpevolezza va considerata alla stregua di momento concettuale centrale nell'individuazione degli ambiti costituzionali della libertà personale, in modo da rappresentare un principio necessariamente integrante quello espresso, nello stesso settore, dall'art. 13 Cost.

Considerata poi come regola di giudizio, la stessa presunzione cristallizza l'onere della prova (da intendere, nel processo penale, come "rischio della mancata prova", stante l'esistenza, nel medesimo, di ampi poteri di iniziativa probatoria attribuiti al giudice<sup>72</sup>) della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, così da risolvere l'eventuale incertezza nell'accertamento processuale in senso favorevole all'imputato, secondo l'aureo canone "*in dubio pro reo*". In sostanza, formulata l'ipotesi di accusa, l'inadempimento dell'onere probatorio che grava sul pubblico ministero deve condurre - essendo la prova mancante, insufficiente o contraddittoria - all'assoluzione.

Delicato è il profilo concernente la "durata" della presunzione di non colpevolezza intesa come regola di trattamento, cioè come divieto di anticipare nei confronti dell'imputato un trattamento sanzionatorio. Nel protrarre tale presunzione fino alla condanna definitiva, la nostra Costituzione stabilisce inequivocabilmente il momento finale per l'operatività di tale garanzia.

---

<sup>72</sup> PAULESU, *Giudice e parti "nella dialettica" della prova testimoniale*, Torino, 2002, 25.

I fautori della provvisoria esecuzione della condanna fanno leva soprattutto sul dettato dell'art. 6 § 2 C.e.d.u.; il quale, protraendo la presunzione di innocenza fino al raggiungimento della “prova legale della colpevolezza”, parrebbe far coincidere la scadenza di tale garanzia con la prima sentenza che affermi la responsabilità dell'imputato<sup>73</sup>. Occorre inoltre segnalare che l'art. 5 § 1 lett. a) C.e.d.u. parla di restrizioni della libertà personale che trovano la loro fonte in una “condanna da parte di un tribunale competente”, senza aggiungere ulteriori specificazioni in proposito. Ed è ragionevole supporre che un assunto così generico possa anche alludere ad una sentenza di primo grado. Probabilmente, la vera ragione per cui l'art. 6 § 2 C.e.d.u. non accenna esplicitamente alla durata della presunzione di innocenza risiede nel fatto che essa intende affidare alla disciplina interna di ciascun paese l'individuazione del momento in cui la colpevolezza può dirsi provata. Inoltre, la disposizione pattizia sembra attingere soprattutto alla tradizione culturale di Common Law, nella quale il tema della pluralità dei gradi di giurisdizione presenta un rilievo secondario rispetto ad altri aspetti del processo penale ritenuti più significativi. Nondimeno, resta fermo che il nostro attuale sistema costituzionale non consente di coltivare la soluzione volta a restringere il confine temporale della presunzione di non colpevolezza ad un momento anteriore alla condanna definitiva<sup>74</sup>.

La presunzione di non colpevolezza offre lo strumento cardine per superare il vuoto emerso dall'indagine sull'art. 13 Cost. Si conviene, ormai da tempo, infatti, sulla necessità di valorizzare l'art. 27, comma 2, Cost. quale parametro teleologico dell'art. 13 Cost. L'intuizione di fondo sta nell'aver compreso che quest'ultimo “in quanto norma di disciplina dei mezzi limitativi della libertà personale e, perciò, norma di carattere strutturale, doveva ricevere direzione finalistica dall'art. 27, comma 2, Cost., che è norma, nel complesso teologicamente orientata<sup>75</sup>”. La legittimazione della coercizione personale deve quindi provenire dall'esistenza di un *quid pluris*, cioè di una situazione eccezionale, nella quale risultano in “pericolo” rilevanti valori, costituzionalmente “protetti” e degni di tutela anche a discapito della libertà personale dell'imputato. In un simile caso, il contrasto tra il principio di libertà e l'esigenza di tutelare il processo (e la collettività) viene risolto - legittimamente - a discapito del primo. Quindi, in quest'ottica, l'art. 27 comma 2 va a riempire di contenuti l'art. 13 Cost.

---

<sup>73</sup> MICALI, *La presunzione di innocenza dell'imputato e l'art. 27 c. 2 Cost.*, CP 1990, 663.

<sup>74</sup> In questo senso si esprimono vari autori, tra i quali: FERRUA, in *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna*, PD 1991, 514; GREVI, in *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano, 2000, 21; ORLANDI, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 143.

<sup>75</sup> RICCIO, DE CARO, MAROTTA, *Principi costituzionali e riforma della procedura penale. Una rilettura della giurisprudenza costituzionale 1956-1988*, cit., 232.

Se l'imputato non può considerarsi colpevole sino al sopravvenire della res iudicata a contenuto condannatorio, ne consegue l'illegittimità costituzionale di qualsiasi meccanismo, processuale o extraprocessuale, che coinvolga la parte privata trattandola alla stregua di responsabile del fatto addebitato. Sta qui, dunque, il cuore della regola che consente di superare il denunciato "vuoto dei fini": le restrizioni della libertà personale anteriori alla condanna definitiva sono costituzionalmente accettabili a condizione che non si risolvano in trattamenti, a carico dell'imputato, conformi a una surrettizia e non consentita presunzione di colpevolezza; qualunque scopo del "carcere preventivo" che presupponga l'imputato responsabile del fatto addebitatogli si colloca, pertanto, al di fuori del perimetro del costituzionalmente consentito. Donde l'impossibilità di ricavare dal principio consacrato nell'art. 27, comma 2, Cost. una sorta di presunzione di infondatezza dei presupposti delle misure cautelari; né con riferimento al *fumus commissi delicti* né in relazione al *periculum libertatis*<sup>76</sup>.

In definitiva, si può affermare che i principi contenuti negli artt. 13 e 27, comma 2, Cost. integrano "un disegno programmatico ispirato a coerenza". Sicché, la custodia cautelare e la presunzione di non colpevolezza, lungi dall'elidersi reciprocamente, stanno in un rapporto di coesistenza necessitata: la suddetta presunzione opera sul terreno della libertà personale proprio perché esiste la custodia cautelare.

Nel ribadire che la regola costituzionale di trattamento desumibile dall'art. 27, comma 2, si sostanzia nel divieto di equiparare l'imputato, *in itinere iudicii*, al colpevole non può tuttavia essere sottaciuto come invece, nel nostro ordinamento, si rinvenga una sorta di "omologazione afflittiva" tra la sanzione penale e la custodia cautelare, che si inserisce all'interno di un più ampio fenomeno di tendenziale "assimilazione" tra imputato e condannato, con inevitabile "lacerazione" della presunzione costituzionale d'innocenza.

È infatti percepibile l'esistenza di un ambiguo concetto di "detenzione", che sembra prescindere dal titolo giuridico legittimante la restrizione della libertà personale. Basti pensare che, tra i destinatari del regime differenziato di cui all'art. 41 bis, comma 2, ord. penit., figurano - costituendo, concretamente, un numero cospicuo - i detenuti "non definitivi", spesso in attesa della sentenza di primo grado<sup>77</sup>. Il vero problema, in effetti, non sta nella previsione di tale finalità cautelare da parte del legislatore ordinario, bensì nella sua corretta applicazione. Ad esempio, l'esigenza cautelare del pericolo di fuga dovrebbe essere reale e non immaginaria; e

---

<sup>76</sup> GREVI, *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale*, in AA.VV., *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, cit., 24.

<sup>77</sup> FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale* (a cura di DEAN), Torino 2007, 138.

formare oggetto di una valutazione quanto più possibile oggettiva e fondata su di una elevata probabilità che l'imputato possa sottrarsi al processo. Da questo punto di vista, si ritiene che il presupposto costituito dal concreto pericolo debba evocare "prospettive incombenti", desumibili dalla presenza di "segni ad alto rilievo induttivo". Va evitato, inoltre, che vengano disposte misure cautelari sulla base della semplice equazione tra la gravità del reato (stabilita in base all'entità della pena che potrebbe essere irrogata a seguito dell'eventuale condanna) e il pericolo di fuga<sup>78</sup>; il quale ultimo dovrebbe essere, inoltre, valutato in relazione al progredire del procedimento.

Dalla regola posta dall'art. 27, comma 2, Cost. discende, inoltre, il divieto di "far apparire" l'imputato come colpevole. Pertanto, in dottrina, ci si è chiesti se dalla presunzione d'innocenza possano o no derivare restrizioni al diritto di cronaca giudiziaria. Si assiste sovente ad una sorta di paradosso mediatico: la notizia di reato, l'informazione di garanzia, gli arresti o i provvedimenti cautelari, resi pubblici, di regola, all'inizio della fase procedimentale, hanno una resa "giornalistica" di gran lunga superiore rispetto a quella di una sentenza di assoluzione, soprattutto se questa intervenga a distanza di anni dal *tempus commissi delicti*. Infine, in dottrina<sup>79</sup>, è stata evidenziata la relazione tra la presunzione di innocenza e il diritto al silenzio, che rappresenta un corollario anche del diritto di difesa contemplato dall'art. 24, 2° comma, Cost.. Considerare l'imputato non colpevole significa che l'ipotesi da verificare nel processo è quella della sua colpevolezza. Pertanto, tale soggetto non appare tenuto ad attivarsi, sul piano dialettico o probatorio, se non dopo che l'accusa abbia fornito la dimostrazione dell'esistenza di prove a suo carico, potendo il primo contare su di un epilogo favorevole in caso contrario: dal sistema si ricava un obbligo di agire in capo al pubblico ministero (ai sensi dell'art. 112 Cost.), ma non un obbligo di reagire da parte dell'imputato (stante la regola dell'art. 27, comma 2, Cost.); a favore del quale ultimo gioca, quindi, il rischio della mancata prova da parte dell'accusa. Pertanto, esiste un collegamento tra la presunzione d'innocenza e il diritto al silenzio. Dalla suddetta presunzione - è stato infatti affermato - si evince il diritto dell'imputato di non discolarsi. Sennonché, a ben vedere, il principio del *nemo tenetur se detegere*, inteso quale corollario del diritto di difesa, non indica tanto la non necessità di discolarsi quanto l'esigenza di difendersi attraverso il silenzio, allo scopo di prevenire l'autoincriminazione. Il silenzio non è quindi la trasposizione della facoltà dell'imputato di restare inerte, di non reagire di fronte

---

<sup>78</sup> C SU 11.7.2001, Brembati CP 2002, 26.

<sup>79</sup> GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 76; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, cit., 193.

all'accusa, ma possiede un suo particolare connotato "dinamico". In definitiva, mentre dalla presunzione costituzionale si ricava il diritto dell'imputato a non doversi disculpare, dal diritto al silenzio discende la facoltà dell'imputato di difendersi tacendo, senza che da quest'ultima scelta possano derivare a suo carico conseguenze pregiudizievoli.

### 3. Sicurezza e libertà: un dibattito aperto

La società odierna si trova di fronte al compito di integrare popolazioni, culture, etnie diverse; il multiculturalismo è un'opportunità di sviluppo che pone nuove sfide al modo di essere del nostro vivere civile, alla convivenza tra gli esseri umani di portata globale. Coevo al multiculturalismo è l'affermarsi del senso di insicurezza degli individui e delle comunità a fronte di nuovi rischi e pericoli. L'aumento della popolazione, i flussi migratori dei Paesi poveri verso i Paesi più ricchi, il terrorismo internazionale rendono più difficile realizzare standard di sicurezza soddisfacenti. Il problema maggiore alla luce del multiculturalismo, posto dalla presenza di gruppi sociali di culture diverse è fin dove il legislatore può spingersi a imporre regole uniformi che mortificano le diversità e a partire da dove, invece, le diversità devono essere rispettate, contribuendo a fare evolvere la società in un'ottica di integrazione. L'ordine e la sicurezza pubblica sono beni che ogni società dovrebbe garantire ai propri componenti. Essi costituiscono lo stesso presupposto del contratto sociale. Hobbes, Locke, Rousseau, teorizzavano, infatti, che le società primitive, assolutamente libere, rinunciarono ad una parte della propria libertà e stipularono con lo Stato un "contratto sociale" con il quale, in cambio della cessione di una "quota" di libertà, venivano garantite sicurezza interna e difesa esterna. La sicurezza, quindi, costituisce il valore essenziale per l'esistenza di una società, rappresentandone, in qualche modo il presupposto (*ubi societas ibi ius*). La sicurezza ha progressivamente assunto una posizione centrale nel quadro dei valori di riferimento sia a livello interstatale che interno, dove si è venuto riscoprendo il bisogno di sicurezza, da soddisfarsi come diritto, a cui presidio si erano a suo tempo impegnate le carte costituzionali settecentesche: la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 la faceva rientrare fra i diritti naturali e inalienabili. La sicurezza dei cittadini è una preoccupazione che accomuna tutti e in una fase della nostra storia, come quella che stiamo vivendo, una delle sfide più difficili e complesse che le moderne società democratiche sono chiamate ad affrontare e risolvere, è quella di trovare il punto di equilibrio tra bisogno di sicurezza e tutela della libertà.



Proprio sul contemperamento tra esigenze di libertà ed esigenze di sicurezza si gioca il futuro dello Stato di diritto e della democrazia. Sicurezza e libertà possono quindi a pieno titolo essere annoverati tra gli elementi fondanti di un sistema sociale pur con una doverosa precisazione: la sicurezza, a differenza della libertà, non rappresenta di per sé un valore assoluto, bensì deve essere considerata come un fattore strumentale e servente attraverso cui il cittadino può godere in pieno dei suoi diritti di libertà. Proprio a tal fine, il concetto stesso di sicurezza non di rado comprime e limita alcune libertà del singolo per poter raggiungere il fine ultimo delle libertà di molti. Il punto veramente nodale è il raccordo fra la domanda di sicurezza e le garanzie di libertà. Infatti quando la sicurezza è minacciata entra in forse una libertà fondamentale, una libertà “da”, la libertà dalla paura. Tuttavia un ordinato svolgimento della vita democratica presuppone non solo la tutela delle cosiddette “libertà negative”, quelle cioè che si declinano con la proposizione “da”, quali libertà dalla criminalità, libertà dalla paura, ma anche delle “libertà positive”, che si coniugano, invece, con la preposizione “di”, libertà di agire, libertà di intraprendere, libertà di sviluppare ogni iniziativa economica, sociale e ricreativa che amplia le sfere di godimento dei diritti individuali e senza le quali non vi può essere una prospettiva positiva per il futuro del nostro Paese. Un sistema di sicurezza come il nostro, concepito nel solco dei principi costituzionali che si sviluppa nell’alveo di una società democratica è orientato più all’ampliamento delle libertà e dei diritti di tutti, che alla loro compressione. Chi è chiamato a tutelare la sicurezza collettiva non può pertanto ragionare soltanto in termini di perseguimento dei colpevoli dei reati, ma ha il dovere di elaborare e attuare strategie e programmi di prevenzione che ostacolino la violazione delle regole della civile convivenza. Il perseguimento della sicurezza non può prescindere dal rispetto delle norme costituzionali a presidio della libertà individuale o collettiva. Diceva Benjamin Franklin *“chi è disposto a sacrificare la libertà in cambio della sicurezza non merita né l’una né l’altra cosa”*. Tuttavia a seguito di fatti episodici o emergenziali, enfatizzati dalla comunicazione di massa, si è divenuti più propensi a rinunciare a qualche diritto in cambio di maggiore sicurezza. Una disciplina limitativa dei diritti di libertà, però, in un ordinamento costituzionale democratico dovrebbe essere temporanea, limitata al momento dell’emergenza, invece sembra stia assumendo un carattere permanente, rischiando di cronicizzarsi sotto la spinta di una “giustizia emozionale<sup>80</sup>”, fatta di processi paralleli sui mass media. La comunicazione, infatti, in base a come viene utilizzata può diffondere paura oppure ridurre i livelli di tensione. Il prezzo della sicurezza rende sempre più vulnerabile il diritto alla privacy, *“the right to be alone”*.

---

<sup>80</sup> Michele CORRADINO, *www.ildirittoamministrativo.it*

Un binomio, quello che coniuga la sicurezza e la privacy, divenuto ormai inscindibile. L'antitesi o antinomia è, quindi, fra sicurezza e libertà, ovvero fra democrazia e diritti, fra privacy e invadenza dello Stato. Ogni decisione che direttamente o indirettamente, limita la libertà e incide sulla privacy dei cittadini ha bisogno di essere meditata *ab origine* e costantemente verificata nel suo corso. Un dispositivo di sicurezza ottimale dovrebbe garantire armonia tra tutela sociale e libertà individuale e collettiva. La forza dello Stato di diritto non può essere che la libertà che dà energia al pluralismo delle sue componenti.

L'acceso dibattito sul rapporto sicurezza-libertà è stato anche oggetto di un intervento dell'ex capo della Polizia<sup>81</sup>, Antonio Manganelli, dove egli parla della sempre più evidente necessità di creare una sinergia tra le "forze sane del Paese" per riuscire a "migliorare le condizioni di sicurezza". Una sicurezza partecipata dunque che possa in qualche modo diminuire quel "senso di insicurezza che è andato crescendo nei cittadini ma che, in molti casi, non corrisponde all'andamento della delittuosità". Per rassicurare i cittadini non bastano i dati, bisogna potenziare le condizioni reali di sicurezza e qui rientrano, spiega Manganelli, le iniziative di quella "che noi chiamiamo polizia di prossimità". Iniziative portate avanti dal Dipartimento della pubblica sicurezza per fare in modo che la Polizia sia sempre più vicina alla gente e alle sue esigenze. Sul "problema attuale e molto antico", come lo definisce il capo della Polizia, dell'equilibrio tra libertà personale e sicurezza Manganelli dice: "Siamo tenuti a realizzare misure di sicurezza che comprimono un po' le nostre piccole libertà quotidiane in nome di una libertà più grande e importante". Piccoli e inevitabili sacrifici quotidiani, dunque, in nome della libertà delle persone che sentendosi più sicure migliorano anche le condizioni di vita.

Bilanciare le esigenze del diritto alla sicurezza con il rispetto dei nostri diritti fondamentali, le nostre libertà, il nostro mondo privato non può prescindere, infine, da una grande e forte alleanza a livello europeo. L'Europa è, dunque, la protagonista in questa sfida per un Paese libero, sicuro e solidale.

### 3.1. *La lotta al terrorismo: quale bilanciamento?*

L'attentato terroristico alla redazione del giornale satirico Charlie Hebdo, avvenuto nel cuore dell'Europa e della civiltà occidentale, ha causato un acuirsi dell'emergenza sicurezza iniziata all'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001. A partire da questa data, infatti, il terrorismo internazionale è diventato uno dei terreni di sperimentazione e di prova più rilevanti

---

<sup>81</sup> Intervista videopubblicata sul sito [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

per il costituzionalismo moderno, coinvolgendo questioni in cui sono in gioco principi come libertà e sicurezza, il cui bilanciamento si è rivelato sempre più complesso<sup>82</sup>.

Dall'attacco terroristico alle Torri Gemelle, si può dire che sia cominciata una nuova stagione dell'emergenza che ha comportato l'adozione da parte di quasi tutti i paesi occidentali (nonché degli organismi internazionali) di una legislazione repressiva, caratterizzata da una forte restrizione dei diritti, da deroghe alle regole processuali (che hanno ridotto le garanzie della difesa, introdotto eccezioni alla giurisdizione ordinaria, rafforzato le misure di prevenzione), da ampliamenti dei poteri di polizia. Agli interrogativi posti dal fenomeno terroristico internazionale, dunque, si è risposto, fino ad ora, limitando sempre di più le libertà individuali in nome della sicurezza<sup>83</sup>, rischiando, forse oggi più che in passato, che le misure adottate a difesa della democrazia e dei suoi valori, conducano alla sospensione dei principi che sono alla base della stessa democrazia. Queste legislazioni d'emergenza di cui si sono dotati gran parte dei paesi occidentali, sono caratterizzate da tendenze e sviluppi (teorici e pratici) diffusi: in particolare, il rendere permanenti le misure restrittive originariamente previste come temporanee facendo leva sulla durata storica e sulla sistematicità del terrorismo internazionale; e l'affermarsi di un diritto penale fondato su una concezione "soggettivistica" della verità processuale<sup>84</sup>, un diritto cioè basato non sui fatti, ma sulla persona, la sua devianza e la sua presunta pericolosità.

Un primo aspetto da considerare è il rapporto fra il diritto penale "simbolico" e il principio di offensività che, inteso come metodo di scelta nell'incriminazione, dovrebbe indicare una netta preferenza verso un utilizzo minimo dello strumento penale, rimettendo alla discrezionalità politica del legislatore i criteri mediante i quali operare la scelta circa la necessità o meno della previsione di quello strumento. Negando apertamente il canone dell'*extrema ratio* ed espandendo l'intervento penale all'ambito del "non necessario" dal punto di vista dell'effettivo contrasto alla criminalità, il diritto penale simbolico viola tale principio: in effetti

---

<sup>82</sup> Sulle problematiche relative al bilanciamento fra diritti fondamentali e contrasto al terrorismo, si sono espressi diversi autori, fra cui B. ACKERMAN, esponente della corrente di pensiero che sostiene la necessità di introdurre in costituzione una clausola per gli stati di emergenza terroristica che permetta di adottare misure operative efficaci e che, allo stesso tempo, stabilisca con fermezza un limite alla loro durata. Altri autori, invece, sostengono la possibilità di applicare in via analogica l'art. 78 della nostra Costituzione all'emergenza terroristica. A tal proposito, si veda P. CARNEVALE, *Emergenza bellica e sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti. Qualche prima considerazione anche alla luce dell'attualità*, in Giur. Cost. 2002, p. 4526 ss.

<sup>83</sup> A tal proposito, bisogna aggiungere che la recentissima abrogazione del *Patriot Act* negli Stati Uniti, potrebbe far pensare ad un primo passo verso un'inversione nella gestione delle politiche di sicurezza e di ordine pubblico

<sup>84</sup> Cfr. M. TONDINI, J. P. PIERINI, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 3.

L'offensività comporta che l'intervento penale del legislatore sia residuale e vincolato, nella costruzione delle fattispecie di incriminazione, a prevedere come reato solo quelle fattispecie che già in astratto esprimono un contenuto lesivo di beni giuridici. Di più. Le norme che caratterizzano il diritto penale simbolico, nell'intento di favorire la natura "manifesto" delle stesse e di concretizzarne il valore preventivo generale, appaiono generiche e indeterminate, rischiando di violare così il principio costituzionale di determinatezza delle fattispecie penali. Violazione che si rende palese anche nella emanazione di norme i cui destinatari reali non coincidono con quelli apparenti, o il cui fine reale sia diverso da quello dichiarato.

La conseguenza costante, è che il livello di tutela effettiva dei diritti e delle libertà costituzionali si è sensibilmente abbassato ogni volta che gli stati hanno cercato, sulla strada sopra delineata, di trovare strumenti più adeguati al pericolo.

Alcuni studiosi, hanno sottolineato come l'introduzione per legge di norme che regolano stati di emergenza ipotetici, non solo costituisce un eccesso di previdenza, ma comporta una "normalizzazione" del fenomeno eccezionale. In questo modo si deresponsabilizza chi governa, si scarica sulla collettività il pericolo e aumenta, di conseguenza, il livello generale della paura.

Ed è questo il vero rischio del terrorismo: generare paura, un sentimento di cui può agevolmente approfittare chi governa per superare limiti inerenti al rispetto dei diritti, delle competenze e delle procedure decisionali, limiti che in epoche e situazioni normali sarebbero impossibili da valicare<sup>85</sup>. È importante ricordare che la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle leggi emergenziali nate per contrastare il terrorismo degli anni Settanta, salvò provvedimenti evidentemente preoccupanti sotto il profilo della tutela della libertà personale facendo affidamento sulla provvisorietà delle loro disposizioni. Infatti, nella celebre sent. n. 15 del 1982<sup>86</sup>, la Consulta precisava che la norma impugnata (art. 10 del d.l. n. 625 del 1979) trovava la sua *occasio legis* nella necessità di tutelare l'ordine democratico e la sicurezza pubblica contro l'eversione, e si preoccupava allo stesso tempo di specificare come l'emergenza fosse una condizione sì anomala e grave, ma anche "essenzialmente temporanea", le cui misure insolite avrebbero dovuto, quindi, perdere efficacia se protrate

---

<sup>85</sup> Cfr. R. BIN, *Democrazia e terrorismo* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), p. 7- 8. In generale, sulla sospensione della costituzione, si veda C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.* XI, 1962, p. 192 ss.; C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>86</sup> Per un'interessante analisi della sentenza, si veda L. CARLASSARE, *Una possibile lettura in positivo della sentenza n. 15?*, in *Giur. Cost.* 1982, p. 98 ss; e, contra, A. PACE, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giur. Cost.* 1982, p. 108 ss.

ingiustificatamente nel tempo. La temporaneità della legge veniva, dunque, specificamente invocata dalla Corte come condizione della provvisoria legittimità costituzionale, riconducendo questa decisione a quelle sentenze di accertamento di illegittimità formale non seguite da dispositivo caducatorio, cui la dottrina aveva mosso diverse critiche: a molti studiosi, infatti, non sembrava possibile ammettere che una norma incostituzionale potesse non essere dichiarata tale solo per la sua natura transitoria, come se la nostra Costituzione potesse essere derogata, per un tempo determinato o indeterminato, da un atto avente forza di legge ordinaria, purché auto-definitosi temporaneo.

I timori di questa parte della dottrina si sono dimostrati fondati: gli indirizzi indicati dalla Corte vennero disattesi dal legislatore che, tramite proroghe giustificate con continui richiami alla necessità, ai rischi e alle crisi sociali o politiche, ha reso perpetua l'originaria temporaneità e ha consolidato il paradigma emergenziale come metodo nelle scelte del legislatore penale.

Abbiamo ereditato diversi aspetti dal metodo sviluppatosi in quegli anni in risposta all'emergenza eversiva: la riduzione dei diritti e delle garanzie; il valore simbolico delle leggi; la tendenza di normative nate come emergenziali a farsi ordinarie. Ovviamente, però, sono mutati i confini e le soggettività oggetto delle odierne discipline, tutte improntate alla prevenzione del rischio e alla presunzione di pericolosità e che declinano in chiave emergenziale problemi che, in realtà, appaiono innanzitutto di carattere culturale, sociale ed economico e rispetto ai quali l'odierno sistema di diritto penale appare offrire rimedi di rassicurazione puramente simbolica, costituendo la "bandiera strumentale" di chi ha la responsabilità di governo<sup>87</sup>.

In altre parole, possiamo affermare che oggi i mezzi propri del diritto penale simbolico costituiscono la risposta che si vuole dare a quella che viene declinata come la nuova costante emergenza: la domanda di sicurezza.

A tal proposito, bisogna sottolineare che in dottrina sono stati sollevati dubbi in merito alla stessa traduzione in diritto del generale bisogno di sicurezza dei cittadini: diversi autori<sup>88</sup> affermano che la domanda di sicurezza proveniente dalla società ben può essere soddisfatta tramite la certezza dei diritti espressamente sanciti in Costituzione, rientrando, quindi, nel campo del "diritto ai diritti" o della "sicurezza ai diritti". Da questa premessa, concludono che l'enucleazione di un diritto alla sicurezza è necessariamente il "risultato di una costruzione costituzionale falsa o perversa", perché o si traduce nella legittima domanda di sicurezza di

---

<sup>87</sup> Così S. ANASTASIA, M. PALMA, *Introduzione*, in *Democrazia e Diritto* 2/2000, p. 9.

<sup>88</sup> Cfr. A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *Democrazia e diritto* 2/2000, p. 19 ss.

diritti da parte di tutti i soggetti, e allora la costruzione è superflua, oppure si traduce nella “selezione di alcuni diritti di gruppi privilegiati”, e allora la costruzione è “ideologica”. In altre parole, soddisfare diritti equivale a garantire la sicurezza declinata come sicurezza dei diritti, obiettivo costituzionalmente imposto; mentre rafforzare la percezione della sicurezza equivale a garantire un soggettivo sentimento di sicurezza, obiettivo che è frutto (semplicemente) di scelte discrezionali del legislatore. Il diritto alla sicurezza, in questo modo, risulterebbe essere una costruzione ideologica che si contrappone a quella designata dalla nostra Costituzione, in particolare se si considera quanto sancito dall’articolo 3, comma 2.

Certamente, però, non si può negare che il terrorismo generi insicurezza ponendo gli Stati dinanzi a situazioni di crisi e di emergenza in cui storicamente gli ordinamenti hanno sempre palesato una tendenza a cercare di inglobare l’eccezione nella regola, come testimoniano la teoria della necessità come fonte suprema dell’ordinamento, la disciplina dello stato d’assedio, o la stessa decretazione d’urgenza<sup>89</sup>. E, in effetti, non essendoci nella nostra Costituzione una disciplina *ad hoc*, spesso in Italia si è fatto ricorso ai decreti legge per affrontare le emergenze legate al terrorismo, facendo sì che si sollevassero i problemi e i dubbi relativi all’uso di questo istituto sia per introdurre nuove fattispecie penali o misure restrittive della libertà personale, sia per affrontare problematiche (come quella relativa al bilanciamento fra diritti di libertà ed esigenze di sicurezza) che meriterebbero più approfonditi dibattiti parlamentari.

Riprendendo quanto precedentemente accennato, possiamo dire che, se in astratto le politiche di sicurezza possono orientarsi in due diverse direzioni, e cioè quella del diritto alla sicurezza e quella della sicurezza dei diritti, in concreto quella dominante in Europa, e quindi in Italia, è la prima. La crisi dello stato sociale e la conseguente disillusione nei confronti dei tentativi di risocializzazione e di integrazione teorizzati dalla parte più sensibile della dottrina penalistica degli anni Settanta, hanno prodotto uno spostamento verso le teorie neoclassiche della pena come retribuzione e un rafforzamento della politica penale come politica criminale. In questo senso, la formulazione di un “diritto alla sicurezza” è sembrata una manovra mirante a limitare la certezza dei diritti e a legittimare le tendenze verso una società del controllo e della

---

<sup>89</sup> Per un approfondimento sulle tematiche dell’emergenza, della necessità, dell’eccezione e dell’urgenza cfr., fra gli altri, V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1986; P. PINNA, *L’emergenza nell’ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988; G. MARAZZITA, *L’emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003.

prevenzione<sup>90</sup>, che si basa sull'allargamento delle competenze dell'esecutivo (e la speculare formulazione di poteri legali in maniera così vaga da consentire molto spesso alla polizia di intervenire nella sfera della libertà privata) e su meccanismi discriminatori nell'amministrazione dei diritti fondamentali, perché a vantaggio di categorie di cittadini garantiti, e a discapito degli esclusi. Simili politiche hanno condotto all'affermarsi della tendenza per cui non è tanto la legge ad essere usata come strumento per risolvere determinati problemi, ma sono questi problemi che, nel momento in cui raggiungono un certo grado di "allarme sociale", diventano l'occasione per un'azione politica finalizzata a produrre consenso nell'opinione pubblica.

Si tratta di soluzioni che operano un forte sbilanciamento a sfavore dei diritti fondamentali, sacrificati sull'altare della tutela di un diritto alla sicurezza che, oltre a risultare garantito in maniera assolutamente inefficace, si dota di mezzi che finiscono, paradossalmente, per distruggere la certezza del diritto. Con il risultato che, alimentando l'esclusione e il controllo del rischio, aumenta il rischio stesso e cresce l'insicurezza di tutti. E questo probabilmente perché, non utilizzando mezzi propri della politica criminale, non si analizza il fenomeno che si vuole combattere da un punto di vista sociale, e non si valuta, di conseguenza, che il terrorismo trae consenso e ottiene proseliti fra le persone culturalmente non integrate e marginalizzate dalla società.

Analogamente alla legislazione d'emergenza sviluppatasi negli anni Settanta in risposta al terrorismo interno, la legislazione emergenziale attuale risulta rispondente a logiche di rassicurazione puramente simbolica, volte, più che altro, a dimostrare ai cittadini elettori la tenuta delle istituzioni, in un'ottica securitaria e repressiva tramite la quale si ottiene una radicalizzazione delle divergenze economiche e sociali già esistenti e si incrementa la disgregazione culturale e l'incomunicabilità. Si disegna così un sistema penale che, espandendosi sempre più e arrivando a punire remoti atti preparatori e meri atteggiamenti interiori e non tollerando la minima manifestazione di pericolosità soggettiva o di dissenso ideologico, si discosta dai principi costituzionali in materia.

Lo svilupparsi di questa tipologia di legislazione penale, dunque, comporta l'affermarsi di un complesso di fattispecie incriminatrici che realizzano ipotesi di anticipazione della soglia di rilevanza penale ad una fase precedente alla lesione del bene giuridico, e che sono caratterizzate da una sproporzione nella previsione dei limiti edittali di pena. Non solo: il diritto penale

---

<sup>90</sup> Per una critica del diritto alla sicurezza si veda, fra gli altri, A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000 e L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberista*, Feltrinelli, 2000.

simbolico non identifica semplicemente determinati fatti come potenzialmente lesivi, ma, soprattutto, si rivolge a particolari tipi d'autore che vengono definiti come diversi, come, cioè, non partecipi di questa identità sociale. In questo quadro, il rischio in cui si incorre è quello di costruire un "diritto penale maggioritario"<sup>91</sup>, che trova linfa vitale nell'auto-rappresentazione che la società intende fare di sé e che sembra contrastare in maniera insanabile con i principi costituzionali relativi ai criteri di formulazione delle fattispecie di incriminazione.

In conclusione, bisogna considerare<sup>92</sup> che la via della criminalizzazione che è stata prescelta, non porta al progresso, ma serve solo a placare in maniera momentanea le insicurezze dando soluzioni evocative, dal momento che non è accompagnata da un'azione culturale e politica capace di affrontare le contraddizioni e di leggere il conflitto sociale in termini diversi da quelli caratterizzanti la logica semplicistica aggressore-vittima. Logica che spesso non tiene conto del dato che, chi viene punito dall'applicazione di questo diritto penale simbolico, è prevalentemente un autore-vittima: ossia, è autore di un reato in quanto vittima di politiche marginalizzanti ed escludenti.

Appare chiaro che la politica di prevenzione e il diritto penale simbolico non possono sostituire una politica integrale dei diritti: una politica di prevenzione e di sicurezza corretta dal punto di vista costituzionale, dovrebbe interessare un campo più ampio, che comprenda, anche e soprattutto, la lotta contro l'esclusione sociale, in attuazione del principio di solidarietà che informa la nostra Costituzione.

## 5. La custodia cautelare come *extrema ratio*: un principio spesso disatteso

La custodia cautelare in carcere è stata considerata in vari periodi storici l'antidoto più efficace per rispondere alle paure e alle tensioni che derivavano dalla collettività. In altre parole tale istituto, tipicamente di stampo inquisitorio, ha cercato di proteggere gli interessi derivanti dalla società a discapito della tutela personale dell'imputato. Solamente con la caduta del regime

---

<sup>91</sup> Così E. STRADELLA, *Recenti tendenze del...* op.cit., p. 211.

<sup>92</sup> Come ha osservato M. DONINI, sottolineando che "Il diritto penale certamente non contribuisce al progresso della società; al massimo lo riflette, vi si adegua e lo accompagna.(...) il progresso si fonda su altri motori della vita civile, economica e culturale. La depenalizzazione stessa non è un progresso, oppure lo è nella misura in cui ciò che viene privato della sanzione penale riceve altre forme di tutela. La stessa criminalizzazione, in pari misura, non è un progresso. Non lo è mai. La punizione dell'omicidio e della strage non serve al miglioramento della società: serve solo a tacitarne la paura". Seminario dal titolo: *Per un codice penale di mille incriminazioni, recante l'elenco ufficiale e tassativo delle altre duecento extra codicem*, Bologna, 16 giugno 2000.



fascista e la nascita della carta costituzionale nel 1948 si è avvertito il primo grande segnale di cambiamento e di tutela nei confronti dei diritti spettanti ad ogni uomo, compreso l'indagato-imputato sottoposto a processo. L'inviolabilità della libertà personale, sancita all'art. 13 della Costituzione insieme all'art. 27 secondo comma riferito alla presunzione di non colpevolezza, come si è visto, costituiscono i due baluardi a cui guarda il legislatore nel 1989 con la creazione del nuovo codice di procedura penale. L'intervento codicistico in materia di misure cautelari personali è volto principalmente a proteggere la figura dell'imputato. Il *diktat* è portare la misura inframuraria da regola ad eccezione, ricorrendo all'utilizzo dell'istituto della custodia solamente nei casi in cui le altre misure cautelari risultino inadeguate. I buoni propositi di lasciare alla custodia carceraria il ruolo di *extrema ratio* vengono più volte screditati nel corso degli ultimi anni, nei quali si "riaprono ferite" che sembravano essere completamente risarcite. Ad aprire gli occhi all'Italia è la Corte di Strasburgo che, a seguito della Sentenza Torreggiani, sottolinea come l'abuso della custodia carceraria sia una delle cause che hanno portato il nostro Paese al connesso problema del sovraffollamento carcerario. Per risolvere la delicata questione la Corte costituzionale ha demolito tutte quelle presunzioni di adeguatezza che aveva ritenuto fino a pochi anni fa essenziali a fronteggiare le paure e soddisfare i bisogni della società che si creavano a seconda degli "allarmi sociali". Sotto la scorta delle pronunce dei giudici della Consulta, anche il legislatore è recentemente intervenuto con la legge 47/2015 al fine di individuare delle linee guida per orientare i contrasti interpretativi e risolvere la frammentarietà patologica che ha caratterizzato gli ultimi interventi legislativi in materia di misure cautelari. L'obiettivo principale risiede ancora una volta nell'intento di evitare l'abuso delle misure cautelari quali anticipazione della pena, in particolare il ricorso al carcere. Affiancato dal "sostegno legislativo", il giudice cautelare viene più che mai responsabilizzato nel mantenere le promesse di questa grande scommessa giuridica, sociale e culturale.

Il problema della legittimità della misura cautelare coercitiva, nel quadro d'insieme dell'architettura delle *Grundnormen* in materia di libertà personale e giurisdizione penale, si identifica con quello della legittimità dei fini che ad essa sono attribuiti. Soltanto avendo riguardo alle finalità in funzione delle quali sono ordinate le ipotesi di applicazione delle misure cautelari, sarà possibile verificare che nel trattamento dell'imputato, sia pure assoggettato alla coercizione personale, non si parta dal presupposto di una sua identificazione con il colpevole, e che, di conseguenza, la custodia preventiva non venga utilizzata come pena anticipata rispetto alla condanna, che sola può legittimare l'applicazione della sanzione vera e propria.

Senz'altro, è da escludere l'ammissibilità di funzioni direttamente connesse ad esigenze di pura e semplice tutela della sicurezza collettiva<sup>93</sup>, alla finalità di placare l'allarme sociale destato dal fatto criminoso o comunque per scopi di pubblica esemplarità, perché in tutte queste ipotesi la misura coercitiva personale - e segnatamente la custodia preventiva - finirebbe per uscire completamente dall'ambito processuale che le è consono, per svolgere un compito sostanziale del tutto identico a quello della pena vera e propria<sup>94</sup>.

D'altro canto, nonostante sia possibile colmare in buona parte il "vuoto dei fini" dell'art. 13 Cost., resta comunque il fatto che la Costituzione non giunge a fissare "positivamente" le finalità delle restrizioni della libertà personale. Invero, l'art. 27, comma 2, Cost., benché assuma un rilievo e una incidenza fondamentale nell'ambito della disciplina della libertà personale dell'imputato, rappresenta pur sempre un limite di carattere essenzialmente "negativo", che non risolve il problema di tradurre compiutamente le direttive costituzionali al livello delle scelte legislative e delle valutazioni discrezionali del giudice. Secondo tale prospettiva, non si tratta, d'altronde, di impedire ogni valutazione di probabile colpevolezza, ma di evitare che, in conseguenza di una valutazione del genere, la restrizione personale preventiva venga ad assumere una funzione essenzialmente punitiva.

A ben vedere, comunque, proprio la lettura coordinata degli artt. 13 e 27, comma 2, Cost., per quanto non consenta di commisurare ad una specifica funzione il complesso delle garanzie, meramente tecniche, della libertà personale, sembra condurre anche a desumere «l'idea di uno specifico coordinamento funzionale della carcerazione preventiva alla logica del processo, quindi alle necessità e agli scopi del medesimo<sup>95</sup>».

Ad ogni modo, se la presunzione di non colpevolezza fornisce un argomento certo e decisivo per respingere l'idea che la libertà personale dell'imputato possa venire ristretta allo scopo dell'assolvimento di funzioni di natura "sostanziale" proprie, invece, della pena, in quanto giustificabili soltanto sul presupposto di un accertamento definitivo di colpevolezza, acquista precipuo risalto il carattere di doppia funzionalità della restrizione cautelare dell'imputato in ordine al fenomeno "processuale", nella misura in cui, assicurando la disponibilità del giudicabile, essa funge da garanzia sia rispetto allo svolgimento del processo (cautela strumentale) sia rispetto al risultato del medesimo (cautela finale). Nel primo caso la coercizione della libertà personale dell'imputato in carcere soddisfa l'esigenza di conservazione

---

<sup>93</sup> Sul punto cfr. A. MARUCCI, *Polemiche vecchie e nuove sulla custodia preventiva*, in *Giur. it.*, 1971, II, 145 s.

<sup>94</sup> Così G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, 24.

<sup>95</sup> V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 41.

delle prove, prevenendo il pericolo che l'imputato medesimo, lasciato in libertà, possa modificare lo stato dei luoghi e delle cose, influenzare i testimoni o, comunque, inquinare la ricerca probatoria (art. 274, lett. *a*, c.p.p.). Nel secondo caso, invece, il fondamento della restrizione personale preventiva è legato all'esigenza di evitare la fuga dell'imputato, ossia al pericolo che si sottragga all'esecuzione dell'eventuale condanna conclusiva dell'accertamento processuale (art. 274, lett. *b*, c.p.p.).

Il discorso diventa, allora, particolarmente delicato in ordine alla impostazione di natura fondamentale "sostanziale" - accolta anche nel vigente codice di rito (art. 274, lett. *c*, c.p.p.) - che, in omaggio ad esigenze di "tutela della collettività", assegna alla misura cautelare personale una finalità di prevenzione della commissione di delitti da parte di chi sia indiziato di determinati reati. Il dato codicistico disciplina, invero, l'esigenza cautelare relativa alla sussistenza del concreto pericolo, per specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'individuo sottoposto alle indagini o dell'imputato, desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali, che questi commetta gravi delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro l'ordine costituzionale ovvero delitti di criminalità organizzata o della stessa specie di quello per cui si procede (qualora per quest'ultimi sia prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni).

Nel dare attuazione alle «esigenze di tutela della collettività» richiamate dall'art. 2 n. 59 della legge-delega (l. 16 febbraio 1987, n. 81), il legislatore del codice di procedura penale del 1988 ha respinto l'idea di richiamare espressamente nel dato letterale tale concetto - che sembrava troppo generico per poter essere recepito in un testo normativo non immediatamente censurabile sotto il profilo della determinatezza della fattispecie *ex* art. 13 Cost. (mentre ancora nell'art. 253 c.p.p. 1930, come modificato dalla legge 5 agosto 1988, n. 330, definita "anticipatrice" del nuovo codice,<sup>96</sup> continuava a prevedersi l'emissione del mandato di cattura «quando, per la pericolosità dell'imputato desunta dalla sua personalità e dalle circostanze del fatto, sussistono esigenze di tutela della collettività») - e ha così adottato, come parametro di valutazione, gli elementi deducibili sia da «specifiche modalità e circostanze del fatto» sia dalla «personalità» dell'indagato o imputato, riconoscendo loro rilevanza ogni qualvolta risulti il «concreto pericolo» che lo stesso, non sottoposto a cautela, possa commettere delitti rientranti nelle tipologie specificamente richiamate dalla norma.

---

<sup>96</sup> Sul punto v. M. CHIAVARIO, *Una legge "anticipatrice" sui generis in tema di libertà personale*, in *Leg. pen.*, 1988, 501; P. SPAGNOLO, *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, 22 s.

Emerge, quindi, chiaramente come la disposizione coinvolga la pericolosità sociale dell'indagato o dell'imputato - apprezzabile come significativa probabilità che lo stesso commetta determinati reati - e miri direttamente a tutelare la collettività da queste, potenziali, nuove aggressioni.

Così definita, sembra, però, che la misura cautelare adottata per questa specifica esigenza non coincida o non collimi con le necessità di tutela interne alla vicenda processuale, che rappresentano, essenzialmente, il fondamento logico immediato delle cautele, giacché l'ambito di operatività della disposizione è guidato da coordinate poste al di fuori del processo ed essenzialmente slegate dall'accertamento ivi effettuato. Proprio la sua estraneità al percorso "processuale" in senso stretto conduce a sollevare più di qualche dubbio in ordine ad un'eventuale discrasia rispetto all'impalcatura costituzionale e - per traslato - sistemica in materia di libertà personale<sup>97</sup>.

Secondo una radicata posizione dogmatica e culturale, l'idea che si possa addivenire al sacrificio della sua libertà personale per fini di prevenzione speciale, non solo non sembra agevolmente conciliabile con la presunzione di non colpevolezza, lasciando intendere come dietro ad una simile concezione si celi, e neppure troppo velatamente, una presunzione di colpevolezza a carico dell'imputato (si dice, cioè, che il riferimento ad esigenze di prevenzione speciale, ancorché limitato alla finalità di impedire delitti da parte dell'imputato, implica "necessariamente" il riconoscimento di una sua colpevolezza in relazione al reato del quale si trova ad essere indiziato), ma soprattutto viene a trascinare dall'alveo naturale, prettamente "processuale", dell'istituto cautelare, ossia dalla sua intrinseca ed immediata destinazione a garantire il raggiungimento delle finalità tipiche del processo.

Peraltro, sempre nel solco di questa ricostruzione dogmatica, anche senza sostenere che il rispetto della presunzione di non colpevolezza sia inconciliabile con un impiego della misura cautelare in funzione di prevenzione speciale, altre autorevoli voci hanno comunque sottolineato la natura tipicamente "accessoria" dell'esigenza di difesa sociale o specialpreventiva, ritenendola rilevante non in via autonoma ma solo se congiunta ad altra esigenza cautelare.

---

<sup>97</sup> In proposito, G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 302, osserva che la previsione della tutela della collettività dal pericolo di commissione di certi reati, come finalità cautelare della custodia preventiva, poggia su una «molto discutibile» equiparazione tra esigenze "strettamente inerenti" al processo ed altre "aventi comunque fondamento" nei fatti del processo. Sul punto v., inoltre, C. FIORIO, *La presunzione di non colpevolezza*, in G. DEAN (a cura di), *Fisionomia costituzionale del processo penale*, Torino, 2007, 136.

In sostanza, in un'ottica di stretta e biunivoca integrazione funzionale tra il procedimento di cognizione e le misure cautelari, si ritiene che il fenomeno della disponibilità del giudicabile andrebbe configurato quale garanzia rispetto allo svolgimento del processo e all'attuazione del risultato del medesimo<sup>98</sup>. Si è giunti, pertanto, a criticare le ipotesi normative come quelle accolte nella lett. c dell' art. 274 c.p.p., in cui la misura cautelare personale risponde a ragioni specialpreventive, aventi con il processo solo un'incidentale confluenza, ma capaci di condizionare in modo rilevante la vicenda processuale, prestandosi, sovente, a possibili strumentalizzazioni.

In particolare, la lettera normativa sembra riproporre, sostanzialmente, determinate coordinate logiche del concetto di pericolosità sociale, storicamente utilizzato, fin dal codice Rocco (con l'introduzione del cosiddetto sistema del "doppio binario"), per delimitare l'ambito di applicazione delle misure di sicurezza, proprio in ordine alle ipotesi in cui sia «probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati» (art. 203, comma 1, c.p.). In tal modo, però, si verrebbe a determinare una trasmigrazione della pericolosità sociale da presupposto di un momento che accompagna il trattamento sanzionatorio, coprendo una particolare ottica disvelata dall'accertamento penale, a condizione legittimante un provvedimento cautelare, ossia *ante iudicium*. In questa prospettiva, il giudizio prognostico di pericolosità espresso al momento e nei termini della misura cautelare sarebbe un modo strumentale per legittimare la restrizione della libertà personale sprovvisto di reale fondamento, perché privo di una valutazione sufficientemente ampia, autonoma e seria sulla pericolosità, pur finendo appunto per invadere il terreno affidato dal sistema penale alle cure delle misure di sicurezza, applicate definitivamente o in via provvisoria, ove, invece, l'accertamento della pericolosità è da attuare in forma specifica e concreta (pur con i limiti inevitabili di un giudizio predittivo a lungo termine) - secondo l'art. 203, comma 2, c.p. - sulla base delle medesime condizioni applicative della pena, ossia in forza della rilevanza degli indici di gravità del reato e di capacità a delinquere *ex art. 133 c.p.*<sup>99</sup>.

In realtà, la Corte costituzionale ha, in passato, ritenuto di non condividere l'assunto che la finalità cautelare della custodia preventiva relativa alla "tutela della collettività" dal pericolo di commissione di certi reati «sarebbe propria della pena e della misura di sicurezza, ed incompatibile con la presunzione di non colpevolezza cui deve ispirarsi il trattamento

---

<sup>98</sup> Così V. GREVI, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, cit., 48 s.

<sup>99</sup> Sul tema v., in particolare, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 825 s.; R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Roma, 2012, 1431 s.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Padova, 2011, 843 s.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Milano, 2009, 639 s.; A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2010, 141 s.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 9ª ed., Milano 2008, 344 s.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4ª ed., Torino, 2011, 554 s.

dell'imputato durante il processo». I giudici della Consulta hanno, infatti, sostenuto che «le finalità della custodia preventiva, che non possono in alcun modo risolversi in anticipata espiazione di pena, sono segnate da esigenze di carattere cautelare, rispetto a ragioni di giustizia penale che per la durata del processo penale sarebbero pregiudicate ove non potesse cautelativamente provvedersi anche prima della sentenza definitiva», e sotto questo profilo hanno concluso che «non vi è sostanziale differenza fra esigenze “strettamente inerenti al processo”, ed altre che comunque abbiano fondamento nei fatti per cui è processo, posto che anche la tutela di queste ultime abbia rilievo costituzionale, e giustifichi quindi il sacrificio della libertà personale dell'imputato».

In tal modo, verrebbe fondamentalmente respinto l'orientamento dottrinale secondo cui è possibile legittimare la restrizione personale preventiva solo nella prospettiva di garantire l'esecuzione della pena e l'acquisizione delle prove, con esclusione di qualsiasi riferimento a funzioni di prevenzione speciale o generale ovvero a funzioni in qualche modo collegate alla pericolosità dell'imputato. In precedenza, del resto, si era anche sostenuto, sempre nella giurisprudenza costituzionale, che «non si può escludere che la legge possa (entro i limiti, non insindacabili, di ragionevolezza) presumere che la persona accusata di reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza, sia in condizione di porre in pericolo quei beni a tutela dei quali la detenzione preventiva viene predisposta»: insomma, «la finalità di prevenzione speciale non potrebbe essere più apertamente proclamata».

In realtà, però, il problema non è volere negare la rilevanza delle istanze di difesa sociale, che sono, senza dubbio, «una componente ontologicamente necessaria di ogni società organizzata»; bensì, la questione è che, una volta «individuata la necessità della prevenzione, resta ancora da dimostrare se e attraverso quali forme la Costituzione italiana abbia inteso legittimarla<sup>100</sup>».

---

<sup>100</sup> F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in Id., *POLITICA CRIMINALE E SCIENZA DEL DIRITTO PENALE*, Bologna, 1997, 74-75.

## CAPITOLO IV

### Il rispetto della dignità umana nel trattamento dei detenuti

#### 1. La dignità del detenuto nella Costituzione

Quando si discute su come “difendere Abele e recuperare Caino” occorre ricordare che anche per Caino, quando espia la pena, valgono il principio della pari dignità sociale sancito dalla nostra Carta fondamentale ed il principio personalistico, che in essa è postulato diffuso. V'è fra questi due principi una sinergia intensa, che lega il fondamento ultimo del valore di eguaglianza - vale a dire, la dignità della persona, quale suo nucleo irriducibile ed insopprimibile ed unico tramite per il reciproco riconoscimento della comune umanità - al principio dell'uomo “sempre come fine e mai come mezzo”<sup>101</sup>.

Tuttavia, uno sguardo anche superficiale alla quotidianità del pianeta carcere, dimostra con drammatica evidenza quanta distanza vi sia fra quei principi e la realtà della pena detentiva. Il contrasto fra gli obiettivi teorici - quelli proposti dall'articolo 27 della Costituzione - e la realtà è ancor più bruciante, perché segue ad una “*rivoluzione promessa*” del sistema carcerario. È una rivoluzione scandita da una serie di tappe importanti: la riforma dell'ordinamento penitenziario nel 1975; la legge Gozzini nel 1986; il nuovo regolamento penitenziario nel 2000; da ultimo, la Raccomandazione del Consiglio d'Europa sulle regole penitenziarie nel 2006, quest'ultima mirante ad un concreto rispetto della dignità e all'umanizzazione del trattamento.

Le previsioni specifiche della *Raccomandazione*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2006, sono inserite in un più ampio contesto di principi generali e sono lì a ricordarci, fra le altre cose, che non vi può essere dignità senza il rispetto delle condizioni minime di vivibilità all'interno del carcere<sup>102</sup>, inderogabili «*anche in caso sovraffollamento carcerario*».

Ma è una rivoluzione che nasce altresì nel contesto dei numerosi interventi della Corte Costituzionale in tema di funzione della pena, nonché di garanzia della dignità e dei diritti fondamentali dei detenuti. Anche per la persona detenuta vale il principio della pari dignità

---

<sup>101</sup> Intervento conclusivo del Presidente emerito della Corte Costituzionale, Giovanni Maria Flick, al corso “*Diritti dei detenuti e Costituzione*” - Università degli Studi Roma Tre, 6 dicembre 2011.

<sup>102</sup> V., fra gli altri, l'art. 18, par. 1: «I locali di detenzione... devono soddisfare le esigenze di rispetto della dignità umana e, per quanto possibile della vita privata, e rispondere alle condizioni minime richieste in materia di sanità e di igiene».

sociale, che l'art. 3 della Costituzione garantisce a tutti. Il carcere è una formazione sociale - per quanto coattiva e, tendenzialmente, totalizzante - nella quale, come dice l'art. 2 della Costituzione, i diritti fondamentali devono essere riconosciuti e garantiti, compatibilmente con la restrizione della libertà personale; e devono coniugarsi con i doveri (di chi è dentro, e di chi sta fuori) di solidarietà sociale.

Da un lato, vi è il diritto (ed il dovere) ad un percorso rieducativo, assicurato dall'art. 27 Cost. Da un altro lato, vi sono i diritti fondamentali - all'identità, all'integrità psicofisica, alla scelta religiosa, al lavoro, all'istruzione, alla salute, alla socialità ed alla relazione e così via - riconosciuti da altre norme della Costituzione, che sono patrimonio di tutti gli esseri umani, anche quando sono detenuti.

Eppure, la "rivoluzione promessa" è una "rivoluzione tradita". Lo testimonia emblematicamente il rischio di snaturare e di capovolgere i fini delle misure alternative introdotte dalla legge Gozzini: da momenti essenziali per produrre sicurezza attraverso la libertà (e la progressione graduale verso di essa), a meri strumenti di sedazione e di ausilio per la realizzazione della *pax carceraria*; visti comunque con sospetto e paura, anche in questo caso e in quest'ottica riduttiva, a causa delle ipotesi - statisticamente non frequenti - di "incidenti di percorso" nella loro applicazione.

Ancora, lo testimoniano l'assenza dei circuiti penitenziari differenziati, nonostante la loro previsione per legge e le differenze che vi sono nella popolazione carceraria, per di più in una società multietnica come sta diventando la nostra; la promiscuità fra imputati e condannati definitivi; le condizioni e l'inadeguatezza delle strutture, che oscillano fra il nanismo e il gigantismo, e risalgono per l'ottanta per cento a più di un secolo fa, quando non al medioevo; il permanere di una cultura burocratica ed autoritaria; dall'altro lato, il "volto violento del carcere" di cui parla Alessandro Margara, chiedendo di "avere l'onestà di guardarlo fino in fondo".

Il carcere è indubbiamente una formazione sociale prevalente ed assorbente rispetto a tutte le altre possibili, durante l'esecuzione della pena detentiva; perciò, in essa, l'inviolabilità dei diritti, in funzione dello sviluppo della personalità, diviene profilo ancor più intenso e complesso. Un simile profilo può articolarsi in due prospettive diverse, ma complementari: l'una - esplicita e specifica - incastonata nel comma 3 dell'art. 27 della Costituzione; l'altra - generale ed implicita - ricavabile invece dal complesso dei diritti costituzionali fondamentali (artt. 2, 3, 4, 13, 24, 25, 32). La loro inviolabilità esige che l'eventuale loro compressione, nello stato di detenzione, sia comunque proporzionale alle effettive necessità del trattamento penitenziario; che, soprattutto, sia compatibile con la *dignità*, intesa quale nucleo minimo e



irriducibile degli stessi diritti fondamentali. Ma sotto altro prospettiva - più pregnante - l'universo dei diritti inviolabili dell'individuo trova la propria sintesi nella finalità rieducativa della pena. Infatti, non può esserci rieducazione - nella pluralità di accezioni cui la giurisprudenza costituzionale si è riferita, nel tempo, con molteplicità di espressioni<sup>103</sup> senza previo rispetto del limite invalicabile della dignità, alla luce del principio personalistico.

Proprio sul particolare atteggiarsi del rapporto "rieducazione-dignità", la Corte Costituzionale ha progressivamente abbandonato la concezione polifunzionale della pena, affermando<sup>104</sup> che - *«non si può prescindere dalla valutazione di comportamenti che rivelino la acquisita consapevolezza, da parte del reo, dei valori fondamentali della vita sociale»*. Valori, fra i quali *«deve evidentemente annoverarsi - ed in posizione prioritaria - la solidarietà sociale, la quale richiede l'adempimento di doveri che l'art. 2 della Costituzione definisce inderogabili»*.

Dunque, l'art. 2 della Costituzione è il termometro della dignità, la cui *restitutio in integrum*, anche nella coazione del carcere, è garantita dalla rieducazione. Il sintomo più evidente di tale processo è il riconoscimento, da parte del detenuto, dei propri doveri inderogabili di solidarietà sociale: cioè, il riconoscimento dell'altrui dignità.

*«L'evoluzione della personalità verso modelli socialmente validi, del ravvedimento improntato alla revisione delle motivazioni che avevano indotto il condannato a perseguire scelte criminali e, infine, del progressivo abbandono dei disvalori sui quali tali scelte si fondavano»*, (sentenza n. 352 del 1991) trova, insomma, un sintomo univoco nella riscoperta dell'altrui dignità ed attraverso il riconoscimento di *propri* doveri sociali inderogabili. Ed è, questa, la condizione per il riconoscimento e il rispetto ad un tempo della *propria* dignità, da parte del detenuto.

Come ancora di recente è stato ribadito dalla Corte, *«dal primato della persona umana, proprio del vigente ordinamento costituzionale, discende, come necessaria conseguenza, che i diritti fondamentali trovano nella condizione di coloro i quali sono sottoposti ad una restrizione della libertà personale i limiti ad essa inerenti, connessi alle finalità proprie di tale restrizione, ma non sono affatto annullati da tale condizione»*<sup>105</sup>. Si è progressivamente sviluppata una tutela dei diritti fondamentali lungo due direttrici complementari: da un lato, il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità; dall'altro, il riconoscimento positivo di tali diritti in favore dei detenuti.

---

<sup>103</sup> «Reinserimento nell'ordine sociale» (sentenza n. 168 del 1972); «reinserimento del reo nel contesto economico e sociale» (sentenza n. 126 del 1984); «reinserimento nel corpo sociale» (sentenza n. 274 del 1983); «risocializzazione» (sentenza n. 450 del 1998); «ravvedimento» o «recupero sociale» (sentenza n. 271 del 1998); «riadattamento alla vita sociale» (sentenza n. 204 del 1974); acquisizione di «valori fondamentali della vita sociale» (sentenza n. 138 del 2001)

<sup>104</sup> Sentenza n. 138 del 2001.

<sup>105</sup> Così la sentenza n. 341 del 2006 in tema di reclami dei detenuti in materia di lavoro.

Così, all'interno della (unica) formazione sociale coatta in cui il detenuto svolge la propria personalità, gli devono essere riconosciuti - oltre al fondamentale e globale rispetto della personalità medesima, in tutte le sue articolazioni - l'eguaglianza, nella forma della parità di trattamento e della non discriminazione; l'identità e l'integrità fisiopsichica; la libertà di religione, di istruzione, di lavoro; ma anche il diritto a preservare la propria salute ed a disporre degli essenziali diritti di relazione e di socialità primaria (colloqui, corrispondenza, ecc.<sup>106</sup>).

Il vero significato dei principi affermati dall'articolo 27 si comprende soltanto quando se ne coglie il valore positivo e non esclusivamente quello negativo. Per farlo - per sprigionare tutte le potenzialità che quei principi sono in grado di esprimere - occorre riempirli concretamente: con i diritti inviolabili, che anche la formazione sociale-carcere deve riconoscere e garantire; con i doveri di solidarietà di chi è fuori e di chi è dentro; con la pari dignità sociale di tutti, compresi i detenuti, in quanto soggetti deboli; con il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di fatto all'eguaglianza e al pieno sviluppo della persona umana, soprattutto quando sta in carcere.

Umanizzare la pena, come dice l'art. 27, significa proprio questo. Non solo, in negativo, la pena non può essere una tortura, un abbruttimento, un trattamento inumano; in positivo, essa deve rispettare la pari dignità dell'individuo e il suo patrimonio di diritti inviolabili, nonostante i limiti che derivano dalla restrizione della libertà personale e dalle esigenze di organizzazione e di sicurezza della convivenza carceraria. La Corte Costituzionale lo ha ricordato più volte con le sue sentenze: la pena detentiva non annulla i diritti fondamentali; il loro esercizio non può essere compresso al di là di quanto è reso inevitabile dallo stato di detenzione e dev'essere garantito anche attraverso il ricorso al giudice. Anzi - aggiunge la Corte - il "residuo" di libertà del detenuto è doppiamente prezioso e da tutelare, perché fa capo ad un soggetto doppiamente debole: in quanto è detenuto; e in quanto, di solito, è emarginato ed in situazione di disagio sociale già prima del carcere.

In sintesi, occorre *«assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena»* ai fini dell'attuazione dei principi di proporzionalità e di individualizzazione della pena medesima (sentenza n. 255 del 2006). E *«l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti - in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento - contribuisce, da un lato, a rendere quanto più possibile "personale" la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, primo comma; e nello stesso tempo è*

---

<sup>106</sup> Valga, a titolo di esempio, il riferimento recente ed esplicito della Corte (sentenza n. 190 del 2010) al diritto soggettivo alla salute, a proposito della permanenza del detenuto all'aperto e della sua limitazione per ragioni di sicurezza, da parte dell'amministrazione.

*strumento per una determinazione della pena quanto più possibile “finalizzata”, nella prospettiva dell’art. 27, terzo comma, Cost.» (sentenza n. 299 del 1992).*

Tendere alla rieducazione, come dice l’articolo 27, non vuol dire soltanto il riconoscimento di un mero fine, di un’utopia tendenziale da conciliare in qualche modo con altre più pressanti funzioni della pena: quelle di sicurezza, di afflittività e di retribuzione. La tendenza alla rieducazione - secondo la Corte Costituzionale - è l’essenza della pena: non ci può essere pena senza finalità rieducativa. Ciò non leva nulla all’afflittività e all’esigenza di sicurezza; ma si traduce nel diritto del detenuto e nel suo dovere - in base al principio di solidarietà - ad un percorso rieducativo, di recupero dei valori di convivenza sociale (non solo di ossequio alla legalità formale).

Il percorso del rispetto della dignità, della umanità, della rieducazione, è l’unico - piaccia o no - compatibile con le indicazioni della Costituzione: sia quelle dell’art. 27, sia quelle degli articoli 2 e 3 e dei principi fondamentali. È questo, l’unico percorso che consente di superare la certezza apparente e falsamente rassicurante di un carcere inteso soltanto come sicurezza, a favore di un carcere in cui la sicurezza si raggiunga attraverso la responsabilizzazione e il recupero graduale della libertà. Quella gradualità richiede l’applicazione di un altro principio costituzionale fondamentale, il principio di prossimità e di sussidiarietà, introdotto esplicitamente dall’art. 118 della Costituzione, nel testo vigente: sia la sussidiarietà verticale e istituzionale, unitamente alla differenziazione e adeguatezza, con il coinvolgimento degli enti locali e delle regioni; sia la sussidiarietà orizzontale e sociale, con il coinvolgimento del cosiddetto terzo settore e del volontariato. Così da poter realizzare un quadro effettivo ed efficace di misure alternative ed una loro accessibilità a tutti: anche ai clandestini ed agli emarginati senza famiglia e senza protezione.

Ma l’assetto del sistema non avrebbe mai trovato definitiva stabilità senza la progressiva giurisdizionalizzazione della tutela dei diritti riconosciuta al detenuto, sia nella dimensione generale dei diritti che nella dinamica individuale del trattamento. Anzi, l’azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli articoli 24 e 113 della Costituzione e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all’art. 2 della Costituzione (sentenza n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sentenza n. 18 del 1982): *«un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss’anche ad autorità appartenenti all’ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedurali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l’impugnabilità con ricorso per Cassazione».*

Dunque, è incompatibile con tale inviolabile diritto ogni plesso normativo (nel caso, ad esempio, gli artt. 35 e 69 della legge 26 luglio 1975, n. 354), che non preveda una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale (sentenza n. 26 del 1999). Sempre in tale logica, *«assume rilievo anche la generale competenza attribuita al magistrato di sorveglianza per la verifica di eventuali elementi, contenuti nel programma di trattamento, “che costituiscono violazione dei diritti del condannato o dell'internato”, e per l'adozione delle disposizioni “dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati” (art. 69, comma 5, ordinamento penitenziario)»* (sentenza n. 212 del 1997).

Peraltro (sentenza n. 341 del 2006) la Corte ha ritenuto incostituzionale, perché irragionevolmente e ingiustificatamente discriminatoria, la procedura del reclamo al giudice di sorveglianza, in materia di controversie civili nascenti dalle prestazioni di lavoro dei detenuti. Essa (sentenza n. 266 del 2009) ha invece ribadito la validità delle proprie affermazioni precedenti (sentenza n. 212 del 1997), quanto alla competenza generale della magistratura di sorveglianza in tema di tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti.

Inoltre, recentemente (sentenza n. 190 del 2010), la Corte ha riaffermato la competenza del Tribunale di sorveglianza ad esercitare il controllo di legalità sui contenuti del provvedimento ministeriale di sospensione dalle regole ordinarie di trattamento, per gravi motivi di ordine o di sicurezza pubblica (art. 41-*bis* dell'ordinamento penitenziario): controllo che la Corte aveva a suo tempo riconosciuto, pur in assenza di una esplicita previsione normativa, con riferimento *«non solo alla sussistenza dei presupposti per l'adozione del provvedimento, ma anche al rispetto dei limiti posti dalla legge e dalla Costituzione in ordine al contenuto di questo»* (sentenza n. 349 del 1996, a conferma delle sentenze n. 349 e 410 del 1993).

Ancora una volta, la significativa valorizzazione della titolarità dei diritti riconosciuti passa attraverso la valorizzazione di ruolo e funzione dell'organo - magistratura di sorveglianza come giudice di diritti - cui è attribuita la specificità di tale tutela.

Ed ancora una volta, soprattutto, la tutela mette in sintonia i diritti stessi - siano essi i “diritti generali di tutti” o il “diritto individuale alla rieducazione” - con l'originario fondamento: la pari dignità sociale, garantita di più e più intensamente anche nelle formazioni sociali coattive come il carcere, proprio in quanto la “necessità” di tale formazione non esclude affatto, istituzionalmente, gli spazi di libertà del soggetto, compatibili con lo stato di detenzione.

La pari dignità sociale, semmai, stimola a ricercare forme sempre più efficaci di tutela dell'effettività dei diritti all'interno del carcere: senza, peraltro, che lo “spirito di geometria”

soffochi sempre di più lo “spirito di finezza”. Perché, come scrive Paolo di Tarso nella *Lettera ai Romani*: “...noi che siamo forti abbiamo il dovere di sopportare l’infermità dei deboli, senza compiacerne noi stessi: ciascuno di noi cerchi di compiacere il prossimo nel bene, per edificarlo”.

## **2. Considerazioni sul Decreto Legge 211 del 2011 convertito con modificazioni nella Legge 9 del 2012**

In merito all’emanazione del Decreto Legge 211 del 2011 convertito con modificazioni nella Legge 9 del 2012 e rubricato «*Interventi urgenti per il contrasto della tensione detentiva determinata dal sovraffollamento delle carceri*» si è a lungo dibattuto sull’efficacia e sulla pertinenza delle novità introdotte, anche alla luce delle determinazioni espresse in sede Comunitaria dall’autorevole parere della CEDU, a seguito della nota sentenza “Torreggiani”<sup>107</sup>. In verità, qualunque intervento legislativo diretto anche solo a incrinare l’incivile, inutile e anacronistico monopolio della risposta detentiva nel sistema penale italiano trova il pieno sostegno nella Comunità Internazionale, che da tempo indica nel carcere la vera emergenza della giustizia nazionale. Ciò vale in relazione al radicale ripensamento dell’apparato sanzionatorio, e vale in termini ancora più drammatici e pressanti a proposito della carcerazione preventiva: il sistema cautelare, ormai sclerotizzato intorno ad automatismi applicativi intollerabili, a frequenti quanto incensurate elusioni dell’obbligo di motivazione autonoma e specifica, ad inversioni presuntive del principio di *extrema ratio*, deve essere urgentemente riportato - innanzitutto dal legislatore, visto che la giurisdizione dimostra troppo spesso di non essere all’altezza di questo compito - sui binari della Costituzione. Giustissimo, in questa prospettiva, anche stigmatizzare l’inutile e avvilente contatto con la realtà carceraria da parte dell’arrestato che venga rapidamente liberato senza cautele detentive: in questa critica non si devono però sfumare il senso e l’urgenza del quadro generale, né si deve allentare la tensione sul tema fondamentale, e cioè che oggi non dovrebbero entrare in carcere non solo quelli destinati a stazionarvi solo temporaneamente, ma molti di quelli che vi si trovano più o meno stabilmente ristretti in attesa di giudizio definitivo. Tornando all’oggetto principale del decreto, che l’alternativa alla detenzione carceraria occasionale venga individuata nella custodia presso le camere di sicurezza della polizia giudiziaria è poi discutibile sotto diversi profili, da quello del rispetto della dignità umana (molte

---

<sup>107</sup> Che si avrà modo di analizzare in modo più approfondito nel paragrafo successivo.

di queste celle, come la pratica giudiziaria insegna, sono luoghi ben peggiori di certe sezioni penitenziarie) a quello della protezione delle garanzie individuali.

Quanto al testo approvato dal Consiglio dei ministri, in via preliminare occorre rilevare che il divieto di custodia temporanea in carcere è strutturato in termini irragionevoli, e produce disequaglianze di dubbia compatibilità costituzionale. Dal momento che la nuova preclusione normativa viene espressamente calibrata sulla procedura *ex art. 558 c.p.p.*, i funzionari di polizia possono ancora legittimamente condurre presso le case circondariali, e così costringere ad una permanenza carceraria temporanea:

- l'arrestato per il quale non venga disposta la presentazione a giudizio direttissimo davanti al tribunale monocratico;
- il fermato, sia su ordine del pubblico ministero sia su iniziativa della medesima polizia giudiziaria;
- l'arrestato per il quale venga disposta la presentazione a giudizio direttissimo davanti a giudici diversi dal tribunale in composizione monocratica.

Si tratta, evidentemente, di una disparità del tutto priva di giustificazioni: se l'intento dei riformatori è quello di evitare la detenzione occasionale dei soggetti sottoposti alle sole misure precautelari, bisognerebbe spiegare per quali ragioni tale principio non debba valere in tutti i casi di arresto o fermo, anche al di fuori delle ipotesi - pur statisticamente prevalenti - di "direttissimo monocratico". Peraltro se si interpretasse rigorosamente la disciplina codicistica potrebbe anche sostenersi che proprio il congegno procedurale disegnato dall'art. 558 c.p.p. - nella parte in cui legittima eccezionalmente la polizia giudiziaria alla conduzione dell'arrestato davanti al giudice a prescindere da una preliminare messa a disposizione del pubblico ministero, la quale si realizza appunto, a mente dell'art. 386 comma 4 c.p.p., «mediante la conduzione nella casa circondariale o mandamentale del luogo dove l'arresto o il fermo è stato eseguito» - già oggi dovrebbe impedire la "sosta carceraria" provvisoria: in questo quadro esegetico sarebbero i casi esclusi, paradossalmente, a richiedere l'imposizione di un divieto espresso. È quindi condivisibile l'emendamento Berselli-Maritati presentato al Senato, in sede di modifica del Decreto Legge emanato, proprio perché interviene sulla norma di carattere generale, e cioè il comma 4 dell'art. 386 comma 4 c.p.p., eliminando la denunciata disparità di trattamento. Coerentemente occorrerebbe però modificare anche il disposto dell'art. 558 comma 2 c.p.p., eliminando l'ultima frase relativa alla non applicabilità dell'art. 386 comma 4 c.p.p. in caso di giudizio direttissimo monocratico.

Il divieto di custodia temporanea in carcere è strutturato in forma debole, con deroghe troppo elastiche. Dal punto di vista della coerenza sistematica è innanzitutto curioso che le deroghe al principio di custodia extracarceraria degli arrestati vengano descritte, peraltro con riferimento a presupposti fattuali eterogenei, in due disposizioni diverse: da un lato il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 558 c.p.p., nel quale si fa riferimento alla mancanza o indisponibilità di idonei locali nel circondario, a motivi di salute dell'arrestato nonché ad altre «ragioni di necessità» da indicare specificamente nel provvedimento motivato che dispone la traduzione in carcere; dall'altro lato il nuovo articolo 123-*bis* delle disposizioni di attuazione, in base al quale il pubblico ministero - in questo caso la norma non esige espressamente il decreto motivato, per quanto l'uso dell'avverbio «anche» lasci intendere che si tratta di previsioni integrative della fattispecie di cui all'art. 558 comma 4-*bis* - può disporre la traduzione anche quando i funzionari di polizia «rappresentino la pericolosità della persona arrestata o l'incompatibilità della stessa con la permanenza nelle camere di sicurezza ovvero altre ragioni che impediscano l'utilizzo» dei medesimi locali.

Quanto al contenuto precettivo, è difficile immaginare che, per come sono concretamente strutturate, le fattispecie derogatorie siano davvero in grado di scongiurare forme più o meno disinvolte (oltre che non sanzionabili processualmente, superfluo sottolinearlo) di aggiramento del divieto: è chiaro infatti - proprio l'esperienza giudiziaria nel settore cautelare dovrebbe suggerirlo - che l'uso di parametri semanticamente evanescenti come quelli di “idoneità” dei locali, di “pericolosità”, di “incompatibilità”(?) dell'arrestato ovvero il richiamo a non meglio caratterizzate “ragioni di necessità” o ad “altre ragioni che impediscano l'utilizzo” delle camere di sicurezza finisce per lasciare spazi enormi - anche e soprattutto sul piano delle motivazioni apparenti, meglio definibili come “allegazioni autoreferenziali” - alla discrezionalità applicativa (fino a che punto la pericolosità dell'arrestato consente comunque la sua custodia extracarceraria? in quale prospettiva - efficacia della sorveglianza, ovvero anche rispetto dei livelli minimi della dignità personale dell'arrestato - deve essere valutata la “idoneità” delle camere di sicurezza? in cosa possono consistere le “altre ragioni” - diverse, naturalmente, da quelle attinenti alla persona dell'arrestato o all'idoneità dei locali di custodia - che possono comunque giustificare la traduzione in carcere?); facile, in queste condizioni normative, pronosticare la formazione di un'eterogenea geografia giudiziaria nella quale il principio di eccezionalità della custodia carceraria temporanea potrebbe essere declinato in forme e secondo parametri assai diversi tra loro.

L'emendamento Berselli-Maritati è ovviamente condivisibile nella parte in cui comporta l'eliminazione del criticato comma 4-*bis* dell'art. 558 c.p.p. e dell'art. 163-*bis* disp. att. c.p.p. (si tratta, tra l'altro, di numerazione già adoperata per norma di tutt'altro contenuto). Quanto alle ragioni di deroga alla custodia domiciliare in favore della custodia nella "camera di sicurezza del circondario" (ma probabilmente si voleva scrivere "*camere*" di sicurezza), sarebbe preferibile prevedere la deroga in caso di sussistenza di esigenze non di "particolare", ma di "eccezionale" rilevanza. Quanto all'ulteriore deroga in favore della custodia in carcere, va ribadita la critica all'ipotesi di chiusura riguardante le "specifiche ragioni di necessità", troppo vaga ed evanescente.

Anche a prescindere dalle preoccupanti controindicazioni logistiche, organizzative e finanziarie già emerse all'avvio dell'esame parlamentare del decreto, il sistema della "custodia temporanea extracarceraria" pare destinato a sollevare più problemi di quelli che intende risolvere. Nella stessa ottica è preferibile puntare con decisione sulla permanenza domiciliare - intendendo naturalmente il domicilio nell'accezione più ampia oggi accolta anche dall'art. 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, di «abitazione [dell'arrestato] o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza» - e strutturare in termini precisi e rigorosi le fattispecie derogatorie. Su questo terreno nessuna delle giustificazioni finora fornite a sostegno della scelta rinunciataria (difficile identificazione di taluni arrestati, difficoltà nel reperimento di domicili idonei, appesantimento delle funzioni di vigilanza a carico della polizia giudiziaria) sembra davvero decisiva: quanto alle difficoltà di identificazione o all'instabilità del domicilio (quest'ultimo riduttivamente circoscritto al luogo di dimora abituale), perché si pretende curiosamente di attribuire un ruolo generalmente ostativo ad eventualità - per quanto statisticamente non irriskorie - comunque eccezionali che in quanto tali andrebbero più correttamente disciplinate; quanto all'appesantimento delle funzioni di vigilanza, perché - come autorevoli fonti istituzionali hanno prontamente evidenziato - la predisposizione di idonei servizi di custodia permanente presso le camere di sicurezza non sarebbe meno gravosa della sorveglianza domiciliare ordinaria.

Come è già stato anticipato nei primi commenti, l'intervento legislativo è condivisibile ma è stato troppo timido. Per un effetto realmente incisivo sarebbe stato opportuno, come da più parti suggerito, che il legislatore avesse aumentato a non meno di 24 mesi il limite di pena detentiva residua per l'accesso al beneficio; che avesse abrogato il limite finale di efficacia della previsione normativa e che avesse eliminato del tutto - essendo più che sufficienti gli ordinari



meccanismi della revoca - le preclusioni soggettive collegate all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario.

### 3. Il caso Torreggiani e la Corte EDU

L'8 gennaio 2013 la seconda sezione della Corte Edu si è pronunciata sui ricorsi riuniti presentati da sette persone che lamentavano le condizioni nelle quali erano state detenute rispettivamente negli istituti penitenziari di Busto Arsizio e di Piacenza. Cinque ricorsi datavano 2009, gli altri due 2010. I ricorrenti denunciavano di aver occupato celle di nove metri quadrati con altri due detenuti, disponendo quindi di uno spazio personale di tre metri quadrati, e di altre limitazioni, quali l'accesso all'acqua calda o la mancanza di luce sufficiente a causa della sbarre metalliche apposte alle finestre.

I giudici europei hanno preso in considerazione innanzitutto il diritto e la prassi interni.

L'art. 6 della legge n. 354 del 26 luglio 1975 (legge sull'ordinamento penitenziario) descrive come debbano essere i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati. In particolare, devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura, areati, riscaldati e dotati di servizi igienici riservati e decenti. Rilievo va dato al comma terzo, in cui si prescrive che agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto, a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta. Pertanto la regola dovrebbe essere la cella singola, le camere a più posti l'eccezione.

La Corte analizza le misure adottate dallo Stato italiano per rimediare al problema del sovraffollamento nelle carceri, a seguito della prima condanna dalla stessa inflitta con la sentenza Sulejmanovic<sup>108</sup>.

Nel 2010 erano detenute 67.961 persone nelle 206 carceri italiane, per una capienza massima prevista di 45mila persone, con un tasso di sovraffollamento del 151%. Il Presidente del Consiglio dei Ministri dichiarò lo stato di emergenza nazionale per la durata di un anno con decreto del 13 gennaio 2010 e con ordinanza n. 3861 del successivo 19 marzo, nominò un Commissario delegato al Ministero della Giustizia incaricato di elaborare un piano d'intervento

---

<sup>108</sup> Corte Edu, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, ric. n. 22635/03. Il ricorrente era stato detenuto nel 2003 presso la casa di reclusione di Rebibbia, a Roma, dividendo con altre cinque persone una cella di 16,20 metri quadrati.

per le carceri, denominato “Piano carceri”<sup>109</sup>. Tale piano prevedeva la costruzione di 11 nuovi istituti penitenziari e venti padiglioni all’interno di strutture già esistenti: ciò avrebbe comportato la creazione di 9.150 posti in più e l’assunzione di duemila nuovi agenti di polizia penitenziaria. Lo stato di emergenza nazionale fu prorogato due volte e al 13 aprile 2012 le carceri accoglievano 66.585 detenuti, con un tasso di sovraffollamento del 148%, determinando quindi una lieve flessione.

Successivamente i giudici hanno preso in considerazione i testi internazionali pertinenti, con riferimento ai rapporti generali del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CTP)<sup>110</sup>. Il CTP è spesso giunto a considerare il sovraffollamento come un “trattamento inumano o degradante” in sé. Un tale orientamento è stato confermato anche dalla Corte Edu nella sentenza Kalachnikov c. Russia del 15 luglio 2002<sup>111</sup>, nella quale è stato stabilito che *“benché non vi fosse indizio della presenza di una precisa intenzione di umiliare o di degradare il ricorrente, le sue condizioni di detenzione, in particolare l’ambiente sovraffollato e insano e gli effetti nocivi di questo sulla sua salute e sul suo benessere, combinati con la lunghezza del periodo durante il quale egli è stato detenuto in tali condizioni, equivaleva a trattamento degradante”*.

In aggiunta al lavoro del CTP e alle indicazioni da esso fornite, anche il Comitato del Consiglio d’Europa ha adottato la Raccomandazione Rec(99)22 il 30 settembre 1999 sul tema del sovraffollamento carcerario e dell’inflazione carceraria, raccomandando agli Stati membri di *“prendere tutte le misure appropriate in sede di revisione della loro legislazione e della loro prassi relative al sovraffollamento delle carceri e all’inflazione carceraria al fine di applicare i principi enunciati nell’Allegato alla presente Raccomandazione”*. In tale Allegato sono stati elencati alcuni principi di base da seguire: considerare la privazione della libertà come una sanzione di ultima istanza, adottare misure di ampliamento degli istituti detentivi soltanto come misura eccezionale, prevedere un appropriato insieme di sanzioni e misure da applicare nella comunità, depenalizzare o riqualificare alcuni delitti.

Il 5 giugno 2012 la Camera ha comunicato alle parti che riteneva opportuno applicare la procedura della “sentenza pilota” in virtù dell’art. 46 della Convenzione.

La Corte riafferma la propria costante giurisprudenza secondo cui dall’art. 46 CEDU,

---

<sup>109</sup> Il Piano carceri prevede quattro tipi di intervento: la realizzazione di padiglioni detentivi in ampliamento delle strutture esistenti; la realizzazione di nuovi istituti penitenziari; il completamento di padiglioni già avviati dal DAP e la ristrutturazione di istituti esistenti; il completamento di nuovi istituti avviati dal Ministero delle Infrastrutture. [www.pianocarceri.it](http://www.pianocarceri.it)

<sup>110</sup> Capitolo II, paragrafo 3.1.

<sup>111</sup> Corte Edu, 15 luglio 2002, Kalachnikov c. Russia, ric. n. 47095/99.

interpretato alla luce dell'art. 1 CEDU<sup>112</sup>, discende l'obbligo a carico dello Stato soccombente di mettere in opera, sotto il controllo del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, le misure individuali (relative alla posizione del singolo ricorrente) e le misure generali (relative alla generalità di coloro che si trovino in situazioni analoghe) necessarie ad ovviare alla violazione, sia assicurando un adeguato ristoro per le violazioni già subite, sia ponendo fine alle violazioni ancora in essere<sup>113</sup>.

La decisione di adottare la procedura della sentenza-pilota deriva dalla ragione che questa permette di mettere in luce chiaramente l'esistenza di problemi strutturali all'origine delle violazioni e di indicare le misure o azioni particolari che lo Stato convenuto dovrà adottare per porvi rimedio. È attribuzione del Comitato dei Ministri valutare l'attuazione delle misure individuali o generali adottate in esecuzione della sentenza della Corte<sup>114</sup>.

Altro fine è di indurre lo Stato convenuto a trovare, a livello nazionale, una soluzione alle numerose cause individuali originate dallo stesso problema strutturale, con lo scopo di facilitare la risoluzione più rapida ed effettiva di un malfunzionamento sistemico che colpisce la tutela del diritto convenzionale nell'ordinamento giuridico interno.

Pertanto il carattere strutturale che il sovraffollamento aveva raggiunto nel nostro Paese, confermato dal fatto che diverse centinaia di ricorsi proposti contro l'Italia erano già pendenti innanzi alla suddetta Corte - proprio per incompatibilità tra le condizioni detentive e l'art. 3 CEDU - e il loro numero continuava ad aumentare, ha comportato la scelta per l'adozione di questa procedura.

Al paragrafo 67 della sentenza, la Corte analizza il criterio dei tre metri quadrati, da sé già scriminante rispetto alla violazione dell'art. 3 CEDU quando il sovraffollamento carcerario raggiunge un determinato livello.

Questo parametro quantitativo va tenuto in considerazione quando si tratti di celle multiple e la condizione non sia assolutamente transitoria<sup>115</sup>.

Così, quando si è dovuta occupare di casi di sovraffollamento grave, la Corte ha ritenuto che tale elemento, da solo, basti a considerare violato l'articolo in questione: si tratta di casi in

---

<sup>112</sup> Articolo 1 CEDU: Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo. Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione.

<sup>113</sup> F. VIGANÒ, Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 gennaio 2013.

<sup>114</sup> Corte Edu, TORREGGIANI e altri c. Italia, cit., §84.

<sup>115</sup> G. TAMBURINO, *La sentenza Torreggiani e altri della Corte di Strasburgo*, in *CASS.PEN.*, fasc.1, 2013, pag. 0011B.

cui lo spazio personale concesso ad un ricorrente era inferiore a tre metri quadrati. Invece, in casi in cui il sovraffollamento non era così serio da sollevare da solo un problema sotto il profilo dell'art. 3 la Corte ha deciso che andavano presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive. Tra questi elementi figurano la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base.

All'interno della legge sull'ordinamento penitenziario, le modalità tramite le quali il detenuto può lamentare la lesione dei propri diritti sono indicate agli artt. 35 e 69.

Ai sensi dell'art. 35, i detenuti possono rivolgere istanze o reclami orali o scritti, anche in busta chiusa, al magistrato di sorveglianza, al direttore dell'istituto penitenziario, nonché agli ispettori, al direttore generale per gli istituti di prevenzione e pena e al Ministro della Giustizia, alle autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'istituto, al presidente della giunta regionale e al Capo dello Stato.

Secondo l'art. 69, il magistrato di sorveglianza è competente per controllare l'organizzazione degli istituti di prevenzione e pena e per prospettare al Ministro della Giustizia le esigenze dei vari servizi, con particolare riguardo all'attuazione del trattamento rieducativo delle persone detenute (comma 1). Esercita altresì la vigilanza diretta ad assicurare che l'esecuzione della custodia degli imputati sia attuata in conformità delle leggi e dei regolamenti (comma 2). Peraltro ha il potere di impartire disposizioni dirette ad eliminare eventuali violazioni dei diritti dei condannati e degli internati (comma 5). Il giudice decide sul reclamo con ordinanza impugnabile soltanto per Cassazione.

I ricorrenti, che erano stati detenuti nel carcere di Piacenza, si erano rivolti al magistrato di sorveglianza di Reggio Emilia. Questi aveva accolto i reclami e li aveva trasmessi alla direzione del carcere di Piacenza, al Ministro della Giustizia e all'amministrazione penitenziaria competente, affinché ciascuno potesse adottare con urgenza le misure adeguate nell'ambito delle rispettive attribuzioni. Soltanto uno di questi detenuti era stato poi trasferito in una cella concepita per ospitare due persone; è dunque evidente che il sistema italiano non offriva alcuna via di ricorso suscettibile di porre rimedio al sovraffollamento delle carceri italiane e di portare a un miglioramento delle condizioni detentive.

I rilievi del giudice europeo riguardano la questione dell'ineffettività delle decisioni assunte dal giudice di sorveglianza, le quali integrano mere sollecitazioni all'autorità governativa per l'eliminazione delle violazioni eventualmente riscontrate, ma che non valgono come titoli esecutivi nei confronti dell'amministrazione penitenziaria (tanto sotto il profilo dell'eventuale

*facere* imposto alla P.A., quanto sotto quello della condanna della medesima al risarcimento del danno provocato ai detenuti)<sup>116</sup>.

Ciò in contrasto con il governo, che invece aveva eccepito il mancato esaurimento delle vie di ricorso interne. La Corte europea ha ricordato che la regola dell'esaurimento delle vie di ricorso interne mira a offrire agli Stati contraenti l'occasione per prevenire o riparare le violazioni denunciate nei loro confronti prima che tali denunce siano portate alla sua attenzione. Tuttavia l'obbligo derivante dall'art. 35 CEDU<sup>117</sup> si limita a quello di fare un uso normale dei ricorsi verosimilmente effettivi, sufficienti ed accessibili. In particolare la Corte prescrive l'esaurimento dei soli ricorsi che siano al tempo stesso relativi alle violazioni denunciate, disponibili e adeguati. Essi devono esistere con un sufficiente grado di certezza non solo nella teoria, ma anche nella pratica, altrimenti mancano dell'effettività e dell'accessibilità volute. La regola per di più non si applica quando sia provata l'esistenza di una prassi amministrativa che consiste nella ripetizione di atti vietati dalla Convenzione e dalla tolleranza ufficiale dello Stato, tale da rendere vano o non effettivo qualsiasi procedimento.

La Corte Edu nella sua sentenza indica alcune misure di carattere generale, ricordando che le sue sentenze hanno carattere essenzialmente declaratorio e che non intende suggerire agli Stati delle disposizioni riguardanti le loro politiche penali e l'organizzazione del loro sistema penitenziario.

Spetta quindi allo Stato convenuto scegliere i mezzi per assolvere l'obbligo derivante dall'art. 46 della Convenzione.

La Corte esorta ad agire in modo da ridurre il numero delle persone incarcerate, applicando maggiormente misure punitive che non siano privative della libertà e soprattutto riducendo al minimo il ricorso alla custodia cautelare in carcere<sup>118</sup>.

Sul fronte dei rimedi preventivi e compensativi, i giudici indicano che questi devono coesistere in modo complementare. Il ricorso indicato dal governo italiano, il reclamo rivolto al magistrato di sorveglianza in base agli art. 35 e 69 della legge sull'ordinamento penitenziario, è un ricorso accessibile ma non effettivo nella pratica, poiché non consente di porre fine rapidamente alla carcerazione, quando questa sia posta in essere in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU.

---

<sup>116</sup> F. FIORENTIN, *Sullo stato della tutela dei diritti fondamentali all'interno delle carceri italiane*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 25 febbraio 2013.

<sup>117</sup> Articolo 35 CEDU: Condizioni di ricevibilità. Comma 1: La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

<sup>118</sup> Cfr. Corte Edu, TORREGGIANI e altri c. Italia, cit., §94-95.

Il termine per adempiere è stato indicato in un anno dalla data in cui la sentenza sarebbe divenuta definitiva.

Una parte della dottrina ha rilevato nella distinzione tra rimedi preventivi e compensativi una sorta di distinzione ad opera della Corte tra protezione diretta e indiretta dei diritti fondamentali, poiché i primi eliminano direttamente il fatto lesivo, invece i secondi attribuiscono indirettamente al detenuto una riparazione equivalente al pregiudizio subito. Il rimedio risarcitorio, sicuramente imprescindibile quando si tratta di sistema di tutela dei diritti fondamentali, per il caso del sovraffollamento carcerario non può essere il solo esercitabile: non è sufficiente poiché, secondo la Corte, per il combinato disposto degli artt. 3 e 13 CEDU<sup>119</sup>, è necessario uno strumento che consenta al soggetto leso di ottenere l'immediata cessazione della lesione nel corso della lesione stessa<sup>120</sup>. Un risarcimento, per sua natura ottenibile solo *ex post*, non basta.

La sentenza Torreggiani si è posta come obiettivo primario di ridurre il tasso nazionale di sovraffollamento. Al paragrafo 96 espressamente la Corte dichiara che: *“Così, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'articolo 3 della Convenzione, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti”*.

Pertanto un rimedio preventivo a protezione del detenuto potrà dirsi veramente effettivo, dal punto di vista della giurisprudenza di Strasburgo, soltanto quando esso abbia la possibilità d'incidere alla radice dell'esecuzione penale o di disporre l'unica misura davvero adeguata per il singolo caso di sovraffollamento, in una situazione di sovraffollamento sistemico: la sospensione o il rinvio dell'esecuzione.

Incalzato dal termine imposto dai giudici europei, il 30 marzo 2013 il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano ha istituito un gruppo di lavoro sulle riforme costituzionali. Nella relazione finale del 12 aprile si è evidenziato, tra gli obiettivi da perseguire nel campo dell'amministrazione della giustizia, quello del perfezionamento del sistema di tutela dei diritti fondamentali, con pieno riconoscimento del diritto al giudice, dell'ampia apertura agli strumenti di tutela internazionali e di organi giudiziari indipendenti. Sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali si è proposto di perseguire il miglioramento dell'effettività dei rimedi di diritto interno sul piano organizzativo e di colmare poi lacune quali l'assenza della previsione dei reati

---

<sup>119</sup> Articolo 13 CEDU: Diritto a un ricorso effettivo. Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali.

<sup>120</sup> C. VIOLINO, *La protezione diretta e indiretta dei diritti del detenuto*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 26 marzo 2013.

di tortura e di trattamenti inumani e degradanti. Al paragrafo 25 hanno elencato alcune delle misure da introdurre per il contenimento del sovraffollamento carcerario: trasformare in pene principali alcune delle misure alternative dell'esecuzione, ad esempio affidamento in prova e detenzione domiciliare; depenalizzare le condotte che possono essere meglio sanzionate in altra sede; introdurre su larga scala le pene alternative alla detenzione; dare maggiore rilievo al tema del lavoro dei detenuti, che riduce drasticamente la recidiva e che rende il carcere più vivibile.

Il Presidente Napolitano ha sottolineato come il lavoro della Commissione sia servito a porre al centro dell'attenzione delle forze politiche i problemi essenziali cui sono legati sia il soddisfacimento delle attese e dei bisogni più urgenti dei cittadini e del Paese e lo sviluppo futuro dell'Italia, sia della società e della democrazia. Ha espresso che *“Una seria considerazione dei problemi da affrontare, delle situazioni critiche da superare, delle potenzialità da cogliere e mettere a frutto, può stimolare la ricerca di convergenze tra le forze politiche, può favorire un clima costruttivo nel nuovo Parlamento, suggerire forme praticabili di condivisione delle responsabilità di governo e dei percorsi di riforma necessari”*<sup>121</sup>.

La Corte Edu ha applicato i principi della sentenza Torreggiani alle condizioni di detenzione in Belgio, Bulgaria e Ungheria e ha adottato la procedura della sentenza pilota in tutti questi casi, in quanto sono state riscontrate violazioni degli artt. 3 e 13 CEDU di gravità tale da denotare problemi di sovraffollamento di carattere strutturale.

Inoltre la Corte ha fatto spesso riferimento, nell'*iter* argomentativo, alla situazione carceraria dell'Italia, successiva alla sentenza Torreggiani, come esempio delle ricadute e degli effetti positivi sull'ordinamento giuridico derivanti dalla procedura della sentenza pilota.

A riguardo la dottrina ha osservato che tali indicazioni sembrano essere una *“ricetta”* della Corte Edu e pertanto, qualora questa si estendesse progressivamente tra gli Stati Membri del Consiglio d'Europa, potrebbe produrre una maggiore vicinanza dei sistemi in materia di privazione della libertà personale e di istituti penitenziari. Infatti sono state indicate quanto siano numerose le sentenze di condanna emesse di recente dalla Corte Edu nei confronti di altri Paesi europei sullo stesso tema: Romania, Polonia, Francia, Moldavia e Russia sono solo alcuni. È stato paventato che in tali casi la procedura della sentenza pilota sembra essere stata solo rimandata di qualche tempo. Se ciò non risultasse sufficiente e il problema del sovraffollamento assumesse una portata tale da considerarsi endemico negli ordinamenti europei, è stata avanzata l'ipotesi di ricercare soluzioni congiunte e condivise a livello europeo e internazionale, sulla base

---

<sup>121</sup> Intervento del Presidente Napolitano alla Riunione per la consegna delle relazioni conclusive dei Gruppi di lavoro, Palazzo del Quirinale, 12 aprile 2013, [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)

degli standard di tutela sanciti nelle Carte dei diritti<sup>122</sup> fondamentali.

Sembra quindi che la sentenza Torreggiani abbia posto il focus sulle condizioni di detenzione nei singoli Paesi Membri e dato l'avvio ad una serie di condanne, talune caratterizzate dalla severità e stringenza della sentenza pilota, che potrebbero generare una profonda revisione degli ordinamenti penitenziari qualora si decidesse di adottare una normativa comune a livello europeo, in grado di uniformare la situazione.

### 3.1. *Risarcimenti per i detenuti*

L'introduzione nell'ordinamento penitenziario, da parte del d.l. 92/2014, conv. con modif. in l. 117/2014, dei nuovi "*rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della CEDU (...)*" costituisce la risposta diretta del Governo italiano alle sollecitazioni del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che, in una nota del 5 giugno 2014, aveva dichiarato il suo apprezzamento per le riforme sino a quel momento intraprese e aveva invitato il nostro Stato a concludere in tempi contenuti il percorso avviato, così da adempiere in modo esaustivo agli obblighi derivanti dalla condanna pronunciata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Torreggiani<sup>123</sup>.

Volendo sinteticamente ripercorrere la vicenda entro la quale questo ultimo provvedimento governativo si inserisce, occorre ricordare che la sentenza Torreggiani - avendo rilevato il carattere strutturale della violazione dell'art. 3 Cedu da parte dell'Italia, a causa del "grave sovraffollamento" degli istituti penitenziari del nostro sistema - ha pronunciato nel gennaio del 2013 una 'sentenza pilota', per effetto della quale: da un lato, sono stati sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita; dall'altro, è stato concesso allo Stato italiano il termine di un anno a partire dal maggio 2013 (termine ora posticipato al giugno 2015, come si legge nella nota del Comitato dei Ministri a cui prima si è fatto riferimento), entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione. Oltre alla necessità di predisporre misure strutturali tali da incidere sulle cause del sovraffollamento carcerario, la Corte europea ha sottolineato l'esigenza di introdurre degli strumenti attraverso i quali i giudici siano in grado di attribuire un ristoro a chi abbia subito tale violazione (rimedi compensativi).

---

<sup>122</sup> V. MANCA, *L'Italia post-Torreggiani come modello nella sentenza pilota della Corte EDU Varga c. Ungheria*, [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 1 aprile 2015.

<sup>123</sup> V. paragrafo precedente.



Fino all'introduzione dell'art. 35-*ter* o.p.<sup>124</sup>, il nostro ordinamento era invece totalmente sprovvisto di rimedi compensativi specifici per risarcire i pregiudizi subiti dai detenuti a causa delle condizioni detentive inumane e degradanti in cui si erano trovati. Come si ricorderà la Corte di Cassazione, con la sentenza 4772/2013, aveva definitivamente negato la sussistenza, in capo al magistrato di sorveglianza, di un potere di condanna al risarcimento dei danni subiti dai detenuti in conseguenza del sovraffollamento (potere che era stato in precedenza riconosciuto da qualche isolata pronuncia della magistratura di sorveglianza) e aveva conseguentemente affermato che, in assenza di specifiche disposizioni legislative, la materia risarcitoria doveva considerarsi riservata alla competenza del giudice civile. Una soluzione che non si palesava come particolarmente soddisfacente, considerati i tempi lunghissimi dell'azione risarcitoria nella giustizia civile.

Né può considerarsi un rimedio di carattere compensativo la liberazione anticipata speciale, misura emergenziale introdotta nell'ordinamento dall'art. 4 d.l. 146/2013, che consente al condannato che abbia dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione di usufruire di una detrazione di pena di 75 giorni di detrazione ogni semestre di pena scontata (maggiore dunque rispetto ai 45 giorni di detrazione per semestre propri della liberazione anticipata ordinaria, di cui all'art. 54 o.p.). Secondo quanto sostenuto dal Governo nella Relazione introduttiva al d.l. 146/2013, il carattere retroattivo della liberazione anticipata speciale (che, come si ricorderà, opera a partire dal 1° gennaio 2010, garantendo ai condannati che abbiano già usufruito della liberazione anticipata ordinaria un 'ragguaglio' di 30 giorni per semestre) si spiegherebbe proprio con la volontà di attribuire al rimedio la funzione di riparare, in via risarcitoria, le violazioni subite dai detenuti in conseguenza della situazione di sovraffollamento carcerario: una riparazione non monetaria, ma in forma per così dire specifica, consistente appunto nella riduzione della pena da eseguire. L'attribuzione di un carattere compensativo alla liberazione anticipata speciale però non convince per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché, essendo una misura a carattere premiale, di essa beneficiano solamente i condannati 'meritevoli', con esclusione quindi di tutti gli altri soggetti (condannati 'non meritevoli', imputati e internati) che pure possono aver subito un grave pregiudizio ai propri diritti in conseguenza del sovraffollamento. In secondo luogo, perché essendo la sua applicazione del tutto indipendente dalle condizioni detentive in cui si trova il condannato, potrebbe indirizzarsi anche a soggetti che non hanno maturato alcun tipo di danno risarcibile.

---

<sup>124</sup> V. paragrafo 3.

Alla luce di ciò, non può che convenirsi sul fatto che con il d.l. 92/2014 - convertito, senza modifiche sul punto, dalla L. 117/2014 - il Governo ha di fatto colmato una lacuna, introducendo nell'ordinamento penitenziario l'art. 35-*ter*, che disciplina due tipologie di rimedi specificamente diretti a riparare il pregiudizio derivante a detenuti e internati da condizioni detentive contrarie all'art. 3 CEDU.

Il primo dei due rimedi (disciplinato nei commi 1 e 2 dell'art. 35-*ter* o.p.) è destinato ai detenuti e agli internati che stiano subendo un pregiudizio grave e attuale ai propri diritti, in conseguenza delle condizioni detentive in cui si trovano. Costoro possono rivolgersi al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere una riparazione in forma specifica, consistente in uno 'sconto' della pena ancora da espiare pari a un giorno ogni dieci di pregiudizio subito o, in alternativa - nel caso in cui il pregiudizio sia stato inferiore ai quindici giorni o nel caso in cui lo 'sconto' sia maggiore del residuo di pena - un risarcimento in forma monetaria, pari a otto euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Il secondo rimedio (disciplinato nel comma 3 dell'art. 35-*ter* o.p.) si rivolge a coloro che abbiano finito di scontare la pena detentiva o abbiano subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare non computabile nella pena da espiare. In questo caso, i soggetti possono rivolgersi entro sei mesi dalla cessazione della pena detentiva o della custodia cautelare al tribunale civile, al fine di ottenere un risarcimento in forma monetaria, sempre nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Una prima questione su cui occorre riflettere è se il d.l. 92/2014 abbia creato ex novo una nuova figura di illecito civile, in precedenza inesistente nell'ordinamento italiano. Sul punto ci sembra di poter tranquillamente affermare che la nuova normativa non ha introdotto nell'ordinamento un nuovo illecito civile, poiché, già prima, la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 Cedu costituiva un danno ingiusto risarcibile ex art. 2043 c.c. Ciò si desume dal fatto che l'art. 3 Cedu è divenuto un 'diritto' rilevante nel nostro ordinamento a far data dalla L. 848/1955, che ha ratificato e reso esecutiva in Italia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ciò, del resto, è stato espressamente riconosciuto dalla Corte di Cassazione nella già citata sentenza 4772/2013 che, nel negare una competenza risarcitoria in capo alla magistratura di sorveglianza, ha contestualmente affermato la risarcibilità di quella lesione da parte del giudice civile. Se così è, se ne deve dunque dedurre che il d.l. 92/2014 ha solamente introdotto una nuova disciplina per il risarcimento di questo specifico danno: una disciplina che, in quanto *lex specialis*, viene a sostituirsi alla ordinaria disciplina civilistica in tema di risarcimento del danno.

Per quanto riguarda la competenza a decidere sull'azione risarcitoria, la nuova normativa prevede che laddove la richiesta risarcitoria provenga da soggetti che siano detenuti o internati, la competenza spetti al magistrato di sorveglianza, chiamato a decidere con le forme del reclamo giurisdizionale ex art. 35-*bis* o.p. L'individuazione del magistrato di sorveglianza come giudice competente sul risarcimento dei detenuti - che costituisce una vistosa deroga alla regola generale che vuole attribuito al giudice civile la competenza in materia risarcitoria - trova una ragionevole spiegazione non solo nel fatto che il magistrato di sorveglianza può considerarsi il giudice naturale dei diritti dei detenuti, ma anche in considerazione del particolare contenuto del risarcimento riservato a chi è ancora in stato detentivo, consistente nella detrazione di un numero di giorni di pena proporzionale alla durata del pregiudizio subito. Quando invece la richiesta provenga da soggetti in stato di libertà, la competenza spetta come d'ordinario al tribunale civile: in questo caso, però, la specialità investe il tipo di giudizio, essendo previsto l'utilizzo del particolare procedimento disciplinato nell'art. 737 c.p.c.

Venendo ora, in particolare, all'esame dei rimedi esperibili davanti al magistrato di sorveglianza di cui ai commi 1 e 2, occorre innanzitutto chiarire quali siano i soggetti legittimati ad agire. Menzionando esclusivamente il "detenuto", la disposizione parrebbe escludere l'internato dall'ambito operativo del rimedio: nel linguaggio della legge di ordinamento penitenziario, infatti, il termine 'detenuto' è utilizzato per fare riferimento all'imputato e al condannato in stato di privazione della libertà personale, non invece al soggetto in esecuzione di una misura di sicurezza, il quale è appellato appunto con il termine di 'internato'; occorre tuttavia procedere ad un'interpretazione sistematica, prendendo in considerazione, da un lato, la rubrica dell'art. 35-*ter*, che fa riferimento ai "soggetti detenuti e internati" e, dall'altro, l'art. 2 del d.l. 92/2014, dedicato alle disposizioni transitorie, nel quale si legge che il rimedio è esperibile anche dai detenuti e dagli internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte europea. Sembra dunque plausibile ritenere che la mancata menzione dell'internato nel comma 1 sia il frutto di una mera dimenticanza e che si possa pacificamente giungere alla conclusione per la quale i nuovi rimedi risarcitori sono diretti a tutti i soggetti che reclamino un danno derivante dall'essere stati detenuti in condizioni contrarie all'art. 3 Cedu, indipendentemente dalla posizione giuridica di imputati, condannati o internati.

Soffermandosi ora sul tipo di ristoro approntato dall'ordinamento, dalla lettura dei commi 1 e 2 si ricava che esso varia a seconda della durata del pregiudizio subito. Nel caso in cui le condizioni inumane o degradanti si siano protratte per più di quindici giorni, il magistrato di sorveglianza dispone la riduzione della pena ancora da espiare, nella misura di un giorno ogni

dieci giorni di pregiudizio subito. Nel caso, invece, in cui la detenzione in contrasto con l'art. 3 Cedu abbia avuto una durata inferiore ai quindici giorni, il magistrato dovrà liquidare una somma pari a 8 euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

Il magistrato procederà al risarcimento in forma monetaria, sempre nella misura di otto euro per ogni giorno di danno subito, anche nel caso in cui - pur essendosi protratto il pregiudizio per più di quindici giorni - il periodo di pena da scontare che residua in capo al detenuto non sia sufficientemente lungo da consentire la detrazione di tutti i giorni di pena 'scontata'.

Appare evidente che nel disegno del legislatore, la forma principale di ristoro è rappresentata dalla riduzione della durata della pena. Tale rimedio ha un significato importante e immediatamente percepibile, poiché rappresenta il tentativo di risarcire in forma per così dire specifica il danno derivante dal *surplus* di sofferenza generato da condizioni detentive inumane e degradanti.

Quanto all'idoneità di tale tipo di ristoro a soddisfare le richieste provenienti da Strasburgo, si può senz'altro ritenere che il Consiglio d'Europa lo valuti come uno strumento riparativo adeguato. Ciò si desume, innanzitutto, dalla giurisprudenza della Corte europea che, proprio in una sentenza relativa ad un caso di sovraffollamento carcerario, ha espressamente affermato che *“a mitigation of sentence may under certain conditions be a form of compensation afforded to defendants in connection with violations of the Convention that occurred in the criminal proceedings against them”*<sup>125</sup>.

Passando ora ad esaminare l'altro rimedio introdotto con il d.l. 92/2014, quello disciplinato nel comma 3 dell'art. 35-ter e diretto a “coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1 in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere”. Destinatari di tale strumento sono dunque coloro che hanno subito il pregiudizio durante un periodo di custodia cautelare a cui non è seguita la condanna a pena detentiva, come nel caso, ad esempio, di soggetti che all'esito del processo siano stati assolti. Il rimedio è poi diretto a soggetti che abbiano terminato il periodo di espiazione della pena detentiva o della misura di sicurezza e solo successivamente si siano determinati a chiedere il risarcimento per il danno patito o, ancora, a soggetti che sono ammessi ad espiare la pena in forma extramuraria, perché ad esempio beneficiari di una misura alternativa. Basti in questa sede osservare che, in base a quanto stabilito dal comma 3, il risarcimento - che in questo caso è esclusivamente monetario (e

---

<sup>125</sup> Cfr. C. edu, sez. I, 10 gennaio 2012, Ananyev c. Russia, § 222.

diversamente non potrebbe essere, dal momento che i ricorrenti sono soggetti in stato di libertà) - è liquidato dal tribunale nella misura prevista dal comma 2: ossia nella misura di otto euro per ogni giorno di pregiudizio subito.

A differenza di quanto previsto nel comma 1, per queste ipotesi è previsto un termine di decadenza: il soggetto deve infatti proporre l'azione entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. La ragione per la quale il termine di decadenza decorre dalla riacquisizione dello stato di libertà si spiega forse in considerazione delle difficoltà di informazione e di azione che può derivare dallo stato di privazione della libertà personale.

Se da un lato le soluzioni adottate dal Governo appaiono adeguate allo scopo di adempiere agli obblighi imposti dalla Corte europea dall'altro lato il testo normativo approvato è apparso di assai difficile lettura, per la sua struttura non proprio lineare e per la sua evidente lacunosità.

Entrando poi nel merito delle soluzioni proposte, se da un canto pare sicuramente lodevole la scelta di puntare, in via prioritaria, su di un risarcimento 'in forma specifica', consistente cioè nello sconto della pena ancora da scontare, dall'altro però residuano alcune perplessità in merito alla rigidità del criterio di quantificazione del risarcimento del danno, sia con riferimento alla determinazione dei giorni di pena da scontare, sia all'entità del ristoro monetario: come si evince dalla lettura dei commi 1 e 2, l'unico parametro di cui può avvalersi il giudice per definire il quantum del ristoro è la durata in giorni del pregiudizio, senza che possano essere presi in alcuna considerazione altri parametri che invece, nella realtà, incidono significativamente sull'entità della lesione (si pensi ad esempio alle considerazioni dello stato di salute psico-fisico del detenuto, piuttosto che al numero di ore nel quale è costretto a stare all'interno della cella). Sotto questo profilo, la norma sembrerebbe dunque esporsi ad una censura di incostituzionalità per contrasto con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.<sup>126</sup>

Ancora, ci si può interrogare sulla adeguatezza dell'entità del ristoro, sia di quello in forma specifica, che di quello per equivalente. Quanto al primo, la detrazione di un giorno ogni dieci di pregiudizio patito potrebbe forse considerarsi eccessivamente modesta, se parametrata allo sconto di pena derivante dall'applicazione della liberazione anticipata ordinaria o, ancor di più, della liberazione anticipata speciale (la detrazione di 75 giorni ogni sei mesi equivale, infatti, ad una detrazione di ben quattro giorni di pena ogni dieci di pregiudizio patito).

---

<sup>126</sup> In questo senso anche F. FIORENTIN, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in *GUIDA DIR.* 30/2014, p. 28 ss.

In questo senso si era espresso il Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario che, nel suggerire alcune indicazioni in ordine all'auspicata introduzione di un rimedio compensativo, ipotizzava un meccanismo di riduzione della pena residua, il cui coefficiente di "sconto" si sarebbe potuto calcolare sulla falsariga di quanto previsto per la liberazione anticipata (il riferimento era allora alla liberazione ordinaria ex art. 54 o.p., non essendo ancora stata introdotta quella speciale).

Analogamente, si potrebbe riflettere sulla adeguatezza dell'entità del risarcimento monetario, effettivamente molto esiguo, specie se messo a confronto con l'art. 135 c.p. che, nell'individuare un generale coefficiente di equivalenza tra pena detentiva e pena pecuniaria, prevede che "quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva".

Le perplessità circa l'esiguità della misura del risarcimento aumentano qualora si consideri che il procedimento ex art. 737 c.p.c. davanti al giudice civile ha un costo<sup>127</sup>: ciò che potrebbe indurre in molti casi il detenuto a desistere, in considerazione della modesta entità del risarcimento che potrebbe ricavarne.

#### **4. Carta dei diritti e dei doveri dei detenuti e degli internati**

Una realtà della quale spesso non si parla è quella vissuta dai detenuti e dagli internati presso gli Istituti penitenziari, trattasi di una situazione ove i citati soggetti sono titolari di diritti e doveri. Tali diritti e doveri sono riportati non solo nella Legge 26 luglio 1975, num. 354, *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*, in modo particolare nel Capi IV, rubricato Regime penitenziario, ma anche nella *Carta dei Diritti e dei Doveri dei detenuti e degli internati* consegnata a ogni detenuto ovvero internato al momento dell'ingresso in Istituto in occasione del primo colloquio con il Direttore o con un operatore penitenziario. La finalità delle disposizioni è quella non solo di dare informazioni relativamente al comportamento da tenersi in Istituto, ma anche quella di rendere consapevoli i detenuti e gli internati di avere obblighi, ma essere anche titolari di diritti.

---

<sup>127</sup> Secondo quanto disposto dall'art. 13 d.P.R. 115/2002, così come modificato dal d.l. 94/2014, il costo del Contributo Unificato per i procedimenti speciali di cui al Libro VI, tit. II, capo VI del codice civile è di 98 euro.

È lecito affermare che assieme alla citata Carta sono consegnati loro anche estratti delle più importanti normative concernenti l'ordinamento penitenziario, la normativa all'interno dell'Istituto, nonché la *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, indicando il luogo dove consultare integralmente tali testi. Diritto in primis riconosciuto al detenuto o internato è quello di avvisare i propri familiari; altro diritto inalienabile è quello di nominare un difensore di fiducia mediante l'Ufficio Matricola e il relativo diritto al colloquio; se l'ingresso in Istituto comporta i suddetti diritti vi sono anche obblighi ai quali il detenuto deve ottemperare come quello di depositare oggetti quali: cinture, orologi, beni di valore nonché denaro, inoltre non può sottrarsi a visita medica e psicologica ove dichiarare eventuali patologie.

Al detenuto o internato è riconosciuto il diritto alla salute, in riferimento al quale sono previsti i servizi disponibili in Istituto indicati nella Carta dei servizi sanitari per i detenuti e per gli internati. La eterogeneità culturale permette l'esercizio del proprio culto; in particolare per i cattolici è previsto l'assistenza spirituale del cappellano, nonché la partecipazione a riti religiosi nelle cappelle cattoliche e presso locali a questi riservati; ai diritti sopraccitati si aggiungono anche quello della permanenza all'aria aperta (minimo un ora e massimo due ore, a seconda del regime nel quale si è sottoposti) e il diritto ad una sana alimentazione.

Particolarmente importante è il diritto riconosciuto ai detenuti e agli internati riportato ai sensi dell'articolo 35 della Legge 354 del 1975 (Diritto di reclamo); tale disposizione riconosce loro la facoltà di "rivolgere istanze o reclami orali o scritti" ai seguenti soggetti: Direttore dell'Istituto, Provveditore regionale, Capo del dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Ministro della Giustizia, alle Autorità giudiziarie e sanitarie in visita all'Istituto, al Garante nazionale e ai Garanti regionali o locali dei diritti dei detenuti, al Magistrato di Sorveglianza, al Presidente della giunta regionale e al Capo dello Stato.

Altro diritto riconosciuto ai detenuti e agli internati è quello dei colloqui con i familiari; tali colloqui avvengono in spazi riservati, senza alcun mezzo divisorio, ma con "controllo a vista non auditivo del personale di custodia", art. 18, Legge 354/75. Una recente sentenza della Corte di Cassazione,<sup>128</sup> ha statuito che, in caso di detenuto sottoposto al regime penitenziale di cui all'articolo 41-*bis*, nel caso in cui svolga un colloquio con i familiari, ove sia presente anche un minore di anni dodici, la predisposizione di un vetro divisorio nonché la relativa videoregistrazione sia conforme all'articolo 8 C.E.D.U., in quanto si tratta di "ostacoli" previsti dalla Legge che garantiscono non solo la sicurezza pubblica, ma impediscono anche la

---

<sup>128</sup> Cass. 28250/2014.

commissione di reati. Nonostante tale barriera di vetro l'amministrazione penitenziaria, negli ultimi dieci minuti di colloquio, consente al minore, che ha uno stretto rapporto di parentela con il detenuto, di avere un contatto diretto con lo stesso, negando però agli altri parenti la possibilità di avvicinarsi e mantenendo, pur sempre, la registrazione del colloquio stesso; la ratio di tale pronuncia consiste nel fatto che le esigenze del minore possono essere tutelate con un graduale rapporto con il detenuto e che comunque le esigenze del minore non possono far venir meno quelle legate a ragioni di sicurezza che la Legge prevede.

È riconosciuto al detenuto il diritto di effettuare colloqui telefonici con i propri familiari e conviventi e laddove siano dirette a persone diverse è necessario accertarne i motivi; le chiamate, che sono a carico dei detenuti, non possono superare il tempo di dieci minuti e possono essere effettuate una volta a settimana e al rientro dalla licenza ovvero al rientro in istituto dal premesso. A coloro nei cui confronti non è stata applicata la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, è riconosciuto loro, laddove sia degli stessi richiesti, il diritto all'elettorato attivo; la richiesta deve pervenire al Sindaco del luogo dove si trovano tre giorni prima la votazione, la quale avviene in appositi seggi.

Diritto di recentissima introduzione nella Legge 354 del 1975 è quello indicato ai sensi del neointrodotta articolo 35 ter mediante decreto Legge 92 del 2014 convertito dalla Legge 117 del 2014; trattasi dei Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati<sup>129</sup>. Particolarmente importante è anche l'articolo 35 bis della Legge 354/75 che permette al detenuto di effettuare reclamo giurisdizionale al Magistrato di Sorveglianza nel caso in cui l'Amministrazione penitenziaria ponga in essere condotte che arrecano un attuale e grave pregiudizio ai diritti del detenuto.

La norma transitoria ex articolo 2 Del Decreto Legge 92/2014, dispone che l'ex detenuto può esercitare il diritto di risarcimento entro e non oltre sei mesi dall'entrata in vigore del Decreto 92/2014, pertanto la possibilità di esperire ricorso ex articolo 737 del Codice di Procedura Civile, non potrà essere presentata oltre il termine del 28 dicembre 2014; il medesimo termine è previsto per coloro che hanno presentato ricorso innanzi alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e non abbiano ricevuto alcuna risposta sulla ricevibilità del ricorso.

Oltre ai diritti sono riconosciuti al detenuto o l'internato anche dei doveri, così come indicato ai sensi dell'articolo 32, I comma della legge 354/1975.

---

<sup>129</sup> V. paragrafo precedente (3.1).



Infatti, *in primis*, è ascritto loro l'obbligo di "osservare le norme e le disposizioni che regolano la vita penitenziaria", II comma, ex art. 32, Legge 354/75. Ai citati soggetti è riconosciuto l'obbligo di pagare le spese di mantenimento; il Magistrato di Sorveglianza, su istanza del detenuto, vista la buona condotta dello stesso, può disporre la remissione del debito laddove ci sia una disagiata situazione economica. Le spese di mantenimento consistono in: costo dei pasti, utilizzo di biancheria per la cella, posate, piatti e altri suppellettili; mentre per il cosiddetto sopravvitto, consistente in generi alimentari o beni che possano alleggerire la sua permanenza, il detenuto o l'internato è tenuto a pagare di proprie spese. Alle spese per le quali i detenuti o gli internati devono pagare si possono aggiungere anche quelle destinate ai corsi di istruzione secondaria di secondo grado ovvero corsi universitari; in tal caso è previsto un rimborso qualora abbiano superato tutti gli esami di ogni anno e versano in bisognose condizioni economiche, inoltre è previsto anche un premio di rendimento e ai più meritevoli sono riconosciute ricompense; viene data inoltre la possibilità della preparazione da privatista per i corsi di studio sopraccitati.

Per i detenuti nei confronti dei quali non vi è stato un provvedimento non definitivo possono esercitare attività lavorative sia all'interno che all'esterno dell'Istituto; mentre coloro nei confronti dei quali la pena è definitiva il lavoro assume la funzione di esecutività della pena, dopo, ovviamente, un periodo espiato all'interno delle mura carcerarie.

Particolarmente importante è il comportamento da tenersi; infatti i citati soggetto hanno l'obbligo di osservare le regole impartite all'interno dell'Istituto; l'inottemperanza di tali regole comporta i seguenti rimedi sanzionatori (elencati di seguito da quello più leggero a quello più pesante): richiamo, ammonizione, esclusione da attività ricreative e sportive per un periodo non superiore a giorni dieci, isolamento durante l'ora d'aria anche questo per una durata non superiore a dieci giorni, e per ultimo l'esclusione da uno a quindici giorni dalle attività praticate in comune. Una particolare importanza deve essere riconosciuta alla esclusione dell'attività in comune, la quale presuppone che il sanitario abbia attestato che il detenuto ovvero l'internato sia in grado di sopportarla e inoltre laddove ci sia tale esclusione costante è il controllo sul oggetto escluso; tale esclusione è sospesa nel caso di donna in stato di gravidanza, delle puerpere fino a sei mesi, nonché nei confronti delle madri che allattano la prole sino ad un anno, art. 39 L. 354/75. Ai sensi dell'articolo 38 L. 354/1975, II e III comma, il provvedimento sanzionatorio deve essere motivato ed è riconosciuta al detenuto ovvero all'internato la possibilità di esporre le proprie giustificazioni inoltre la sanzione applicata deve prendere in

considerazione non solo la tipologia dell'infrazione, ma anche il comportamento e personalità del soggetto.

Ricompense possono essere riconosciute a coloro che si sono distinti nel lavoro, nel rapporto con gli altri detenuti e internati, nonché abbiano osservato, con diligenza, il regolamento interno dell'Istituto.

## 5. Il caso Guantanamo: riflessioni sul sistema americano

La centralità che la questione del trattamento dei detenuti nella base americana di Guantanamo occupa nel dibattito internazionale, costituisce la dimostrazione di come le tematiche relative al rispetto dei diritti fondamentali in generale, e alla garanzia della libertà personale in particolare, abbiano assunto una posizione di assoluta priorità in ambito mondiale. La politica attuata dal Governo degli Stati Uniti nei confronti dei soggetti ritenuti conniventi con la rete terroristica, non è stata altro che la reazione alla situazione di emergenza causata dall'ondata di terrorismo abbattutasi sull'Occidente a partire dai tragici eventi dell'11 settembre 2001.

In particolare, appare opportuno concentrare l'attenzione sui presupposti giuridici che hanno permesso al Governo di agire in deroga alla clausola del *Due Process of Law*<sup>130</sup>, che garantisce i cittadini dall'arbitraria privazione della libertà, della vita, della proprietà, disponendo per tutti il diritto ad un "giusto processo".

Attraverso l'esame del "caso Guantanamo" è possibile considerare fino a che punto un potere dello Stato possa intervenire sulla sfera dei diritti soggettivi in ragione di un fine superiore, come la sicurezza nazionale; quali siano gli strumenti in possesso degli individui per rivendicare i propri diritti e quali i meccanismi di bilanciamento e le possibilità di riequilibrio del sistema. Questa vicenda si rivela esplicativa delle dinamiche istituzionali operanti in un sistema democratico consolidato come quello statunitense, e ci consente di individuare gli strumenti predisposti dall'ordinamento per proteggere se stesso.

In seguito agli attentati dell'11 settembre, rivendicati dall'organizzazione terroristica "Al Qaeda", gli Stati Uniti guidano una spedizione militare in Afghanistan al fine di debellare il regime talebano, reo di avere offerto appoggio e ospitalità al *leader* di "Al Qaeda", Osama Bin

---

<sup>130</sup> V. il V Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti del 1787: "procedura legale nella forma dovuta" (due process of law).

Laden, e ai suoi seguaci. Nel corso del conflitto armato centinaia di persone, ritenute direttamente o indirettamente coinvolte nel *network* internazionale del terrore, sono fatte prigioniere dalle forze statunitensi e trattenute nei carceri militari in Afghanistan, per poi essere trasferite nella base navale di Guantanamo, dove anni prima venivano ospitati i rifugiati cubani e haitiani.

Gli Stati Uniti non hanno mai comunicato l'identità dei soggetti catturati e, fin dal momento dell'arresto, i prigionieri sono stati sottoposti a ripetuti interrogatori in assenza di garanti legali; non è stato loro concesso alcun contatto con i familiari e nessuno ha avuto l'opportunità di usufruire di consulenza legale. L'importanza strategica della base militare di Guantanamo fa sì che l'accesso sia precluso ai civili non autorizzati e solo alcuni giornalisti hanno potuto visitare la base, a condizione di rispettare il tassativo divieto di tenere alcun contatto con i prigionieri. Il Governo statunitense ha creato a Guantanamo quello che un tribunale britannico ha definito “*a legal black hole*”: dato che i detenuti non hanno avuto modo di affrontare un regolare procedimento giudiziario nell'ambito del quale impostare una difesa ad accuse, che spesso non sono state formulate chiaramente.

È in ragione della situazione straordinaria dettata dall'emergenza terrorismo, che il Congresso emette la *Joint Resolution* n. 23 con la quale autorizza il Presidente «*to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations or persons he determined planned, authorized committed, or aided the terrorists attacks on September 11, 2001*<sup>131</sup>». L'Esecutivo è messo così in condizione di poter gestire nel migliore modo possibile lo stato di emergenza, che viene dichiarato con la *Declaration of National Emergency by Reason of certain terrorist Attacks*<sup>132</sup> e che comporta, tra le tante misure straordinarie previste a tutela della sicurezza nazionale, la possibilità di agire in deroga all'ordinario apparato di garanzie giurisdizionali. L'Esecutivo statunitense assume così anche l'autorità di determinare unilateralmente lo *status* degli individui arrestati, senza che a tal fine sia interpellato un tribunale. Questo comporta che, nonostante i prigionieri siano accusati di aver violato norme di diritto internazionale, non necessariamente a essi verranno applicate le disposizioni previste dalla Convenzione di Ginevra del 1949: le quali, sostiene il Governo, riguardano solo i prigionieri di guerra. L'Esecutivo nega l'applicazione della Convenzione di Ginevra ai detenuti di Guantanamo, perché afferma che al momento della cattura essi non indossassero uniformi o segni di appartenenza a uno Stato belligerante e perciò

---

<sup>131</sup> *Authorization for the Use of Military Force*, S. J. Resolution 23 , 107th Congress, Statue 224, 2001; questa Resolution si basa sulla section 5(b) della *War Power Resolution*, 5 novembre 1973, disponibile sul sito Internet: [www.yale.edu/lawweb/avalon/warpower.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/warpower.htm)

<sup>132</sup> *Declaration of National Emergency by Reason of certain terrorist Attacks*, Proc. 7463, 14 settembre 2001.

non possono essere considerati prigionieri di guerra. Essi vengono invece indicati come “*unlawful combatants*”, “*enemy combatants*” o “*enemy aliens*”, nel caso in cui si tratti di cittadini stranieri.

A proposito dell'applicazione delle leggi internazionali in materia di diritti umani, in un *memorandum* del 22 gennaio 2002, redatto dal capo dell'ufficio legale del Dipartimento di Giustizia, Jay. S. Bybee, si afferma che il Presidente Bush non è vincolato dalle leggi internazionali nei confronti dell'Afghanistan perché questo è un “*failed State*”, vale a dire uno “Stato mancato”, e in quanto tale non farebbe parte della comunità internazionale degli Stati soggetti alla legislazione internazionale. Dunque, secondo il *memorandum*, lo *status* di “*failed State*” dell'Afghanistan costituisce da solo motivo sufficiente perché il Presidente sospenda la Convenzione di Ginevra.

L'atteggiamento del Governo americano nei confronti dei detenuti per terrorismo, richiama l'attenzione degli osservatori internazionali e provoca accese contestazioni e proteste da più fronti, istituzionali e no. Sulla base della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, alcuni attivisti per i diritti umani presentano, nel 2002, un'istanza di fronte alla *Inter-American Commission of Human Rights*, denunciando la violazione da parte degli Stati Uniti di numerosi accordi internazionali. La *Commission of Human Rights*, quale misura preliminare, chiede agli Stati Uniti di “provvedere urgentemente a quanto necessario perché lo *status* legale dei detenuti di Guantanamo sia determinato da un tribunale competente”. Tuttavia il Governo americano si rifiuta di obbedire, contestando il fatto che la Commissione abbia la competenza di richiedere “*precautionary measures*” e di sollecitare l'applicazione del diritto internazionale umanitario.

Nel novembre 2001, il Presidente George W. Bush emette un *Presidential Order* sulla detenzione, il trattamento e il procedimento nei confronti di alcuni non-cittadini nella guerra al terrorismo, e dichiara che «*an extraordinary emergency for national defense purposes necessitate extraordinary treatment of any noncitizen whom we should determine belongs to Al Qaeda or is somehow involved in acts of international terrorism, harmful to the United States, its citizens, national security, foreign policy or economy*»<sup>133</sup>. Nel ricordato decreto presidenziale emesso in forza dei pieni poteri conferiti dal Congresso, Bush ordina al Segretario di Stato di arrestare e trattenere coloro i quali rispondano alla definizione di “*enemy alien*” (combattente nemico)<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> V. *Presidential Military Order*, cit.

<sup>134</sup> Va ricordato che la qualifica di “*enemy alien*” è stata utilizzata per la prima volta nel 1942, in una decisione nella quale la Corte Suprema, chiamata a sindacare sulla legittimità di un processo speciale di fronte a “Commissioni militari” a carico di alcuni sabotatori tedeschi, si dichiarò incompetente a giudicare sui

Il *Presidential Order*, rinforzato da alcuni provvedimenti del Dipartimento della Difesa, dispone comunque l'organizzazione di processi da tenersi di fronte a commissioni militari appositamente formate, e composte da tre fino a sette ufficiali nominati da una speciale *Appointing Authority* del Dipartimento di Difesa. Ciò però determina l'effettiva realizzazione di un percorso giudiziario parallelo a quello istituzionale, che proprio per questo rifugge dalle regole e dai meccanismi di garanzia e di controllo predisposti nell'ambito dell'ordinamento. Pertanto, affidando i processi ai detenuti di Guantanamo a speciali commissioni militari, il Governo degli Stati Uniti ha escluso la competenza dei tribunali del paese a giudicare la legalità delle azioni da esso intraprese nei confronti dei soggetti ritenuti collegati a organizzazioni terroristiche, per quanto esse possano aver comportato la violazione dei principi sanciti nella Costituzione e delle norme di diritto internazionale. Ma i procedimenti di fronte a queste commissioni possono ritenersi legali<sup>135</sup>?

La competenza dei tribunali militari dovrebbe limitarsi soltanto al giudizio sulla violazione delle norme del diritto di guerra, mentre il decreto presidenziale di Bush, nel definire l'ambito di azione delle *Military Commissions*, dispone che esse siano competenti a giudicare anche *other applicable laws*, senza fornire ulteriori dettagli sulla natura di tali atti. Previsione questa che risulta priva di fondamento costituzionale e legale. Considerando ancora una volta le Convenzioni internazionali come parametro di riferimento, alcuni dubbi sono stati sollevati circa la legalità dei tribunali militari previsti dal decreto presidenziale: sia la già citata Convenzione di Ginevra che la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici sanciscono, infatti, il diritto imprescindibile per qualsiasi soggetto di essere sottoposto a procedimento di fronte a tribunali "*regularly constituted*", escludendo quindi la legittimazione di Corti predisposte *ad hoc* e disciplinate da regolamenti speciali.

Già nel 2001 vennero intraprese, di fronte ai tribunali statunitensi, azioni di *habeas corpus* per conto di alcuni detenuti di Guantanamo, i quali si trovano evidentemente nella materiale impossibilità di agire direttamente a tutela della propria condizione. Nella maggior parte dei casi, le opinioni delle Corti federali interpellate limitano l'applicazione degli strumenti di tutela costituzionale al territorio statunitense e ai soggetti di nazionalità americana, supportando così

---

prigionieri di guerra, i quali però non erano propriamente tali e fu perciò coniata l'inedita definizione di "enemy aliens".

<sup>135</sup> Di "giustizia politica nella quale la funzione giudiziaria viene totalmente riassorbita e perversa dalla finalità politico militare", scrive, a proposito delle commissioni speciali militari, D. ZOLO, *Il crollo del diritto*, in *IL MANIFESTO*, del 25 agosto 2004.

di fatto le posizioni del Governo che afferma che l'extraterritorialità della base di Guantanamo renda incompetenti per giurisdizione tutti i tribunali americani.

Il punto di svolta, destinato a segnare l'evoluzione delle vicende istituzionali e costituzionali relative al caso Guantanamo, si ha il 10 novembre 2003, quando la Corte Suprema annuncia che esaminerà il caso *Al Odab v. United States*<sup>136</sup> e si pronuncerà in risposta al quesito: “Se le Corti degli Stati Uniti siano o meno competenti a sindacare circa la legalità della detenzione di detenuti stranieri, catturati all'estero, nell'ambito di ostilità e incarcerati nella base navale di Guantanamo, Cuba”.

Il 28 giugno 2004 la Corte emette tre sentenze con le quali, sei voti contro tre, afferma definitivamente il diritto alla difesa per americani e stranieri, sostenendo che ogni detenuto, a prescindere dalla nazionalità, possa contestare la legalità della sua detenzione davanti a un tribunale degli Stati Uniti.

La Corte afferma l'illegittimità costituzionale dell'azione governativa, dal momento che la Costituzione non permette al Governo di trattenere sospetti “combattenti nemici” o terroristi per un tempo indefinito: senza che essi siano formalmente incriminati, senza che venga loro concesso tutto il tradizionale apparato strumentale di protezione e garanzia del procedimento penale statunitense.

A meno che questi soggetti siano effettivamente trattati come prigionieri di guerra; in questo caso, essi dovrebbero comunque usufruire dei benefici e degli strumenti di tutela garantiti dal diritto internazionale, con particolare riferimento al dettato della Convenzione di Ginevra. Per comprendere il significato delle sentenze su Guantanamo, e il peso determinante da esse esercitato sull'equilibrio costituzionale statunitense, occorre mettere in evidenza come queste abbiano comportato l'effettiva limitazione dei poteri eccezionali concessi al Presidente dal Congresso all'indomani dell'11 settembre. La Corte non contesta l'autorità dell'Esecutivo in un momento di emergenza, né mette in discussione lo stato di eccezione, ma interviene comunque per riaffermare l'inviolabilità del diritto che ognuno ha di tutelare il proprio bene più prezioso, vale a dire la libertà personale, e così facendo interviene materialmente sull'azione governativa.

La questione dunque è di rilievo puramente costituzionale, e può essere risolta solo operando un bilanciamento tra la necessità di preservare la sicurezza nazionale, messa in

---

<sup>136</sup> Si tratta di petizioni di *habeas corpus* intraprese in favore di dodici soggetti di nazionalità kuwaitiana, uno di nazionalità australiana, uno di nazionalità britannica e un cittadino australiano, tutti detenuti a Guantanamo. Tali soggetti dichiarano di essere operatori in campo umanitario, “jobseekers” mentre uno di loro ha ammesso di essere un talebano.

pericolo dagli attacchi terroristici, con il tentativo di evitare il grave danno arrecato ad una persona, che si trovi ad essere ingiustamente imprigionata per un periodo di tempo indefinito.

La Corte Suprema afferma che la *Virginia District Court*, adita in primo grado, abbia garantito un'eccessiva protezione all'individuo a scapito della sicurezza, sostenendo che Hamdi potesse essere detenuto solo nel caso in cui, nell'ambito di un processo penale ordinario, fossero state prodotte a suo carico prove che dimostrassero inequivocabilmente la sua natura di "enemy combatant". D'altra parte, la Corte d'Appello del quarto circuito aveva operato uno sbilanciamento in senso inverso, affermando che per il solo fatto che Hamdi fosse stato catturato «in a theater of military action», la dichiarazione con cui il Presidente lo definiva nemico combattente non potesse essere in assoluto messa in discussione. Il giudice O'Connor conclude affermando che affinché si realizzi "the proper balance" è necessario che un cittadino-detenuto, il quale non si riconosce nella definizione di nemico combattente, debba essere messo al corrente degli elementi in base ai quali la classificazione è stata operata, e abbia l'opportunità di controbattere alle accuse del Governo di fronte a un "neutral decisionmaker"<sup>137</sup>.

L'alto e generalizzato grado di protezione sancita dalla affermazione sopra riportata, sembra essere smorzato quando la *controlling opinion* entra nel dettaglio e si legge che i "tribunali neutrali", cui si fa riferimento, non devono essere necessariamente corti ordinarie, ma è sufficiente che siano «appropriately authorized and properly constituted military commissions». O'Connor suggerisce inoltre che venga invertito il criterio ordinario dell'onere della prova, di modo che non sia il Governo a dover dimostrare che un detenuto è un *enemy combatant*, ma sia invece il prigioniero a dover provare la propria estraneità alla categoria. Questa scelta è dettata dal fatto, che si ritiene ingiustamente gravoso chiedere ai militari di preparare per ogni soggetto imprigionato elaborati *dossiers*, che descrivano minuziosamente le circostanze della cattura e ne elenchino le ragioni. Tuttavia va da sé che evitando alle forze armate l'espletamento di questo impegno si ottiene una minore tutela dei detenuti.

Un punto importante di questa decisione è rappresentato dall'affermazione della O'Connor: il giudice si riferisce alle commissioni militari di cui si servono le Forze Armate per decidere se ai soggetti catturati possa essere conferito lo *status* di prigioniero di guerra: tali tribunali devono scegliere se dichiarare un detenuto prigioniero di guerra, oppure individuarlo come "civilian internee", cioè un soggetto che, per ragioni di sicurezza o perché sussiste la possibilità che da libero possa ostacolare le indagini, deve essere trattenuto. I "civilian internees"

---

<sup>137</sup> HAMDI v. RUMSFIELD, Secretary of Defense, 542 U.S. (2004), controlling opinion by Justice Sandra Day O'Connor.

possono essere processati e condannati da Corti marziali, assistiti da avvocati di fiducia, per aver commesso atti ostili agli Stati Uniti, ma nei loro confronti non è permessa alcuna forma di coercizione fisica e morale e qualsiasi limitazione del diritto a comunicare con il mondo esterno deve essere eccezionale e temporanea. Alla luce di questo, O'Connor sostiene che sottoponendo Hamdi a continui interrogatori coercitivi, il Governo non rispetti gli *standard* minimi previsti nella sentenza a garanzia del *due process of law*; tali *standard* infatti legittimano la detenzione di *civilian internees* solo per evitare che una volta liberi essi tornino a combattere contro gli Stati Uniti. In sostanza, la detenzione è legale solo se necessaria per la salvaguardia della sicurezza nazionale.

Il giudice O'Connor afferma la violazione da parte del Governo del *due process of law*, e focalizza l'attenzione sull'obbligatorietà di una fase processuale in cui si determini lo *status* dei prigionieri da cui dipendono i termini di un'eventuale detenzione. Nella sua argomentazione, O'Connor non fa cenno alle condizioni di detenzione, tuttavia la necessità di un trattamento umano si evince dall'analisi del meccanismo di bilanciamento degli interessi posto in essere. In base a tale meccanismo, il requisito imprescindibile del procedimento legale si prevede sia al fine di tutelare l'interesse del governo a garantire la sicurezza, che per evitare l'enorme danno causato a chi subisce una detenzione ingiusta in virtù di una definizione di *status* errata. L'entità del danno è direttamente proporzionale alla durezza del trattamento che il recluso è costretto ad affrontare, e per questa ragione i detenuti dovrebbero essere soggetti perlomeno alle stesse condizioni previste per i prigionieri di guerra. In questo senso il giudice Souter, nella sua *concurring opinion*, afferma che la Corte avrebbe ragione a sostenere che lo *Authorization for Use of Military Force* del Congresso bastasse a rendere legittima la detenzione di Hamdi solo se il Governo lo trattasse come un prigioniero di guerra, condizione questa che non è avvenuta nella realtà dei fatti. Rispetto ai casi riuniti di *Rasul v. Bush* e *Al Odab v. United States*, la Corte Suprema dispone per tutti i detenuti, siano essi stranieri o statunitensi, il diritto di ricorrere presso una Corte federale degli Stati Uniti con un *writ for habeas corpus*. In questo modo la Corte ribalta la decisione della D.C. Court of Appeals, e rifiuta le posizioni del Governo, che si appellava al precedente di *Johnson v. Eisentrager*, affermando l'extraterritorialità della base di Guantanamo. Nella *concurring opinion* il giudice Kennedy distingue i detenuti stranieri giudicati da un tribunale cittadini di uno Stato nemico, i quali non possono vantare nessun diritto, dai prigionieri di Guantanamo tra i quali vi sono "*friends and foes alike*", che perciò non possono essere tratti indefinitamente senza essere processati. Di particolare interesse risulta l'appassionata *dissenting opinion* redatta dal giudice Antonino Scalia, il quale prevede "*disastrous consequences*" a causa di



questa decisione: secondo Scalia, infatti, in base a questa decisione ora tutti i prigionieri degli Stati Uniti, detenuti non solo a Guantanamo ma in tutto il mondo, potranno citare il Governo di fronte a una Corte federale con un'inquantificabile aggravio burocratico dei tribunali e conseguente perdita di efficienza del sistema.

Effettivamente, come Scalia fa notare, affermare che i detenuti nella base di Guantanamo siano titolari di diritti che non vengono riconosciuti a chi è tenuto prigioniero in Iraq appare arbitrario e privo di fondamento; ma è pur vero che questa non è una argomentazione sufficiente a giustificare la violazione da parte del Governo dei diritti individuali. Per quanto grave possa essere la perdita di efficienza causata dall'aumento di ricorsi per la tutela della libertà personale, questa non può essere considerata un elemento legittimante la violazione di un diritto fondamentale della persona.

È indubbio che questi orientamenti giurisprudenziali eserciteranno una certa influenza sulla politica detentiva dell'Amministrazione Bush ma, al contrario di quanto prospettato dalle infauste previsioni del *Justice* Scalia, probabilmente tale impatto sarà piuttosto limitato. Tanto è vero che all'indomani delle decisioni, probabilmente nel tentativo di prevenire l'ondata di petizioni di *habeas corpus* che saranno ora inoltrate a favore dei detenuti di Guantanamo, il Governo ha annunciato la creazione del *Combatant Status Review Criminal*, formato da ufficiali militari, di fronte al quale i detenuti potranno contestare il fatto di essere stati definiti "*enemy combatants*". Ai detenuti verrà concessa l'assistenza di "*personal representatives*" loro assegnati dal Governo, ma non potranno avvalersi dell'assistenza legale di un avvocato e dovranno affrontare «a rebuttable presumption in favor of the Government's evidence». Il comunicato stampa del Pentagono afferma che questi nuovi tribunali rispondano pienamente a tutti i requisiti richiesti dalla Corte Suprema, ma tale affermazione contrasta evidentemente con quanto disposto nella pronuncia sul caso *Hamdi v. Rumsfeld*, dato che il giudice O'Connor nella *controlling opinion* ha stabilito in modo preciso il diritto per il ricorrente ad usufruire dell'assistenza legale nei procedimenti che affronterà in futuro.

Certo, le decisioni sul "caso Guantanamo" riportano l'attenzione sul peso istituzionale della Corte Suprema la quale, ponendosi come garante della Costituzione, riveste un ruolo determinante nel bilanciamento dei poteri istituzionali, rivelandosi ancora una volta unico "contropotere" capace di arginare la forza dell'Esecutivo. Le argomentazioni e il linguaggio appassionato utilizzato nella redazione delle *opinions* esprimono la consapevolezza del ruolo fondamentale svolto nell'ambito del confronto, talvolta dialogico ma spesso conflittuale, tra

potere Esecutivo e Giudiziario: espressione di una contrapposizione storica, indispensabile per il mantenimento dell'equilibrio istituzionale.

Queste decisioni si rivelano particolarmente interessanti, non solo per la risonanza causata dall'attualità e dall'estrema delicatezza dei temi trattati, ma anche per il fatto che vengono toccati i punti cardine dell'assetto costituzionale e della forma di governo degli Stati Uniti. Si ribadiscono i principi fondamentali e le priorità che l'ordinamento deve comunque rispettare, si chiarisce che il principio della separazione dei poteri non può impedire al Giudiziario di intervenire e valutare la legittimità dell'azione governativa, perché lo stato di emergenza e l'Autorizzazione del Congresso conferiscono poteri eccezionali ma non illimitati<sup>138</sup>. Il significato profondo e il valore storico di queste pronunce è riassunto eloquentemente da una frase del giudice O'Connor, la quale afferma che «*a state of war is not a blank check for the President*». In particolare, in questa sede è importante osservare il ruolo svolto dal massimo organo giurisdizionale statunitense nella garanzia del diritto inviolabile alla libertà personale: ancora una volta la Corte Suprema si schiera a tutela delle libertà individuali, si rivela garante della Costituzione e contrappeso coraggioso ed efficace rispetto ad un Esecutivo talvolta irruente.

L'importanza della Corte Suprema degli Stati Uniti in merito alla definizione, al riconoscimento e alla garanzia dei diritti fondamentali è dimostrata significativamente dal ruolo che questa ha svolto nella costruzione costituzionale nordamericana, essendosi resa protagonista delle fasi evolutive del sistema, attraverso sentenze storiche che si ergono come pilastri dell'ordinamento.

Con le ultime decisioni, la Corte Suprema ancora una volta rivendica il ruolo di baluardo dei diritti individuali, e segna un nuovo passaggio nella stabilizzazione del sistema, affermando che il trattamento riservato dal Governo ai prigionieri di Guantanamo non sia solo moralmente deplorabile ma anche proibito dalla Costituzione. Torna così alla mente quella efficacissima metafora utilizzata da Bruce Ackerman<sup>139</sup>, proprio con riferimento al ruolo della Corte Suprema nell'ordinamento statunitense. I giudici della Corte Suprema sono visti come dei passeggeri seduti nell'ultimo vagone nel treno della vita politica nazionale, con lo sguardo rivolto al paesaggio retrostante; il loro compito, pertanto, è quello di ricondurre a unità e coerenza il

---

<sup>138</sup> F. LANCHESTER, *La Corte Suprema e l'emergenza*, consultabile al sito Internet: [www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dibattiti): «Le decisioni della Corte Suprema costituiscono(...) un memento sui fondamentali della forma di Stato e sui limiti di tempo e qualità ad ogni intervento che tenda a vulnerare i diritti individuali ed il principio della separazione dei poteri posto alla base del sistema statunitense».

<sup>139</sup> Bruce ACKERMAN, (New York, 19 agosto 1943) è un filosofo statunitense, Sterling Professor di diritto e scienze politiche alla Yale, autore di quindici libri che hanno avuto larga influenza in filosofia politica, diritto costituzionale e politica pubblica.

territorio giuridico ormai superato dal treno e pertanto consolidato. Nei momenti di incertezza però, cioè quando il paesaggio diventa irriconoscibile e il treno si avventura in territori ignoti, i giudici della Corte Suprema hanno il compito di frenare, obbligando così il guidatore del treno e gli altri passeggeri a verificare i propri intenti.

## Bibliografia

- Amato G., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Amodio E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1967.
- Angiolini V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1986.
- Baratta A., *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, Democrazia e diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza, 2ª Pubblicazione del 2000.
- Barbera A., *I principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984.
- Bricola F., *Politica criminale e scienza del diritto penale*, il Mulino, Bologna, 1997.
- Cerri A., *Libertà personale - Dir. cost.*, Enciclopedia Giuridica Treccani, XXI, Roma, 1991.
- Chiavario M., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Giuffrè, Milano, 1969.
- Chiavario M., *Processo e garanzie della persona, volume II*, Giuffrè, Milano, 2014.
- Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, *Manuale addestrativo sui diritti umani*, Roma, 2013.
- De Caro A., *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, Vol. II, Tomo II, *Le misure cautelari*, Utet Giuridica, Torino, 2008.
- De Caro A., *Libertà penale e sistema processuale penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000.
- De Caro A., *Libertà personale (profili costituzionali)*, Digesto Materie Penali, III Agg., I, Torino, 2005.
- De Giorgi A., *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma, 2000.
- Dominiononi O., *La presunzione d'innocenza*, in *Le parti nel processo penale - Profili sistematici e problemi*, Giuffrè, Milano, 1985.
- Fanuele C., *La libertà personale in Processo penale e Costituzione* a cura di Dinacci F. R., Giuffrè, Milano, 2010.
- Felicioni P., *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2004.
- Ferraioli M., *Misure cautelari*, Enciclopedia Giuridica Treccani, XXII, Roma, 1996.
- Fiandaca G., Musco E., *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli, Bologna, 2014.

- Fiorio C., *La presunzione di non colpevolezza*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Dean G., Giappichelli, Torino, 2007.
- Garofoli R., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Neldiritto Editore, Roma, 2014.
- Garofoli V., *Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno. Foggia, mattinata 25-27 settembre 1998, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2000.
- Grevi V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976.
- Grevi V., *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Giuffrè, Milano, 1972.
- Grevi V., *Presunzione di non colpevolezza, garanzie dell'imputato ed efficienza del processo nel sistema costituzionale* in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno. Foggia, mattinata 25-27 settembre 1998, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2000.
- Grossi P., *Inviolabilità dei diritti*, Enciclopedia del diritto, XXII, Giuffrè, Milano, 1972.
- Grossi P., *Libertà personale, libertà di circolazione e obbligo di residenza dell'imprenditore fallito*, Giurisprudenza Costituzionale, 1962.
- Guarino G., *Lezioni di diritto pubblico, II*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Illuminati G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bologna, 1979.
- Lozzi G., *Lezioni di procedura penale, 7a ed.*, Giappichelli, Torino, 2011.
- Mantovani F., *Diritto Penale. Parte Generale, 7° Ed.*, Cedam, Padova, 2011.
- Marazzita G., *L'emergenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- Marinucci G., Dolcini E., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, 3a Ed., Giuffrè, Milano, 2009.
- Micali G., *La presunzione di innocenza dell'imputato e l'art. 27 comma 2 Cost.*, Cassazione Penale, 1990.
- Mortati C., *Costituzione (dottrine generali)*, Enciclopedia del Diritto XI, Giuffrè, Milano, 1962.
- Mortati C., *Rimpatrio obbligatorio e Costituzione*, Giurisprudenza Costituzionale, 1960.
- Nania R., *La libertà individuale nell'esperienza costituzionale italiana*, Giappichelli, Torino, 1989.
- Nappi A., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano, 2010.
- Orlandi R., *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza* in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Atti del convegno. Foggia, mattinata 25-27 settembre 1998, Associazione tra gli studiosi del processo penale, Milano, 2000.

- Padovani T., *Diritto Penale, 9ª Ed.*, Giuffrè, Milano 2008.
- Paulesu P. P., *Giudice e parti “nella dialettica” della prova testimoniale*, Giappichelli, Torino, 2002.
- Paulesu P. P., *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Giappichelli, Torino, 2009.
- Pinna P., *L'emergenza nell'ordinamento costituzionale italiano*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Pisani M., *Libertà personale e processo*, Cedam, Padova, 1974.
- Pulitanò D., *Diritto Penale, 4ª Ed.*, Giappichelli, Torino, 2011.
- Riccio G., *Libertà personale in Principi costituzionali e riforma della procedura penale* a cura di Riccio G., De Caro A., Marotta S., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1991.
- Schmitt C., *Dottrina della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- Spagnolo P., *Il tribunale della libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- Tonini P., *Manuale di diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano, 2014.
- Ubertis G., *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2009.
- Wacquant L., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberista*, Feltrinelli, Milano, 2000.