

Gen/2018



CAMMINO DIRITTO

Articoli Scientifici

ISSN 2532-9871

Cammino Diritto (Periodico online)

Rivista
Giuridica
online

RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico: Alessio LO GIUDICE, Antonio LAS CASAS, Emanuele CERSOSIMO, Francesca VESSIA, Francesco ORABONA, Francesco LONGOBUCCO, Gaspare DALIA, Giovanni Maria RICCIO, Giuseppe MAINAS, Ignazio ZINGALES, Jordi NIEVA FENOLL, Luigi KALB, Michele Angelo LUPOI, Patrick VALDRINI, Pietro MILAZZO, Raúl ANDRADE OSORIO, Riccardo URSI, Rossana PALLADINO, Sara SPUNTARELLI, Saverio SETTI, Sebastiano Bruno CARUSO, Tommaso GRECO, Valeria LUCIA

Comitato dei Revisori: Angela CUOFANO, Annamaria DI CLEMENTE, Ida MORELLI, Iliaria TACCOLA, Iliaria VALENTINO, Mariangela MICELI, Massimiliano PACE, Renata MADDALUNA

Redazione: Giuseppe FERLISI, Iliaria FERRARA

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**
ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140
Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015
Periodicità: Periodico (on-line)
Sede: Via C. Turco,4 - 84091 Battipaglia (SA)
Editore: IpWeb di Raffaele Giaquinto
ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it
Indirizzo web: <http://www.camminodiritto.it>
Indirizzo e-mail: redazione@camminodiritto.it
Recapito telefonico: 02 87188451

Tutti i contributi pubblicati in questo questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Indice dei contenuti

1 - IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO DEL MINORE SOCIALMENTE PERICOLOSO

autore: **Giuseppe Ortolani**, pubblicazione giovedì 4 gennaio 2018

2 - IL DANNO DA RITARDO E LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

autore: **Pietro Cucumile**, pubblicazione venerdì 5 gennaio 2018

3 - SPEED LIMIT: IT DOES NOT OPERATE IN THE OPPOSITE DIRECTION.

autore: **Loredana Vega**, pubblicazione venerdì 26 gennaio 2018

IL TRATTAMENTO SANZIONATORIO DEL MINORE SOCIALMENTE PERICOLOSO

La pericolosità sociale dei minorenni è soggetta a criteri di valutazione parzialmente difformi da quelli previsti per gli imputati maggiorenni.

autore **Giuseppe Ortolani**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. La pena nel diritto penale italiano: il doppio binario; 2. La pericolosità sociale; 3. Le misure di sicurezza: presupposti e destinatari; 4. Le misure di sicurezza nei confronti dei minori; 5. La libertà vigilata; 6. Il ricovero in riformatorio giudiziario.

1. La pena nel diritto penale italiano: il doppio binario

Accanto alle pene in senso stretto, il codice penale prevede poi le misure di sicurezza, che consistono in ulteriori forme di risposta al delitto che hanno come presupposto la pericolosità sociale dell'autore, e come scopo la sua riabilitazione. Il legislatore del 1930 non ignorava le istanze di prevenzione speciale: se è vero, infatti, che l'impianto teorico sotteso al codice assegnava alla pena altre funzioni, è anche vero che nel sistema codicistico la funzione di prevenzione speciale veniva ascritta ad una sanzione di altro tipo, ossia alla misura di sicurezza

Tale sistema – tutt'ora vigente – è definito del doppio binario, alle tradizionali pene si affiancano le misure di sicurezza. È utile sottolineare, a questo proposito, che l'espressione doppio binario non soltanto allude alla coesistenza nell'ordinamento giuridico, di sanzioni penali di natura diversa, ma indica altresì che è possibile applicare ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso imputabile e socialmente pericoloso, tanto la pena che la misura di sicurezza.

Il codice penale Rocco, come abbiamo detto, introduce un modello sanzionatorio che ruota attorno ai poli della prevenzione generale, attuata anche attraverso il modello retributivo, e speciale, rispettivamente a strumenti sanzionatori di natura diversa. Il suo obiettivo era quello di “sanare il contrasto fra la Scuola classica e la Scuola positiva, che divideva gli studiosi italiani dell'epoca in posizioni contrapposte.

A tal fine fu introdotto il sistema del **cd. doppio binario**, che poneva accanto alla pena tradizionale inflitta sul presupposto della colpevolezza una misura di sicurezza, fondata

sulla pericolosità sociale del reo e con il compito della sua risocializzazione.

Sostanzialmente, il sistema prevede da un lato che sia comminata una pena qualora il soggetto sia responsabile per un fatto di reato e dall'altro che si applichi una serie di misure di sicurezza, che si possono sommare alla pena per i soggetti imputabili e semi-imputabili e consistono invece nell'unica pena prevista per i soggetti non imputabili.

Secondo i redattori del codice del 1930, la **pena** ha principalmente la funzione di prevenzione generale, rispetto alla quale è strumentale il ruolo "satisfattorio", come essi definiscono la funzione retributiva - si legge nei lavori preparatori del codice penale - *Delle varie funzioni che la pena adempie, le principali sono certamente la funzione di prevenzione generale, che si esercita mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio, e la funzione cd. satisfattoria, che è anch'essa, in un certo senso, di prevenzione generale, perché la soddisfazione che il sentimento pubblico riceve dall'applicazione della pena, evita le vendette e le rappresaglie.*

La funzione di prevenzione speciale è invece affidata alle misure di sicurezza, le quali sono dirette a neutralizzare la pericolosità sociale del reo, allo scopo di evitare che lo stesso soggetto incorra nella commissione di futuri reati. La misura di sicurezza rappresenta la traduzione, sul piano della teoria della pena, di quello scopo che l'idea preventiva non aveva voluto – ed in parte: potuto – imporre sul terreno della teoria della commisurazione. Il sistema del cd. doppio binario non esprime soltanto la compresenza in uno stesso ordinamento di sanzioni penali di natura diversa, ma indica la possibilità di applicare ad un medesimo soggetto, che sia al tempo stesso imputabile e socialmente pericoloso, tanto la pena che la misura di sicurezza.

2. La pericolosità sociale

L'imputabilità non è l'unica condizione personale del reo a influenzare il trattamento sanzionatorio in sede penale, concorrendo con essa la pericolosità sociale, quel presupposto per l'applicazione di una misura di sicurezza.

Il nostro sistema penale prevede che il minore non imputabile, perché al momento del fatto non aveva compiuto ancora quattordici anni o perché, pur avendoli compiuti, è stato riconosciuto incapace di intendere e di volere, venga prosciolto, cioè non assoggettato a pena. Questo non vuol dire che nei confronti del minore così prosciolto non venga disposta nessuna misura, laddove sia considerato pericoloso. Infatti, il nostro codice

penale, “per non lasciare la società indifesa”, come dice Mantovani, prevede che al minore, infraquattordicenne o di età superiore a quattordici anni e inferiore a diciotto, che abbia commesso un fatto previsto dalla legge come delitto e che sia stato ritenuto pericoloso, si applichi la misura di sicurezza del riformatorio giudiziario o della libertà vigilata.

Per quanto riguarda il concetto di **pericolosità sociale**, agli effetti della legge penale è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, che ha commesso un reato o un quasi-reato (artt. 49 e 115 c.p.), quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.

La pericolosità sociale è quindi un modo di essere del soggetto, da cui si deduce la probabilità che egli commetta nuovi reati e si desume dalle circostanze indicate nell'articolo 133 c.p. La giurisprudenza, però, ha interpretato in maniera più estensiva tale disposizione prevedendo che il giudice debba considerare come parametri di valutazione, accanto alla gravità del fatto, anche i fatti a questo successivi, come ad esempio il comportamento tenuto durante la fase di espiazione della pena.

Nell'articolo 133, si definisce la capacità a delinquere del colpevole come l'attitudine a compiere dei delitti. Di conseguenza l'accertamento della pericolosità deve essere compiuto attraverso l'integrale ricognizione di tutti i fattori che riguardano non solo la gravità del reato, ma anche la capacità a delinquere del reo. Da tale disposizione risulta che il legislatore ha inteso accogliere due principi fondamentali: da un lato ha sancito che presupposto indispensabile per la dichiarazione di pericolosità è la commissione di un fatto che la legge in astratto configura come reato, nulla periculositas sine crimine, escludendosi così le tendenze più estreme del positivismo che volevano che il giudizio di pericolosità fosse svincolato da tale presupposto per come previsto espressamente dall'art. 202 c.p. Dall'altro che l'essenza della pericolosità debba consistere nella probabilità che il soggetto possa compiere in futuro, non fatti genericamente contrari agli interessi della collettività, ma fatti specificamente configurabili quali fattispecie di reati. Da ciò se ne deduce come l'accertamento giudiziale della pericolosità sociale si articola in due momenti: quello dell'analisi della personalità dell'individuo, con accertamento delle qualità indizianti, da cui dedurre, per l'appunto, la probabile commissione di nuovi reati e quello della prognosi criminale, cioè il giudizio sul futuro criminale del soggetto, effettuato sulla base di tali qualità. Il codice non dice quali siano le qualità soggettive da cui deve dedursi la pericolosità: l'art. 203 c.p. si limita a un mero rinvio secondo cui “la

qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p.”, onde il giudizio di pericolosità va effettuato con riferimento alla gravità oggettiva e soggettiva del reato commesso ed agli elementi da cui si desume la capacità a delinquere.

Per quanto riguarda il rapporto fra capacità a delinquere e pericolosità sociale, la prevalente dottrina (MANTOVANI, PAGLIARO) ritiene che la *capacità a delinquere* si concreti in un giudizio sulla possibilità che l'individuo commetta in avvenire fatti delittuosi, mentre la

pericolosità sociale andrebbe intesa come una forma intensa di capacità a delinquere, ossia come una rilevante attitudine di una persona a commettere un reato: la pericolosità sociale, dunque, starebbe alla capacità a delinquere come la probabilità sta alla possibilità.

La pericolosità sociale si distingue dal reato, perché mentre quest'ultimo costituisce un accadimento storicamente circoscritto, la prima implica invece una situazione soggettiva durevole. Salvo le ipotesi espressamente previste dalla legge (i cd. quasi-reati), il reato costituisce comunque il necessario presupposto del giudizio di pericolosità sociale. Essa deve essere accertata dal giudice di volta in volta, avendo, la l. 663 del 13 ottobre 1986 soppresso le ipotesi di pericolosità presunta. Il giudizio sulla pericolosità consta dell'accertamento delle qualità indizianti, da cui si desume la probabile commissione di nuovi reati, e della c.d. prognosi criminale, quale giudizio sul futuro criminale del soggetto, fondato su tal qualità.

L'esame del concetto di pericolosità sociale non può essere svolto esaustivamente se non si tiene conto degli interventi normativi che hanno conferito un volto nuovo all'istituto in questione. In particolare, si osserva che l'art. 204 c.p. nella sua formulazione originaria sanciva la cosiddetta *pericolosità presunta*, ossia prevedeva che nei casi espressamente determinati la qualità di persona socialmente pericolosa fosse presunta dalla legge. La pericolosità presunta riguardava anche i minori non imputabili, nelle ipotesi di delitto non colposo punibile con l'ergastolo o la reclusione superiore nel massimo edittale a due anni, e i minori imputabili condannati per delitto commesso durante l'esecuzione di una misura di sicurezza cui erano stati sottoposti perché non imputabili.

All'esito di un lungo dibattito circa l'incostituzionalità della disposizione normativa ed alle sentenze della Corte Costituzionale interveniva l'art. 31 della l. 663 del 13 ottobre 1986 che abrogando l'art. 204 c.p. sanciva il sistema della pericolosità in concreto, e

stabiliva che tutte le misure di sicurezza personali fossero ordinate previo accertamento, ad opera del giudice, che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa. Laddove già l'art. 69 della legge n. 354 del 1975 (ordinamento penitenziario) eliminava il termine minimo della misura ed attribuiva al magistrato di sorveglianza la facoltà di revocare anticipatamente ogni misura di sicurezza, anche prima dello scadere del termine, previo riesame della pericolosità.

Oggi la pericolosità sociale è ancora il cardine dell'applicazione delle misure di sicurezza, poiché consente di individuare i soggetti cui occorre applicarle, sempre previa valutazione in concreto del giudice, che deve preliminarmente verificare se il soggetto sia pericoloso. In altri termini sia probabile che avendo commesso un reato o un quasi-reato, ne commetta un altro. In tal caso il giudice applica la misura di sicurezza che permane fino a che la pericolosità non sia venuta meno.

L'accertamento della pericolosità verrà effettuato sulla base degli elementi indizianti dai quali dedurre la probabile commissione di nuovi reati e la prognosi sul futuro comportamento eseguita sulla base di questi elementi. A tal fine appaiono rilevanti gli indici previsti dall'art. 133 c.p. (cui la stessa norma rinvia) ossia la gravità, oggettiva e soggettiva, del reato commesso e gli elementi dai quali si desume anche la capacità a delinquere.

Quanto ai presupposti per l'applicabilità delle misure di sicurezza ai minorenni l'art. 37, comma 2, d.p.r. 448 del 1988 (di seguito per brevità c.p.p.min), stabilisce che la misura di sicurezza è applicabile se ricorrono le condizioni previste dall'art. 224 c.p. e quando, per le specifiche modalità e circostanze del fatto e la personalità dell'imputato, sussiste il concreto pericolo che questi commetta delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata. Dalla norma si evince che non basta la semplice pericolosità della commissione di un reato di qualsiasi tipo, bensì occorre che vi sia la probabilità che venga commesso un reato particolarmente efferato. Il giudizio di pericolosità sociale deve essere effettuato soprattutto dal magistrato di sorveglianza quando esegue la misura disposta con sentenza, poiché nelle more questa potrebbe essere venuta meno.

3. Le misure di sicurezza: presupposti e destinatari

Venendo alle caratteristiche delle misure di sicurezza, come detto sopra, l'introduzione

delle misure di sicurezza rappresenta sicuramente una delle innovazioni più importanti del codice Rocco del 1930. Esse sono collocate nella toponomastica codicistica nel Titolo VIII (Delle misure amministrative di sicurezza) del Libro primo (Dei reati in generale) dagli artt. 199-240. Con la creazione di tali misure è nato quello che viene definito il sistema del doppio binario che pone, accanto ad una pena detentiva che ricomprende in sé funzioni di carattere retributivo e general-preventivo, una misura di carattere specialpreventivo avente come funzione quella di neutralizzare, attraverso la cura e la rieducazione, la pericolosità sociale di determinate categorie di soggetti. Inizialmente alle misure di sicurezza veniva attribuita natura amministrativa ma, nell'attuale momento storico, quasi tutta la dottrina respinge tale tesi e le considera sanzioni criminali di competenza del diritto penale, tanto più che esse vengono applicate mediante un procedimento giurisdizionale.

Tuttavia, le misure di sicurezza si differenziano dalla pena per diversi aspetti:

- a) esse non hanno carattere punitivo, ma mirano a neutralizzare la pericolosità di certi soggetti;
- b) soggetti destinatari sono non solo gli imputabili (come invece avviene per le pene), ma anche i non imputabili e i semi imputabili;
- c) mentre la misura della pena è proporzionata alla gravità del reato ed oscilla tra un minimo ed un massimo edittale fissato dalla legge, la durata delle misure di sicurezza è indeterminata, essa cessa al venire meno della pericolosità sociale.

I **destinatari** delle misure di sicurezza sono sia i soggetti imputabili che i soggetti semi-imputabili e non imputabili; alle prime due categorie di individui le misure di sicurezza si applicano cumulativamente alla pena, dando così vita al sistema del doppio binario, alla terza si applicano in modo esclusivo.

Presupposti per l'applicazione sono la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato e la pericolosità sociale del soggetto. del soggetto.

Il primo requisito di natura oggettiva subisce due eccezioni tassativamente previste dalla legge: il giudice infatti può, nelle ipotesi di quasi-reato ex art. 115 c.p. (Accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto non accolta, o accolta, ma non seguita dalla commissione del delitto) e di delitto impossibile ex art. 49 c.p., comminare l'applicazione di una misura di sicurezza a prescindere dalla commissione di un vero e proprio reato.

Il secondo requisito, di natura soggettiva, è definito dall'art. 203 c.p., in forza del quale

deve ritenersi socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile quando è probabile.

Per quanto concerne la durata, coerentemente con la funzione ad esse assegnata, la loro durata è indeterminata, la loro durata è determinata nel minimo e sono destinate a permanere finché non cessi la condizione di pericolosità sociale del reo. Infatti, ai sensi dell'art. 207, comma 1, c.p. le misure di sicurezza non possono essere revocate se le persone ad esse sottoposte non hanno cessato di essere socialmente pericolose.

La revoca non può essere ordinata se non è decorso un tempo corrispondente alla durata minima stabilita dalla legge per ciascuna misura di sicurezza.

L'applicazione di esse è sempre subordinata all'accertamento della pericolosità quando, secondo la legge italiana, si dovrebbe sottoporre il condannato o il prosciolto dalla sentenza straniera, che si trova nel territorio dello Stato, a misure di sicurezza personali. Le misure di sicurezza sono ordinate, di regola, dal giudice nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento o anche con provvedimento successivo dal magistrato di sorveglianza:

Circa il momento dell'esecuzione, le misure di sicurezza sono eseguite:

- a) immediatamente, se applicate con sentenza di proscioglimento;
- b) dopo che la sentenza è divenuta irrevocabile, se aggiunte a pena non detentiva;
- c) dopo che la pena è stata scontata o estinta, se aggiunte a pena detentiva.

Il codice penale distingue le misure di sicurezza in due categorie: personali e patrimoniali. Le misure di sicurezza personali si distinguono, poi, in detentive e non detentive.

Sono misure di sicurezza personali detentive: l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro; il ricovero in una casa di cura e di custodia; il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario e il ricovero in un riformatorio giudiziario. Sono misure di sicurezza personali non detentive: la libertà vigilata; il divieto di soggiorno in uno o di più Comuni o in una o più Province; il divieto di frequentare osterie o pubblici spacci di bevande alcoliche e l'espulsione dello straniero dallo Stato.

Sono misure di sicurezza patrimoniali: la cauzione di buona condotta e la confisca.

4. Le misure di sicurezza nei confronti dei minori

Il minore, che al momento del fatto non aveva compiuto ancora quattordici anni o pur avendoli compiuti, è stato riconosciuto incapace di intendere e di volere, non è

imputabile e dunque non viene assoggettato a pena. Nonostante ciò il legislatore ha previsto la possibilità di sottoporre ugualmente a misure di sicurezza il minore non imputabile prosciolto se considerato pericoloso, proprio perché la non imputabilità del soggetto autore di reato non è elemento sufficiente ad escluderne la pericolosità. Lo stesso art. 203 c.p., prevede che è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile, o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti previsti dalla legge come reati, quando è probabile che ne commetta dei nuovi.

La qualità di persona socialmente pericolosa si desume dalle circostanze indicate nell'art. 133 c.p. ossia la gravità del reato, l'intensità del dolo e la capacità a delinquere del reo desunta dai motivi a delinquere, dal carattere del colpevole, dai precedenti penali e giudiziari, dalla condotta antecedente, contemporanea o susseguente al reato e dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

In relazione alla tipologia delle misure di sicurezza applicabili al minore infraquattordicenne o di età superiore a quattordici anni e inferiore a diciotto, se riconosciuto non imputabile, che abbia commesso un fatto previsto dalla legge come delitto e sia stato ritenuto pericoloso, l'art. 224, comma 1, c.p. indica il ricovero in riformatorio e la libertà vigilata.

Le misure di sicurezza personali del riformatorio giudiziario e della libertà psichica hanno per destinatari minori socialmente pericolosi imputabili e non imputabili il cui difetto di imputabilità sia dovuto ad immaturità ritenuta dal legislatore ai sensi dell'art. 97 c.p. o accertata dal giudice a norma dell'art. 98 c.p.

Relativamente ai minori infraquattordicenni o maggiori di quattordici, che abbiano commesso il reato in condizioni di infermità psichica o di intossicazione cronica da alcool o da sostanze stupefacenti o di sordomutismo e pertanto incapaci di intendere e di volere per motivi diversi dall'età il codice prevedeva ai sensi dell'art. 222, comma 4, c.p. come destinatari della misura del ricovero in ospedale psichiatrico anche i minori, senza alcuna differenziarne il trattamento rispetto agli adulti. Su tale norma è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n° 324 del 20 luglio 1998 che ha dichiarato che la misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico non può trovare applicazione nei confronti dei minori attesa la finalità eminentemente rieducativa assunta dalla pena nei confronti di tali soggetti. La Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente

illegittimo questo comma per violazione degli artt. 2, 3, 27 e 31 Cost., in forza dei quali il trattamento penale dei minori deve essere improntato, sia per quanto riguarda le misure adottabili, sia per quanto riguarda la fase esecutiva, alle specifiche esigenze proprie dell'età minorile.

Pertanto, per i minori dichiarati incapaci di intendere e di volere, la cui non imputabilità sia dovuta (anche) ad alterazioni o deficienze psichiche (art. 88 c.p.) o tossiche (art. 95 c.p) o minorazioni fisiche (art. 96 c.p), la misura di sicurezza applicabile è sempre il riformatorio giudiziario o la libertà vigilata, ritenute più idonee a rispondere alle esigenze educative e curative del minore. A seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 324 del 1998, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 c.p. nella parte in cui prevedeva l'applicazione anche ai minori della misura di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, deve ritenersi conforme al principio di legalità applicare nei confronti del minore non imputabile per vizio totale di mente e socialmente pericoloso, la misura del riformatorio giudiziario, da eseguire nelle forme del collocamento in comunità a norma dell'art. 36, comma 2, d.p.r. 448 del 1988, trattandosi di situazione analoga a quella disciplinata dall'art. 98 c.p., cui fa rinvio l'art. 224, comma 3, c.p. In tal caso, la durata minima della misura non potrà essere quella prevista dall'art. 222, comma 2, c.p., essendo divenuta tale norma inapplicabile ai minori a seguito della richiamata sentenza della Corte Costituzionale, ma sarà quella prevista dall'art. 224, comma 2, per il riformatorio giudiziario.

In ordine alle misure di sicurezza personali non detentive del divieto di soggiorno in uno o più Comuni o in una o più Province (art. 233 c.p), divieto di frequentare osterie e pubblici spacci di bevande alcoliche (art. 234 c.p) e dell'espulsione dal territorio dello Stato (art. 235 c.p.). Secondo parte della dottrina (PENNISI) non vi è nessun impedimento all'applicabilità di tali misure anche ai minori per i quali non è prevista nessuna esplicita indicazione né, dunque, nessuna particolare modalità esecutiva. Altra parte della dottrina (GRASSO), invece, ritiene, a seguito dell'entrata in vigore del d.p.r. 448 del 1988 applicabile al minore le sole misure di sicurezza personali della libertà vigilata e del ricovero in riformatorio giudiziario.

In relazione alle misure di sicurezza patrimoniali, le disposizioni che le disciplinano non fanno alcun riferimento ai minori, sicché è necessario accertare la loro applicabilità nei confronti dei minori.

Partendo dalla cauzione di buona condotta, benché le norme che la disciplinano non

prevedono come destinatari i minori, la possibilità che essa possa trovare applicazione anche nei confronti dei minori si ricava dall'art. 231 c.p.; questa disposizione prevede la possibilità di applicare la cauzione di buona condotta in aggiunta alla misura della libertà vigilata quando siano violati gli obblighi inerenti quest'ultima: inoltre, con esplicito riferimento ai minori, essa sanziona con il riformatorio giudiziario la mancata prestazione della cauzione di buona condotta. Tuttavia, non bisogna dimenticare, che la misura in esame è un atto non patrimoniale, che presuppone non solo il patrimonio, ma anche la capacità di alienarlo, sicché difficilmente risulta essere compatibile nei confronti dei minori.

In ordine alla confisca, non vi sono motivi per escludere l'applicabilità di tale misura di sicurezza ai minori, considerato che l'applicazione non richiede la pericolosità sociale del destinatario.

5. La libertà vigilata

L'art. 224 c.p. stabilisce che il giudice, tenuto conto della gravità del fatto e delle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto, ordina che sia ricoverato nel riformatorio giudiziario o posto in libertà vigilata. In relazione ai criteri utilizzati dal giudice per scegliere la misura più idonea si osserva che, da un lato dovrà tenere presente il principio delle esigenze educative, che informa tutto il D.P.R. n. 448 del 1988, e quindi l'adeguamento delle misure alla personalità del minore e dall'altro dovrà considerare il parametro previsto dall'art. 37 c.p.p.min., ossia le specifiche circostanze del fatto.

Le misure sono tra loro alternative, anche se l'art. 36 c.p.p.min. specifica che il riformatorio giudiziario è applicato solo in relazione ai delitti previsti dall'art. 23 c.p.p.min..

L'art. 228 del codice del 1930, sulla libertà vigilata, stabiliva che per la vigilanza sui minori provvedevano le leggi speciali. Il rinvio riguardava l'art. 23 della Legge minorile (r.d.l. 1440 del 1934), il quale prevedeva che la sola forma di libertà vigilata per i minorenni era l'affidamento ai genitori o a coloro cui spettava di prestargli assistenza; la vigilanza, cioè, spettava non all'autorità di pubblica sicurezza, come avveniva per i maggiorenni, ma alle persone e agli istituti affidatari. La libertà vigilata poteva essere, infatti, applicata al minore non imputabile solo se era possibile affidarlo ai genitori o a coloro che avevano l'obbligo di provvedere alla sua educazione. Se tale affidamento non era possibile o non era considerato opportuno, il giudice ordinava il ricovero del minore in un riformatorio, così come tale ricovero era disposto se durante la libertà vigilata il

minore non dava prova di ravvedimento.

La libertà vigilata è una misura di sicurezza non detentiva e consiste nell'affidamento del minore ai genitori o ad istituti di assistenza sociale che dovranno attenersi alle linee direttive di assistenza e vigilanza stabilite dal giudice. Difatti, a norma dell'art. 36 la misura di sicurezza della libertà vigilata è eseguita nelle forme previste dagli artt. 20 e 21 c.p.p.min. ossia delle prescrizioni e dell'obbligo di permanenza in casa.

L'art. 20 c.p.p.min. prevede che il giudice impartisca al minore delle specifiche prescrizioni inerenti all'attività di studio o di lavoro oppure ad altre attività utili per la sua educazione, mentre l'art. 21 c.p.p.min. disciplina l'obbligo della permanenza in casa, che può essere accompagnato da limiti o divieti alla facoltà del minore di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono, o viceversa dall'autorizzazione a svolgere attività di studio o lavoro.

L'art. 231 c.p. prevede che, quando la persona sottoposta a libertà vigilata trasgredisce gli obblighi imposti, il giudice può trasformare la misura della libertà vigilata in quella del ricovero in riformatorio giudiziario. Pertanto se il minore viola gli obblighi impartiti, la libertà vigilata viene sostituita con la misura di sicurezza detentiva. La sostituzione può aversi solo in seguito a ripetute e gravi violazioni degli obblighi connessi alla libertà vigilata. Anche se non basta la ripetuta violazione delle prescrizioni, ma occorre che siano connotate dal requisito della gravità, mentre una sola grave violazione non può essere considerata presupposto sufficiente per sostituirla.

6. Il ricovero in riformatorio giudiziario

Il ricovero in riformatorio giudiziario è una misura di sicurezza speciale prevista esclusivamente per i minori socialmente pericolosi. Essa trova la sua disciplina negli artt. 223-227 c.p. ed è applicata sia ai minori socialmente pericolosi non imputabili e in tal caso si sostituisce alla pena, sia a quelli imputabili aggiungendosi alla pena e venendo eseguita dopo l'espiazione di questa. Inoltre a norma dell'art. 223 c.p. la misura del riformatorio giudiziario non può avere durata inferiore ad un anno.

Destinatari della misura sono:

- a) i minori degli anni 14 e degli anni 18 riconosciuti non imputabili ma socialmente pericolosi, che abbiano commesso un delitto; in questo caso il riformatorio giudiziario è alternativo alla libertà vigilata;
- b) i minori degli anni 18, ma di età superiore a 14 anni, riconosciuti imputabili e come tali

condannati a pena diminuita ai sensi dell'art. 98, comma 2, c.p.;

c) i minori degli anni 18 che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza.

Con l'entrata in vigore dell'art. 31, l. 163 del 28 febbraio 1986 che ha eliminato la categoria della pericolosità presunta e sancito che tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che chi ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa, il riformatorio giudiziario (misura di sicurezza detentiva) non viene più automaticamente inflitto in base alla gravità del reato, ma è applicabile soltanto in seguito all'esame della pericolosità sociale dell'autore del fatto delittuoso. Inoltre, la sussistenza in concreto della pericolosità deve pertanto essere positivamente accertata, sia nel momento della sua applicazione, sia durante l'intera esecuzione della misura. In ogni caso la gravità del fatto rimane un criterio fondamentale per l'applicazione del riformatorio, posto che l'art. 36 c.p.p.min. stabilisce che tale misura di sicurezza è applicata soltanto in relazione ai delitti previsti dall'art. 23 c.p.p.min. ossia i reati per i quali è applicabile la custodia cautelare in carcere.

La durata minima è di un anno, elevata a tre anni per il caso in cui il minore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza, ovvero per il caso in cui il delitto commesso del minore imputabile sia punito con la pena della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni o con l'ergastolo.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 1 20 gennaio 1971 ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 224, comma 2, c.p., nella parte in cui prevedeva come obbligatorio ed automatico per i minori degli anni 14 il ricovero per almeno tre anni in riformatorio, con ciò facendo cadere la presunzione della loro pericolosità.

La disciplina codicistica della misura in esame è stata profondamente innovata in senso più favorevole ai loro destinatari dal d.p.r. 448 del 1998, tanto che oggi la sua applicazione rappresenta un'eventualità del tutto eccezionale.

Nello specifico:

a) può essere disposta ove venga accertata la commissione da parte del minore di un delitto per il quale la legge

prevedea la reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni;

b) quanto all'esecuzione della misura, l'art. 36 c.p.p.min. precisa che il riformatorio viene eseguito nelle forme dell'art. 22 del citato d.p.r. ossia in una comunità aperta, pubblica o autorizzata, con eventuale affiancamento di specifiche prescrizioni inerenti alle attività di studio o di lavoro ovvero ad altre attività utili all'educazione del minore;

c) l'applicazione è circoscritta nei limiti di cui all'art. 224 c.p. e in base all'art. 37 c.p.p.min. ai soli casi in cui per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, sussiste il concreto pericolo che questi commetta delitti con uso di armi o di altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata.

Prima dell'entrata in vigore del d.p.r. 448 del 1988, la misura del riformatorio giudiziario era eseguita in istituti facenti parte dei Centri di rieducazione per minorenni. Si trattava di luoghi simili agli stabilimenti penitenziari (c.d. prigioni scuola) con all'interno scuole, laboratori, attività sportive, con la differenza che la durata non era predeterminata essendo connessa alla

pericolosità del soggetto. Oggi, a seguito della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 1 del 1971, che ha dichiarato l'illegittimità del comma 2 dell'art. 224, la misura del riformatorio è di applicazione sempre facoltativa.

La sussistenza in concreto della pericolosità deve essere positivamente accertata, non solo al momento della sua applicazione, ma durante l'intera esecuzione della misura.

Mentre secondo parte della dottrina (RICCIOTTI) la durata minima è sempre di un anno (salvo revoca anticipata per riesame della pericolosità sociale), per altra parte della dottrina (INGRASCI), invece, anche dopo l'abrogazione delle presunzioni di pericolosità, gli elementi di disciplina contenuti nelle varie ipotesi presuntive continuano a trovare applicazione, per cui, nei confronti del minore non imputabile, ritenuto socialmente pericoloso, che abbia commesso un delitto non colposo punibile con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore nel minimo a tre anni, qualora ricorrano le condizioni per applicare il riformatorio giudiziario, la misura va applicata con una durata minima di tre anni.

Il codice non dispone circa l'età minima al di sotto della quale il minore non può essere ricoverato in riformatorio, ma sulla base della comune esperienza si ritiene che prima dei 12/13 anni il bambino non abbia né autonomia né capacità di nuocere in misura sufficiente per sfuggire al controllo dei genitori. L'età massima per l'applicazione di questa misura di sicurezza, invece, è disciplinata dal comma 2 dell'art. 223 c.p., il quale stabilisce che, qualora tale misura debba essere, in tutto o in parte, applicata o eseguita dopo che il minore abbia compiuto gli anni diciotto, essa è sostituita la libertà vigilata, salvo che il giudice non ritenga di ordinare l'assegnazione a una colonia agricola o a una casa di lavoro.

Bibliografia

BAVIERA I., Diritto minorile, Milano, 1976.

GIAMBRUNO S., Lineamenti di diritto processuale penale minorile, Milano, 2003.

GRASSO G., La giustizia penale minorile, Milano, 2011.

INTRONA F., Lineamenti di criminologia minorile, Padova, 1979.

MANTOVANI f., Diritto penale. Parte generale, Padova, 2013.

ORTOLANI G., La criminalità minorile. Criminologia, diritto e processo, Roma, 2016.

PAGLIARO A. - ARDIZZONE A., Sommario del diritto penale italiano, Milano, 2007.

PANEBIANCO G., Il sistema penale minorile, Torino, 2012.

PENNISI A. (a cura di), La giustizia penale minorile: formazione, devianza e processo, Milano, 2012.

RICCIOTTI R., La giustizia penale minorile, Padova, 2007.

ZAPPALÀ V. (a cura di), La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile, Torino, 2015.

IL DANNO DA RITARDO E LA RESPONSABILITÀ DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

La trattazione affronta il presupposto genetico del danno da ritardo, ovvero l'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento, le sue modalità e i relativi termini, oltre agli aspetti più critici e contestati della disciplina, attraverso le ultime sentenze del Consiglio di Stato e le opinioni di autorevoli amministrativisti.

autore **Pietro Cucumile**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

Sommario: 1. Introduzione; 2. La natura giuridica della responsabilità da ritardo della P.A.; 3. L'ingiustizia del danno e il suo accertamento; 4. La prova e i criteri di quantificazione del danno; 5. Il profilo soggettivo: colpa o dolo della P.A. che ha emanato l'atto lesivo; 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Il seguente approfondimento si propone di affrontare l'innovativa e discussa figura del “danno da ritardo”, affiorato nel panorama giurisprudenziale e dottrinale degli ultimi anni, a seguito di importanti modifiche legislative fino all'introduzione, tramite la legge n° 69/09 dell'art. 2 *bis* nella legge n° 241/90, definendone così la risarcibilità. Una trattazione completa dovrebbe affrontare il presupposto genetico del danno da ritardo, ovvero l'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento, le sue modalità e i relativi termini, oltre agli aspetti più critici e contestati della disciplina, attraverso le ultime sentenze del Consiglio di Stato e le opinioni di autorevoli amministrativisti, per concludere con i profili più evolutivi della questione e dei suoi rimedi, rappresentati, uno su tutti, dalla figura del funzionario anti-ritardo.

La tematica del danno da ritardo è collegata al tema, di stringente attualità, della certezza dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi^[1].

Il principio della certezza temporale della conclusione del procedimento era stato originariamente previsto dall'art. 2 legge n° 241/1990 ed è stato poi oggetto di una continua attenzione da parte del legislatore. Nella sua originaria formulazione, l'art. 2 stabiliva che le amministrazioni pubbliche dovessero determinare il termine di conclusione per i vari tipi di procedimento e che, in mancanza di tale determinazione, il

termine ordinario sarebbe stato di 30 giorni.

Inoltre, due ulteriori innovazioni a livello amministrativo e penale pongono l'attenzione sulla necessità della certezza del tempo nell'agire amministrativo: la prima è rappresentata dalla legge n° 142/1990, di riforma delle autonomie locali, che ha introdotto, seppur in forma ancora embrionale, alcuni meccanismi di accelerazione dei procedimenti svolti davanti alle amministrazioni territoriali; la seconda riguardante la riscrittura dell'art. 328 c.p. (avvenuta ad opera dell'art. 16 della L. 26 aprile 1990, n. 86) con l'inserimento al secondo comma di tale disposizione, della previsione dell'obbligo per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio di rispondere entro trenta giorni, a pena di sanzioni penali, alla richiesta del privato di compiere un proprio atto d'ufficio o di esporre le ragioni del ritardo.

Sempre negli anni novanta, poi, si segnalano ulteriori interventi normativi che confermano l'interesse del legislatore per il rispetto dei tempi procedurali, fra cui la riforma del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione (la c.d. privatizzazione del pubblico impiego) che prevede, nell'ambito della generale valorizzazione del ruolo della dirigenza, strumenti di accelerazione del procedimento, mediante poteri sostitutivi dei dirigenti sovraordinati nei confronti dei dirigenti di livello inferiore e dei responsabili del procedimento.

Un ulteriore significativo intervento, in quegli anni, è rappresentato dalla previsione, di cui all'art. 17, lett. f), della legge n° 59/1997 (c.d. Legge Bassanini), di un indennizzo automatico e forfettario a favore dei soggetti richiedenti il provvedimento, nei casi di mancato rispetto del termine del procedimento e di mancata o ritardata adozione del provvedimento^[2].

È della fine del secolo scorso, per altro, l'intervento della Corte di Cassazione, a Sezioni unite, che, con la celeberrima sentenza n. 500/1999, ha ammesso la risarcibilità degli interessi legittimi demandata, con la riforma di cui alla L. n° 205/2000, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Dopo alcuni anni di silenzio, la tutela dell'interesse del privato alla certezza dei tempi di conclusione del procedimento è stata innovata dall'intervento del legislatore sui tempi procedurali tramite l'art. 6 *bis* L. n° 80/2005, di conversione del D.L. n° 35/2005.

Il Legislatore del 2005 ha introdotto così un meccanismo di individuazione dei termini procedurali che, per le amministrazioni statali, fa perno su regolamenti, adottati ai

sensi dell'art. 17 comma 1 della L. n° 400/1988 di concerto fra il ministro competente ed il ministro della funzione pubblica e, cosa più importante, ha portato il termine di conclusione residuale, (nel caso non si provveda diversamente con i regolamenti anzidetti), a novanta giorni. Inoltre, dopo alcuni anni, con l'avvento del governo Berlusconi e l'insediamento del Ministro Brunetta nel ruolo di Ministro della pubblica amministrazione e l'innovazione, si assiste a nuove riforme nel campo della pubblica amministrazione che vanno naturalmente a toccare anche il tema della certezza dei tempi procedurali.

Nel 2009, con l'emanazione della “legge n° 69”, si va nuovamente ad incidere sull'art. 2 della L. n° 241/1990, operando una profonda riformulazione dello stesso mediante l'inserimento nel corpo della legge del nuovo art. 2 *bis* recante “*Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento*”. L'intervento in particolare, ha riportato a trenta giorni il termine ordinario di conclusione dei procedimenti per le pubbliche amministrazioni, con la possibilità per le stesse, di fissare tempi più lunghi per i procedimenti di loro spettanza. Tuttavia, tale possibilità, viene volutamente scoraggiata, prevedendo che non siano più le singole amministrazioni ma il Consiglio dei Ministri, mediante regolamenti, a stabilire tali più lunghi termini e che, in ogni caso, questi non possano superare i novanta giorni. È evidente l'intento di arrivare ad una riduzione dei termini dei procedimenti che, se rispettati, porterebbero ad una maggiore velocizzazione delle pp.AA.

Con l'introduzione dell'art. 2 *bis*, inoltre, si sono obbligate le pubbliche amministrazioni a risarcire il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, provvedendo a codificare ciò che la giurisprudenza aveva affermato, pur con diverse visioni, ormai da oltre un decennio. La previsione di risarcibilità del danno da ritardo nella conclusione del procedimento, trova adesso una esplicita previsione anche fra le azioni di condanna di cui all'art. 30 del Codice del Processo amministrativo.

Il tema della risarcibilità del c.d. “danno da mero ritardo”, ovvero il risarcimento del danno connesso al ritardo nel provvedere da parte della pubblica amministrazione, si muove, invece, sulla considerazione della spettanza o meno in capo al ricorrente del bene della vita sottostante al provvedimento richiesto. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n° 7/2005 si era, invero, espressa sfavorevolmente alla possibilità di risarcire tale danno e la giurisprudenza amministrativa successiva si è posta, in generale, in linea con

tale orientamento. Solo con le riforme operate dagli interventi legislativi della L. n° 69/2009 e del nuovo C.P.A., sia la dottrina che una parte della giurisprudenza hanno propeso per la via del superamento dell'irrisarcibilità del danno da mero ritardo stabilito dalla Adunanza plenaria del 2005, attraverso una interpretazione estensiva dell'art. 2 *bis* e la considerazione che ormai il “tempo” dell'azione amministrativa, è diventato esso stesso bene della vita e come tale meritevole di tutela, anche risarcitoria.

In un contesto^[3], nel quale il nostro ordinamento è sottoposto ad un processo di revisione e innovazione continua, in cui si innesta il nuovo Codice del processo amministrativo, il tema della responsabilità amministrativa per la lesione di interessi legittimi, costituisce l'espressione più significativa del mutamento dei rapporti tra P.A. e soggetti amministrativi che si realizza stravolgendo dinamiche e istituti consolidati^[4].

Chi voglia approfondire a tutto tondo il tema del danno da ritardo non può non occuparsi, quindi, di quelli che sono gli aspetti portanti del diritto amministrativo: in particolare, il tema dell'inquadramento dell'interesse legittimo a livello sostanziale e processuale e dei diversi orientamenti che hanno portato, con la celebre Sentenza delle Sez. unite n. 500 del 1999, a riconoscere la risarcibilità; occorre delineare, inoltre, i principi che caratterizzano l'agire amministrativo: il principio di legalità, imparzialità, efficacia, efficienza, l'obbligo di pubblicità e trasparenza in relazione anche agli ulteriori principi affermati a livello comunitario. Giocoforza, poi, occorre svolgere un'attenta analisi dell'art. 2 della legge n° 241/90 dell'obbligo di conclusione del procedimento, comprensivo dei relativi termini e delle rispettive modalità di conclusione (Conferenza servizi, Scia, silenzio e accordi tra amministrazione e privati).

A tal proposito, si pensi alla disciplina su silenzio della pubblica amministrazione^[5], il cui rito disciplinato dall'art. 31 c.p.a. si caratterizza per essere un giudizio particolarmente celere quale rimedio ancor poco efficace se il giudice non ha la possibilità di scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere in giudizio, condannando la P.A. all'emanazione del provvedimento rifiutato o omesso, previa fissazione della regola del caso concreto. Lo stesso art. 117 comma 6 c.p.a. ha previsto l'ipotesi di proposizione congiunta delle due azioni (risarcitoria e avverso silenzio), potendo il giudice così definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria, coinvolgendo entrambe in un unico giudizio. Un discorso a parte va fatto poi per il danno da ritardo. È noto che ben prima dell'approvazione del Codice del processo amministrativo, l'Adunanza plenaria del

Consiglio di Stato (15 settembre 2005, n. 7) aveva ribadito un orientamento consolidato, secondo il quale il risarcimento può essere accordato solo nella misura in cui il ricorrente lamenti la mancata o tardiva emanazione del provvedimento favorevole, cui si ricolleggi il bene della vita, e non per il fatto in sé dell'omissione o del ritardo dell'emanazione.

L'annosa questione se il danno da ritardo fosse risarcibile, ove sussistesse la spettanza del bene della vita, dipende pertanto dall'importanza che si attribuisce al valore tempo e al disvalore che si vuole riconnettere al silenzio e inerzia della P.A. e all'interesse ad una corretta azione amministrativa. Altra questione fondamentale, riguarda la domanda risarcitoria (i relativi termini per proporla e la supposta pregiudizialità unita alla domanda avverso il silenzio). La natura della responsabilità del danno da ritardo, in particolare, accostata per certi aspetti alla responsabilità extracontrattuale e all'assoggettamento al relativo regime probatorio (art. 2697 cc.), con l'obbligo di provare gli elementi costitutivi del danno, richiede, per certi aspetti, uno sforzo probatorio eccessivo per il danneggiato.

La differenza ontologica e concettuale degli interessi tutelati, sembrerebbe emergere dalle recenti sentenze amministrative, nella parte in cui affermano come l'interessato possa agire in giudizio sia per ottenere il risarcimento del danno derivante dal mancato conseguimento del bene della vita negato, sia del danno da ritardo, con ripercussioni anche sul piano probatorio. Così, con specifico riferimento al danno non patrimoniale da ritardo (danno esistenziale), il Consiglio di Stato, Sez. V, 28 Febbraio 2011 n. 1271, è giunto ad affermare la sussistenza del predetto danno per la considerazione che il fatto certo della privazione dell'attività lavorativa a danno di soggetto versante in condizioni di minoranza fisica, consente di risalire al fatto del peggioramento della qualità dell'esistenza.

Non può non accennarsi, a tal fine, alla legge Regionale Toscana n. 40/2009, che prevede, in modo assolutamente innovativo, la corresponsione di un indennizzo al privato per il ritardo nella conclusione dei procedimenti amministrativi della Regione e degli enti dipendenti, totalmente svincolato dalla spettanza o meno di quanto richiesto. Riprendendo di fatto, un'idea che già era stata del Disegno di legge Nicolais^[6], (così conosciuto dal nome del ministro della funzione pubblica dell'ultimo Governo Prodi), la Regione con tale legge ha riconosciuto il diritto dei cittadini ad un'azione tempestiva da parte della pubblica amministrazione: da ciò consegue il diritto all'indennizzo ogniqualvolta ciò non avvenga. Pertanto, la considerazione sulla spettanza o meno

dell'atto richiesto, viene a perdere di qualunque rilevanza, perché ciò che la legge sanziona è il mancato rispetto dei termini di conclusione dei procedimenti, in un'ottica per cui anche il bene “tempo” è rilevante in sé.

Infine, di rilievo sono anche gli aspetti riguardanti la responsabilità del pubblico dipendente in relazione al relativo danno da ritardo: la responsabilità dirigenziale per il mancato rispetto dei termini, unita alla relativa responsabilità civile ed amministrativa-contabile del funzionario.

Risvolti, importanti, sono, poi, connessi ai rimedi previsti a livello comunitario contro “*il ritardo dei pagamenti*” Direttiva C.E. 35/2000 e Direttiva 7/2011 sui termini di pagamento della P.A..

Si consideri, poi, la nuova figura del funzionario anti-ritardo, introdotto dalla legge n° 35/2012 e legge n° 134/2012 che hanno aggiunto nuovi commi all'art. 2 della legge n° 241/1990, in particolare, inserendo i commi ottavo e successivi che prevedono l'introduzione di un meccanismo sostitutivo avocatorio del procedimento in danno del dirigente responsabile che colpevolmente non concluda entro i termini il relativo procedimento^[7]. Si ricorda, nelle prospettive evolutive, la legge n° 190/2012, legge anti-corrruzione, che ha ampliato gli obblighi di trasparenza e informazione di conclusione del procedimento e infine il “Decreto del fare” D.L. 69/2013 convertito in legge n° 98/13, che ha finalmente tipizzato a livello normativo la risarcibilità del danno da mero ritardo. Tuttavia, tale previsione, rimane per ora limitata dal punto di vista soggettivo ai soli imprenditori, e subordinata a procedure di attivazione del responsabile sostituito, tutto per l'ottenimento di un indennizzo di soglia massima non superiore ai 2 mila euro. In via di conclusione, poi, si riporteranno i recenti approdi in materia giurisprudenziale ed, in particolare, la recente pronuncia del Consiglio di Stato, di marzo 2016, che sancisce l'inammissibilità del danno da mero ritardo.

2. La natura giuridica della responsabilità da ritardo della P.A.

Come si è visto, la storica sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni unite 22 luglio 1999, n. 500, aveva ritenuto che la responsabilità della p.A. da provvedimento illegittimo (detta anche per lesione di interessi legittimi) costituisse una ipotesi di responsabilità aquiliana *ex art. 2043* del codice civile, ma negli anni successivi questo assunto è stato rimesso in discussione.

Vi è chi ha parlato di responsabilità contrattuale da contatto sociale qualificato dalla

violazione degli obblighi di protezione che caratterizzano il rapporto P.A. - privato nel corso del procedimento (avviso di inizio, contraddittorio, dovere di motivazione, etc.). Questa tesi è ricca di conseguenze pratiche, perché inverte l'onere della prova della colpa facendolo gravare sulla P.A.: art. 1218 c.c. e modifica il regime di calcolo degli interessi e della rivalutazione.

Così come un certo successo riscuote tuttora la tesi, anch'essa minoritaria, che postula un regime speciale di responsabilità della P.A. per danno da provvedimento illegittimo. Non si tratta, in questo caso, di un filone unico ma di pronunciati giurisprudenziali diversi, ove si evidenzia la particolare natura della fattispecie "responsabilità della P.A. per danno da provvedimento illegittimo", connotata da uno speciale legame con il potere autoritativo e dalla particolare veste specializzata del soggetto danneggiante, per indurne deroghe importanti al regime della responsabilità aquiliana, in materia ad esempio di elemento soggettivo.

Tuttavia, un elemento oggi quasi decisivo in favore della tesi tradizionale della responsabilità aquiliana si rinviene negli artt. 2 *bis* della legge n. 241/1990 (come introdotto dall'art. 7 della legge n. 69/2009) e 30, comma 2, C.P.A., i quali - pur non definendo espressamente la natura della responsabilità della p.A. per danno da provvedimento illegittimo - utilizzano un'espressione ("risarcimento del danno ingiusto") che richiama direttamente quello utilizzato dall'art. 2043 del codice civile di prova del danno.

Pertanto, la tesi oggi prevalente è senz'altro quella della natura aquiliana della responsabilità della p.A. per danno da provvedimento illegittimo, utilizzando lo schema espositivo che meglio si addice a tale impostazione, distinguendo i seguenti presupposti del diritto al risarcimento:

- esistenza e quantificazione del danno;
- ingiustizia del danno stesso;
- nesso causale tra provvedimento illegittimo e danno;
- l'elemento soggettivo (dolo o colpa) ascrivibile alla P.A. danneggiante.

3. L'ingiustizia del danno e il suo accertamento

Cominciando dall'accertamento del danno e della sua ingiustizia, il problema concettualmente più rilevante riguarda i rapporti con l'illegittimità del provvedimento, essendo necessario precisare se da quest'ultima consegua automaticamente la presenza

di un danno ingiusto o se, invece, sia necessario operare verifiche ulteriori.

Ormai superata è la vecchia tesi secondo cui l'ingiustizia del danno si dovrebbe presumere nel caso di interesse oppositivo: infatti, anche un provvedimento lesivo di interessi oppositivi può essere affetto da vizi meramente formali, o che comunque non ne precludono una riedizione legittima, come nel caso di vizi formali emendabili o al caso in cui la P.A. possa adottare meglio il provvedimento motivando meglio le proprie decisioni.

In realtà la distinzione corretta è quella tra i casi di potere vincolato e quelli di potere discrezionale, in quanto:

- se l'interesse legittimo è leso da un provvedimento vincolato, il G.A. non avrà difficoltà a valutare la spettanza concreta del bene della vita, dovendo a tal fine applicare precisi parametri normativi;
- se, invece, l'interesse legittimo è leso da un provvedimento discrezionale, la questione è complicata dal fatto che il Giudice, per accertare la spettanza concreta del bene della vita, dovrebbe ingerirsi in valutazioni fortemente opinabili, disancorate da parametri legislativi e istituzionalmente rimesse all'Amministrazione. Con l'ulteriore complicazione delle ipotesi in cui la P.A. eserciti una discrezionalità di tipo tecnico, che si discute se debbano essere inquadrate nell'ambito dell'attività discrezionale (accomunando discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, perché entrambe connotate da valutazioni non matematicamente riscontrabili) o se, invece, vadano ricondotte all'attività vincolata (valorizzando il fatto che la discrezionalità tecnica non implica ponderazione dell'interesse pubblico, ma solo applicazione di regole tecniche non matematiche, nel quadro di scelte di opportunità già interamente esercitate dal legislatore).

La complessità di tale questione ha comportato il formarsi di almeno tre orientamenti dottrinali e giurisprudenziali divergenti in ordine alla soluzione da adottare laddove il provvedimento lesivo sia espressione di un potere discrezionale o tecnico - discrezionale della p.A.

Una prima tesi ammette che il giudice operi una "valutazione virtuale" sulla fondatezza della pretesa ai soli fini del risarcimento per equivalente, instaurando un processo nel quale la p.A. avrà l'onere di dedurre in giudizio le ragioni ostative al soddisfacimento

della pretesa ulteriori rispetto a quelle già adottate nell'atto impugnato e, alla fine, il Giudice dovrà valutare se la stessa pretesa avrebbe potuto trovare soddisfazione in modo compatibile con l'interesse pubblico.

Una seconda tesi nega l'ammissibilità di un simile meccanismo sostitutivo e sostiene che la pretesa del privato debba essere riguardata in termini di *chance*, la quale potrà ricevere tutela risarcitoria a patto che il privato dimostri di avere una possibilità superiore al 50% di ottenere il bene della vita (ed in questo caso l'entità del risarcimento dovrà essere commisurata alla soddisfazione piena del bene) ovvero dimostri comunque una *chance* rilevante (ed allora l'entità del risarcimento sarà commisurata alla percentuale di possibilità dimostrata dal privato: vedi infra)

Il danno da perdita di *chance* non viene considerato lucro cessante ma danno emergente, considerando la chance quale posizione di aspettativa che dà al suo titolare la possibilità di "giocarsi le carte regolarmente", possibilità ovviamente frustrata dall'agire illegittimo della P.A.

Una terza tesi "conservatrice" rifiuta sia la tecnica della sostituzione che quella basata sulla *chance*, affermando che il risarcimento del danno da provvedimento discrezionale potrà essere riconosciuto solo ove (e dopo che) l'Amministrazione abbia concesso il provvedimento richiesto (o ritirato quello lesivo), per cui il danno concretamente risarcibile sarà solo quello da ritardo. Tale tesi risulta, però, fortemente riduttiva dal momento che la risarcibilità del danno è limitata all'ipotesi menzionata.

La tecnica basata sulla *chance*, dopo aver raggiunto una notevole diffusione soprattutto in materia di gare d'appalto, aveva subito una battuta d'arresto a seguito della modifica dell'art. 245 del Codice degli appalti operata dall'art. 12 del d.lgvo n. 53/2010, in base alla quale il risarcimento per equivalente nelle gare d'appalto poteva essere riconosciuto solo al concorrente in grado di provare il proprio "diritto" all'aggiudicazione. Poi, il Codice del processo amministrativo ha abrogato l'art. 245 e l'ha sostituito con l'art. 124 dello stesso C.P.A., che non vieta più il risarcimento della *chance*, per cui questa tecnica di valutazione è tornata nuovamente all'attenzione dei giudici amministrativi.

4. La prova e i criteri di quantificazione del danno

Uno dei problemi più spinosi in materia di responsabilità della P.A. è costituito dai criteri di prova e di quantificazione del danno, come dimostra la previsione a suo tempo introdotta dall'art. 35, comma 3, del d.lgvo n. 80/1998 - ed ora recepita all'art. 34,

comma 4, C.P.A. (che subordina però il meccanismo al consenso di entrambe le parti del giudizio) - del potere del giudice di emettere una condanna generica in cui si riconosce l'esistenza di un danno da risarcire senza però quantificarlo, indicando soltanto dei criteri generali in base ai quali le parti potranno giungere ad una determinazione consensuale del *quantum* del risarcimento. Quanto alla prova del danno, il relativo onere grava sul danneggiato, che deve fornire al giudice anche gli elementi necessari alla sua quantificazione; in caso contrario la domanda risarcitoria dovrà essere respinta.

Tuttavia, la portata di questo assunto viene in concreto attenuata dalla giurisprudenza, la quale tende a ritenere assolto l'onere probatorio laddove il privato dimostri l'esistenza di un danno e indichi in modo oggettivo dei parametri per la sua quantificazione, restando al giudice il potere di vagliarne l'attendibilità anche a mezzo di C.T.U. e di integrare con la valutazione equitativa gli aspetti che oggettivamente non si prestano ad una dimostrazione puntuale.

Quanto ai criteri di quantificazione del danno, lo stesso assume dimensione differente a seconda che abbia ad oggetto l'interesse negativo o quello positivo ed a seconda che l'interesse positivo sia concepito in termini di spettanza finale del bene della vita o in termini di *chance*.

Ciò premesso, trova certamente applicazione al giudizio amministrativo l'art. 1223 del codice civile, in base al quale deve essere risarcito il danno emergente ed il lucro cessante: stando all'esempio del danno da mancata aggiudicazione di un appalto già interamente eseguito (e quindi non più attribuibile al danneggiato), il risarcimento dovrà tenere conto sia delle spese sostenute per partecipare alla gara (danno emergente) che del mancato utile che sarebbe derivato dal contratto di appalto. Si tenga conto, però, che se il danno da mancata aggiudicazione viene concepito in termini di *chance*, il sopra descritto 10% del valore dell'appalto (utile presunto) sarà attribuito solo ove l'interessato dimostri una *chance* di aggiudicazione superiore al 50%, mentre ove la percentuale sia inferiore si effettuerà una riduzione di quella somma in base al numero delle imprese utilmente collocate in graduatoria.

Inoltre, si terrà conto del cd. "danno curricolare", collegato all'impossibilità per l'impresa di ascrivere al proprio *curriculum* l'aggiudicazione di quell'appalto, di solito quantificato in una percentuale tra l'1% e il 5% del prezzo a base d'asta. Infine, possono concorrere anche le occasioni perdute ulteriori rispetto all'appalto impugnato (classico lucro cessante), sul presupposto che l'impegno profuso per la partecipazione alla gara

abbia impedito all'impresa di impegnare le proprie energie in altre attività produttive.

5. Il profilo soggettivo: colpa o dolo della P.A. che ha emanato l'atto lesivo.

A partire dalla sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite, che ha riconosciuto la risarcibilità degli interessi legittimi, è sorta l'esigenza di circoscrivere il relativo rimedio sotto il profilo soggettivo della necessità della colpa o dolo della P.A. che ha emanato l'atto lesivo. Nasceva così la peculiare nozione di "colpa d'apparato", che postula un giudizio di rimproverabilità dell'amministrazione sulla scorta di una accertata *"violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi"*. Inoltre, poiché la Corte di Cassazione è partita dalla tesi della natura aquiliana della responsabilità, l'onere della prova della colpa della P.A. è stato attribuito al privato danneggiato. Un grosso limite di questa ricostruzione è, però, costituito dalla notevole vaghezza della nozione di "colpa dell'apparato", che, infatti, ha dato luogo al formarsi di tre diverse interpretazioni in seno al stesso Consiglio di Stato, cui ormai compete la giurisdizione sul risarcimento del danno.

Un primo orientamento, minoritario, fa capo alla tesi della natura speciale della responsabilità della p.A. per danno da provvedimento illegittimo e la considera di una responsabilità oggettiva, per cui - sulla falsariga della nozione elaborata dalla Corte di Giustizia in materia di danno arrecato da attività delle istituzioni comunitarie ai sensi dell'art. 340 del Trattato sul funzione della Comunità - ritiene che il privato in realtà debba dimostrare (non già la colpa dell'amministrazione bensì) il carattere grave e manifesto della violazione normativa perpetrata della p.A., tenendo conto soprattutto del carattere più o meno ampiamente discrezionale della valutazione rimessa alle sue cure e del carattere più o meno univoco del quadro normativo di riferimento. L'orientamento in questione è stato contestato sotto due aspetti:

- perché la scelta di costruire un regime speciale di responsabilità della P.A. appare priva di base normativa;
- perché lo spostamento del fulcro della fattispecie dalla colpa alla gravità della violazione di legge, invece che favorire il danneggiato, può finire addirittura per penalizzarlo, costringendolo ad una prova inerente la gravità della violazione normativa che si rivela quasi impossibile tutte le volte in cui la P.A. abbia esercitato un potere discrezionale o tecnico - discrezionale.

Un secondo orientamento, che può considerarsi maggioritario, applica il paradigma normativo dell'art. 2043 e ritiene che la responsabilità dell'Amministrazione presupponga la colpa, quale elemento ulteriore rispetto alla illegittimità del provvedimento, con l'unica precisazione che il danneggiato può addurre l'illegittimità dell'atto quale presunzione semplice di colpa *ex art. 2727* del codice civile, spettando, a quel punto, all'Amministrazione dimostrare l'errore scusabile, che si configura nei casi di significativi contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma rilevante ai fini della decisione ovvero di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore ovvero ancora di particolare complessità del fatto ovvero ancora di illegittimità costituzionale.

Un terzo orientamento, che (come il primo) attribuisce alla responsabilità della p.A. per danno da provvedimento illegittimo, natura speciale, riconduce la colpa della P.A. al paradigma normativo di cui all'art. 2236 del codice civile.

La tesi, sostenuta soprattutto dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana (*cfr. n. 224/2007, n. 361/2007, n. 699/2007 e n. 1090/2009*) assume che la colpa necessaria ai fini della condanna della P.A. debba essere graduata a seconda del livello di difficoltà della questione giuridica affidata alle sue cure, anche se i risultati concreti di questa linea interpretativa finiscono per essere comunque rigorosi per l'amministrazione, essendo ritenuta sufficiente la colpa lieve in tutti i casi in cui il danno sia dovuto a errore di interpretazione di una norma successivamente dichiarata applicata.

6. Conclusioni

Volendo tirare le fila del discorso, può affermarsi che, a prescindere dall'impostazione teorica prescelta, tutta la giurisprudenza è andata incontro ad un'evoluzione che ha reso più rigoroso il regime di responsabilità della p.A. sul piano soggettivo, attribuendo all'illegittimità del provvedimento quanto meno la funzione di elemento presuntivo della colpa e così postulando in capo alla p.A. un onere di "prova contraria" che riguarda essenzialmente la grave incertezza del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento. In tale direzione spinge ora anche una pronuncia della Corte di Giustizia CE (*cfr. Sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09*), seppur riguardante lo specifico settore degli appalti, ove si afferma che la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE (in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori) osta ad interventi del legislatore nazionale che subordinino il diritto ad ottenere il risarcimento del danno derivante dalla violazione della disciplina sugli appalti pubblici

ad un giudizio di colpevolezza ascrivibile all'amministrazione aggiudicatrice, persino nell'ipotesi in cui la disciplina nazionale contempra una presunzione di colpevolezza superabile mediante dimostrazione di un errore soggettivo scusabile.

Intanto, come si è visto, il Consiglio di Stato, con una recentissima pronuncia, ha cominciato a chiudere le porte al danno da mero ritardo.

Note e riferimenti bibliografici

- [1] G. CONTI, *Il danno da ritardo nell'agire amministrativo*, Edizioni Exeo, 2012.
- [2] GIOVAGNOLI, R. FRATINI M., *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Vol. I, Procedimento e accesso, Milano, 2007.
- [3] D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo*, Ed. Sc. Giur., 2012.
- [4] G. MORBIDELLI, Relazione di sintesi, in Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna 2008 Milano 2009; C. SALTELLI, *La responsabilità dell'amministrazione per omissione o ritardo nell'esercizio del potere*, in Atti del LIV, Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna2008, Milano 2009; I. PAGNI, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno: il nuovo volto dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela demolitoria*.
- [5] D'ARIENZO, *La tutela del tempo nel procedimento e nel processo*, Ed. Sc. Giur., 2012.
- [6] G. CONTI, *Il danno da ritardo nell'agire amministrativo*, Edizioni Exeo, 2012.
- [7] S. USAI, *Il responsabile del procedimento amministrativo*, Maggioli Editore, 2013.

SPEED LIMIT: IT DOES NOT OPERATE IN THE OPPOSITE DIRECTION.

The Court of Cassation, with the sentence n. 17205 of 12 July 2017, specified how the speed limit road sign indicates a prescription that operates only for who can perceive it in its driving behaviour, therefore, it does operate only in its direction and not in the opposite way.

autore **Loredana Vega**

Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima e con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

In the case submitted to the attention of the Judges of the Supreme Court, an appeal was requested by the heirs of N. who had sued the Insurance and Mr. D.P.M., so that they would be severally liable for damages suffered as a result of a road accident in which their relative died.

Previously, **the court of Vasto, with the sentence n. 303 of 2009**, had rejected the request, considering that the responsibility of the accident was imputable exclusively to N. Of the same opinion was also **the Appeal Court of L'Aquila, with sentence n. 1307 of 2015**, which confirmed the responsibility of Mr. N. in the deposit of the claim. Therefore, the heirs of N. had appealed to the Supreme Court sustaining various motivations.

First of all, the appellants alleged that the law was infringed by claiming that there was a twofold speed limit in the direction in which happened the accident: not only for Mr. N but also for D.P. which proceeded in the opposite sense: the Court has highlighted how this motivation was unjustified, confirming, thus, what the judges had exposed.

In fact, the Court of Cassation has underlined that *“the road sign is a device suitable to indicate a prescription, a warning or an indication to all vehicles that circulate and to any other user of the street. In short, it is the language with which the administrator of a street does communicate to the users the discipline of circulation: rules, danger, indications, limits. These signals operate as an express administrative measure. Such commands expressed by the public administration operate only for those who perceive it in the driving behavior and, therefore, in its sense of march.”* In the specific case, since a speed limit signal in the opposite direction is not detectable, it cannot be adverted that supposed signal also operated in the opposite direction.

The Court of Cassation rejected the appeal.

In conclusion, **in the case of a two-way road, the speed limit must be considered operating in the sense in which it is affixed and not in both directions, since, in order for the sign to be operative, it has to be “perceptible”.**