

Le criticità del sistema giustizia. Elaborazione di strumenti atti a prevenire l'ingiusta detenzione.

SOMMARIO: 1. Inquadramento del problema dell'ingiusta detenzione - 2. Il mutamento dello scenario probatorio nel passaggio dalla cautela alla cognizione – 3. Declaratoria di responsabilità e standards probatori – 4. Gravità indiziaria e standards probatori – 5. Omologabilità degli standards probatori della cautela e della cognizione – 6. Ingiusta detenzione, valutazione della prova e motivazione del provvedimento de libertate.

### 1. Inquadramento del problema dell'ingiusta detenzione.

L'ingiusta detenzione è una ipotesi di patologia del sistema processuale. Correttamente, dunque, essa può essere inquadrata tra le criticità del sistema giustizia, costituendo anzi la criticità più incidente sulla sfera giuridica e, prima ancora, materiale, psicologica ed esistenziale, di un individuo. E' dunque di primaria importanza la focalizzazione del problema dell'individuazione di strumenti idonei a prevenire ed evitare questa patologia del sistema. In questa sede, dunque, non ci soffermeremo sulle, pur importanti, problematiche poste dagli artt. 314 ss c.p.p., che contemplano l'ingiusta detenzione come fonte di un diritto ad un'equa riparazione per chi sia stato illegittimamente assoggettato a custodia cautelare, al ricorrere delle condizioni dettate dalla norma stessa, ma cercheremo di delineare una prospettiva entro la quale collocare il problema della prevenzione dell'ingiusta detenzione.

La disamina non può che prendere le mosse dal quesito inerente all'individuazione delle cause dell'ingiusta detenzione. Perché l'ingiusta detenzione? E' evidente che *summa divisio*, all'interno del ventaglio eziologico all'origine di questo fenomeno, si pone fra cause inerenti al sistema normativo e cause inerenti all'apparato giurisdizionale. Queste ultime ineriscono alle risorse umane, materiali e strumentali, all'organizzazione del sistema giustizia e a tutti quei fattori che incidono sul concreto esplicarsi della funzione giurisdizionale, determinando carenze e disfunzioni che si ripercuotono negativamente sull'adozione di provvedimenti giurisdizionali e segnatamente di provvedimenti *de libertate* non adeguatamente ponderati e maturati in contesti di stress operativo e di sovraccarico di lavoro, che facilitano gli errori, la superficialità nella disamina degli atti e le valutazioni incongrue e affrettate (eccessivi carichi di lavoro, inadeguatezza del numero dei magistrati e del personale amministrativo, scoperture di organico e via dicendo). Noi però, in questa sede, incentreremo la nostra attenzione non sui fattori estrinseci ma su quelli intrinseci al sistema processuale penale, che interessano più direttamente la nostra attività di giuristi e di operatori del diritto, e cercheremo di verificare se nelle pieghe del sistema non siano da rinvenirsi alcune delle cause più significative del fenomeno dell'ingiusta detenzione.

Orbene, senza alcuna pretesa di esaustività, è possibile individuare, nel tessuto del sistema processuale penale, due fra i fattori più significativi all'origine della fenomenologia dell'ingiusta detenzione: il mutamento dello scenario probatorio nella transizione dalla fase della cautela a quella della cognizione e cioè del giudizio dibattimentale; gli standards probatori che presiedono, da un lato, alla valutazione della gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p. e , dall'altro, alla declaratoria di responsabilità. Analizziamo partitamente questi due fattori.

### 2. Il mutamento dello scenario probatorio nel passaggio dalla cautela alla cognizione.

Uno dei fattori più significativi nell'eziologia dell'ingiusta detenzione è senz'altro il mutamento dello scenario probatorio nel giudizio di cognizione rispetto a quanto emerso nella fase delle indagini preliminari e quindi rispetto alla piattaforma probatoria alla base del provvedimento di coercizione personale, di regola adottato in questa fase. Tale mutamento non costituisce frutto delle vicende contingenti di ogni singola regiudicanda ma è insito nell'architettura normativa del sistema processuale penale, che, in omaggio ai principi di immediatezza ed oralità, ha negato, in via di principio e salve le eccezioni previste dalla legge, valenza di prova alle risultanze probatorie acquisite durante la fase delle indagini preliminari. Il che comporta, per definizione, l'alterità del sostrato conoscitivo e probatorio a fondamento della pronuncia cautelare, da un lato, e del giudizio di cognizione, dall'altro. La vicenda normativa inerente all'art. 500 c.p.p. è, in tal senso, paradigmatica. Il legislatore del 1988, in ossequio ai

canoni dell'oralità, dell'immediatezza e del contraddittorio, aveva previsto, nell'originario testo dell'art. 500 c.p.p., l'impossibilità di acquisire a fini di prova, a seguito della contestazione, la dichiarazione resa dal testimone al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria, durante la fase delle indagini preliminari, laddove quest'ultima risultasse difforme da quanto dichiarato in dibattimento. Dunque la contestazione aveva la sola funzione di consentire un vaglio della credibilità del testimone. Su tale assetto si espresse negativamente la Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 255 del 1992<sup>1</sup>, sulla scorta dei principi della non dispersione degli elementi di prova, del libero convincimento del giudice e della ricerca della verità quale fine primario e ineludibile del processo penale, ribaltò la regola della non acquisibilità al fascicolo per il dibattimento delle dichiarazioni oggetto di contestazione, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'originario art. 500 c.p.p. e così immutando fortemente nella struttura fondamentale del sistema. La soluzione adottata dal giudice delle leggi fu, in un secondo momento, confermata dal legislatore con il decreto-legge n. 306 del 1992, conv., con modif. in l. 7 agosto 1992, n. 356, che sancì l'acquisizione probatoria delle dichiarazioni utilizzate per le contestazioni, pur subordinandone la valutazione come prova alla presenza di elementi di riscontro. L'impulso al ripristino della precedente regola di esclusione giunse dalla modifica dell'art. 111 Cost., a seguito della quale la disciplina delle contestazioni è stata radicalmente rielaborata nell'ottica dell'attuazione dei principi del giusto processo e, in particolare, del principio del contraddittorio nella formazione della prova, che subisce le sole eccezioni previste dalla stessa disciplina costituzionale<sup>2</sup>. L'art. 16, comma 1, l. n. 63 del 2001 ha dunque modificato l'art. 500 c.p.p., ripristinando l'originaria regola di esclusione probatoria, in virtù della quale le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni possono essere valutate solo ai fini della credibilità del teste. E la Corte costituzionale ha ritenuto immune da vizi tale disciplina, laddove non prevede l'acquisizione al fascicolo del dibattimento e l'utilizzabilità a fini probatori delle dichiarazioni precedentemente rese dal testimone e utilizzate per le contestazioni<sup>3</sup>. D'altronde, si consideri, al riguardo, che l'art. 500 c.p.p. si applica anche all'esame dei periti e dei consulenti, in virtù del rinvio operato dall'art. 501, comma 1, c.p.p.; all'esame delle persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12 c.p.p. o di un reato collegato a norma dell'art. 371, comma 2, lettera b), c.p.p. che non possono assumere la veste di testimoni, in forza della nuova formulazione dell'art. 210, comma 5, c.p.p.; all'esame delle parti, in quanto il nuovo art. 503 c.p.p. riproduce il contenuto dell'art. 500, comma 1, c.p.p. mentre, al comma 4, rinvia all'art. 500, comma 2, c.p.p. La norma disciplina altresì l'esame di coloro che hanno assunto la veste di testimoni assistiti, a norma degli artt. 197 e 197 bis c.p.p. La legge n. 63 del 2001 ha esteso dunque la disciplina delle contestazioni a tutti i dichiaranti. E' evidente quindi che, ove uno o più dichiaranti rendano dichiarazioni di segno diverso da quelle rese nelle pregresse fasi procedimentali, queste ultime non troveranno ingresso nella piattaforma probatoria a fondamento della pronuncia giudiziale e, ove essa sia di natura assolutoria, lo stigma di ingiustizia non potrà che colpire la custodia cautelare disposta sulla base di un materiale cognitivo totalmente diverso. Dunque, in questa ipotesi, l'ingiusta detenzione affonda le proprie radici nella struttura stessa del sistema.

### 3. Declaratoria di responsabilità e standards probatori.

Un secondo versante su cui polarizzare la riflessione sul fenomeno dell'ingiusta detenzione e quello del rapporto fra standards probatori propri della fase cautelare e standards probatori propri del giudizio di cognizione. E' infatti evidente che, ove si adottino standards probatori connotati da un'ontologica alterità nella fase dell'applicazione di una misura cautelare, personale, coercitiva, da un lato, e nella fase della decisione finale, da emettersi all'esito del dibattimento, dall'altro, sarà inevitabile che, in un considerevole numero di casi, pur laddove rimanga sostanzialmente invariato il panorama probatorio, il soggetto potrà essere assoggettato a provvedimento restrittivo della libertà personale e poi assolto, anche con formula piena in facto, rimanendo così integrata l'ipotesi di ingiusta detenzione contemplata dall'art. 314, comma 1, c.p.p.

---

<sup>1</sup> In Foro it., 1992, I, 2015,

<sup>2</sup> G. Cascone, Commento all'art 500 c.p.p., in G. Lattanzi- E. Lupo, Rassegna di giurisprudenza sul codice di procedura penale, Giuffrè, 2020, vol. IV, 703.

<sup>3</sup> Corte cost. 26 febbraio 2002, n. 36, in Giur. Cost., 2002, 320.

La regola di giudizio che presiede alla sentenza dibattimentale, come è noto, si incentra sul dettato dell'art. 533, comma 1, c.p.p., che, in linea con il principio costituzionale della presunzione di innocenza, di cui all'art. 27, comma 2, Cost., legittima il giudice ad addivenire a declaratoria di responsabilità solo qualora l'imputato risulti colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio. La regola di giudizio compendiata nella formula dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" impone al giudicante l'adozione di un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria, volto a superare l'eventuale sussistenza di dubbi intrinseci a quest'ultima, derivanti, ad esempio, da autocontraddittorietà o da incapacità esplicativa, o estrinseci, in quanto connessi all'esistenza di ipotesi alternative dotate di apprezzabile verosimiglianza e razionalità<sup>4</sup>. Può infatti addivenirsi a declaratoria di responsabilità, in conformità al canone dell'"oltre il ragionevole dubbio", soltanto qualora la ricostruzione fattuale a fondamento della pronuncia giudiziale espunga dallo spettro valutativo soltanto eventualità remote, astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, si ponga al di fuori dell'ordine naturale delle cose e dell'ordinaria razionalità umana<sup>5</sup>. La condanna al di là di ogni ragionevole dubbio implica, infatti, che, laddove venga prefigurata una ipotesi alternativa, siano individuati gli elementi di conferma della prospettazione fattuale accolta, in modo che risulti l'irrazionalità del dubbio derivante dalla sussistenza dell'ipotesi alternativa stessa<sup>6</sup>. Sul giudice grava dunque l'onere di individuare gli elementi di conferma dell'ipotesi accusatoria e di motivare l'esclusione della plausibilità delle tesi della difesa<sup>7</sup>. Il giudice è quindi tenuto ad interrogarsi in merito alla plausibilità di spiegazioni alternative alla prospettazione accusatoria, qualora esse vengano additate dall'oggettività delle acquisizioni probatorie. Il nodo cruciale consiste, pertanto, nella determinazione della portata del concetto di ragionevolezza del dubbio, il quale rinvia non già ad un approccio empirico e di buon senso ma a precise regole gnoseologiche e a rigorosi percorsi inferenziali che il giudice deve esperire nel verificare la fondatezza della tesi accusatoria. In tale contesto, il termine "ragionevole" conferisce al dubbio un crisma di oggettività, non potendo essere preso in considerazione un dubbio di carattere soggettivo<sup>8</sup>.

#### 4. Gravità indiziaria e standards probatori.

Per quanto attiene invece al concetto di gravità indiziaria, ex art. 273 c.p.p., non è dato registrare univocità di orientamenti. Secondo una prima opzione ermeneutica, la gravità indiziaria è connessa all'individuazione di quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, sia diretti che indiretti, che, resistendo ad interpretazioni alternative e contenendo *in nuce* tutti o soltanto alcuni degli elementi strutturali della corrispondente prova, non valgono di per sé a dimostrare, al di là di ogni ragionevole dubbio, l'attribuibilità del reato all'indagato, attingendo la soglia dimostrativa propria del giudizio di cognizione. Tuttavia essi, apprezzati nella loro consistenza e nella loro coordinazione logica, consentono di prevedere che, attraverso la futura acquisizione di ulteriori elementi di giudizio, nel vaglio dibattimentale, saranno idonei a dimostrare la responsabilità, fondando, nel frattempo, una qualificata probabilità di colpevolezza<sup>9</sup>. In questa prospettiva, dunque, la gravità indiziaria si traduce in un giudizio probabilistico di segno positivo in ordine alla colpevolezza<sup>10</sup>. In quest'ottica si è affermato, in giurisprudenza, che, pur essendo necessario che l'identificazione del soggetto nei confronti del quale si procede sia certa, per l'applicazione delle misure cautelari personali è sufficiente una *probatio minor* rispetto a quella necessaria per la condanna, essendo richiesta soltanto una qualificata probabilità di colpevolezza<sup>11</sup>. In quest'ordine di idee, dunque, si sottolinea che i canoni valutativi della gravità indiziaria, ai fini dell'applicabilità di una misura cautelare personale, rimangono diversi rispetto a quelli validi per

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, 24 ottobre 2011, n. 4111, Rv. 251507

<sup>5</sup> Cass., Sez. I, 3 marzo 2010, n. 17921, Rv. 247449; Cass., Sez. I, 8 maggio 2009, n. 23813, Rv. 243801; Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456, Rv. 240763.

<sup>6</sup> Cass., Sez. IV, 17 giugno 2011, n. 30862, Rv. 250903; Sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320, Rv. 245879.

<sup>7</sup> Cass., Sez. VI, 5 dicembre 2018, n. 10093/19, Rv. 275290.

<sup>8</sup> Conti, Al di là del ragionevole dubbio, in *Novità su impugnazioni*, a cura di Scalfati, Ipsoa, 2006, 101.

<sup>9</sup> Cass., S. U., 21 aprile 1995, Costantino, Cass. pen., 1995, 2840; Cass., 10 marzo 1999, Capriati, Rv. 212998; Cass. 4 novembre 1999, Cerqua, Rv. 214668

<sup>10</sup> Cass., Sez. U, 30 maggio 2006, n. 36267, Spennato, Cass. pen, 2007, 46.

<sup>11</sup> Cass., Sez. V, 7 febbraio 2007, n. 9192, Rv. 236258.

una pronuncia di condanna<sup>12</sup>. Ed esplicitamente si afferma che il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio non attiene alla gravità indiziaria ex art. 273 c.p.p.<sup>13</sup>. Secondo quest'indirizzo interpretativo, esiste quindi una netta alterità degli standards probatori e cognitivi che presiedono alla cautela rispetto a quelli che presiedono al giudizio di cognizione e si è dunque negata l'applicabilità delle disposizioni generali sulla prova alle misure cautelari, sulla base del rilievo che la stessa intitolazione del libro terzo induce a ritenere che le norme in esso contenute siano dettate specificamente per il giudizio, quali regole per l'accertamento della responsabilità dell'imputato, essendo noto che nelle indagini preliminari non si ricercano prove ma soltanto elementi indiziari di spessore sufficiente a rendere utile il rinvio a giudizio, nella prospettiva di una condanna<sup>14</sup>. Dallo stesso inserimento nel corpus dell'art. 273 c.p.p., ad opera dell'art. 11 l. 1° marzo 2001, n. 63, del richiamo agli artt. 192, commi 3 e 4, 195, comma 7, 203 e 271, comma 1, c.p.p. si è desunta, a contrariis, l'inapplicabilità di tutte le altre norme in tema di prova.

Da tale impostazione derivano svariate conseguenze, non solo in tema di valutazione del materiale probatorio ma anche di utilizzabilità dello stesso. Ad esempio, è stato ritenuto che il termine "indizio", adoperato dall'art. 273 c.p.p., abbia una valenza completamente diversa da quella che il medesimo termine assume nell'art. 192 comma 2<sup>15</sup>, c.p.p., non coincidendo gli indizi richiesti dall'art. 273 per l'applicazione di una misura cautelare con quelli indicati dall'art. 192<sup>16</sup>. Le Sezioni unite hanno infatti ritenuto che la gravità indiziaria ai fini cautelari sia concetto differente da quello enunciato nell'art. 192, comma 2, c.p.p., che fa riferimento alla cosiddetta prova logica o critica, poiché la nozione di gravità indiziaria, nell'ottica della coercizione personale, ha, sotto il profilo gnoseologico, una propria autonomia, rappresentando l'insieme degli elementi conoscitivi, sia di natura rappresentativa che logica, la cui valenza dimostrativa è funzionale alla decisione *de libertate*. La portata del concetto di gravità indiziaria rimane dunque circoscritta all'area della cautela e non si proietta nel diverso e futuro contesto dibattimentale relativo al definitivo giudizio di merito<sup>17</sup>. E, in quest'ordine di idee, richiamandosi al diverso significato che assume il termine "indizi" nell'art. 192, comma 2, è stato sostenuto che per l'applicabilità delle misure cautelari non sia richiesta l'univocità e la convergenza ma solo la gravità degli indizi<sup>18</sup>. Questi ultimi non devono, infatti, essere valutati secondo i criteri richiesti per il giudizio di merito dal comma 2 dell'art. 192 c.p.p.<sup>19</sup>. Ne deriva che nella fase cautelare è sufficiente il requisito della sola gravità, anche perché il comma 1 bis dell'art. 273 richiama espressamente i soli commi 3 e 4 e non il comma 2 dell'art. 192 c.p.p., che prescrive la precisione e la concordanza, poiché gli indizi ai fini delle misure cautelari non devono essere valutati alla stregua dei parametri che presiedono al giudizio di merito, ex art. 192, comma 2 c.p.p.<sup>20</sup>. Anche in dottrina si è ritenuto che, in tema di libertà personale, occorranza i requisiti della certezza, per evitare che si valorizzi il mero sospetto o la personale congettura, e della gravità, intesa come capacità dimostrativa e pertinenza del dato rispetto al thema probandum. Non occorrono invece gli ulteriori requisiti della precisione e della concordanza, in quanto l'art. 273, comma 1, indica, come condizione indispensabile per l'adozione di misure coercitive, l'esistenza di indizi gravi e soltanto gravi, non menzionando gli ulteriori requisiti della precisione e concordanza, che il sistema processuale penale richiede invece in materia di valutazione della prova logica, ai sensi dell'art. 192, comma 2. Deve, pertanto, operarsi una razionale distinzione tra la prova necessaria all'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, che postula l'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti e che rifiuta un giudizio di reità fondato su un criterio di probabile attribuzione del fatto-reato alla persona dell'imputato<sup>21</sup>, e il quadro di gravità

<sup>12</sup> Cass., Sez. V, 5 giugno 2012, n. 36079, Rv. 253511; Sez. VI, 5 febbraio 2013, n. 7793, Rv. 255053; Sez. I, 24 gennaio 2002, n. 10000; Sez. II, 26 giugno 2002, n. 35359.

<sup>13</sup> Cass., Sez. VI, 15 febbraio 2017, n. 11550, Rv. 269138; Sez. II, 28 giugno 2016, n. 43146, Rv. 268370;

<sup>14</sup> Cass., S. U., 21 aprile 1995, Costantino.

<sup>15</sup> Cass., Sez. VI, 12 dicembre 1995, Meocci, Rv. 203600; Sez. VI, 25 maggio 1995, Tontoli, Riv. Pen., 1996, 389.

<sup>16</sup> Cass., Sez. III, 23 febbraio 1998, Dersziova, Rv. 210514; Sez. I, 12 ottobre 1995, Nicastro, Rv.202676.

<sup>17</sup> Cass., S. U., 30 maggio 2006, n. 36267, Spennato.

<sup>18</sup> Cass., Sez. I, 22 gennaio 2002, n. 9233, Guida dir. 2002, n. 24, 74.

<sup>19</sup> Cass., Sez. II, 15 marzo 2013, n. 26764, Rv., 256731; Sez. IV, 14 febbraio 2013, n. 18589, Rv. 255928; Sez. IV, 24 gennaio 2017, n. 6660, Rv. 269179.

<sup>20</sup> Cass., Sez. IV, 22 maggio 2018, n. 43258, Rv. 275805; Sez. IV, 24 gennaio 2017, n. 6660, Rv. 269179; Sez. IV, 19 aprile 2019, n. 17247, Rv. 276364.

<sup>21</sup> Cass., Sez. III, 23 febbraio 1998, Dersziova, Rv. 210514; Sez. I, 12 ottobre 1995, Nicastro, Rv.202676.

indiziaria, fondato su un principio di probabilità, seppure rilevante, legittimante l'adozione della misura cautelare personale.<sup>22</sup>

Sempre nella prospettiva dell'alterità tra le regole che presiedono all'emanazione del provvedimento di coercizione personale e le regole che presiedono alla declaratoria di responsabilità, è stata negata la sussistenza di un obbligo di motivazione rafforzata in caso di accoglimento, da parte del tribunale ex art. 310 c.p.p., dell'appello avverso la decisione di rigetto emessa dal g.i.p.<sup>23</sup>. È stata invece affermata l'utilizzabilità, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare nella fase delle indagini preliminari, delle dichiarazioni spontanee rese dall'indagato, annotate dalla polizia giudiziaria e riportate nell'informativa di reato, anche se non sottoscritte dall'interessato<sup>24</sup> e anche se le predette dichiarazioni siano state rese in assenza di difensore e non verbalizzate<sup>25</sup>. È stata altresì affermata l'utilizzabilità delle dichiarazioni confidenziali dell'indagato raccolte dalla polizia giudiziaria e non documentate ai sensi dell'art. 357, comma 2, lett. b)<sup>26</sup>, c.p.p. e delle dichiarazioni rese in altri procedimenti penali<sup>27</sup>. Così come, in questa prospettiva, è stata affermata l'utilizzabilità nella fase delle indagini preliminari, ai fini dell'applicazione di una misura cautelare, delle dichiarazioni accusatorie rese da collaboratori di giustizia di cui il pubblico ministero non abbia trasmesso la trascrizione integrale ma solo i verbali riassuntivi<sup>28</sup>, anche qualora questi ultimi contengano delle omissioni<sup>29</sup>. Si è poi ravvisata l'utilizzabilità, a fini cautelari, delle sentenze non irrevocabili<sup>30</sup>, ciò non comportando la violazione né dell'art. 238 bis c.p.p., il quale si riferisce al giudizio di cognizione e non alle misure cautelari, né dell'art. 238 comma 2 bis<sup>31</sup> c.p.p.. Così come si è ritenuto che l'inosservanza delle condizioni poste dall'art. 78 disp. att. c.p.p. per l'acquisizione degli atti compiuti dalla polizia straniera implichi l'inutilizzabilità degli stessi nella sola fase dibattimentale e non ai fini dell'emissione dell'ordinanza cautelare<sup>32</sup>. Più in generale, è stato affermato che la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza richiesti per l'adozione di provvedimenti di cautela personale nella fase delle indagini preliminari può essere accertata anche mediante l'acquisizione della documentazione di atti compiuti autonomamente da autorità straniere in un diverso procedimento penale all'estero, anche al di fuori dei limiti stabiliti per la loro utilizzabilità dagli artt. 238 cpp e 78 disp. att. cpp.<sup>33</sup>

Trattasi, come si vede, di una impostazione concettuale che segna un solco tra il paradigma decisorio della cautela e quello della pronuncia di merito, che non appare fisiologico sotto il profilo sistematico e che costituisce uno dei più significativi momenti di genesi del fenomeno dell'ingiusta detenzione, inerendo, prima ancora che al momento valutativo del materiale probatorio, al profilo dell'utilizzabilità dello stesso e additando un modello di giurisdizione cautelare di carattere essenzialmente onnivoro, in una prospettiva avulsa dalla proiezione verso i possibili esiti del vaglio dibattimentale, nel contesto del quale molti degli elementi utilizzati in sede cautelare non potranno che essere espunti dall'orizzonte cognitivo e valutativo del giudice. Quest'ultimo non potrà, quindi, che addivenire a pronuncia di esonero da responsabilità, connotando così in termini di ingiustizia la custodia cautelare subita dall'imputato.

## 5. Omologabilità degli standards probatori della cautela e della cognizione.

Le considerazioni appena svolte inducono ad optare per un diverso indirizzo ermeneutico che, lungi dall'ancorare il concetto di gravità indiziaria alla ravvisabilità di una rilevante probabilità di reità, si orienta

<sup>22</sup> Ramajoli, I "gravi indizi di colpevolezza" e l'adozione di misure cautelari personali, in Cass. pen., 1992, 698

<sup>23</sup> Cass., Sez. II, 7 dicembre 2017, n. 12851/18, Rv. 272687.

<sup>24</sup> Cass., Sez. I, 16 marzo 2010, n. 15437, Rv. 246837.

<sup>25</sup> Cass., Sez. I, 20 giugno 2014, n. 33821, Rv. 263218

<sup>26</sup> Cass., Sez. II, 8 ottobre 1996, Andreoli, Rv. 207842.

<sup>27</sup> Cass., Sez. I, 21 novembre 1991, Li Pera, Rv. 189025.

<sup>28</sup> Cass., Sez. II, 8 febbraio 2012, n. 6367, Rv. 252107.

<sup>29</sup> Cass., Sez. V, 26 ottobre 2011, n. 47080, Rv. 251441; Sez. II, 9 febbraio 2006, n. 7610, Rv. 233160.

<sup>30</sup> Cass., Sez. II, 10 dicembre 2013, n. 7320, Rv. 239159.

<sup>31</sup> Cass., Sez. V, 15 ottobre 2018, n. 57105, Rv. 274404; Sez. I, 2 marzo 2001, n. 17269, Giannino.

<sup>32</sup> Cass., Sez. IV, 7 novembre 2001, Miraglia, la quale ha specificato che, per quanto riguarda le intercettazioni telefoniche, affinché i loro risultati possano essere valutati dal giudice italiano, è sufficiente che la captazione delle comunicazioni sia stata regolarmente autorizzata dall'autorità giudiziaria straniera.

<sup>33</sup> Cass., Sez. I, 22 gennaio 2009, n. 21673, Rv. 243796; Sez. II, 8 marzo 2002, n. 20100.

in direzione di una sempre più pregnante e rigorosa accezione della nozione in disamina, essendosi ritenuto non corretto sottolineare la minore valenza dimostrativa degli indizi cautelari, rispetto alle corrispondenti prove, quasi che ad essi sia da ascrivere il valore di una *semiplena probatio*. Già nel 1996 la Corte costituzionale sottolineò l'esigenza di interpretare l'espressione "gravi indizi di colpevolezza" in senso funzionale all'esigenza di evitare ingiuste detenzioni o comunque ingiuste compressioni della libertà personale, conformemente al disposto degli artt. 13, comma 2, 24, comma 2, e 27, comma 2, Cost.<sup>34</sup>. Si è così preferito accedere ad una prospettiva concettuale che riconnette alla gravità indiziaria la valenza epistemica di "una prova allo stato degli atti", poiché essa è sottoposta alla cognizione del giudice in una fase in cui la formazione del materiale probatorio è *in itinere* e non è ancora intervenuto il vaglio dibattimentale. In quest'ottica, è soltanto questo profilo dinamico e non la minore consistenza dimostrativa a distinguere i "gravi indizi" rispetto alla prova idonea a supportare la declaratoria di responsabilità<sup>35</sup>. In questa prospettiva, è stato sottolineato, in giurisprudenza, come la "prova" in sede cautelare rispetto a quella nel giudizio di cognizione si contraddistingua non in base alla differente intrinseca capacità dimostrativa del materiale acquisito ma per il carattere di provvisorietà del compendio indiziario, che deve però essere pur sempre idoneo a fondare sulle risultanze fino a quel momento acquisite una sentenza di condanna<sup>36</sup>. E, in quest'ordine di idee, anche la Corte costituzionale ha sottolineato che, in seguito al mutamento del quadro normativo determinato, in particolare, dalla l. 8 agosto 1995, n. 332, la nuova disciplina in materia cautelare, per potenziare le garanzie della libertà personale nel processo penale e valorizzare l'eccezionalità delle misure restrittive, richiede un giudizio probabilistico, in ordine alla colpevolezza, assai più approfondito rispetto al passato<sup>37</sup>.

In ordine all'applicabilità in sede cautelare delle norme sulla prova si è correttamente osservato, in dottrina, come sia miope una lettura che ravvisi nel richiamo soltanto di alcune norme sulla valutazione e utilizzabilità del materiale probatorio un argomento testuale per escludere l'operatività in sede cautelare di tutte le norme non espressamente richiamate<sup>38</sup>, tanto più che alcune di esse, come gli artt. 188 e 189 c.p.p., tutelano valori di rango costituzionale e sono perciò senz'altro applicabili anche alla fase delle indagini preliminari<sup>39</sup>. In questa prospettiva si è sottolineato, in dottrina, come il legislatore si sia orientato verso una tendenziale anticipazione alla fase delle indagini preliminari delle regole di valutazione e di utilizzazione della prova proprie del giudizio<sup>40</sup>. Con riferimento al mancato richiamo dell'art. 192, comma 2, c.p.p., si è correttamente sostenuto che risulta difficile conciliare lo scrupolo motivazionale imposto in ogni fase del procedimento al giudice della libertà con l'asserita presenza di una regola che consentirebbe allo stesso giudice di accogliere la richiesta di adozione di una misura cautelare personale sulla base di indizi equivoci o discordanti<sup>41</sup>. Ne deriva che, ai fini dell'applicabilità di misure cautelari personali, per valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, in caso di presenza di prove indirette, è necessario utilizzare anche il canone posto dall'art. 192 comma 2, c.p.p., laddove prevede che gli indizi debbano essere plurimi, precisi e concordanti. Da ciò consegue che, in assenza della pluralità e concordanza degli indizi, la discrezionalità valutativa del giudice non può esercitarsi, in quanto difetta della certezza del fatto da cui trarre il convincimento<sup>42</sup>. In quest'ordine di idee, si è sottolineato, in dottrina, come l'espresso riferimento nell'art. 273 c.p.p. alla colpevolezza escluda la compatibilità di una corretta valutazione di gravità indiziaria con una situazione procedimentale nella quale l'ipotesi accusatoria a carico dell'indagato non sia supportata da elementi che consentano di esprimere un giudizio su tutti i profili, oggettivi e

---

<sup>34</sup> Corte cost. 25 luglio 1996, n. 314, Cass. pen. 1997, 328.

<sup>35</sup> Cass., Sez. I, 5 maggio 2005, n. 19867, Lo Cricchio, Cass. pen. 2006, 1491.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, 13 febbraio 2015, n. 13980, Rv. 262300.

<sup>37</sup> C. Cost. 24 aprile 1996, n. 131, Foro it. 1996, I, 1498.

<sup>38</sup> Marzaduri, Giusto processo e misure cautelari, in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di Kostoris, Giappichelli, 2002, 246.

<sup>39</sup> Cass., S.U., 21 aprile 1995, Costantino, cit.

<sup>40</sup> Carcano Manzoni, *Il giusto processo*. Commento alla legge 1° marzo 2001, n. 63, Giuffrè, 2001, 40.

<sup>41</sup> Marzaduri, *Giusto processo e misure cautelari*, cit., 246. Bronzo, *Tutela cautelare e giusto processo*, in AA. VV. *Guida alla riforma del giusto processo*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 2002, 154.

<sup>42</sup> Cass., Sez. V, 26 novembre 2018, n. 55410, Rv. 274690; Sez. IV, 5 aprile 2016, n. 25239, Rv. 267424; Sez. IV, 18 luglio 2013, n. 31448, Rv. 257781.

soggettivi, della fattispecie penale addebitata<sup>43</sup>. E, in giurisprudenza, si è evidenziato come, in sede cautelare, la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza debba essere valutata con riguardo sia all'elemento oggettivo che all'elemento soggettivo del reato, il cui apprezzamento deve tener conto di tutte le risultanze acquisite<sup>44</sup>.

In quest'ottica, occorre richiamare anche Cass., Sez. I, 17 maggio 2011, n. 19759, Rv. 250243, secondo cui nella valutazione dei gravi indizi di colpevolezza occorre tener conto della regola di giudizio a favore dell'imputato secondo la quale, laddove ricorra un dubbio, in quanto due significati possono ugualmente essere attribuiti a un dato probatorio, deve privilegiarsi la prospettazione più favorevole all'imputato, che può essere accantonata solo ove risulti inconciliabile con altri univoci elementi di segno opposto. Gli indizi sui quali deve fondarsi la misura cautelare personale devono infatti possedere i requisiti indispensabili ad assicurare la loro tenuta nel giudizio sul merito dell'accusa, come si desume dal disposto degli artt. 13 e 27 Cost.; dalla natura servente della custodia cautelare e dalla regola di valutazione che deriva dall'art. 314 c.p.p., secondo cui è comunque ingiusta la privazione della libertà personale cui segue una sentenza di proscioglimento<sup>45</sup>

6. Ingiusta detenzione, valutazione della prova e motivazione del provvedimento di libertà.

Abbiamo visto come in parte le cause dell'ingiusta detenzione si correlino a connotazioni fisiologiche del sistema e, in particolare, nel rito ordinario, alla mancanza di valenza probatoria degli atti acquisiti nelle fasi pregresse al dibattimento. Ma in larga misura l'eziologia di questa patologia del sistema va identificata nell'alterità degli standards probatori che presiedono alla cautela, da un lato, e alla cognizione, dall'altro. Questa alterità va pertanto eliminata mediante l'attribuzione di una valenza generale al principio dell'oltre il ragionevole dubbio, come categoria concettuale e normativa che permea l'intero orizzonte dell'accertamento giudiziale. E, in quest'ordine di idee, non può non annettersi particolare rilievo ai principi elaborati dalla giurisprudenza sul tema della valutazione della prova e del relativo onere motivazionale. Si è, in quest'ottica, correttamente stabilito, in giurisprudenza, che l'apparato giustificativo del *decisum* non possa ridursi alla semplice riproduzione delle risultanze acquisite, dovendo il giudice elaborare il materiale probatorio disponibile e dare puntuale risposta alle argomentazioni difensive<sup>46</sup>. Il giudice deve dunque esaminare tutti gli elementi a sua disposizione, fornire una corretta interpretazione di essi, dando esaustiva e convincente risposta alle deduzioni delle parti, e applicare le regole della logica nello sviluppo delle argomentazioni che hanno giustificato la scelta di determinate conclusioni, a preferenza di altre<sup>47</sup>. La motivazione deve dunque essere: a) "effettiva", ovvero realmente idonea a rappresentare le ragioni che il giudicante ha posto a base della decisione adottata; b) non "manifestamente illogica", perché sorretta, nei suoi punti essenziali, da argomentazioni non viziate da evidenti errori nell'applicazione delle regole della logica; c) non internamente "contraddittoria", ovvero esente da antinomie e da insormontabili incongruenze tra le sue diverse parti o tra le affermazioni in essa contenute; d) non logicamente "incompatibile" con "altri atti del processo", in misura tale da risultare radicalmente inficiata sotto il profilo della razionalità<sup>48</sup>. Qualora, in particolare, la decisione si basi sulla prova dichiarativa, il giudice deve chiarire le ragioni per le quali egli ha ritenuto attendibili le deposizioni della persona offesa e dei testi a carico. La valutazione dell'attendibilità delle dichiarazioni processualmente rilevanti, da qualunque parte provengano, esige infatti un'accurata disamina, anche in ordine ai rapporti tra i protagonisti della vicenda *sub indice*, agli interessi e ai moventi che possono aver mosso un testimone a rendere una dichiarazione di un determinato tenore e a tutte le circostanze che abbiano eventualmente influito sulla deposizione<sup>49</sup>. Occorre, in questa prospettiva, tener presente, in particolare, come la deposizione della persona offesa dal reato, pur potendo certamente rientrare nello spettro cognitivo e

---

<sup>43</sup> Marzaduri, Custodia cautelare nel diritto processuale penale, in Dig. d. pen., vol. III, UTET, 1989, 66.

<sup>44</sup> Cass., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 7465/14, Rv.259515; Sez. V, 23 settembre 2004, n. 42368, Rv. 229952.

<sup>45</sup> In senso conforme Cass., Sez. VI, 22 settembre 2016, n. 44963, Rv. 268128.

<sup>46</sup> Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2008, n. 34042, Napolitano.

<sup>47</sup> Cass., Sez. U., 13 dicembre 1995, Clarke, Rv. 203428

<sup>48</sup> Cass., Sez. I, 19 ottobre 2011, n. 41738, Rv. 251516

<sup>49</sup> Cass., Sez. U., 4 febbraio 1992, Ballan.

valutativo del giudice, in sede decisoria, vada riguardata con ogni cautela, considerato che la parte lesa è portatrice di un interesse contrapposto a quello dell'imputato<sup>50</sup>. E le Sezioni unite, pur ribadendo che le regole dettate dall'art. 192, comma 3, c.p.p. non si applicano alle dichiarazioni della persona offesa, le quali possono essere legittimamente poste anche da sole a fondamento della decisione, hanno sottolineato la necessità di una attenta verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, che peraltro deve, in tal caso, essere più penetrante e rigorosa rispetto a quella alla quale vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone<sup>51</sup>.

Qualora poi la prospettazione difensiva sia estrinsecamente riscontrata da alcuni dati oggettivi, il giudice deve farsi carico di confutarla specificamente, dimostrandone in modo rigoroso l'inattendibilità, attraverso un adeguato apparato argomentativo, che tematizzi ogni profilo rilevante, ricostruendo, con precisione, l'accaduto, in stretta aderenza alle risultanze acquisite. Occorre, in particolare, verificare se queste ultime, valutate non in modo parcellizzato ma in una prospettiva unitaria e globale, possano essere ordinate in una costruzione razionale e coerente, di spessore tale da prevalere sulla versione difensiva e da approdare sul solido terreno della verità processuale<sup>52</sup>, facendo uso di massime di esperienza consolidate e affidabili e non di mere congetture. E, al riguardo, occorre notare come la giurisprudenza di legittimità abbia tracciato un netto *discrimen* tra massima di esperienza e mera congettura: una massima di esperienza è un giudizio ipotetico a contenuto generale, indipendente dal caso concreto, fondato su ripetute esperienze ma autonomo da esse e valevole per nuovi casi<sup>53</sup>. Si tratta dunque di generalizzazioni empiriche, tratte, con procedimento induttivo, dall'esperienza comune, che forniscono al giudice informazioni su ciò che normalmente accade, secondo orientamenti largamente diffusi nella cultura e nel contesto spazio-temporale in cui matura la decisione. Dunque, nozioni di senso comune (*common sense presumptions*), enucleate da una pluralità di casi particolari, ipotizzati come generali, siccome regolari e ricorrenti, che il giudice in tanto può utilizzare in quanto non si risolvano in semplici illazioni o in criteri meramente intuitivi o addirittura contrastanti con conoscenze e parametri riconosciuti e non controversi. Nelle massime di esperienza, il dato è connotato da un elevato grado di corroborazione correlato all'esito positivo delle verifiche empiriche cui è stato sottoposto e quindi la massima può essere formulata sulla base dell'*id quod plerumque accidit*. La congettura invece si iscrive nell'orizzonte della mera possibilità, sicché la massima è insuscettibile di riscontro empirico e quindi di dimostrazione. Pertanto, nella concatenazione logica dei vari sillogismi in cui si articola la motivazione, possono trovare ingresso soltanto le massime di esperienza e non le mere congetture<sup>54</sup> e la Corte di cassazione deve accertare che la decisione non sia fondata su mere illazioni<sup>55</sup>. Rimane naturalmente fermo che il giudice è libero di scegliere i criteri di inferenza destinati a garantire le proprie argomentazioni probatorie e le conseguenti conclusioni sui fatti rilevanti, pur dovendo offrire idonea giustificazione di tale scelta<sup>56</sup>. E, al riguardo, occorre tener presente che il controllo di legittimità inerente alla giustificazione esterna non può estendersi fino al sindacato sulla scelta delle massime di esperienza delle quali il giudice abbia fatto uso nella ricostruzione del fatto, purchè la valutazione delle risultanze processuali sia stata compiuta secondo corretti criteri di metodo e con l'osservanza dei canoni logici che presiedono alle forme del ragionamento e la motivazione fornisca una spiegazione plausibile e logicamente corretta delle scelte operate. Il controllo di legittimità del ragionamento giudiziale deve dunque investire non soltanto la coerenza logica *ab intrinseco* delle argomentazioni giustificative, e cioè la congruenza interna della motivazione, ma anche la base giustificativa della premessa maggiore del sillogismo giudiziario, la cosiddetta "giustificazione esterna". Alla Corte di cassazione è dunque attribuito il compito di controllare la razionalità degli asserti giustificativi inerenti ai dati probatori assunti dal giudice di merito come base del ragionamento, alle

<sup>50</sup> Cass., 13 maggio 1997, Di Candia, Rv. 208229.

<sup>51</sup> Cass., Sez. U., 19 luglio 2012, n. 41461, Bell'Arte, Rv. 253214.

<sup>52</sup> Cass., 25 giugno 1996, Cotoli, Rv. 206131.

<sup>53</sup> Cass., Sez. VI, 7 marzo 2003, n. 31706, Abbate, Rv. 228401.

<sup>54</sup> Cass., 22 ottobre 1990, Grilli.

<sup>55</sup> Cass., Sez. II, 5 luglio 1995, Buletto, Rv. 202368.

<sup>56</sup> Cass., Sez. II, 16 settembre 2003, n. 39985, Rv. 227200.

inferenze formulate ed ai criteri che supportano il risultato conclusivo. La Corte regolatrice non può certamente sostituire una propria legge di copertura a quella postulata dal giudice di merito ma deve verificare, sotto il profilo della logicità della motivazione, la razionale plausibilità dell'argomentazione, al fine di controllare la validità delle inferenze che la compongono e di giustificare, in termini di coerenza logica, la statuizione conclusiva. Ne deriva che la doglianza di illogicità può essere proposta laddove vengano adottate, come premesse, delle affermazioni scarsamente plausibili; oppure qualora si scelga una ipotesi ricostruttiva del fatto intrinsecamente incoerente ovvero connotata da un alto coefficiente di opinabilità oppure contrastante con altre ipotesi caratterizzate da un elevato grado di plausibilità logica, sì da relegare l'ipotesi prescelta in un ristretto ambito probabilistico e da collocare l'assunto accusatorio al di sotto del limite del ragionevole dubbio. La censura di illogicità manifesta può quindi essere proposta allorché il ragionamento non si fondi realmente su una massima d'esperienza e valorizzi piuttosto una congettura, cioè un'ipotesi non fondata sull'*id quod plerumque accidit* e insuscettibile di verifica empirica<sup>57</sup>.

Occorre dunque addivenire all'emanazione del titolo di coercizione personale all'esito di una analisi che prenda adeguatamente in esame tutti i profili della regiodicanda e le deduzioni difensive, attraverso un itinerario logico-giuridico immune da vizi, sotto il profilo della razionalità e sulla base di apprezzamenti di fatto esenti da connotati di contraddittorietà o di manifesta illogicità e di un apparato concettuale coerente con una esauriente disamina delle risultanze agli atti<sup>58</sup>. In mancanza di ciò, non può ritenersi che l'impianto argomentativo a sostegno del provvedimento di cautela attinga la soglia di una univocità dimostrativa atta a costituire un baluardo contro il deteriore fenomeno dell'antitesi tra coercizione personale e sentenza assolutoria. In ultima analisi, dunque, è l'antico e irrinunciabile rimedio della motivazione della pronuncia giudiziale *de libertate* il più valido usbergo contro l'ingiusta detenzione.

---

<sup>57</sup> cass., Sez. Vi, 7 marzo 2003, n. 31706, Rv. 228401.

<sup>58</sup> Sez. U., 25 novembre 1995, Facchini, Rv. 203767.