

Corso P21055: Le criticità del sistema giustizia: dalla irragionevole durata del processo all'ingiusta detenzione.

La redazione del provvedimento di accoglimento o di rigetto dell'istanza di riparazione per ingiusta detenzione tra misura cautelare e sentenze di merito.

di Andreina Occhipinti

1. A distanza di più di trenta anni dall'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, e della disciplina in materia di ingiusta detenzione, risulta più che mai opportuna una riflessione sull'utilità e risvolti applicativi dell'istituto che, nei decenni, ha dato luogo ad un vivace dibattito dottrinario e giurisprudenziale su molteplici profili di ordine sostanziale e processuale. Dibattito alimentato certamente dall'esiguità delle previsioni e dalla incertezze degli interpreti relative alla individuazione della stessa natura giuridica dell'istituto, oscillanti fra una lettura orientata ad un inquadramento di tipo civilistico ed altra tendente a valorizzare gli aspetti sostanzialmente penalistici dell'istituto: considerandosi, a favore della configurazione in chiave civilistica, che il fine del procedimento sarebbe, in definitiva, quello del riconoscimento di una prestazione avente carattere patrimoniale, ed a favore della diversa configurazione in chiave penalistica il collegamento e nesso di accessorietà del procedimento di riparazione rispetto al processo penale, in quanto entrambi focalizzati sulla ricostruzione di un determinato fatto storico e sulla valutazione degli effetti che ne derivino per la sfera personale del suo autore. Ed effettivamente a favore di tale seconda soluzione non potrebbe omettersi di considerare che il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione è un procedimento che segue il procedimento penale ed appare direttamente condizionato dall'esito dello stesso potendosi instaurare, almeno in gran parte dei casi, soltanto se il processo penale abbia una certa conclusione (si pensi alle formule in facto e in iure che, ai sensi del primo comma dell'art. 314 c.p.p., devono caratterizzare la pronuncia di proscioglimento o assolutoria dell'interessato) e che si svolge dinanzi un giudice penale e, soprattutto, entro il perimetro segnato dal processo penale.

Sul tema della individuazione della natura giuridica dell'istituto un significativo mutamento di rotta veniva indubbiamente segnato dalla Consulta e dalla Suprema Corte di Cassazione attraverso due decisioni a metà degli anni novanta. La Corte Costituzionale considerava che *"l'esborso a cui lo Stato è tenuto per ingiusta detenzione... si configura non come risarcimento del danno derivante da un fatto illecito ... ma come misura **riparatoria** e **riequilibratrice**, e in parte **compensatrice** della ineliminabile componente di alea per la persona, propria della giurisdizione penale cautelare"* ed inoltre che *"la riparazione dell'ingiusta*

detenzione è dotata di un fondamento squisitamente solidaristico” in quanto “ in presenza di una lesione della libertà personale rivelatasi comunque ingiusta con accertamento ex post, la legge, in considerazione della qualità del bene offeso, ha riguardo unicamente alla oggettività della lesione stessa”(1)

Dal riconoscimento della natura solidaristica dell’istituto non poteva non derivare il riconoscimento dell’autonomia del concetto di “ingiusta detenzione” da quello di “errore giudiziario”. IL fondamento dell’istituto veniva individuato nel **rischio funzionale** intrinsecamente inerente all'esercizio della giurisdizione penale cautelare, attraverso la sottolineatura che dallo stesso rischio funzionale deriverebbe *“l’accollo per lo Stato di un onere riparatorio nei confronti di chi, per effetto di quell’esercizio, abbia subito una lesione nel bene fondamentale della libertà personale, che lo stesso Stato abbia poi comunque giudicato oggettivamente ingiusta (a prescindere cioè da qualsiasi profilo di illiceità nella condotta dell’organo che l’abbia causata”*².

Poco prima, peraltro, anche la Suprema Corte di Cassazione era pervenuta al medesimo approdo interpretativo sottolineando la mancanza di qualsiasi profilo di connessione fra eventuale errore colposo del giudice e **diritto all’indennizzo** dal momento che *“quando tutti coloro che sono coinvolti nel meccanismo di difesa sociale, sia come soggetti esercenti la giurisdizione che come soggetti passivi, abbiano compiuto, ciascuno nella sua sfera, il proprio dovere nel rispetto delle regole di legge, e tuttavia taluno abbia subito una ingiusta limitazione della libertà personale, la collettività assume l’obbligo di versare una somma di danaro, nei limiti del massimo sforzo possibile che ristori il sacrificio imposto dalla necessità di realizzare interessi comuni”* (3).

L’indennizzo assicurato dall’art. 314 c.p.p. non poteva, in alcun modo, essere ricondotto negli schemi del danno risarcibile né dell’indennità, rappresentando un *“ristoro equitativamente determinato per un pregiudizio subito da un soggetto a seguito della condotta, anche legittima, tenuta da un altro soggetto”* e il fatto produttivo del diritto alla riparazione non poteva essere qualificato *“illecito o illegittimo”*. La responsabilità dello Stato per ingiusta detenzione non doveva essere ricondotta nell’alveo della responsabilità aquiliana – non venendo in rilievo a suo fondamento un fatto o atto illecito altrui- dovendo piuttosto essere configurata come **responsabilità da atto lecito**. Attraverso tale schema si perviene ad una socializzazione degli oneri derivanti dagli interventi pubblici nell’interesse dalla

1 Corte Cost. 16 dicembre 1997, n. 446, in [ww.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

2 Corte Cost. 16 dicembre 1997, n. 446, *ibidem*

3 Cass. SU n. 43 del 1996, Sarnataro e nel medesimo senso anche Cass. SU 30 ottobre 2008 n. 4187, Pellegrino in CED Cass rv 241855 secondo cui *“nella normativa italiana, in sintonia con un principio consacrato quanto meno in molti Stati, la riparazione per l’ingiusta detenzione non ha una funzione di risarcimento del danno, che, per la peculiarità della situazione, in taluni casi come quello di una custodia cautelare particolarmente lunga subita da persona non adusa all’ambiente carcerario e poi risultata innocente sarebbe comunque non compensabile, stante il danno non strettamente patrimoniale, per questo motivo tanto meno facilmente risarcibile; ma piuttosto sia la giurisprudenza che la dottrina la hanno inquadrata in una obbligazione di diritto pubblico che lo Stato assume verso colui che ha sofferto l’ingiusta detenzione; e quindi non per risarcirgli il danno, ma per indennizzarlo della carcerazione o comunque dell’arresto che non avrebbe dovuto subire, pur versandosi in responsabilità per un atto lecito dello Stato..*

collettività, evitando che il danno particolare subito dal privato “Venga lasciato lì dove sia caduto” (4).

Anche successivamente la Suprema Corte di Cassazione ribadiva la validità di tali approdi interpretativi sottolineando che la peculiarità del giudizio di riparazione per ingiusta detenzione consiste soprattutto *“nella ispirazione solidaristica e nella indubbia connotazione pubblicistica dell’istituto, per la prima volta introdotto nell’ordinamento statuale con finalità non risarcitorie, sebbene riparatorie e di riequilibrio, ed in parte compensatrici, della lesione della libertà, rivelatasi ingiusta anche a prescindere da un fatto illecito ascrivibile ad alcuno a titolo di dolo o colpa”* (5).

La dottrina, dal canto suo, individuava il fondamento dell’istituto nella doverosa solidarietà verso la vittima di un’indebita custodia cautelare, la quale vanta un diritto soggettivo pubblico, in ragione della fattispecie costitutiva legata ad eventi che producono il sorgere di responsabilità da atto lecito (6).

Sul connesso tema della individuazione della disciplina applicabile veniva, inoltre, considerato che dal principio *“della isomorfia tra il procedimento per la riparazione per la ingiusta detenzione e quello per l’errore giudiziario”* dovesse discendere che *“l’integrazione normativa deve avvenire in primo luogo attraverso le norme particolari di questo e, poi, attraverso quelle più generali del codice di procedura penale in cui il legislatore ha collocato il procedimento in esame come <ragionevole conseguenza> del rapporto esistente tra l’esercizio del diritto alla riparazione ed i suoi presupposti genetici che hanno giustificato la vis attrattiva a favore della giurisdizione penale”* (7).

Appare ancora oggi evidente, pertanto, come non si tratti di questioni meramente definitorie ma di impostazione metodologica, legate alla considerazione che dalla

4 Così ancora G.Corso, “Danni da processo penale”, Danno da processo penale: profili costituzionali, in La vittima del processo. I danni da attività processuale penale (a cura di G.Spangher), Torino, 2017.

5 In tal senso Cass. S.U. 26 novembre 1997, Min. Tesoro c/ GALLARO, nel solco segnato dalla Consulta con sentenza n. 466 del 1997

6 E. Turco, L’equa riparazione tra errore giudiziario e ingiusta detenzione, Milano, 2007, 270 s.; E. Jannelli, Sulla natura civilistica e pubblicistica del procedimento riparatorio: la Corte di cassazione alle soglie di un nuovo cambiamento di rotta?, in Cass. pen., 1995, 2982. A livello dottrinario la questione sulla natura giuridica dell’istituto affine della riparazione alle vittime di errori giudiziari faceva registrare, anche ad inizio del secolo scorso, due contrapposti orientamenti che sembrano riecheggiare i toni del dibattito attuale. Così Arturo Rocco in un saggio sulla “Riparazione alle vittime degli errori giudiziari” (in Riv.pen., 1902, LVI) sosteneva che “la riparazione è dovuta non in conseguenza di una responsabilità di Stato, ma in quanto corrispondente ad un < interesse sociale>” nonché ancora che “la condanna dell’innocente non è mai un fatto dello Stato perché o è un caso fortuito da paragonarsi ad un avvenimento di natura esteriore ..o è un atto illecito del funzionario che non può farsi risalire allo Stato”. Di diverso avviso R. Santi Romano (“Responsabilità dello Stati e riparazione delle vittime degli errori giudiziari, in La legge, Roma, 1903) secondo il quale “la condanna ingiusta è sempre imputabile allo Stato”. A fondamento della pretesa della vittima dell’errore giudiziario non poteva configurarsi solo un “generale e genérico dovere di assistenza da parte dello Stato, ma una vera e propria responsabilità: una responsabilità di diritto pubblico, in cui l’elemento soggettivo della colpevolezza non viene in rilievo”.

7 Cass., Sez. Un., 27 giugno 2001, Petrantonì, in Cass. pen., 2002, 75 secondo cui ancora “è lo stesso sistema del codice di procedura penale a smentire i fattori del ricorso alle norme processualcivilistiche, come è dimostrato dall’esercizio dell’azione civile nel processo penale, dalla citazione e, soprattutto, dall’intervento del responsabile civile che, pur instaurando rapporti esclusivamente civilistici, sono governati integralmente della regole del processo penale”.

definizione della natura del procedimento possono derivare mutevoli implicazioni di carattere pratico-processuale (8).

Ancora, tuttavia, non può dirsi raggiunto un approdo definitivo sul tema tanto che taluna dottrina rileva come parte della giurisprudenza - continuando a valorizzare la natura civilistica della riparazione, anche accanto a quella penalistico-pubblicistica - alimenti il sospetto di un uso opportunistico delle due categorie, funzionale, cioè, alla soluzione interpretativa che si intende perseguire (9). E tale ambiguità non rileva esclusivamente sul piano teorico, ma anche su quello pratico, creando incertezze intorno agli aspetti dell'istituto privi di una compiuta regolamentazione: basti pensare alle difficoltà interpretative relative alla delimitazione del campo di operatività della condizione ostativa alla riparazione (l'aver dato causa o concorso a dare causa per dolo o colpa grave alla custodia cautelare subita) ed ai sussulti applicativi che talora è dato ancora cogliere sulla tematica più generale inerente alla definizione della fisionomia del procedimento(10).

2. E' indubbio, ad ogni modo, che l'istituto in esame tende a configurarsi come cartina di tornasole dell'efficienza del sistema giustizia, o se si vuole come strumento di controllo indiretto dell'efficacia del sistema, evidenziandone le criticità attraverso le pronunzie assolutorie che siano state precedute, nella fase delle indagini, dall'adozione di una misura cautelare restrittiva della libertà personale, sul presupposto che sussista (o possa sussistere) un nesso fra l'esito assolutorio di un giudizio penale e l'illegittimità o inutilità della misura cautelare che sia stata adottata durante la fase delle indagini preliminari, o comunque nel corso del processo.

In tale ottica deve considerarsi l'esplicita previsione contenuta nell'art. 15 della L. 47/2015 (con le aggiunte successive apportate dalla legge n. 103 del 2017) che ha introdotto l'obbligo per il Governo di presentare alle Camere *“una relazione contenente dati, rilevazioni e statistiche relativi all'applicazione, nell'anno precedente, delle misure cautelari personali, distinte per tipologie, con l'indicazione dell'esito dei relativi procedimenti, ove conclusi”* con la precisazione, inoltre, che la

8 Fra le questioni applicative dipendenti dalla definizione della natura giuridica dell'istituto, ad esempio, quelle relative alle conseguenze processuali dipendenti dalla mancata notifica del ricorso all'Avvocatura dello stato, o relative alla distribuzione dell'onere della prova fra le parti o alla ripartizione delle spese processuali e alla possibilità di una condanna alle spese per la medesima parte pubblica resistente.

9 Sul punto, cfr. M. G. Coppetta, La riparazione, cit., 221 ss.; E. Jannelli, Sulla natura civilistica e pubblicistica del procedimento riparatorio, cit., 2983; E. Turco, L'equa riparazione, cit., 14 ss., la quale classifica la riparazione come un tertium genus tra risarcimento e indennità. In giurisprudenza cfr., tra le molte, Cass., Sez. IV, 9 luglio 1992, Leone, in Arch. nuova proc. pen., 1992, 706.

10 Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002, De Benedictis, in Guida dir., 2003, fasc. 47, 61, la quale, nonostante la connotazione pubblicistica dell'istituto, avverte che ricorrono « pur sempre anche estremi di carattere civilistico »; nello stesso senso Cass., Sez. IV, 22 ottobre 2003, Salvi, ivi, 2004, fasc. 7, 74

stessa relazione debba contenere anche “*i dati relativi alle sentenze di riconoscimento del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione, pronunciate nell’anno precedente, con specificazione delle ragioni di accoglimento e dell’entità delle riparazioni, nonché i dati relativi al numero di procedimenti disciplinari iniziati nei riguardi dei magistrati per le accertate ingiuste detenzioni, con indicazione dell’esito, ove conclusi*”.

Il monito appare chiaro e sembra doversi leggere nella norma un invito esplicito del Legislatore a maneggiare con estrema prudenza gli strumenti delle cautele penali personali, nell’ottica una riconsiderazione delle finalità delle misure cautelari restrittive della libertà personale dell’individuo (in particolare di quella custodiale in carcere), e di una ripermetrazione del loro ambito applicativo che tenga conto della necessità di stringenti esigenze cautelari non preservabili *aliunde* e del rispetto ineludibile del principio di proporzionalità non soltanto nella fase genetica dell’adozione della misura ma anche in quella del suo successivo evolversi (11). Sul tema - considerata la sostanziale assimilabilità degli effetti che si riverberano a causa della cautela personale imposta rispetto a quelli della pena- è divenuta sempre più prevalente la voce di chi ritiene che sarebbe opportuno ricondurre ad un unico binario il parametro di giudizio che giustifica la restrizione della libertà nella fase di cognizione e in quella cautelare, con la richiesta, in entrambi i casi, di uno standard probatorio vicino alla certezza (12).

Così come, d’altra parte, appare tenebroso lo scenario evocato attraverso il riferimento alle azioni disciplinari che possano essere esercitate a carico del magistrato che abbia adottato una misura restrittiva nell’ambito di un procedimento concluso successivamente con formula pienamente liberatoria per l’imputato.

Non solo ma non può farsi a meno di considerare che - pur apparendo certamente condivisibile la filosofia di fondo sottostante alla previsione legislativa - la stessa sembra incoraggiare quasi una chiave di lettura distorsiva del fenomeno, apparendo ispirata all’equazione <assoluzione=ingiusta detenzione>. Conclusione, questa, evidentemente contraria alla *ratio* e funzione solidaristica dell’istituto, quale delineata dallo stesso Legislatore e sottolineata dalle Corti supreme.

11 Come sembra propugnare la Corte edu, con riferimento alla previsione della “durata ragionevole” della custodia cautelare, contenuta nell’art. 5, §3 CEDU, che impone di considerare, al di là del rispetto o meno dei termini massimi previsti dalla normativa nazionale, il limite del sacrificio che, tenuto conto delle circostanze concrete, può essere ragionevolmente inflitto a una persona presunta innocente. Sul punto si rinvia alla ricostruzione puntuale di A.Balsamo “*La riparazione per il danno da ingiuste misure cautelari*”, in “*La Vittima del processo. I danni da attività procesuale penale*” (a cura di G.Spangher) Torino 2017 e alle considerazioni espresse dalla Corte EDU nella decisione del 6.4.2000, Labita c. Italia secondo la quale “*il termine ragionevole della detenzione non si presta ad una valutazione astratta. I motivi ragionevoli per mantenere in detenzione un accusato deve essere valutato in ciascun caso secondo le particolarità della causa. Il proseguimento della carcerazione si giustifica solo, in una data fattispecie, se degli indizi concreti rivelano una vera esigenza d’interesse pubblico che prevale, nonostante la presunzione d’innocenza, sulla regola del rispetto della libertà individuale (vedi, tra l’altro, la sentenza W. contro Svizzera del 26 gennaio 1993, serie A n° 254 - A, p. 15, § 30).*”

Alle autorità giudiziarie nazionali spetta in primo luogo di vegliare affinché, in un determinato caso, la durata della detenzione provvisoria di un accusato non superi il limite ragionevole

12 In tal senso G.Tabasco, Principio di proporzionalità e misure cautelari, Milano, 2017

Invero, pur dovendosi considerare che “il processo è pena” (come diceva Carnelutti) e può costituire cagione di danno per l'imputato già a prescindere dall'esito assolutorio o meno, *“la premessa da cui partire è che l'avvio del procedimento penale costituisce espressione di un potere-dovere (art. 112 Cost.) riconosciuto a organi dello Stato a tutela della convivenza e che, in caso di assoluzione, non può essere considerato un <errore giudiziario> di cui garantire la riparazione (art. 24 u.co.Cost.)”* (13).

In ogni caso, però, vale la pena considerare che l'istituto in parola si pone come crocevia di contrapposti interessi. Vi è a fondamento della riparazione per ingiusta detenzione l'interesse della persona ad essere rispettata e difesa nelle sue prerogative fondamentali e nella sua libertà riconosciuta dall'art. 13 della Costituzione come uno dei più importanti baluardi della persona umana (14). Dall'altro lato si pone l'interesse dello Stato a garantire l'efficienza del sistema giustizia anche attraverso la difesa dell'indipendenza dell'operato dei giudici – pur da forme di condizionamento indirette- nel momento più alto della loro giurisdizione, ovvero quando siano chiamati a pronunciarsi sulla colpevolezza o meno di una persona rispetto ad una condotta configurata come illecito penale.

Appare irrinunciabile un permanente richiamo al fondamento solidaristico dell'istituto che si sostanzia nell'idea che il rischio dell'errore connesso all'esercizio della funzione giurisdizionale debba essere posto, per quanto possibile, a carico della collettività e non del singolo eventualmente colpito dal provvedimento ingiusto (15). E' comunque innegabile una rinnovata attenzione degli addetti al sistema giustizia, nel suo complesso, verso la rilevanza dell'istituto, ritenuto indicativo di situazioni di criticità e disfunzioni del sistema giustizia.

Sotto tale profilo – sicuramente caratterizzante – deve apprezzarsi il carattere nevralgico dell'istituto la cui rilevanza deriva proprio dall'essere momento di sintesi di contrapposti interessi dotati di eguale dignità giuridica e fondamento costituzionali, e tutti meritevoli di pari tutela. Deve, inoltre, considerarsi l'evidente fallacia di una prospettiva che tenti di ravvisare un possibile automatismo e di ritenere che ogni ipotesi di assoluzione che intervenga a favore di soggetto che sia stato privato, durante la fase delle indagini, debba o possa esitare in un accoglimento.

Andrebbe, inoltre, in ogni momento considerato che - per raggiungere un punto di incontro fra i superiori interessi- che i principi fondamentali espressi negli artt. 2,13, 24 e 27 della Costituzione devono sempre costituire i fari ai quali orientarsi nella individuazione dei caratteri dell'istituto e nella definizione delle molteplici questioni applicative che si stagliano all'orizzonte.

13 G.Corso, Danno da processo penale: profili costituzionali, in La vittima del processo. I danni da attività processuale penale (a cura di G.Spangher), Torino, 2017

14 A tale proposito non appare superfluo ricordare il riconoscimento dell'imprescindibilità del valore della libertà persona anche nell'epoca del diritto moderno attraverso l'Habeas Corpus Act inglese del 1679 con il quale si tutelava il diritto dell'arrestato di conoscere la causa del suo arresto e di vederla convalidata da una decisione del magistrato

15 In tal senso P.Spagnolo, La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale, L.P. 2017)

Ciò senza dimenticare che ai valori costituzionali devono aggiungersi i principi desumibili dalle fonti internazionali e convenzionali considerato il loro ruolo di fonti indirette del diritto in un sistema multilivello, in cui le garanzie a tutela delle prerogative dell'individuo non risultano indicate in modo esclusivo dalla legge emanata dal Parlamento, essendo, peraltro, altresì innegabile il ruolo propulsivo delle decisioni della Corte Edu che hanno introdotto e continuano ad introdurre, su più fronti, nel nostro ordinamento una fresca ventata di novità (16).

Del resto è proprio a tali fonti convenzionali che il Legislatore risulta essersi ispirato nel conferire la legge delega al Governo n. 81 del 1987, e nella direttiva n. 100 nella quale si parla di "riparazione dell'ingiusta detenzione e dell'errore giudiziario", evidenziando al contempo una volontà di mantenere fermi i due istituti.

Appare evidente, tuttavia, da una lettura coordinata delle disposizioni che rilevano, di fonte convenzionale e/o internazionale e legislativa, che l'assetto dato dal nostro Legislatore alla disciplina della riparazione per ingiusta detenzione- configurata come specie della riparazione della vittima di errore giudiziario- abbia preso le distanze dal modello stagiato nella CEDU (oltre che e dal Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici di New York) proponendo una chiave di lettura in termini più sostanzialistici. L'ambito applicativo dell'istituto appare, da un lato più ampio, in quanto riconosce la possibilità di una custodia cautelare che risulti ingiusta non solo per ragioni inerenti il momento della sua applicazione ma anche per ragioni postume ricollegate al successivo proscioglimento di merito per una delle ragioni (*de facto o in iure*, individuate dallo stesso Legislatore).

Dall'altro lato la normativa nazionale si pone su un solco più ristretto rispetto a quello delineato dalla CEDU in quanto esclude la rilevanza della violazione delle regole in tema di esigenze cautelari (che hanno invece rilevanza centrale nella Convenzione) e circoscrive la riparazione ai soli casi in cui la misura risulti adottata in difetto dei presupposti di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p., ovvero in mancanza di gravi indizi di colpevolezza (17).

16 Tali fonti si identificano in particolare nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con [legge n. 848 del 4 agosto 1955](#), e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con [legge n. 881 del 25 ottobre 1977](#). La CEDU statuisce, all'art. 5, § 5: "Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione." Le "disposizioni" dell'articolo che rilevano attengono essenzialmente (oltre che al rispetto delle norme interne, cui rinvia implicitamente l'alinéa b del § 1) alla necessaria sussistenza del quadro indiziario e delle esigenze di cautela (in riferimento ai pericoli di recidivanza e di fuga). Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York nel 1966, riconosce a sua volta, all'art. 9, § 5, *il diritto a una riparazione a chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali*. L'indeterminata ampiezza della previsione veniva delimitata dall'Italia con una riserva apposta all'atto di deposito della ratifica del Patto, nella quale si dichiarava d'interpretare l'espressione arresto o detenzione illegali "come riferentesi esclusivamente agli arresti e detenzioni contrarie alle disposizioni del paragrafo 1 del medesimo articolo 9" (che, nel suo secondo periodo, dispone: "Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge.").

17 La regolazione che dell'istituto stata introdotta dal nostro legislatore nel codice di rito è, per certi aspetti, più ampia e, per altri, più ristretta dell'ambito ad esso riconosciuto dalle citate fonti internazionali. Il diritto alla riparazione viene, invero, riconosciuto, in via principale, nel [comma 1 dell'art. 314 c.p.p.](#), con riferimento

Dal mancato allineamento fra la disciplina contenuta nell'art. 314 cpp e quella prevista dall'art. 5 della CEDU che prevede il "right to compensation" per ogni restrizione subita in violazione dei paragrafi 1, 2, 3 e 4 dell'art. 5 CEDU, e quindi anche per difetto delle esigenze cautelari è derivata la condanna dell'Italia da parte della Corte Europea (18)

E' incontestabile, comunque, che la soluzione adottata dal nostro legislatore debba essere ritenuta compatibile con l'interpretazione dell'art. 5 della CEDU adottata dai giudici di Strasburgo, e con il Patto di New York, dovendosi considerare che tali fonti internazionali "*riconoscendo il diritto all'indennizzo in favore di chi sia stato < vittima > di una detenzione illegale, legittimano comunque una disciplina interna che preveda l'esclusione dal beneficio di chi, avendo contribuito con la sua condotta a causare la restrizione, non possa esserne considerato < vittima >*" dovendosi aggiungere che "*una simile interpretazione concilia pienamente le dette fonti con il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, alla cui stregua è ragionevole che il ristoro assicurato dall'ordinamento sia riconosciuto a che abbia < patito >, e non concorso a determinare, l'applicazione del provvedimento restrittivo*" (19). Inoltre, le norme della CEDU integrano il parametro costituzionale, ma rimangono ad un livello sub-costituzionale, sicchè va valutata anche la conformità della CEDU alla Costituzione Italiana. Un'interpretazione della CEDU che riconosca il diritto all'indennizzo anche a quanti hanno concorso a determinare l'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale

alla ipotesi, **non considerata dalle dette fonti**, di una custodia cautelare (nozione comprensiva sia della custodia carceraria che di quella domiciliare), la cui ingiustizia (c.d. sostanziale) deriva non da elementi afferenti al momento della sua applicazione, bensì dal semplice dato postumo del definitivo proscioglimento del soggetto con una delle ampie formule in facta o in iure previste. Il riconoscimento del diritto è esplicitamente subordinato alla condizione della inesistenza di una condotta dolosa o gravemente colposa del soggetto causativa o concausativa della custodia stessa. Nel secondo comma dell'articolo, lo "stesso diritto" (di cui al primo comma) è riconosciuto, indipendentemente dall'esito finale del processo di merito, a chiunque sia stato sottoposto a custodia cautelare, della cui applicazione sia stata accertata, con decisione irrevocabile, la non conformità alle previsioni di cui agli [artt. 273 e 280 c.p.p.](#) (c.d. ingiustizia formale). Tale disposizione si muove più propriamente nel solco delle previsioni delle citate fonti internazionali, ma contiene, rispetto a queste, due limitazioni: una, inerente al titolo della privazione della libertà (circoscritto alla custodia cautelare), e l'altra, relativa alla esclusione della rilevanza della violazione delle regole in tema di esigenze cautelari. Su tale impianto normativo è più volte intervenuta (con sovente richiamo alle citate fonti internazionali), nel senso di ampliare il campo di applicazione dell'istituto riparatorio, la Corte costituzionale (come meglio si vedrà più innanzi).

18 Nella sentenza *Picaro c. Italia* (ricorso n.42644/02), 9 giugno 2005 la Corte Europea ha ravvisato una violazione dell'art. 5 § 5 CEDU poiché il ricorrente, condannato con sentenza definitiva, non poteva ottenere la riparazione di cui all'art. 314 c.p.p., nonostante avesse subito una detenzione cautelare superiore ai termini stabiliti per legge e, quindi, illegittima ai sensi della Convenzione. Ugualmente, nella sentenza *Pilla c. Italia* (ricorso n. 64088/00), 2 marzo 2006, è stata ravvisata la violazione dell'art. 5 § 5 CEDU perché l'istante non aveva avuto accesso alla riparazione, pur essendo stato ristretto irregolarmente a causa dell'applicazione tardiva dell'indulto nei suoi confronti. Ma si considerino anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *Zeciri c. Italia* (ricorso n. 55764/00), 4 agosto 2005, con la quale è stata ravvisata una violazione dell'art. 5 § 1, lett. f e § 5 CEDU per il mantenimento irregolare del ricorrente in un centro di accoglienza temporaneo in attesa dell'espulsione; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Seferovic c. Italia* (ricorso n. 12921/04), 8 febbraio 2011, con la quale si è ritenuta la violazione dell'art. 5 § 1, lett. f e § 5 CEDU per il trattenimento irregolare della ricorrente in un centro di soggiorno temporaneo in attesa dell'espulsione; Corte europea dei diritti dell'uomo, *Richmond e altri c. Italia* (ricorsi n. 3342/11, n. 3391/11; n. 3408/11; n. 3447/11), 6 ottobre 2016, violazione dell'art. 5 § 1, lett. f e § 5 CEDU per il trattenimento irregolare dei ricorrenti in un Centro di Identificazione ed Espulsione (CIE).

19 Cass. 9.7.2009, n. 35689, *Farris* in CED Cass. rv 245311

finirebbe per contraddire il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione (20).

3. Ancora oggi, a molti anni di distanza dall'entrata in vigore delle disposizioni che riconoscono la possibilità di una riparazione per ingiusta detenzione, continuano a delinarsi incertezze applicative dell'istituto e pare trovare difficoltà l'affermazione di una interpretazione definitiva che ne valorizzi il fondamento costituzionale.

La stessa incerta definizione della natura giuridica della responsabilità dello Stato — anche se configurata ormai prevalentemente come responsabilità da atto lecito non riconducibile in alcun modo allo schema risarcitorio proprio della responsabilità aquiliana né ad un diritto soggettivo del singolo, esistente *a priori*, ma ad un mero potere del soggetto di chiedere l'accertamento delle condizioni di ingiustizia della detenzione subita — si riflette sull'applicazione concreta in particolare quando si pone il problema di individuare la normativa processuale applicabile, considerata la minima consistenza delle disposizioni dedicate espressamente all'istituto dal legislatore (21). Si pensi agli orientamenti oscillanti sul tema dell'applicabilità del

20 Sul medesimo tema si rinvia anche a Cass. 2 febbraio 2021 n. 60903 in CED Cass. rv 280929 secondo cui “la normativa italiana, agli artt. 314 ss. cod.proc.pen., in un'ottica solidaristica, riconosce il diritto alla riparazione non solo per la detenzione preventiva formalmente illegittima, come imposto dall'art. 5 in esame, bensì anche per quella formalmente legittima (come nel caso di specie), ma sostanzialmente ingiusta, in quanto non seguita da una sentenza di condanna, subordinando, tuttavia, in tale ipotesi il diritto all'indennizzo alla condizione che l'adozione o il mantenimento della misura cautelare non siano causalmente riconducibili ad una condotta gravemente colposa dell'istante. Si tratta, pertanto, di una disciplina del tutto conforme a quella convenzionale, in quanto attribuisce un diritto ulteriore rispetto a quello imposto dall'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, cioè, il diritto ad un ristoro patrimoniale anche nelle ipotesi di detenzione preventiva formalmente legittima, che può conseguentemente essere limitato dal legislatore nazionale senza il rischio di incorrere in violazioni della disciplina convenzionale”.

21 Le soluzioni prospettate di volta in volta sembrano non rispondenti ad un criterio univoco e, tuttavia, può ritenersi ormai pacifico che: - l'art. 314 detta una norma che, in quanto ricognitiva di un diritto, ha natura sicuramente sostanziale e riconoscendo il diritto all'equa riparazione pone lo Stato in una condizione di soggezione, che la pronuncia del giudice può trasformare in una situazione giuridica nuova collegata ad un obbligo concreto e specifico dello Stato. L'obbligo non preesiste alla richiesta di riparazione ma è “creato” dal giudice; - il privato cittadino che sia stato detenuto ingiustamente diviene titolare del potere di determinare un effetto giuridico a proprio vantaggio e a carico della pubblica amministrazione, servendosi di un provvedimento giurisdizionale che rappresenta l'atto generatore del suo credito (Cass. SU n. 24287/2001); - la riparazione per ingiusta detenzione costituisce uno **strumento indennitario da atto lecito e non risarcitorio**, diretto a compensare solo le ricadute sfavorevoli (patrimoniali e non) procurate dalla privazione della libertà, attraverso un sistema di chiusura con il quale l'ordinamento riconosce un ristoro per la libertà ingiustamente, ma senza colpa, compressa, correlando perciò la quantificazione dell'indennizzo alla sola durata ed intensità della privazione della libertà, salvo gli aggiustamenti resi necessari dall'evidenziazione di profili di pregiudizio più vasti ed esuberanti rispetto al “**fisiologico**” danno da privazione della libertà (Cass. n. 21077/2014); - la posizione del cittadino, una volta accertata l'ingiustizia della detenzione, costituisce un vero e proprio **diritto soggettivo**, cui corrisponde l'obbligo dello Stato, correlato ad una prestazione corrispondente al pagamento di una somma di denaro. Trattasi di un **rapporto di tipo obbligatorio definibile come < obbligazione pubblica> o < di diritto pubblico>** perché la sua fonte non è una di quelle previste dal diritto privato, la cui fattispecie costitutiva non può essere ricondotta ad un'ipotesi di fatto illecito; un atto del pubblico potere, quale quello che ha determinato la sottoposizione dell'imputato alla custodia cautelare, **non può, infatti, essere qualificato come illecito, né sotto il profilo della clausola generale di cui all'art. 2043 c.p., né sub specie di illecito tipico, stante il suo carattere autoritativo**, il quale non viene eliminato a seguito della sentenza di proscioglimento (Cass. 2823/91); - la riparazione, pur concretandosi in una somma di denaro, si distingue dalla nozione d'indennità propria del diritto civile e amministrativo, e non solo per il carattere sfuggente ed indeterminato della stessa, ma anche perché — data la natura

regime di pubblicità delle udienze sul quale, nonostante la pronuncia della Corte Edu e quella della Consulta continua a registrarsi un sostanziale vuoto normativo (22). Analoga prospettiva si registra in ordine alla questione relativa alle statuizioni adottabili in tema di spese processuali (23) o alla definizione della natura e dello spessore del diritto degli eredi di parte deceduta (24). E, rispetto a tali quesiti, la natura talora ondivaga delle soluzioni individuate dalla giurisprudenza non può non alimentare un atteggiamento critico per il sospetto di un uso strumentale della categoria di riferimento, individuata ora in una responsabilità di tipo penalistico ora in una responsabilità di tipo civilistico, a seconda della soluzione concreta che si intenda adottare.

Certamente, inoltre, il profilo maggiormente influenzato dalla definizione della natura giuridica dell'istituto continua ad essere quello inerente la configurazione dei poteri di cognizione del giudice e la ripartizione degli oneri probatori fra le parti, apparendo evidente la diversità strutturale e di sostanza che ispira i due possibili modelli processuali assumibili come punto di riferimento (caratterizzato l'uno dal principio dispositivo, l'altro da un principio di officiosità). Ed appare interessante notare, a tale proposito, come la soluzione di fatto prevalsa risulti ispirata ad un criterio di compromesso se si considera che, da un lato, si afferma che il potere di cognizione del giudice è pieno ed officioso ma esercitabile soltanto nei limiti delle deduzioni ed

degli interessi in gioco — non è più contestabile la struttura autonoma dell'istituto in esame, differente per presupposti e obiettivi da quello del risarcimento e da quello dell'indennizzo.

22 Il riferimento è alla decisione della Corte Edu 10 aprile 2012, Lorenzetti c. Italia con la quale, a norma dell'art. 6 della Convenzione, è stata ritenuta contrastare con la Convenzione la disciplina interna (regolata dagli artt. 315 c.p.p., e dagli artt. 646 e 127 c.p.p.) che non prevedeva la possibilità per l'interessato di chiedere ed ottenere la **presenza di pubblico. Successivamente** Cass. S.U. 18 ottobre 2012, Nicosia, chiamate a pronunciarsi sul quesito se “a seguito della sentenza CEDU 10 aprile 2012 (caso Lorenzetti), anche per la trattazione del procedimento di riparazione per ingiusta detenzione debba procedersi nelle forme dell'udienza pubblica anziché con le forme del rito camerale e se, in caso positivo, l'avvenuta violazione dell'art. 6 CEDU comporti l'annullamento della decisione”, sollevava questione di costituzionalità dell'art. 315, comma 3, in relazione all'art. 646, comma 1, cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 117, primo comma, e 111 Cost. La Consulta con sentenza 18 luglio 2013 n. 214 riteneva, tuttavia, irrilevante la questione in quanto non risultava, nel caso di specie, alcuna richiesta dell'interessato di trattazione in pubblica udienza.

23 Sulla possibilità di escludere una condanna alle spese in capo all'Amministrazione resistente si rinvia a Cass. S.U. 26 giugno 2002, n. 34559, De Benedictis, in CED Cass. rv n. 222264 secondo cui il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione è a contraddittorio necessario (instaurandosi con la notifica della domanda, a cura della cancelleria, al Ministero dell'economia e delle finanze) ma non a carattere contenzioso necessario (potendo l'Amministrazione intimata non costituirsi ovvero costituirsi aderendo alla richiesta del privato o rimettersi al giudice)

24 A tal proposito si rinvia a Cass. 17 settembre 2019 n. 46386, in CED Cass. rv 277270 secondo cui “Gli eredi di colui che abbia proposto la domanda di riparazione per l'ingiusta detenzione sono legittimati a proseguire il giudizio in caso di decesso dell'interessato nelle more del giudizio, dovendo trovare applicazione, per il carattere patrimoniale del "petitum", la disciplina processualcivilistica, che ricollega l'estinzione del processo non alla morte della parte, ma alla mancata prosecuzione o riassunzione in termini dello stesso da parte dei successori aventi diritto”. Nel caso in cui la morte del ricorrente intervenga anteriormente alla proposizione della domanda si determina l'estinzione del mandato professionale conferito. Gli eredi potranno, tuttavia, iniziare il giudizio per l'ingiusta detenzione subita dal congiunto solo conferendo apposito mandato, ma sempre nel rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 315, comma 1, cod. proc. pen. Inoltre, secondo Cass. 4 dicembre 2013, n. 5637, in CED Cass. rv 258896 < l'indennizzo spettante, in ipotesi di morte dell'avente diritto, "iure proprio" e non "iure hereditario" ai prossimi congiunti elencati nell'art. 644, comma primo, cod. proc. pen., deve essere commisurato nel suo complesso al pregiudizio sofferto dalla persona defunta, mentre l'ammontare così determinato deve essere ripartito equitativamente dal giudice in ragione delle conseguenze derivate dall'errore a ciascuna persona>.

allegazioni di parte e, dall'altro, che incombe sulla parte istante l'onere di provare i fatti costitutivi posti a fondamento dell'*an* e del *quantum* della decisione e sull'accusa quello di provare gli eventuali fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto di controparte.

All'onere probatorio incombente sulla parte privata richiedente andrà ricollegata la previsione esplicita concernente la possibilità di produzione dei "documenti ritenuti utili ai fini della decisione", dovendosi con ciò intendere non solo i documenti inerenti la prova dell'*an* della pretesa (dunque titolo cautelare e sentenza assolutoria o altro provvedimento che abbia definito il procedimento come un'archiviazione) ma anche eventuali altri documenti utili ai fini della determinazione del *quantum* richiesto, soprattutto quando si tenda ad ottenere un indennizzo superiore al minimo indennizzabile.

D'altro canto, è ben possibile che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri di cognizione, richieda alle parti, e ai soggetti terzi, ogni informazione ed acquisizione utile ai fini del decidere, anche eventualmente avvalendosi dei poteri previsti dall'art. 213 c.p.c.

Dovendo la decisione del giudice tenere conto anche delle condotte *ex post*, successive alla cognizione del procedimento da parte dell'interessato, e in particolare dell'atteggiamento tenuto di fronte allo stesso giudice della cautela- potendo assumere rilevanza anche la mancata "leale" collaborazione del soggetto su cui si sia abbattuta la misura restrittiva rispetto alle autorità- apparirà imprescindibile l'acquisizione del verbale di interrogatorio di garanzia e di ogni altro atto successivo incidente sulla fase cautelare del procedimento che possa valere a ricostruire la prospettiva di contesto *ex ante*, esistente al momento della adozione della stessa oltre che successiva fino al suo protrarsi in essere.

La cognizione, e successiva valutazione, del giudice rimane comunque *autonoma* rispetto a quella propria effettuata dal giudice penale. Detta sfera di autonomia si sostanzia nella possibilità per il giudice della riparazione di dare alla condotta una valutazione diversa in quanto proiettata su canoni di giudizio diversi e ispirata da una diversa finalità.

Pur essendo il giudizio conclusivo del procedimento di riparazione per ingiusta detenzione un giudizio autonomo da quello conclusivo del processo penale, sicuramente la ricostruzione del fatto, sì come effettuata nel processo penale, non può non influire sulla valutazione della fondatezza della domanda per ingiusta detenzione: al centro dei due procedimenti si colloca sempre una condotta umana, <il fatto> che per la sua astratta corrispondenza alla fattispecie tipica individuata nella norma penale ha determinato l'avvio del procedimento penale e che, nella diversa ottica della valutazione, si pone a monte dell'*an* della pretesa azionata.

Certamente diversa, tuttavia, risulterà essere la valutazione della condotta umana nei due procedimenti in quanto finalizzata ad obiettivi diversi, proiettata su non sovrapponibili orizzonti e condizionata da standard probatori diversi, legati nel solo processo penale alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio : in ogni caso, però, rimanendo preclusa al giudice dell'ingiusta detenzione una valutazione fondata sul

presupposto dell'esistenza storica di un fatto che sia stato accertato come inesistente nel processo penale o, viceversa, una valutazione che dia per scontata l'inesistenza di un fatto che sia stato accertato come realmente accaduto nel giudizio penale (25).

D'altra parte, al fine di comprendere il vero significato del rapporto di autonomia che lega i due procedimenti, basti considerare che la diversità del *thema decidendi* - oltre ad autorizzare il giudice dell'ingiusta detenzione a valutare la condotta umana sotto una lente di ingrandimento diversa da quella propria del giudizio penale - impone talora, nel giudizio di riparazione, un ambito valutativo più ampio di quello proprio del processo penale in quanto volto a dare rilievo ad elementi accessori della condotta e a circostanze di contesto estranee alla stessa. Ciò in quanto il fulcro centrale del giudizio di riparazione per ingiusta detenzione deve essere identificato nella individuazione della ricorrenza di possibili ed eventuali condizioni ostative all'accoglimento della domanda.

Il giudice penale assolve quando risulti raggiunta la prova piena dell'innocenza dell'imputato ma anche quando gli elementi acquisiti nel giudizio non risultino idonei a superare la soglia dell'oltre ogni ragionevole dubbio, pur potendo costituire valido titolo fondante per una domanda di indennizzo per ingiusta detenzione anche una pronuncia assolutoria emessa ai sensi del secondo dell'art. 530 c.p.p..

Il giudice penale esamina il fatto, nella duplice componente oggettiva e soggettiva, al fine di valutare se vi sia rispondenza fra il medesimo fatto e la fattispecie astratta descritta dalla norma penale.

Il giudice della riparazione è chiamato a valutare se la domanda di indennizzo risulti fondata e la detenzione subita possa ritenersi "ingiusta" alla luce dei limiti ed elementi caratteristici dell'istituto, desumibili a chiare lettere dall'art. 314 c.p.p.

Il giudice della riparazione viene chiamato sostanzialmente a porre sotto una diversa lente di ingrandimento il medesimo fatto su cui si è incentrato il processo penale, dovendo dare rilievo anche ad elementi magari trascurati nel giudizio penale in quanto irrilevanti ai fini della demarcazione dei confini fra liceità ed illiceità della condotta umana ovvero elementi anche circostanziali o marginali nella configurazione della fattispecie tipica di reato.

Inoltre- fermo rimanendo il limite invalicabile per il giudice della riparazione, imposto dal principio di non contraddizione immanente al nostro ordinamento, di non pervenire ad una ricostruzione storica del fatto in contrapposizione con quella già espressa dal giudice penale- non può trascurarsi di considerare che tendenzialmente anche il *thema decidendum* del procedimento di ingiusta detenzione non coincide del tutto con quello del processo penale, per la rilevanza che nel primo assume il titolo cautelare (messo sostanzialmente sotto accusa dalla richiesta di parte privata); titolo

25 Sul punto Cass. 2 luglio 2019, n. 34438, in CED Cass... rv 276859, secondo cui "nel giudizio avente ad oggetto la riparazione per ingiusta detenzione è vietato negare fatti accertati o affermare fatti esclusi dai giudici di merito, ma non anche attribuire agli stessi fatti accertati nel processo penale una diversa valutazione probatoria, laddove le conclusioni nel processo penale siano state fondate sul criterio dell'al di là del ragionevole dubbio, che caratterizza solo il giudizio di responsabilità penale"

che, invece, rimane escluso nel giudizio penale anche dal novero degli atti valutabili ai fini della decisione.

Ciò senza considerare, peraltro, che anche la piattaforma probatoria dei due procedimenti, penale e di ingiusta detenzione, potrebbe risultare disallineata per la possibilità riconosciuta di considerare, ai fini della valutazione della sola domanda di riparazione, elementi probatori non utilizzati (26) e non utilizzabili, ai fini del decidere, nel processo penale in quanto non confluiti nel fascicolo per il dibattimento (27), con il solo limite della possibilità di fondare la pronuncia in tema di riparazione su elementi probatori che siano stati espunti dal processo penale in quanto acquisiti in violazione di legge (28).

In ogni caso, anche quando la piattaforma valutativa del procedimento riparatorio risulti sovrapponibile a quella del processo penale è pacifica la possibilità del giudice della riparazione di pervenire ad un risultato diverso rispetto a quello del giudice penale in quanto effettuato su un “diverso piano di indagine”, in una prospettiva e secondo coordinate diverse (29).

4. Fra gli elementi che impediscono di sovrapporre l'accertamento compiuto in ambito penale da quello eseguito in sede di riparazione per ingiusta detenzione deve certamente annoverarsi la necessità per il giudice della riparazione di considerare, a margine della condotta che abbia determinato l'insorgenza del procedimento penale, altre eventuali condotte ascrivibili al medesimo soggetto che possano avere avuto un

26 Sul punto Cass. 15 settembre 2016 n. 41396, in CED Cass. rv n. 268238 respinge la tesi dell'inutilizzabilità di elementi che non abbiano formato oggetto di vaglio dibattimentale considerando che “ quale che sia la ragione per la quale l'elemento probatorio, per scelta processuale o dimenticanza, non importa, non venga a costituire oggetto del vaglio dibattimentale, non ne resta pregiudicata valenza ed utilizzabilità”; ciò in quanto “ la sinergia della condotta dolosa o gravemente colposa deve essere misurata sulla base degli elementi di prova utilizzabili nella fase delle indagini, la cui effettività e legittimità non resti espressamente esclusa al dibattimento” con la precisazione che solo in quest'ultimo caso “viene meno l'apprezzabilità giuridica dell'elemento o la sua corrispondenza al vero processuale”.

27 Sul punto Cass. 15 settembre 2016 n. 41396 in CED Cass. rv n.268238 secondo cui il giudice della riparazione può valorizzare le risultanze fattuali emergenti da alcuni atti, fisiologicamente inutilizzabili nel giudizio (come dal verbale di arresto ad esempio) ma utilizzabili da quello della riparazione

28 Sul punto Cass. 27 gennaio 2021 n. 6893, in CED Cass. rv 280935 secondo cui deve escludersi la possibilità di utilizzare intercettazioni dichiarate inutilizzabili negando la rilevanza, in proposito, della distinzione tra inutilizzabilità “fisiologica” e “patologica”, pur accolta da qualche isolata pronuncia, sottolineando come dall'autonomia dei due giudizi di riparazione e di cognizione, pur indiscutibile, data la differenza dei presupposti e dei fini, non discende automaticamente anche il principio in base al quale il giudizio di riparazione sarebbe affrancato da ogni regola probatoria propria del processo penale di cognizione. Conseguentemente, la sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 271 cod. proc. pen. non può derubricarsi, se non in termini costituzionalmente discutibili, a mero connotato endoprocessuale, tutt'interno, cioè, al processo penale. Del resto, ove il procedimento cautelare sia stato emesso solo alla stregua di tali risultati captativi, dichiarati inutilizzabili e quindi del tutto espunti dalla realtà procedimentale, i gravi indizi di colpevolezza sarebbero, in tal caso, rinvenibili solo in elementi di valutazione e di giudizio che non avrebbero dovuto trovare affatto ingresso nella realtà procedimentale, sostanziandosi in una prova illegale, che giammai avrebbero potuto casualmente giustificare il provvedimento restrittivo

29 In tal senso Cass. 18 giugno 2013, n. 39500 in CED Cass. rv 256764 secondo cui “il rapporto tra giudizio penale e giudizio per l'equa riparazione, è connotato da totale autonomia ed impegna piani di indagine diversi e che possono portare a conclusioni del tutto differenti (assoluzione nel processo, ma rigetto della richiesta riparatoria) sulla base dello stesso materiale probatorio acquisito agli atti, ma sottoposto ad un vaglio caratterizzato dall'utilizzo di parametri di valutazione differenti. In particolare, è consentita al giudice della riparazione la rivalutazione dei fatti non nella loro valenza indiziaria o probante (smentita dall'assoluzione), ma in quanto idonei a determinare, in ragione di una macroscopica negligenza od imprudenza dell'imputato, l'adozione della misura, traendo in inganno il giudice”

ruolo determinante, o comunque sinergico (rispetto all'errore dell'Autorità giudiziaria) nella produzione dell'evento della restrizione cautelare.

L'indicazione proveniente dalla lettura del primo comma dell'art. 314 c.p.p. non lascia spazio a dubbi interpretativi, essendo evidente il riferimento – come limite all'accoglimento della domanda proposta dal soggetto interessato – ad eventuali condotte dolose o gravemente colpose che possano avere dato causa, o concorso a dare causa, all'ingiusta detenzione.

Ma se può dirsi consolidato l'approdo giurisprudenziale che - individuato il fondamento della previsione nella natura solidaristica dell'istituto che porta a ritenere che soggetto passivo di un pregiudizio possa essere soltanto chi non abbia potuto evitarlo - reputa doversi configurare la clausola ostativa anche con riferimento alle ipotesi di "ingiustizia formale" previste dal secondo comma dell'art. 314 c.p.p., sulla base di argomenti letterali e sistematici, non altrettanto consolidato, ed esente da dubbi ermeneutici, può considerarsi il significato obiettivo della medesima clausola (30).

Certamente, in linea teorica, la giurisprudenza è chiara nel ricondurre il dolo e la colpa ad una chiave di lettura penalistica, anche se traslata e non ricondotta all'evento tipico del reato ma all'evento della restrizione della libertà personale. Il dolo rimane così collegato ad una condotta volontaria sorretta dalla consapevolezza che dalla stessa possa derivare, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, una situazione di allarme sociale o un doveroso intervento delle autorità. La colpa grave ravvisata in ogni condotta (posta in essere con imprudenza, negligenza, imperizia e violazione di regole cautelari imposte da leggi, regolamenti, ordini o discipline) tale da configurare una non voluta ma prevedibile ragione dell'intervento dell'autorità giudiziaria attraverso l'adozione del provvedimento cautelare (31).

30 Una volta richiamata la natura solidaristica dell'istituto è stata ricordata anche la legittimità della scelta del Legislatore di escludere il diritto alla riparazione in tutti i casi in cui l'interessato, per dolo o colpa grave, abbia dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare sofferta e la conseguenza di tale argomento – ovvero la considerazione della natura solidaristica dell'istituto- è stata quella di ritenere che la previsione dei limiti al diritto (all'equa riparazione) non debba costituire soltanto una condizione negativa per l'ipotesi di cui all'art. 314 comma 1 c.p.p. bensì "un limite interno dello stesso diritto" che opera sempre, anche nell'ipotesi di cui all'art. 314 comma 2 c.p.p. Tale ricostruzione è stata anche ritenuta conforme alla logica del principio solidaristico e anche coerente rispetto all'esigenza di una lettura costituzionalmente orientata della norma. Nessun ostacolo è stato individuato nel tenore letterale della norma- che espressamente richiama la condotta dolosa (o gravemente colposa) del richiedente soltanto nel comma primo, e non anche nel secondo comma- dovendosi considerare che trattasi dello "stesso diritto" e che, da un punto di vista esegetico, il richiamo allo "stesso diritto" (contenuto nel secondo comma dell'art. 314 c.p.p.) implica un rinvio anche all'ultima parte del comma 1. Sul punto Cass. S.U. 27 maggio 2010, n. 32383, D'Ambrosio, ha rilevato come tale soluzione sia "conforme alla logica del principio solidaristico, implicando in definitiva l'**oggettiva inerenza al diritto in questione, in ogni sua estrinsecazione, del limite della non interferenza causale della condotta del soggetto passivo della custodia**", aggiungendo, tuttavia, che "tale operatività non può peraltro concretamente esplicarsi, in forza del meccanismo causale che governa la condizione stessa, nei casi in cui l'accertamento dell'insussistenza ab origine delle condizioni di applicabilità della misura custodiale avvenga sulla base degli stessi precisi elementi che aveva a disposizione il giudice del provvedimento della cautela, e in ragione esclusivamente di una loro diversa valutazione."

31 Con riferimento alla condizione ostativa rappresentata da condotta dolosa deve intendersi **dolosa** - e conseguentemente idonea ad escludere la sussistenza del diritto all'indennizzo, ai sensi dell'art. 314, primo comma, cod. proc. pen. - non solo la condotta volta alla **realizzazione di un evento voluto** e rappresentato nei suoi termini fattuali, **sia esso confliggente o meno con una prescrizione di legge**, ma anche la condotta consapevole e volontaria i cui **esiti**, valutati dal giudice del procedimento riparatorio con il parametro dell' <*id quod plerumque accidit*>, secondo le regole di esperienza comunemente accettate, siano **tali da creare una situazione di allarme sociale e di doveroso**

Il problema si pone, tuttavia, quando in concreto si debba valutare il peso effettivo di una determinata condotta nella prospettiva delineata dalla domanda di riparazione per uno stato restrittivo denunziato come ingiusto, stabilendone la reale incidenza, sul piano causale o concausale rispetto al provvedimento restrittivo, e la sua riconducibilità ad un atteggiamento doloso o colposo del medesimo soggetto.

Non vi è dubbio, inoltre, sulla possibile espansione della clausola al punto da ricomprendere sia condotte *ex ante* che condotte *ex post*, che possano avere eventualmente influito sul mantenimento della stessa misura (32).

Vi è da chiedersi, tuttavia, fino a che punto possa spingersi l'estensione per via ermeneutica della condizione ostativa individuata dal Legislatore e a quali condotte sia lecito attribuire rilevanza in tal senso, soprattutto quando trattasi di condotte poste in essere non in violazione di ben precisi ed individuati obblighi giuridici.

La definizione della clausola ostativa - vagamente evocativa della previsione propria del diritto civile sulla rilevanza del concorso della colpa del creditore nella determinazione del danno risarcibile, cos come definita dagli artt. 2056 e 1227 c.c.. - continua ad alimentare dubbi interpretativi e rappresenta il nodo gordiano del contenzioso in esame, punto focale di ogni procedimento.

intervento dell'autorità giudiziaria a tutela della comunità, ragionevolmente ritenuta in pericolo (Sez. Unite n. 43 del 13/12/1995 dep. il 1996, Sarnataro ed altri, Rv. 203637). Quanto alla **colpa**, la sua nozione deve essere mutuata dall'art. 43 cod. pen., con la conseguenza di ritenere ostativa al riconoscimento del diritto alla riparazione quella condotta che, pur tesa ad altri risultati, ponga in essere, per evidente, **macroscopica negligenza, imprudenza, trascuratezza, inosservanza di leggi, regolamenti o norme disciplinari**, una situazione tale da costituire una non voluta, ma prevedibile, ragione di intervento dell'autorità giudiziaria che si sostanzia nell'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale o nella mancata revoca di uno già emesso. E' colposo il comportamento, cosciente e volontario, al quale consegue (senza volerne i risultati) un effetto idoneo a trarre in errore l'organo giudiziario ovvero **una situazione tale da costituire una prevedibile ragione di intervento dell'autorità giudiziaria** che si sostanzia nell'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale o nella mancata revoca di uno già emesso (Cass. n. 43302 del 23/10/2008, Maisano, Rv. 242034). Sul punto di recente anche Cass. 27 gennaio 2021 n. 6893, in CED Cass. rv 280935 secondo cui **"il concetto di colpa che assume rilievo quale condizione ostativa al riconoscimento dell'indennizzo non si identifica con la "colpa penale", venendo in rilievo la sola componente oggettiva della stessa, nel senso di condotta che, secondo il parametro dell'id quod plerumque accidit, possa aver creato una situazione di prevedibile e doveroso intervento dell'Autorità giudiziaria. Anche la prevedibilità va intesa in senso oggettivo, quindi non come giudizio di prevedibilità del singolo soggetto agente, ma come prevedibilità secondo il parametro dell'id quod plerumque accidit, in relazione alla possibilità che la condotta possa dare luogo ad un intervento coercitivo dell'autorità giudiziaria.** Pertanto, è sufficiente considerare quanto compiuto dall'interessato sul piano materiale, traendo ciò origine dal fondamento solidaristico dell'indennizzo, per cui la colpa grave costituisce il punto di equilibrio tra gli antagonisti interessi in campo"

32 Sul punto giova ricordare l'insegnamento della Suprema Corte che ha considerato come *" se la disposizione di legge ha un senso e non deve risolversi in una inattuabile prescrizione, non può non imporre l'analisi dei comportamenti tenuti dall'interessato, anche prima dell'inizio dell'attività investigativa e della relativa conoscenza, indipendentemente dalla circostanza che tali componenti non integrino reato"*. Ancora è stato considerato che *" non può avere rilievo la riflessione (peraltro contraria ai doveri di lealtà civica e solidarietà sanciti dall'art. 2 della Costituzione) che ciascuno può vivere liberamente anche ai margini della legge penale dal momento che ci vive in questo modo non può essere condannato "*. Piuttosto **"la condotta dell'agente non può ritenersi sottratta a qualsiasi valutazione nel momento in cui lo Stato materializza, tramite l'equo indennizzo, il dovere di solidarietà che non può estendersi anche a colui che ai suoi doveri sia venuto meno"** (Cass. S.U. n. 43 del 13.12.1995, Sarnataro)

D'altra parte, ancora, milita a sostegno della tesi che individua una possibile condizione ostativa anche in una condotta (dolosa o colposa) antecedente anche il tenore letterale della norma – il senso comune delle parole usato e della connessione di esse secondo l'art. 12 delle disposizioni della legge in generale- in quanto *" il dare causa o concorrere a dare causa"* deve logicamente precedere il fatto fonte della pretesa: il dare causa deve precedere l'effetto *"la detenzione"* (Cass. S.U. n. 43 del 13.12.1995, Sarnataro).

Quanto alle condotte *ex ante*, rimane fluido il confine applicativo della previsione, stante la definizione incerta e sfuggente della clausola, ben suscettibile di ricomprendere nel suo alveo anche comportamenti eticamente scorretti o riprovevoli, come anche situazioni di connivenza o le frequentazioni ambigue, o la contiguità rispetto a contesti criminali associativi propri di altri soggetti (33).

A proposito delle “frequentazioni ambigue” il coltivare, in modo gravemente imprudente, frequentazioni con determinati soggetti, dediti alla commissione di delitti, con forme e modalità tali da risultare equivoche e sospette potrà integrare una fattispecie ostativa al conseguimento della pretesa riparatoria, *“sul rilievo che le frequentazioni ambigue - quali quelle che si prestano oggettivamente ad essere interpretate come indizi di complicità - quando non sono giustificate da rapporti di parentela e sono poste in essere con la consapevolezza che trattasi di soggetti coinvolti in traffici illeciti, possono dare luogo ad un comportamento gravemente colposo idoneo ad escludere la riparazione stessa”* (34)

A proposito della connivenza, qualora sia stato ascritto un illecito plurisoggettivo, oltre alla condotta macroscopicamente negligente o imprudente dell'istante, dovrà essere individuato un elemento aggiuntivo, rappresentato dalla consapevolezza dell'altrui attività illecita in quanto *“il fatto che si conosca l'altrui agire trasgressivo può essere essenziale ai fini del richiedere al consociato di orientare il proprio comportamento sulla base di una prognosi sul possibile coinvolgimento in ipotesi di intervento giudiziario”* (35).

Nell'ipotesi in cui sia contestato un reato in concorso con altre persone, si concorre a dare causa alla misura della custodia cautelare se si sia al corrente dell'attività delittuosa di altri e, ciò nonostante, pur non concorrendo in quella attività, si pongano in essere, con evidente, macroscopica imprudenza, condotte che si prestino, sul piano logico, alla deduzione della contiguità del concorso. Ma se manca la consapevolezza che altri è dedito ad una certa attività costituente reato, l'eventuale condotta denotante contiguità non potrà avere alcuna incidenza negativa (36)

Tale regola potrebbe trovare eccezione solo nel caso in cui quella percezione sia resa possibile dalle caratteristiche intrinseche della condotta - e sempre che già questa renda possibile ipotizzare reati per i quali è consentita la detenzione; in tale ipotesi, infatti, ove sia stato ipotizzato un concorso morale nel reato, non è necessario che si

33 A tal proposito si consideri che secondo Cass. 20 ottobre 2020 n. 7956 può assumere rilevanza nel giudizio di riparazione per ingiusta detenzione una situazione di contiguità al sodalizio criminale mafioso, sempre che ricorra l'elemento aggiuntivo della consapevolezza dell'altrui attività illecita, anche laddove sia stata esclusa l'appartenenza ad esso in quanto “contiguità ed appartenenza sono termini che indicano fenomeni tra loro diversi e che si escludono reciprocamente, alludendo l'uno ad una vicinanza al sodalizio rimanendo a questo estraneo e come tale privo di rilevanza penale; mentre il secondo termine indica proprio l'intraneità al sodalizio”

34 Cass. 26 novembre 2013 n. 1253 in CED Cass. rv 258610

35 Sul punto Cass. 20.10.2020 n. 7956, secondo cui ancora “..ciò è richiesto perché è necessario che il soggetto possa percepire la natura colposa, macroscopicamente colposa, del proprio comportamento, sì da potergli muovere il rimprovero che preclude alla riparazione”

36 Cass. 25 novembre 2010, n. 45418, Carere, in CED Cass. Rv. 249237. Si veda anche Cass. 2 luglio 2019, n. 34438, in CED Cass ...secondo cui può ravvisarsi una connivenza passiva in presenza di un atteggiamento che “risulti avere oggettivamente rafforzato la volontà criminosa dell'agente, benchè il connivente non intendesse perseguire tale effetto e se vi sia la prova positiva che egli fosse a conoscenza dell'attività criminosa dell'agente” .

sia stati consapevoli della esecuzione del reato da altri fatta, quando vi sia già per intero la rappresentabilità del carattere gravemente imprudente del proprio comportamento e la prevedibilità della sua interpretazione quale fatto illecito.

Il problema che permane alla base dell'istituto- di individuare un delicato equilibrio fra contrapposte istanze, tutte degne di considerazione in quanto parimenti rilevanti anche in una prospettiva costituzionalmente orientata- assume maggiore impatto dunque ove si tratti di valutare l'efficacia sinergica di condotte *ex ante*, adottate prima che il soggetto abbia avuto cognizione del procedimento a suo carico e della sua restrizione *in vinculis*.

Appare legittimo domandarsi se non sia opportuno restringere la rilevanza della clausola ostativa, con riferimento a tale fase temporale, alle sole condotte dolose o almeno suggerire un maggiore rigore nella individuazione delle condotte colpose, attraverso una più attenta considerazione del requisito della gravità della colpa posto dal Legislatore, ma talora trascurato in sede applicativa, così da arginare il rischio di una dilatazione eccessiva della condizione negativa che impedisce il sorgere del diritto alla riparazione e delineare un nuovo assetto più vicino alla fisionomia costituzionale del medesimo istituto (37).

Con riferimento alle condotte *ex post* non suscita minore perplessità la possibilità di ricomprendere nel novero delle condizioni ostative anche il silenzio tenuto dall'indagato in sede di interrogatorio di garanzia, dovendosi considerare che il silenzio è una condotta giuridicamente neutra e che ben potrebbe costituire espressione di una legittima strategia processuale in applicazione del principio *nemo tenetur edere contra se*. Tuttavia, appare evidente la *ratio* della scelta di includere il silenzio fra i possibili indicatori di una condotta che possa avere dato causa all'ingiusta detenzione, trovando la stessa giustificazione – al di là di un generico possibile riferimento ad un dovere di leale collaborazione processuale incombente su ogni parte, anche sull'indagato- soprattutto a fronte della contestazione di specifici elementi indizianti rivelati dalle fonti di prova acquisite nel corso delle indagini che soltanto l'interessato con le sue personali cognizioni potrebbe essere nelle condizioni di esplicitare, facendo pervenire ad un superamento della loro portata indiziante (38).

37 Sul punto si consideri, tuttavia, che già la Corte Costituzionale con sentenza del 18 novembre 1993.n. 426 aveva censurato la tesi allora sostenuta dalla Cassazione, secondo la quale avrebbe dovuto avere rilievo soltanto la condotta antecedente dolosa e non anche quella meramente colposa, considerando, a tale proposito, che una siffatta conclusione avrebbe potuto legittimare anche ipotesi di condotta colposa grave dell'agente facendo divenire la norma banditore di "irresponsabilità giuridica e sociale, in contrasto con gli articoli 3 e 2 della Costituzione".

38 A tal proposito va considerato che "in tema di riparazione per ingiusta detenzione, ai fini dell'accertamento della sussistenza della condizione ostativa della colpa grave dell'interessato - fermo restando l'insindacabile diritto al silenzio o alla reticenza o alla menzogna da parte della persona sottoposta alle indagini e dell'imputato - nell'ipotesi in cui solo questi ultimi siano in grado di fornire una logica spiegazione, al fine di eliminare il valore indiziante di elementi acquisiti nel corso delle indagini, **non il silenzio o la reticenza, in quanto tali, rilevano ma il mancato esercizio di una facoltà difensiva, quanto meno sul piano dell'allegazione di fatti favorevoli**, che se non può essere da solo posto a fondamento dell'esistenza della colpa grave, vale però a far ritenere l'esistenza di un comportamento omissivo causalmente efficiente nel permanere della misura cautelare, del quale può tenersi conto nella valutazione globale della condotta, in presenza di altri elementi di colpa" (Cass. 17.11.2011 n. 7296). Nel medesimo senso anche Cass. 2.12.2020 n. 36478 ha considerato che "la condotta dell'indagato che, in sede di interrogatorio, si avvalga della facoltà di non rispondere, pur costituente esercizio del diritto di difesa, può assumere rilievo ai fini dell'accertamento della sussistenza

Su di un piano diverso si collocano le dichiarazioni mendaci dell'indagato, in quanto di per sé indicative di un capzioso atteggiamento del sottoposto al provvedimento restrittivo (39).

Analoghi sussulti interpretativi si registrano sul diverso fronte dell'ingiustizia formale, riferita alla sola mancanza dei presupposti di cui all'art. 273 c.p.p. e disancorata dal sindacato sulla sussistenza delle condizioni di applicabilità della misura stabilite dagli artt. 274 e 275 c.p.p. dovendo anche nelle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 cpp l'indagine del giudice essere effettuata tenendo conto di una prospettiva ex ante ed ex post al fine di accertare eventuali condotte ostative all'accoglimento della domanda (40). In ogni caso, però, è necessario che la mancanza dei requisiti di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p. risulti da un provvedimento definitivo che acclari la situazione di ingiustizia della detenzione (la sentenza definitiva) o la situazione di illegittimità della stessa detenzione (la decisione della Corte di Cassazione sul ricorso avverso l'ordinanza di convalida).

della condizione ostativa del dolo o della colpa grave poiché è onere dell'interessato apportare immediati contributi o riferire nel procedimento cautelare “

39 Il mendacio, di per sé, costituisce una condotta volontaria ambigua e fortemente equivoca che, andando al di là del mero silenzio, può avvalorare gli indizi su cui si fonda la misura cautelare. Sulla distinzione fra silenzio e mendacio si veda anche la sentenza delle sezioni unite Nicosia (Cass. S.U. 28.11.2013 n. 51779 Nicosia) secondo cui il **diritto al silenzio** è “*espressione del diritto di difesa e di garanzia per le dichiarazioni autoincriminanti*” mentre in caso di **dichiarazioni mendaci** “*la non punibilità delle stesse non trasforma quella condotta in un fatto indifferente per l'ordinamento e ancora meno permette di configurarlo come esercizio di un corrispondente diritto*”.

40 È vero che l'ipotesi principale oggetto della previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 314 c.p.p. è quella dell'accertamento, con valutazione ex ante, della insussistenza originaria delle condizioni [ex artt. 273 e 280 c.p.p.](#) per l'adozione o il mantenimento della misura custodiale. Tuttavia, in un primo momento- primo step interpretativo- è stato esteso l'ambito delle decisioni irrevocabili di cui all'art. 314 comma 2 c.p.p. che accertino l'insussistenza dei presupposti di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p. in quanto non più individuate nei soli provvedimenti resi in sede di libertà, ex art. 309 c.p.p. (come si era ritenuto in sede di prima applicazione dell'istituto) bensì anche nelle sentenze rese all'esito del dibattimento che, sia pure ex post, accertino l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della custodia cautelare (conf. Cass. 36907/2007 ed altre). Ad esempio è stata ritenuta non ostativa alla riparazione per ingiusta detenzione , ex art 314 comma 2 cpp, l'intervenuta riqualificazione della condotta in altra meno grave (i cui limiti edittali non avrebbero consentito ex art. 280 cpp l'applicazione della custodia cautelare) avvenuta in sede di merito in relazione ad elementi emersi nell'istruzione dibattimentale, e non già nel corso del giudizio cautelare. . Ad analoghe conclusioni dovrebbe pervenirsi nel caso in cui solo in sede dibattimentale si accerti che i fatti, per i quali sia stata applicata la misura cautelare, erano stati commessi in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità, ovvero si dichiari la sussistenza, fin dal momento dell'applicazione della misura, di una causa di estinzione del reato o della pena irrogabile. Anche in tale ipotesi, infatti, si accerterebbe l'insussistenza dei requisiti di cui all'art. 273 cpp sulla base di emergenze emerse solo in sede dibattimentale ((conf. Cass. 23.1.2009 n. 6628, Totaro) . A sostegno di siffatti approdi interpretativi estensivi è stato considerato che il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione non può trovare ostacolo nella legittimità del provvedimento applicativo della misura , né richiede che la detenzione sia conseguenza di una condotta illecita, rilevando esclusivamente l'obiettivo ingiustizia della privazione della libertà personale e la considerazione della natura riparatoria e riequilibratrice della misura. In definitiva sono state ricondotte nell'alveo della previsione in discorso (affrancandola in sostanza da una certa qual connotazione di eccezionalità e residualità) anche ipotesi in cui l'insussistenza delle condizioni (valutate talora anche forzando un po' i parametri, strettamente intesi, degli [artt. 273 e 280 c.p.p.](#)) per l'adozione o il mantenimento della misura custodiale sia stata accertata ex post e sulla base di elementi acquisiti posteriormente al momento della emissione del provvedimento cautelare e dello stesso svolgimento del procedimento cautelare. Sul Punto Cass. S.U. 22 gennaio 2009 n. 8388 che ha ricollegato tale evoluzione interpretativa ad “una lettura costituzionalmente orientata della normativa di riferimento e delle fonti internazionali pattizie recepite dal nostro ordinamento “ e al “fondamento solidaristico del diritto ad un equo indennizzo per a custodia cautelare ingiustamente subita”.

5. Un provvedimento definitivo appare in ogni caso individuabile, sia che si adduca una ingiustizia sostanziale della restrizione subita a titolo cautelare sia che si faccia riferimento ad una condizione di ingiustizia formale. In ipotesi di ingiustizia sostanziale, se nessuna difficoltà interpretativa può determinare l'accostamento operato dal legislatore fra sentenze di proscioglimento o di non luogo a procedere, considerata la sostanziale sovrapposibilità fra le formule indicate dall'art. 425 c.p.p. e quelle indicate dall'art. 530 c.p.p., potrebbe suscitare qualche dubbio il richiamo all'archiviazione, in quanto collegabile sia ad un'infondatezza della notizia di reato (art. 408 cpp) e comunque riconducibile anche a formule diverse da quelle contemplate dall'art. 530 cpp.

Peraltro, sul fronte della ingiustizia sostanziale non può farsi a meno di considerare l'incidenza della sentenza della Consulta (sentenza n. 219 del 2008) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 314 c.p.p. nella parte in cui, nell'ipotesi di detenzione cautelare sofferta, condiziona in ogni caso il diritto all'equa riparazione al proscioglimento nel merito dalle imputazioni, precisando in parte motiva che alla posizione di chi sia stato prosciolto nel merito debba essere equiparata quella di chi abbia subito una **custodia cautelare superiore alla pena definitiva inflitta**, non essendo ammissibile che “ *l'incidenza che la custodia cautelare ha esercitato sul bene inviolabile della libertà personale dell'individuo, nella fase anteriore alla sentenza definitiva, possa venire apprezzata con esclusivo riferimento all'esito del processo penale*”. Con la medesima pronuncia la Consulta non mancava di sottolineare la *natura servente* della custodia cautelare rispetto alle finalità del processo penale.

La riparazione per ingiusta detenzione finisce, in tal modo, con il risultare sganciata dal requisito dell'errore , ritenuto “eccentrico” rispetto alle finalità dello stesso istituto, in quanto suscettibile di essere collegato anche ad ipotesi del tutto legittime di custodia cautelare accertata, *ex post*, come *inutiliter data* (41).

Ma, andando oltre, sulla scia della medesima prospettiva indicata dalla Consulta, se il fondamento della riparazione non deve essere necessariamente individuato nell'ingiustizia della detenzione cautelare sofferta - rivelata dalla successiva assoluzione dell'imputato che disveli la radicale infondatezza della notizia di reato o la completa estraneità del fatto all'imputato- potrebbe anche suggerirsi di estendere il ristoro a tutte quelle situazioni in cui alla restrizione cautelare non faccia seguito alcuna esecuzione di pena detentiva, ad esempio alle ipotesi in cui la condanna risulti condizionalmente sospesa o a tutte le altre ipotesi di proscioglimento con formula diversa da quelle contemplate dall'art. 314 c.p.p., pur apparendo granitico, sul punto, l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui “*l'estinzione del reato per prescrizione, allo stesso modo dell'estinzione per remissione di querela o amnistia e della depenalizzazione del reato, sono preclusive della riparazione per*

41 In tal senso Cass. S.U. 28.11.2013, n. 51779, Nicosia secondo cui l'essenza dell'istituto deve ricollegarsi non solo ad un'antinomia strutturale fra custodia e assoluzione ma anche ad un'antinomia funzionale fra durata della custodia ed eventuale misura della pena.

l'ingiusta detenzione” (42), con la sola eccezione dell’ipotesi in cui “*la durata della custodia cautelare risulti superiore alla misura della pena inflitta con la sentenza di primo grado, alla quale abbia fatto seguito una sentenza di appello dichiarativa della estinzione del reato per prescrizione ovvero quando risulti accertata in astratto la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento dell’ingiustizia formale della privazione della libertà personale*”(43). Né si sottolinea sarebbe possibile pervenire a diversa conclusione sulla base della pronuncia della Corte Costituzionale n. 219 del 2008, attribuendo alla stessa un significato più ampio - nel senso che sia sempre indennizzabile la detenzione subita per un reato dichiarato prescritto- in quanto una siffatta interpretazione è stata implicitamente esclusa dalla Corte, che, ove avesse avuto tale intendimento, si sarebbe limitata a dichiarare l’incostituzionalità della norma senza precisazioni.

Analoga perplessità fa registrare il tema dei rapporti fra la riparazione per ingiusta detenzione (artt. 314 e ss. c.p.p.) e gli effetti derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale in caso di rapporti esauriti (44)

42 Sul punto **Cass. 34661/2010**, Rv248076 che sottolinea come il dato normativo, [l'art. 314 c.p.p., comma 1](#), non menziona le indicate ipotesi di proscioglimento tra quelle che legittimano il ricorso per equa riparazione evidenziando, inoltre, come in tutte le richiamate ipotesi non è possibile individuare un’ingiustizia sostanziale della detenzione, in mancanza dell’accertamento pieno dell’innocenza, richiedendosi, altresì, per la declaratoria di estinzione del reato una valutazione di merito, ancorché limitata alla verifica dell’inesistenza delle cause previste dall’[art. 129 c.p.p., comma 2](#). Infine viene considerato che la prescrizione è sempre rinunciabile dall’imputato, il quale ha la possibilità di optare per una scelta difensiva diretta a ottenere il proscioglimento nel merito e in tal modo accedere alla riparazione, secondo un meccanismo che evita di premiare chi non abbia scelto, accettando la causa di estinzione, che venisse accertata la sua innocenza piuttosto che la sua colpevolezza. Diversamente, ove la domanda risulti fondata sul secondo comma dell’art. 314 c.p.p. Cass. 7 ottobre 2020 n. 29849, in CED Cass. rv280050 rileva che il diritto all’equa riparazione per la custodia cautelare patita spetta al prosciolto per qualsiasi causa o al condannato che nel corso del processo sia stato sottoposto a custodia cautelare, quando con decisione irrevocabile risulti accertato che il provvedimento che ha disposto la misura è stato emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli articoli 273 e 280; ciò in quanto “in particolare l’art. 273, ultimo comma, cod.proc.pen. prevede che nessuna misura può essere applicata se risulta che il fatto è stato compiuto in presenza di una causa di giustificazione o di non punibilità o se sussiste una causa di estinzione del reato ovvero una causa di estinzione della pena che si ritiene possa essere irrogata”

43 **Sentenza n. 22058 del 15/02/2018**, in coerenza con quanto stabilito in precedenza da Cass. SU 30 ottobre 2008 n. 4187, in CED Cass. rv 241855 e da Corte Cost. n. 219 del 2008.

44 Il riferimento è a Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 4240 che respingeva la domanda di indennizzo proposta da un soggetto che, dopo aver espiato una pena comminata prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014 (sulla cornice edittale prevista dalla normativa in materia di stupefacenti che determinava la reviviscenza in bonam partem, con riferimento alle droghe leggere, del trattamento sanzionatorio precedente), ne otteneva la rideterminazione in misura tale da maturare un “credito detentivo”, dovuto all’aver subito una sanzione più elevata rispetto a quella risultante dall’applicazione della cornice edittale previgente. A fronte di tale credito, il condannato presentava richiesta di riparazione per ingiusta detenzione, tuttavia respinta, essendo stata qualificata l’avvenuta esecuzione della pena come “rapporto esaurito” impermeabile agli effetti derivanti dalla declaratoria di illegittimità costituzionale. Sul tema si rinvia alle considerazioni espresse da R.Carbone, *La riparazione per ingiusta detenzione e gli effetti derivanti dalla sentenza n. 32 del 2014 della corte costituzionale: verso una possibile convivenza*, DPC 10, 2018 il quale auspica un ripensamento della nozione di rapporti definiti in ambito penale considerando che “*in ambito penale l’esecuzione della pena comporta la compromissione di un diritto fondamentale ed inviolabile quale la libertà personale. Tale compromissione è ammissibile solo ove abbia piena base legale (artt. 13 e 25 Cost.) ed assolva alla funzione rieducativa (art. 27 Cost.). Il venir meno della legalità della pena incide su entrambi gli aspetti indicati. Le tensioni tra il principio di certezza del diritto e l’invio della libertà personale debbono essere risolte nel senso di far prevalere la seconda sul primo. L’intangibilità del giudicato, quindi, deve necessariamente arretrare ove sia necessario rimediare all’imposizione di una pena illegale. In tali casi la sentenza, ancorché passata in giudicato, viene travolta, in tutto od in parte, dalla retroattività degli effetti derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*”. In definitiva secondo l’Autore il rapporto potrebbe considerarsi esaurito sino a che non sia apprestato, dal legislatore, uno strumento che consenta di rimediare e, in un certo senso, tornare indietro nel tempo. Con riferimento all’illegittima

Altri profili di criticità appare rivestire l'ipotesi in cui la misura cautelare restrittiva della libertà personale risulti fondata su più contestazioni che risultino avere, nel corso del processo, una diversa evoluzione. In tal caso sarà irrilevante, ai sensi del quarto comma dell'art. 314 c.p.p., il pieno proscioglimento soltanto da alcune imputazioni, sempre che la contestazione che rimanga in piedi appaia autonomamente idonea a legittimare la compressione della libertà (45).

6. L'individuazione delle coordinate normative ed interpretative che reggono l'applicazione della materia costituisce presupposto imprescindibile per tenuta motivazionale dei provvedimenti adottati.

Nel percorso logico giuridico del giudizio conclusivo occorre che siano rispettate due distinte esigenze.

Occorre che la soluzione individuata risulti allineata rispetto ai parametri interpretativi dell'istituto consolidati nel tempo. In tale ambito, ad esempio, occorrerà, per la tenuta del provvedimento della Corte di Appello, che lo stesso sia fondato su elementi utilizzabili ai fini della decisione e non su elementi di cui sia stata dichiarata l'inutilizzabilità nel corso del processo penale (si pensi ad esempio ad una pronuncia del giudice della riparazione fondata su intercettazioni dichiarate inutilizzabili). Sarà necessario, altresì, che il provvedimento risulti emesso nel rispetto della regola che impone il divieto, per il giudice della riparazione, di negare fatti accertati e di accertare fatti esclusi in sede di giudizio penale, con l'unica possibilità di dare eventualmente ai medesimi fatti una diversa valutazione probatoria (nel caso in cui il giudizio penale si sia concluso con l'applicazione della regola del ragionevole dubbio). E gli esempi potrebbero continuare. Si pensi, ancora, all'ipotesi in cui attraverso gli atti acquisiti risulti definibile una situazione di connivenza in capo al soggetto istante: in tali casi, alla luce del consolidato insegnamento giurisprudenziale elaborato sul punto, non sarà sufficiente ricostruire le caratteristiche oggettive della condotta riconducibile al soggetto istante ma occorrerà, altresì, fornire la prova che alla base della stessa vi sia la consapevolezza del carattere illecito dell'altrui condotta. E gli esempi potrebbero continuare.

Inoltre, occorre soprattutto che il giudice della riparazione fornisca adeguata motivazione delle ragioni della decisione adottata, esplicando tutti gli *steps* argomentativi percorsi attraverso ampi e pertinenti richiami dei passaggi motivazionali contenuti nel provvedimento restrittivo della libertà personale e nella stessa sentenza (o provvedimento di altra natura) che abbia definito il procedimento penale.

restrizione della libertà personale tale strumento potrebbe individuarsi rinvenire nella riparazione per ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.).

45 Cass. 8.10.2013 n. 4071 in CED Cass. rv n.258214 ha stabilito che la riparazione per ingiusta detenzione non è di per sé esclusa, ma soggetta alle limitazioni derivanti dall'art. 314, comma quarto, cod. proc. pen. in relazione all'art. 657 stesso codice, ove si verta in ipotesi di processo cumulativo, in cui il proscioglimento con formula piena sia intervenuto soltanto per alcune imputazioni. (Fattispecie relativa a proscioglimento per prescrizione dal reato di associazione per delinquere - idoneo a giustificare la durata della detenzione sofferta - e ad assoluzione per non aver commesso il fatto da quelli di bancarotta fraudolenta patrimoniale e documentale

Soltanto in tal modo sarà possibile dare conto dell'*iter* motivazionale e farlo emergere nella sua compiutezza: tale passaggio si configura come fondamentale soprattutto in considerazione della natura autonoma della decisione del giudice della riparazione seguita rispetto alla decisione del giudice penale.

Dal principio di autonomia fra i due procedimenti discende la necessità di una rigorosa individuazione e circoscrizione degli elementi emergenti dalla ricostruzione del fatto storico nel suo complesso (diversi dagli elementi costitutivi del reato ed anche eventualmente di contorno rispetto al nucleo essenziale dei fatti) che possano essere ritenuti effettivamente indicativi di una condotta che abbia avuto un ruolo sinergico nell'errore oggettivo in cui sia incorso l'autorità giudiziaria al momento dell'adozione della misura cautelare.

Appare imprescindibile che venga dato adeguato rilievo alle ragioni che abbiano fatto ritenere una determinata condotta idonea ad influire, in termini di causa-effetto, sul provvedimento cautelare, non dovendo mancare, inoltre, una particolare attenzione verso la ricostruzione del profilo soggettivo che la sorregga.

Da un'analisi dei provvedimenti del Supremo Collegio emerge, appunto, come sia proprio la carenza della motivazione del provvedimento a costituire una delle ragioni più ricorrenti di annullamento.

Perché una motivazione sia esaustiva, oltre il richiamo esplicito delle ragioni poste a fondamento della sentenza di assoluzione, e prima ancora nel titolo cautelare, che diano conto degli elementi acquisiti in punto di ricostruzione del fatto storico oggetto di addebito in sede penale, sarà necessario anche il richiamo delle eventuali diverse altre circostanze, che il giudice della riparazione ritenga di porre a fondamento della sua decisione, emergenti dagli atti ed anche se non valorizzate dal giudice penale. Ciò al fine di consentire al giudice di legittimità (cui è preclusa la lettura diretta degli atti) una completa ricostruzione dei fatti comunque desumibili dal procedimento penale svolto e concluso.

E' indubbio, inoltre, che analoga attenzione dovrà essere riservata, sotto il profilo del *quantum* liquidato, alla indicazione delle specifiche circostanze che abbiano eventualmente condotto il giudice della riparazione a discostarsi dal seguire il criterio aritmetico (dell'ammontare giornaliero di euro 235,82 moltiplicato per il numero dei giorni) in presenza di specifiche allegazioni di ripercussioni negative sotto il versante patrimoniale, familiare, della vita di relazione, del danno all'immagine collegato allo *strepitus fori*, non suscettibile di essere adeguatamente ristorato attraverso il suindicato criterio aritmetico.

L'onere di una motivazione adeguata sul punto appare strettamente correlato alla particolare ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice della riparazione – la cui unica regola di giudizio, quella contenuta nel 1° comma dell'art. 643 c.p.p. impone di tenere conto delle “condizioni personali e familiari” derivanti dalla misura- costituendo d'altra parte anche l'unica garanzia che “*l'equità non traci in arbitrio incontrollabile*”(46).

