

LA RIPARAZIONE PER INGIUSTA DETENZIONE TRA INGIUSTIZIA FORMALE E SOSTANZIALE: LE CRITICITÀ DELL'ISTITUTO ANCHE ALLA LUCE DELL'ART. 5 CEDU

Sommario: 1. *Ratio* e genesi dell'istituto. 2. La riscrittura da parte della Consulta. 3. Le due ipotesi: ingiustizia sostanziale e 4. formale del titolo. 5. Il comportamento ostativo: suo diverso atteggiarsi rispetto alle due ipotesi di ingiustizia. 6. Il fondamento convenzionale dell'ingiustizia formale - I punti di crisi con il sistema convenzionale - Profili di deficit di tutela. 7. Conclusioni.

Gabriella Cappello consigliere presso la Quarta Sezione penale della Corte di cassazione

1. Come ho già tentato di fare lo scorso anno, nella precedente edizione del corso, vorrei trattare il tema assegnatomi analizzando anche le criticità del nostro sistema di riparazione per ingiusta detenzione alla stregua dei principi di matrice convenzionale. Il risultato sarà parziale, ma forse sufficiente per comprendere la distanza ancora esistente tra i due sistemi, dopo oltre trent'anni di vita dell'istituto nel nostro ordinamento.

L'istituto della riparazione per la ingiusta detenzione è stato introdotto molto tardi rispetto alla enorme cornice programmatica che ne ha posto le basi: non solo **le previsioni contenute nelle Carte internazionali** [vedi art. 5 § 5, Convenzione europea dei diritti dell'uomo («Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto a una riparazione») e art. 9 § 5, Patto internazionale sui diritti civili e politici (« Chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali ha pieno diritto a un indennizzo» - adottato a New York dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con la legge n. 881/1977], ma soprattutto **l'art. 24, c. 4, Cost.**, che rimette al legislatore di «determinare le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari» e la stessa Corte cost. con la sentenza n. 1/1969.

Nonostante tali riferimenti, l'istituto compare sulla scena in Italia solo con il **codice di rito del 1988** (quelli previgenti del 1913 e del 1930 si erano, infatti, limitati a concepire la riparazione a titolo assistenziale, quale «soccorso» alla vittima di un errore giudiziario in senso stretto), peraltro su impulso della richiamata sentenza della Corte cost. (n. 1/1969), con la quale il giudice delle leggi, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 571 c.p.p. del 1930, relativo all'errore giudiziario, proposta con riferimento al parametro di cui all'art. 24 Cost., aveva rilevato che l'ultimo comma dell'articolo citato era una **disposizione rivolta al legislatore**, al quale prescriveva il raggiungimento di un certo fine e perciò l'adozione di discipline conformi al principio affermato e idonee a renderlo effettivamente operante; al legislatore, dunque era demandato il compito di integrarne il contenuto, **specificando se, tra gli errori giudiziari, rientrasse anche la carcerazione preventiva**, conformemente all'art. 5, §5 CEDU, ribadito dall'art. 9 c. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

Sin da subito sono state rilevate alcune anomalie, alcune di natura strutturale: le **Sez. U, Caridi** del 2001 hanno messo in luce la eccentricità della previsione che attribuisce la competenza a decidere una pretesa d'impronta essenzialmente civilistica a un organo che esercita la giurisdizione penale (per l'appunto, la corte

d'appello indicata dagli artt. 314 e 645 c.p.p.). In quella sede, peraltro, tale peculiarità è stata giustificata – così come il promovimento dell'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno nel processo penale di cui agli artt. 74 e segg. c.p.p. – in considerazione del fatto che il **diritto** azionato è per così dire **contiguo al procedimento preordinato all'accertamento di un reato**.

Un'altra anomalia è data dal fatto che il legislatore ha approntato, da un lato, uno schema generale, con il quale sembra addirittura aver superato lo stesso paradigma dell'art. 5 CEDU che costituisce la cornice di riferimento propria della ingiustizia da detenzione illegittima (sez. 4, n. 14686/2021, n.m.), riconoscendo un ristoro patrimoniale anche nelle ipotesi di detenzione preventiva formalmente legittima, introducendo **fattispecie** riparatorie **tassative**, ponendo una **condizione ostativa generale** e prevedendo un **tetto massimo liquidabile**; dall'altro ha esteso l'operatività della condizione negativa generale anche alle ipotesi di illegittimità del titolo. Ed è proprio da questa antinomia che derivano alcuni degli spunti di riflessione che mi accingo a esporre. La norma in commento, proprio perché concepita come uno schema generale, ha sin da subito manifestato la sua tendenza per così dire “espansiva” ed è stata oggetto di un susseguirsi di interventi della Consulta, al punto da potersi affermare che il **completamento dell'evoluzione dell'istituto** è frutto di tali successivi innesti.

2. Un breve *excursus* delle decisioni più importanti è sufficiente per comprendere la portata del fenomeno. In base al testo originario, la riparazione per l'ingiusta detenzione non copre infatti ogni indebita **restrizione della libertà personale**, ma solo quella **di tipo custodiale** e cautelare [custodia in carcere (art. 285 c.p.p.) e in luogo di cura (art. 286 c.p.p.), arresti domiciliari, equiparati alla custodia in carcere (art. 284, c. 5, c.p.p.), misure cautelari disciplinate negli artt. 21-23, d.P.R. 22.9.1988, n. 488 sul processo minorile e, per espressa previsione legislativa (art. 313, co. 3, c.p.p.), anche le **misure di sicurezza** illegittimamente disposte in via provvisoria]. Restano fuori le misure coercitive con imposizione di obblighi e restrizioni (artt. 281-283 c.p.p.) e quelle interdittive (artt. 288-290 c.p.p.) [sez. 5, n. 42839/2014, *Oliani*, Rv. 260761; n. 9479/2009, *Barnabà*, Rv. 246523].

La **corrispondenza tra riparazione e «indebito» esercizio del potere cautelare** di tipo custodiale è stata ben presto **incrinata dalla Corte costituzionale**, con due pronunce di illegittimità dell'art. 314 c.p.p. che, muovendosi nel solco tracciato dalla dottrina, hanno allargato le maglie dell'istituto, includendovi dapprima la detenzione sofferta in esecuzione di un **ordine di esecuzione «erroneo»** (C. cost., n. 310/1996, in *Giur. cost.*, 1996, 2557) – che «offende[rebbe] la libertà della persona in misura non minore della detenzione cautelare ingiusta» – e, poi, la restrizione della libertà patita in esecuzione di una **misura pre-cautelare «ingiusta»**, entro gli stessi limiti previsti per la custodia cautelare (C. cost., n. 109/1999, in *Giur. cost.*, 1999, 953). Con il secondo intervento, la Corte costituzionale ha colmato una macroscopica lacuna legislativa: sebbene arresto e fermo siano provvedimenti adottati *a non iudice*, è indiscutibile la natura custodiale di essi, «almeno sul piano degli effetti».

Da questo momento in poi, l'istituto conosce una evoluzione di tipo pretorio, risentendo in parte anche della cornice convenzionale in cui le norme interne devono essere lette. Proprio questo nuovo inquadramento ha, in un certo senso, **spostato l'angolo visuale**, da una **concezione di tipo oggettivo**, imperniata sulla difformità tra la valutazione adottata nella fase cautelare e la decisione all'esito del giudizio, a una **incentrata piuttosto sulla verifica della legittimità dell'esercizio del potere cautelare** incidente sulla libertà personale.

Oltre alla sentenza sopra richiamata, la n. **109/1999**, con la quale si è affermato che il diritto va riconosciuto anche nelle ipotesi di **arresto in flagranza** (artt. 380-381 c.p.p.) o di **fermo di indiziato** di delitto (art. 384 c.p.p.), in entrambe le situazioni di cui ai c. 1 e 2 dell'art. 314 c.p.p. (proscioglimento con decisioni irrevocabili; insussistenza delle condizioni per la convalida), si ricordi anche la n. **284/2003**, con la quale si è affermato che il diritto alla riparazione spetta anche alla **persona condannata all'estero** e in Italia per lo **stesso fatto**, qualora non sia stata computata tempestivamente la detenzione scontata all'estero; la n. **413/2004**, con la quale si è riconosciuta la possibilità della riparazione a favore degli **eredi dell'indagato** la cui posizione sia stata archiviata per morte del reo, qualora la sentenza irrevocabile pronunciata nei confronti dei coimputati accerti l'insussistenza del fatto a lui addebitato; la n. **230/2004**, con la quale si è prevista la legittimazione alla riparazione del soggetto prosciolto ai sensi dell'art. **649** c.p.p. che abbia subito un periodo di custodia cautelare per un reato in ordine al quale era stato in precedenza giudicato e abbia già scontato la pena detentiva estinta con la sentenza di condanna; la n. **231/2004**, in cui si è affermato che la riparazione spetta all'**estradata** per la detenzione sofferta per l'arresto provvisorio o l'applicazione provvisoria di una custodia cautelare su domanda dello Stato estero, del quale sia successivamente accertata la **carenza di giurisdizione**; infine, la n. **219/2008**, con cui si è affermato il diritto alla riparazione nel caso di **durata** della custodia cautelare sofferta **superiore alla misura della pena inflitta**.

#Dobbiamo prendere atto del fatto che la scelta del legislatore delegato ha realizzato soltanto parzialmente il disposto dell'art. 5 § 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, restando da esso escluse le ipotesi di **carenza di esigenze cautelari, le misure non custodiali e i casi di ritardo nella decisione sulle istanze ai sensi dell'art. 299, cod. proc. pen.** La giurisprudenza, infatti, per orientamento risalente e consolidato, ritiene ravvisabile un interesse, ai fini dell'equa riparazione per l'ingiusta detenzione, all'impugnazione di una misura cautelare personale dopo la sua cessazione solo in relazione all'accertamento della insussistenza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., e non anche di quelle riferite alle esigenze cautelari previste dall'art.274 cod. proc. pen. o relative alla scelta tra le diverse misure possibili ai sensi dell'art.275 cod. proc. pen., in quanto tali ultime ipotesi non rientrano tra le ragioni idonee a fondare il diritto di cui all'art. 314 [**Sez. U**, n. 7931/2011, **Testini**, Rv. 249002, in cui, chiarito tale raccordo, si è richiamato l'orientamento costante in tal senso (**Sez. U**, n. 21/1998, **Gallieri**, Rv. 211194; n. 7/1997, **Chiappetta**, Rv. 208165; n. 26795/2006, **Prisco**, Rv. 234268; ma, in tale senso, anche sez. 2, n. 23060 del 15/5/2007, **Essadik**, Rv. 236785; sez. 1, n. 25277 del 27/5/2008, **Pappalardi**, Rv. 240944 e, successivamente, sez. 5, n. 19334 del 18/1/2013, **Rubino**, Rv. 256497)].

Peraltro, a tale proposito, non può ignorarsi che il progetto preliminare al nuovo codice di procedura penale aveva adottato una interpretazione più ampia della direttiva di cui alla legge delega che, in effetti, si limitava a prevedere genericamente la «riparazione dell'ingiusta detenzione e dell'errore giudiziario»: l'istituto era stato esteso fino a ricomprendere le ipotesi di **erronea valutazione circa la sussistenza delle esigenze cautelari e di inerzia rispetto alle istanze liberatorie dell'imputato**, fattispecie, tuttavia, **espunte dal testo**

3. INGIUSTIZIA SOSTANZIALE (o ingiustizia *tout court*) art. 314, c. 1, c.p.p.

«Chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ha

diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave».

Le formule di proscioglimento di cui all'art. 314 cod. proc. pen. mettono in luce la volontà del legislatore di rendere riparabili **unicamente le decisioni particolarmente qualificate nel senso dell'innocenza**. Il richiamo alle formule di proscioglimento e non al disposto del comma 1 dell'art. 530 c.p.p. inoltre, da un lato, esclude la riparabilità della "detenzione" in caso di assoluzione per difetto di imputabilità (sez. 4 n. 18847/2012, Rv. 253595; sez. 4, n. 5076/2019, *Caretto*, Rv. 275572) o per la presenza di una causa di non punibilità, formule che presuppongono la commissione di un fatto "colpevole", o i casi di estinzione del reato o difetto di una condizione di procedibilità; dall'altro, sancisce l'irrelevanza delle regole di giudizio impiegate nella sentenza: **ai fini del riconoscimento della sussistenza del diritto alla riparazione, non rileva cioè il fatto che la decisione sia frutto della prova positiva dell'innocenza o della mancanza di prova o della prova insufficiente o contraddittoria**.

Il terzo comma dell'art. 314 c.p.p., poi, estende la disciplina del primo e del secondo anche alle ipotesi di **archiviazione** o di pronuncia della sentenza di **non luogo a procedere**, non più soggetta a impugnazione e, rispetto ad essa, il giudice delle leggi (Corte cost. n. 248/1992) ha già chiarito che, affinché sorga il diritto alla riparazione, la sentenza di non luogo a procedere deve essere ovviamente divenuta "inoppugnabile" (art. 315, c. 1), cioè non più soggetta agli ordinari mezzi di impugnazione di cui all'art. 428 del codice di procedura penale. La circostanza che tale pronuncia, a differenza della sentenza di proscioglimento, pur divenuta inoppugnabile, sia sempre soggetta alla possibilità di revoca, ai sensi degli artt. 434 e ss. del codice, non rende la previsione costituzionalmente illegittima: la revoca non costituisce un ordinario mezzo di impugnazione, in quanto presuppone il sopravvenire o la scoperta di nuove fonti di prova. Inoltre la stessa Corte di cassazione (proprio nella sentenza che aveva dato adito al giudizio di legittimità costituzionale), ha affermato che l'evento della revoca trova adeguata soluzione nell'ordinamento: se il procedimento per la riparazione è ancora in corso, infatti, lo stesso deve essere sospeso fino alla definizione del procedimento penale; qualora la somma sia stata già erogata, potrà procedersi alla ripetizione dell'indebito, una volta intervenuta una sentenza definitiva incompatibile con l'istituto in esame (sez. 1, n. 1553/1991, *Potenza*, Rv. 187237).

Rispetto a tale forma di ingiustizia della detenzione si colgono i più marcati segnali di progressiva apertura da parte della giurisprudenza di legittimità: il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è stato infatti riconosciuto anche quando la **durata** della **custodia cautelare** risulti **superiore** alla misura della **pena inflitta**, ma sempre che nel comportamento del richiedente non siano individuabili condotte che abbiano avuto un ruolo eziologico nell'adozione della cautela o nella sua protrazione (sez. 4, n. 32136/2017, *Carano*, Rv. 270420; n. 17788/2012, *Iannazzo*, Rv. 253504; n. 32357/2012, *Ramzi*, Rv. 253651), essendo evidente in tali casi che l'ordinamento ha imposto al reo un sacrificio che travalica il grado di responsabilità personale.

Si tratta di principi che costituiscono il diretto precipitato della pronuncia additiva della **Corte cost. n. 219/2008** e del successivo intervento nomofilattico delle Sezioni Unite: da un lato, infatti, il giudice delle leggi, nel dichiarare la illegittimità costituzionale dell'art. 314 cod. proc. pen., nella parte in cui, nell'ipotesi di detenzione cautelare sofferta, condiziona il diritto all'equa riparazione al proscioglimento nel merito dalle imputazioni, ha precisato che la *ratio* dell'istituto non riposa più nella discrasia tra sottoposizione a custodia e successivo riconoscimento dell'innocenza dell'imputato, ma nell'**impossibilità di giustificare oggettivamente**

ex post l'applicazione o la durata della misura cautelare sulla base del complesso delle statuizioni contenute nella sentenza conclusiva del procedimento, poiché solo in apparenza la posizione di chi sia stato prosciolto nel merito dall'imputazione penale si distingue da quella di chi sia stato invece condannato, quando la custodia cautelare soverchi la pena inflitta. In entrambi i casi, l'imputato ha subito una restrizione del proprio diritto inviolabile. In entrambi i casi, pertanto, ricorre l'obbligo costituzionale di indennizzarne il pregiudizio. Il legislatore, prendendo in considerazione la prima ipotesi soltanto e omettendo di disciplinare la seconda, ha violato l'art. 3 della Costituzione; dall'altro, le Sezioni unite hanno precisato che il "fondamento solidaristico" dell'obbligazione a carico dello Stato non trova, infatti, la sua giustificazione solo nell'esito del procedimento penale e nel limite di una soluzione assolutamente tranquillizzante di innocenza per il giudice chiamato a decidere sulla riparazione, quanto piuttosto nel **principio etico e sociale di non violare il diritto fondamentale della libertà**, la cui oggettiva lesione va ravvisata nell'eccesso del potere di limitazione di un bene costituzionalmente protetto. Altra valutazione significativa è che tutte le fonti principali dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione (e anche quella di minore rilevanza, quale la legge-delega) non ricollegano il diritto all'indennizzo ad una formula di proscioglimento nel merito, ma pongono in rilievo la necessaria eccezionalità della privazione del diritto di libertà (Sez. U, 2009, *Pellegrino*, Rv. 241855).

Il limite della non interferenza causale della condotta posta in essere dal richiedente opera anche nelle ipotesi di riparazione per ingiusta detenzione che concernono il soggetto condannato, sottoposto a regime cautelare carcerario per un periodo più lungo rispetto alla pena detentiva inflittagli, ma la capacità ostativa del dolo o della colpa grave dell'interessato deve essere considerata non come concausa dell'errore del giudice nel momento genetico della misura, che in caso di condanna non sussiste; ma in relazione alla eventuale incidenza sulla protrazione della misura oltre l'entità della pena irrogata (sez. 4 del 2017, *Carano*, cit.).

Con riferimento alle **vicende successive alla condanna**, la giurisprudenza sembra ormai orientata nel riconoscere il diritto all'indennizzo in tutti i casi di errori che colpiscono l'ordine di esecuzione (così in ipotesi di sua emissione senza tener conto dell'eventuale **incidenza dell'indulto** sull'intera pena da eseguire, anche quando il beneficio non sia stato ancora applicato dal giudice dell'esecuzione, sez. 4, n. 30492/2014, *Dispensa*, Rv. 262240, conf. n. 30493, n. m.); non invece quando sia stata posta in esecuzione una pena per la quale sia stato calcolato un indulto soggetto a revoca di diritto, non ancora disposta, a condizione che essa venga successivamente pronunciata (sez. 4, n. 18550/2014, *Bellinati*, RV. 259215).

Di contro, non dà diritto alla riparazione il riconoscimento, in sede di cognizione, della **sospensione condizionale della pena** in ordine al reato relativamente al quale l'interessato è stato sottoposto a custodia cautelare (sez. 4 n. 24623/2014, *Mancuso*, Rv. 261563; n. 44830/2015, *Raffaele*, Rv. 264896; n. 1862/2016, *Scivoli*, Rv. 265582; sez. 3 n. 12394/2016, dep. 2017, *Caracciolo*, Rv. 270352; sez. 4, n. 25092/2021, *Iorio*, Rv. 281735, in cui si è precisato che il diritto alla riparazione è configurabile anche ove l'ingiusta detenzione patita derivi da vicende successive alla condanna, connesse all'esecuzione della pena, **purché sussista un errore dell'autorità procedente**, e non ricorra un comportamento doloso o gravemente colposo dell'interessato che sia stato concausa dell'errore, errore che, tuttavia, **non può derivare dall'esercizio di un potere discrezionale, come nel caso del riconoscimento del beneficio in questione, essendo configurabile soltanto nei casi di violazioni di legge**), fermo restando che, ove l'entità della condanna sia inferiore alla durata della custodia cautelare subita, il diritto sussiste per la parte di custodia che soverchi la misura della condanna). Infatti, presupposto del diritto soggettivo pubblico all'attribuzione di una somma di danaro a titolo di equa riparazione

per l'ingiusta detenzione è che l'interessato sia stato prosciolto con (o l'azione penale non sia stata esercitata per) l'adozione di formula liberatoria di merito in relazione all'addebito o agli addebiti formulati con il provvedimento di cautela.

La necessità di un provvedimento definitivo che accerti la sussistenza del diritto alla riparazione vale, ovviamente, anche per le nuove ipotesi introdotte dalla Corte costituzionale. Così, quanto all'ordine di carcerazione, l'erroneità o l'illegittimità deve essere accertata con decisione irrevocabile. Anche nel caso di arresto in flagranza e di fermo, l'ingiustizia sarà evidenziata dalla sentenza definitiva, mentre in caso di illegittimità il soggetto dovrà procurarsi il provvedimento conclusivo, ossia la decisione della Corte di cassazione sul ricorso avverso l'ordinanza di convalida (sez. 5, n. 9167/2017, *Fanu*, cit.). Ancora, dovrà essere definitivo il provvedimento che abbia accertato l'ingiustizia della detenzione subita su richiesta dello Stato estero (**Sez. U**, n. 6624/2012, *Marinaj*, Rv. 251691).

4. INGIUSTIZIA FORMALE art. 314, c. 2, c.p.p.

«Lo stesso diritto 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».

La principale questione riguarda intanto il riconoscimento del presupposto di cui all'art. 314 c. 2, c.p.p.: ai fini della configurabilità dell'ingiustizia formale è, infatti, necessario che l'illegittimità del provvedimento che ha disposto la misura cautelare, in quanto adottato o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280 cod. proc. pen., sia accertata con decisione irrevocabile che non può provenire dal giudice della riparazione, il quale non è investito della questione, ma solo dal giudice cautelare, sollecitato tramite impugnazione, o dallo stesso giudice del merito (sez. 4, n. 5455 del 23/1/2019, *Cotza*, Rv. 275022). L'illegittimità della misura cautelare, ai sensi del secondo comma dell'art. 314, può risultare anche in modo implicito dalla stessa sentenza definitiva di merito (come ritenuto da sez. 4, n. 38192/2009, *Ministero Economia e Finanze*, Rv. 245310, in fattispecie in cui era stata applicata la misura cautelare, in violazione dei limiti edittali previsti dall'art. 23 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, a carico di un soggetto minorenni all'epoca del *tempus commissi delicti*, circostanza quest'ultima accertata all'esito del giudizio di merito).

Nel caso di ingiustizia c.d. formale, peraltro, secondo un risalente indirizzo, era necessaria una **decisione irrevocabile in fase** (o comunque, come nel giudizio direttissimo, con valenza anche) **cautelare** (sez. 4, n. 36/1999, Rv. 21323; sez. 4, n. 40126/2002, Rv. 223285 sez. 4, n. 26368/2007, *Ucciero*, Rv. 236989). **Successivamente**, però, si è andato consolidando l'**opposto orientamento**, per il quale sussiste il diritto anche nell'ipotesi di misura cautelare applicata in difetto di una condizione di procedibilità, la cui necessità sia stata accertata soltanto all'esito del giudizio di merito in ragione della diversa qualificazione attribuita ai fatti rispetto a quella ritenuta nel corso del giudizio cautelare (sez. 4 n. 8869/2007, *Frajese*, Rv. 240332; n. 23896/2008, *Greco*, Rv. 240333; n. 44596/2009, *De Cesare*, Rv. 245437; n. 43458/2013, *Taliento*, Rv. 257194; n. 39535/2014, *Scalise*, Rv. 261408; sez. 4, n. 29340/2018, *Gallace*, Rv. 273089). In particolare, si è affermato che la **nozione di "decisione irrevocabile"** di cui all'art. 314 c. 2, cod. proc. pen., comprende anche quella emessa all'esito del giudizio di merito, sempre che, naturalmente, da essa si evinca la mancanza, sin dall'origine,

delle condizioni di applicabilità della misura. In tale prospettiva, quindi, non è ostativa alla riparazione la circostanza che «la ridefinizione dell'imputazione in altra – per la quale non era consentita, in ragione della pena edittale massima, l'emissione della misura custodiale in carcere, ai sensi dell'art. 280 c.p.p. – sia avvenuta in sede di merito e non già in un giudizio cautelare, per effetto di valutazione di circostanze emerse solo nell'istruzione dibattimentale o rilevate *ex officio* dal giudice». Una diversa interpretazione è stata infatti ritenuta contrastante con i principi affermati dalle Sezioni Unite in punto di rilevanza, ai fini del riconoscimento del diritto alla riparazione, anche degli accertamenti risultanti *ex post*.

Fra le ipotesi di illegittimità elencate nel citato art. 273 rientrano solo l'assenza, all'epoca dell'applicazione o della conferma della misura, di gravi indizi di colpevolezza, ovvero la presenza, in quelle stesse date, di cause di non punibilità, di estinzione del reato o di estinzione della pena che si ritenga irrogabile, ma non la sussistenza di cause di giustificazione, posto che queste, implicando l'assoluzione dell'imputato perché il fatto non costituisce reato, rientrano nella diversa previsione di cui al comma primo dell'art. 314 cod. proc. pen. (**Sez. U**, n. 20/1993, **Durante**, Rv. 195353). L'interesse dell'indagato ad ottenere una pronuncia, in sede di riesame, di appello o di ricorso per cassazione, sulla legittimità dell'ordinanza che ha applicato o mantenuto la custodia cautelare permane anche nel caso in cui quest'ultima sia stata revocata nelle more del procedimento (**Sez. U. Durante** del 1993, Rv. 195355). Interesse, peraltro, che non può presumersi, essendo onere dell'interessato manifestare, in termini positivi e univoci, la sua intenzione di servirsi della pronuncia per proporre l'azione di riparazione per l'ingiusta detenzione (sez. 5, n. 9167/2017, **Fanu**, Rv. 269038; sez. 6, n. 13522/2009, **Calia**, Rv. 244141, in ipotesi di provvedimento di convalida dell'arresto, al quale non sia seguita l'applicazione di una misura cautelare; **Sez. U**, n. 11/1994, **Buffa**, Rv. 198214; **Sez. U**, n. 21/1998, **Gallieri**, Rv. 211194; n. 26795/2006, **Prisco**, Rv. 234268; n. 7931/2010, **Testini**, Rv. 249002).

Le due ipotesi hanno, dunque, presupposti diversi e si riferiscono a situazioni differenti, l'una basandosi su valutazioni *ex post* della vicenda processuale, l'altra su valutazioni *ex ante*. Il primo caso riguarda tutte le ipotesi di privazione della libertà personale imposta legittimamente, ma risultante, *ex post*, non dovuta in ragione di un accertamento definitivo di estraneità dell'imputato ai fatti contestatigli; il secondo attiene, invece, alle ipotesi in cui risulti accertato con provvedimento irrevocabile che la misura è stata adottata o mantenuta in assenza delle condizioni dettate dagli artt. 273 e 280 c.p.p.

5. LA CONDIZIONE NEGATIVA GENERALE: IL COMPORTAMENTO OSTATIVO

Secondo il diritto vivente, ai fini del riconoscimento dell'indennizzo di cui si discute, può anche prescindersi dalla sussistenza di un "errore giudiziario", venendo in considerazione soltanto l'antinomia "strutturale" tra custodia e assoluzione, o quella "funzionale" tra la durata della custodia ed eventuale misura della pena. Ma è evidente che, in tanto la privazione della libertà personale potrà considerarsi "ingiusta", in quanto l'incolpato non vi abbia dato o concorso a darvi causa attraverso una condotta dolosa o gravemente colposa, giacché, altrimenti, l'indennizzo verrebbe a perdere ineluttabilmente la propria funzione riparatoria, dissolvendo la "ratio" solidaristica che è alla base dell'istituto (**Sez. U**, n. 51779/2013, **Nicosia**, Rv. 257606, cit.). Il principio, infatti, rinviene un limite nel dovere di responsabilità di tutti i cittadini, i quali non possono «invocare benefici tesi a ristorare pregiudizi da essi stessi colposamente o dolosamente cagionati» (sez. 4, n. 6628/2009, **Rossi**, Rv. 242727, richiamata in SUP **Nicosia**). A tal fine, il giudice della riparazione deve valutare tutti gli elementi probatori disponibili, al fine di stabilire, con valutazione *ex ante* – e secondo un iter logico-motivazionale del

tutto autonomo rispetto a quello seguito nel processo di merito – non se tale condotta integri gli estremi di reato, ma solo se sia stata il presupposto che abbia ingenerato, ancorché in presenza di errore dell'autorità procedente, la falsa apparenza della sua configurabilità come illecito penale (sez. 4, n. 3359/2017, *La Fornara*, Rv. 268952).

Ai fini dello scrutinio circa la condotta sinergica dell'interessato come causa ostativa al riconoscimento del beneficio, deve intendersi dolosa non solo la condotta volta alla realizzazione di un evento voluto e rappresentato nei suoi termini fattuali, sia esso confliggente o meno con una previsione 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 intervento dell'autorità giudiziaria a tutela della comunità, ragionevolmente ritenuta in pericolo. Ai fini che qui interessano, la nozione di colpa è data dall'art. 43 cod. pen., sicché deve ritenersi ostativa quella condotta che, pur tesa ad altri risultati, ponga in essere, per macroscopica negligenza, 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 (in motivazione le SUP del 2013 hanno richiamato sez. 4, n. 43302/2008, *Tucci*, Rv. 242034 e le stesse **Sez. U**, n. 43/1996, *Sarnataro*, Rv. 203637).

Quanto alla **natura del compendio utilizzabile**, i principi rinvenibili nella sentenza delle **Sez. U**, n. 1153/2008, *Racco*, Rv. 241667, sono stati anche di recente riaffermati e può considerarsi maggioritario l'indirizzo secondo cui, ai fini della valutazione del dolo o della colpa grave, il giudice non può utilizzare gli esiti di intercettazioni che nel giudizio di cognizione siano risultati, anche solo "fisiologicamente", inutilizzabili (sez. 4, n. 6893/2021, *Napoli*, Rv. 280935; n. 5800/2017, *Ferdico*, Rv. 271580, in cui si è affermato che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, accertata nel giudizio penale di cognizione, ha effetti anche nel giudizio promosso per ottenere la riparazione per ingiusta detenzione), solo in un isolato precedente affermandosi il principio che distingue tra inutilizzabilità fisiologica e patologica (sez. 4, n. 24935/2019, *Arcuri*, Rv. 276336). Infatti, **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.

Resta il fatto che il **giudizio** per la **riparazione** dell'ingiusta detenzione è del tutto **autonomo** rispetto al giudizio penale di cognizione, essi impegnando piani di indagine diversi, che possono portare a conclusioni del tutto differenti: ciò sia in considerazione del differente oggetto dell'accertamento (nel giudizio penale la condotta di reato; nel giudizio di riparazione la condotta gravemente colposa o dolosa causalmente rilevante ai fini della misura cautelare); sia in considerazione delle diverse regole di giudizio (applicandosi, per esempio, solo in sede penale la regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio).

Tale autonomia non consente ovviamente al giudice della riparazione di ritenere provati fatti esclusi dal giudice della cognizione ovvero non provate circostanze che quest'ultimo ha valutato come dimostrate (sez. 4, n. 12228/2017, *Quaresima*, Rv. 270039), ma, ai fini dell'accertamento della condizione ostativa del dolo o della colpa grave, laddove le conclusioni nel processo penale siano state fondate sul criterio dell'al di là di ogni

ragionevole dubbio, il giudice può attribuire agli stessi fatti accertati nel giudizio di cognizione una diversa valutazione probatoria, posto che il richiamato criterio caratterizza solo il giudizio di responsabilità penale (sez. 4 n. 34438/2019, *Messina*, Rv. 276859).

La Corte di cassazione ha, poi, da tempo chiarito che la previsione dell'art. 314 cod. proc. pen., che esclude dall'equa riparazione colui che abbia **dato causa**, quantomeno per colpa grave, **alla custodia cautelare** subita, **non è in contrasto con l'art. 5§5 CEDU**, posto che **l'indennizzo**, come previsto dalla fonte sopranazionale citata, **spetta soltanto a chi sia stato "vittima"** di una detenzione in violazione dell'art. 5 cit. (sez. 4, n. 35689/2009, *Farris*, Rv. 245311, in cui la Corte, nell'affermare il principio, ha altresì rilevato che una diversa interpretazione della norma internazionale finirebbe per contraddire il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione e comportare una violazione dell'art. 2 Cost.; sez. 4, n. 6903/2021, *Nasone*, Rv. 280929). La stessa CEDU ha, peraltro, affermato che la valutazione, effettuata nell'ambito di un procedimento relativo alla richiesta di riparazione per ingiusta custodia cautelare, del contributo che la persona prosciolta ha dato alla nascita di indizi nei suoi confronti, non collide con la presunzione di innocenza, vertendo su un oggetto diverso dalla responsabilità penale della persona, principi più volte affermati dalla nostra giurisprudenza per giustificare il comportamento ostativo (CEDU, *Lorenzetti c. Italia*, 10 aprile 2012).

Il tema dello scrutinio della ricorrenza di un comportamento ostativo all'insorgenza del diritto azionato segna, peraltro, una **marcata distinzione tra le due ipotesi** di detenzione ingiusta. La sua operatività, infatti, nel caso di ingiustizia per illegittimità del titolo, non può concretamente esplicitarsi allorquando l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura avvenga sulla base dei medesimi elementi trasmessi al giudice che ha reso il provvedimento cautelare e solo in ragione di una loro diversa valutazione (Sez. U, n. 32383/2010, *D'Ambrosio*, Rv. 247663, cit.; conf. sez. 4 n. 8021/2014, *Gennusa*, Rv. 258621; n. 25223/2014, *Ministero dell'economia e delle finanze*, Rv. 259207, in cui si è operata la netta distinzione tra annullamento della misura per insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità e revoca di essa per il venir meno, anche per fatti sopravvenuti, dei presupposti legittimanti la sua adozione). Proprio argomentando dalle citate Sez. U, *D'Ambrosio*, del 2010, si è peraltro evidenziato che, in tali casi, non può attribuirsi alla condotta del soggetto alcuna efficienza causale nel «determinismo dell'evento» (l'intervento cautelare), con conseguente impossibilità di considerarla anche ai fini della riduzione del *quantum* [sez. 4, n. 43097/2022, *Befi*, n.m., in cui si è dato atto dei due opposti orientamenti, l'uno in realtà più risalente, per il quale, nel caso di ingiustizia formale, qualora l'accertamento della insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura avvenga sulla base di una diversa valutazione dei medesimi elementi trasmessi al giudice della cautela, il giudice della riparazione è comunque tenuto a valutare – al diverso fine della eventuale riduzione dell'entità dell'indennizzo – anche la condotta colposa lieve (rinvenibile in sez. 4, n. 34541/2016, *Ministero Economia e Finanze*, Rv. 267506 e asseverato da sez. 3 n. 41600//2021, *Macrì*, solo mediante un rinvio al precedente); l'altro consolidato rinvenibile in alcune recenti decisioni, per il quale il giudice della riparazione non può valutare la condotta colposa (lieve) neppure al diverso fine della eventuale riduzione dell'entità dell'indennizzo trattandosi di condotta priva di efficienza causale circa l'intervento dell'autorità (sez. 4, n. 5457/2019, *Raso*, Rv. 275021, che esplicita la sottesa *ratio* individuandola nell'assenza di efficienza causale; n. 22103/2019, *Longo*, Rv. 276091; n. 54042/2018, *Longordo*, Rv. 274765; n. 22806/2018, *Morante*, Rv. 272993).

Ove l'ingiustizia sia correlata alla **diversa qualificazione**, in sede di merito, del fatto di reato i cui limiti edittali di pena non avrebbero consentito l'applicazione della misura custodiale, poi, la condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'indennizzo, integrata dall'aver dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare per dolo o colpa grave, non opera se l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura avvenga sulla base dei medesimi elementi trasmessi al giudice che ha adottato il provvedimento cautelare, in quanto in tal caso la condotta dolosa o colposa dell'imputato è priva di efficienza causale in ordine all'emissione della misura (sez. 4, n. 16175/2021, *Bosio*, Rv. 281038).

Proprio con riferimento alla **derubricazione del titolo di reato**, si è precisato che, nonostante sia configurabile il diritto alla riparazione nel caso in cui l'ingiustizia della detenzione sia correlata alla riqualificazione del fatto in sede di merito, con relativa derubricazione del reato contestato nell'incidente cautelare in altro meno grave – i cui limiti edittali di pena non avrebbero consentito l'applicazione della misura custodiale – e conseguente dichiarazione di prescrizione, rileva comunque – quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione – la circostanza di avere dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare per dolo o colpa grave, precisandosi che la sua operatività non può concretamente esplicarsi nel caso in cui l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura avvenga sulla base dei medesimi elementi trasmessi al giudice che ha adottato il provvedimento cautelare, in quanto anche in tal caso è preclusa la possibilità di valutare l'incidenza della condotta dolosa o colposa dell'imputato, **essendo stato il giudice nelle condizioni di negare o revocare la misura, sicché nessuna efficienza causale in ordine alla sua determinazione può attribuirsi al comportamento del soggetto passivo** (sez. 4 n. 13559/2011, dep. 2012, *Borselli*, Rv. 253319; n. 26261/2017, *Ministero Economia Finanze*, Rv. 270099).

La individuazione di connotati tendenzialmente certi per definire il comportamento ostativo resta uno dei temi nevralgici e rispetto ad esso potrebbe riscontrarsi qualche oscillazione negli orientamenti del giudice di legittimità. Alcune di queste situazioni, in realtà, possono ritenersi puntualmente definite e gli orientamenti sufficientemente consolidati ed è forse l'applicazione concreta a restituire un'idea di apparente contraddittorietà delle risposte che può spiegarsi alla stregua della peculiarità dei singoli casi osservati. Ciò vale per la il comportamento ostativo che si traduca in un atteggiamento di **connivenza passiva** quando, alternativamente, esso: 1) sia indice del venir meno di elementari doveri di solidarietà sociale per impedire il verificarsi di gravi danni alle persone o alle cose; 2) si concretizzi non già in un mero comportamento passivo dell'agente riguardo alla consumazione del reato ma nel tollerare che tale reato sia consumato, sempreché l'agente sia in grado di impedire la consumazione o la prosecuzione dell'attività criminosa in ragione della sua posizione di garanzia; 3) risulti aver oggettivamente rafforzato la volontà criminosa dell'agente, benché il connivente non intendesse perseguire tale effetto e vi sia la prova positiva che egli fosse a conoscenza dell'attività criminosa dell'agente (sez. 4, n. 15745/2015, *Di Spirito*, Rv. 263139; n. 4113/2021, *Sanyang*, Rv. 280391).

Allo stesso modo, può dirsi consolidato in giurisprudenza il principio per il quale la condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'indennizzo, rappresentata dall'aver il richiedente dato causa all'ingiusta carcerazione, può essere integrata anche da comportamenti quali le **frequentazioni ambigue** con i soggetti condannati nel medesimo procedimento, purché il giudice della riparazione fornisca adeguata motivazione della loro oggettiva idoneità ad essere interpretate come indizi di complicità, in rapporto al tipo e alla qualità dei collegamenti con tali persone, così da essere poste quanto meno in una relazione di causalità con il

provvedimento restrittivo adottato (sez. 4, n. 53361/2018, *Puro*, Rv. 274498). Proprio con riferimento alle frequentazioni ambigue, tema che costituisce oggetto di ricorso soprattutto in materia di criminalità organizzata, si è precisato che ove esse avvengano con soggetti condannati nel medesimo procedimento possono integrare un comportamento gravemente colposo, ostativo al riconoscimento del diritto all'indennizzo, anche nel caso in cui intervengano con persone legate da rapporto di parentela, purché siano accompagnate dalla consapevolezza che trattasi di soggetti coinvolti in traffici illeciti e non siano

La condizione negativa di cui parliamo **prospetta**, a ben vedere, alcune **tensioni** con facoltà processuali: il riconoscimento del diritto di difesa, il diritto di tacere, di non rispondere, di non collaborare, il diritto al mendacio, la rilevanza delle eventuali contraddizioni nelle dichiarazioni, dei ritardi nell'allegazione di circostanze a favore, del mancato esercizio di facoltà difensive in genere.

È il caso dell'esercizio, in sede di interrogatorio, della **facoltà di non rispondere**, diretta estrinsecazione del diritto di difesa: intanto, deve premettersi che l'art. 4, c. 1, lett. b), d.lgs. 8/11/2021, n. 188 ha aggiunto al primo comma dell'art. 314 c.p.p. un ulteriore periodo (« *L'esercizio da parte dell'imputato della facoltà di cui all'articolo 64, comma 3, lettera b), non incide sul diritto alla riparazione di cui al primo periodo*»). In pronunce successive a tale modifica, si è già affermato che il silenzio serbato dall'indagato su elementi di indagine significativi, nell'esercizio della facoltà prevista dall'art. 64, comma 3, lett. b), c.p.p. non rileva quale comportamento ostativo alla insorgenza del diritto alla riparazione (sez. 4, n. 8615/2022, *Z.*, Rv. 283017; n. 8616/2022, n.m.; n. 19621/2022, *L.*, Rv. 283241; n. 37200/2022, *G.*, Rv. 283557). Si tratta di un netto superamento, anche per i procedimenti in corso, del consolidato orientamento, che considerava il silenzio rilevante nell'accertamento della sussistenza della condizione ostativa, riconoscendosi un onere dell'interessato di riferire circostanze che avrebbero indotto l'Autorità Giudiziaria ad attribuire un diverso significato agli elementi posti a base del titolo custodiale (tra le molte, sez. 4, n. 24439/2018, *Stamatopoulou*, Rv. 273744). L'intervento legislativo sulla norma in esame ha posto l'interprete di fronte al problema della perdurante coerenza di quella lettura con la *ratio* della novella e con lo strumento sovranazionale al quale il legislatore ha inteso adeguare l'istituto in esame [la Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (considerato n. 10 e n. 24 della Direttiva)]. A fronte di una norma originariamente silente sui connotati del comportamento ostativo, infatti, il legislatore è intervenuto eliminando dall'alveo del rilevante proprio il silenzio serbato dall'imputato che la giurisprudenza aveva valorizzato, sia pur a certe condizioni. La categoria della colpa rilevante, dunque, è rimasta profondamente incisa dall'intervento legislativo. Di qui, la necessità di riconsiderare il precedente orientamento ermeneutico, sì da renderlo coerente con la *ratio* ispiratrice dello strumento sovranazionale recepito dalla modifica legislativa.

Nonostante il *revirement* giurisprudenziale, il **mendacio dell'indagato** in sede di interrogatorio, ove causalmente rilevante sulla determinazione cautelare, continua però a conservare rilievo ai fini della verifica dell'eventuale condotta ostativa al riconoscimento del diritto alla riparazione, posto che la falsa prospettazione di situazioni, fatti o comportamenti non è condotta assimilabile al silenzio serbato nell'esercizio della facoltà difensiva prevista dall'art. 64, comma 3, lett. b) cod. proc. pen. (sez. 4, n. 3755/2022, *Pacifico*, Rv. 282581; n. 51333/2018, *C.*, Rv. 274005; n. 44029/2022, *Toumadi*, n.m.). Anche il mendacio è espressione del diritto di difesa e costituisce una condotta volontaria fortemente equivoca, che però va al di là del mero silenzio e può avvalorare gli indizi su cui si fonda la misura cautelare qualora investa elementi di indagine significativi e,

quindi, può assumere rilievo ai fini dell'accertamento del dolo o della colpa grave, ostativi alla riparazione (sez. 4, n. 36478/2020, *Gallo Giuseppe*, Rv. 280082).

Quanto, poi, alle vicende relative alla **esecuzione della pena**, secondo un orientamento a lungo consolidato, il diritto alla riparazione è stato escluso nel caso in cui la mancata corrispondenza tra pena inflitta e pena eseguita è stata determinata da **vicende successive alla condanna**, connesse cioè all'esecuzione della pena (sez. 4, n. 40949/2015, *D'Agui*, Rv. 264708; n. 50453/2019, *Pancheva*, Rv. 277905) o alla determinazione della pena eseguibile (sez. 4, n. 3382/2016, dep. 2017, *Riva*, Rv. 268958, in fattispecie in cui la pena inflitta al ricorrente era stata ridotta in sede esecutiva, in conseguenza della dichiarazione di incostituzionalità della disciplina sugli stupefacenti ad opera della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale; sez. 4, n. 15237/2018, *Cassotta*, Rv. 272474, in analoga fattispecie).

Tuttavia, si sta consolidando l'**opposto principio** per il quale il diritto alla riparazione è, invece, configurabile **anche** ove l'ingiusta detenzione patita derivi da vicende successive alla condanna, connesse alla esecuzione della pena, **purché sussista un errore dell'autorità procedente e non ricorra un comportamento doloso** o gravemente colposo dell'interessato che sia stato **concausa** dell'errore o del ritardo nell'emissione del nuovo ordine di esecuzione recante la corretta data del fine dell'espiazione della pena (sez. 4, n. 57203/2017, *Paraschiva*, Rv. 271689; n. 17118/2021, *Marinkovic*, in cui, in fattispecie di esecuzione delle pene applicate con due sentenze di patteggiamento, per gli stessi fatti, e di successivo accoglimento dell'istanza proposta al giudice dell'esecuzione di revoca della sentenza che aveva applicato la pena più grave, la Corte ha ritenuto ingiusto e non addebitabile all'imputato il periodo di detenzione subita dopo la presentazione di tale istanza; n. 47993/2016, *Pittau*, Rv. 268617, in cui il ricorrente era stato scarcerato con oltre un mese di ritardo per la tardiva comunicazione al collegio procedente per la rideterminazione della pena dell'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza che aveva concesso quarantacinque giorni di riduzione della pena per liberazione anticipata).

Si è, poi, ritenuto che la tardiva esecuzione dell'ordine di scarcerazione disposta per liberazione anticipata determina l'ingiustizia della detenzione sofferta fino alla concreta liberazione del detenuto e, pertanto, costituisce titolo per la domanda di riparazione (sez. 4, n. 18542/2014, *Truzzi*, Rv. 259210, in cui il ricorrente era stato scarcerato con **cinque giorni di ritardo** per "disguidi vari" dell'ufficio requirente competente all'emissione dell'ordine di scarcerazione), coerentemente ai principi più volte affermati dai giudici di Strasburgo (CEDU, *Seferovic c. Italia* n. 12921/04, 8/2/2011; CEDU *Hokic e Hrustic c. Italia*, n. 3449/05 del 1.12.2009, in relazione però a un centro di permanenza temporaneo). Anche l'esecuzione di un ordine di carcerazione originariamente legittimo, ma relativo ad una **pena estintasi**, in ragione del lungo arco temporale intercorso tra l'emissione del titolo e la sua esecuzione, determina l'ingiustizia della detenzione sofferta e, dunque, la configurabilità del diritto all'equa riparazione (sez. 4, n. 5917/2019, *Sabatini*, Rv. 275123; n. 45247/2015, *Myteveli*, Rv. 264895).

A ben vedere, sembra farsi strada dunque un orientamento che dà rilievo al disallineamento tra la pena riportata nel giudicato e la sua eseguibilità che si verifica senza un comportamento gravemente colposo dell'interessato, anche solo concorrente, come ha efficacemente ricordato la Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 219/2008 a proposito della condizione di chi ha patito una detenzione preventiva che soverchi la pena.

6. IL FONDAMENTO CONVENZIONALE DELL'INGIUSTIZIA FORMALE – I PUNTI DI CRISI CON IL SISTEMA CONVENZIONALE – PROFILI DI DEFICIT DI TUTELA

In linea generale, secondo il diritto convenzionale, la riparazione spetta **in tutti i casi in cui una detenzione, pur conforme al diritto nazionale, sia contraria alle previsioni di cui ai §§ 1, 2, 3 o 4 dell'art. 5 CEDU** (CEDU, 12 febbraio 2009, *Nolan e C. c. Russia*; 18 gennaio 2007, *Chitayev c. Russia*). Rilevano, quindi, non solo le ipotesi di **detenzione senza base legale** (art. 5§1), ma anche le **privazioni** della libertà personale **non rispettose delle c.d. garanzie di contesto** (il diritto all'informazione; la ragionevole durata della detenzione; l'immediato contatto con l'autorità giudiziaria; il ricorso ad un tribunale, CEDU, 29 novembre 1988, *Brogan e altri c. Regno Unito*).

Per procedere anche solo a un tentativo di confronto tra i due sistemi, quello nazionale e quello sovranazionale, e per comprendere le ragioni di alcune condanne del nostro Paese, dobbiamo tener presenti le premesse dalle quali muovono i giudici di Strasburgo nella interpretazione autentica *case-by-case* della Convenzione che è loro riservata: l'art. 5, § 1 (per il quale nessuno può essere privato della libertà personale se non nei casi e con le modalità previste dalla legge) richiede che ogni privazione della libertà personale non sia mai arbitraria e, nonostante la Corte EDU non abbia mai elaborato una definizione generale di ciò che può essere considerato privazione arbitraria della libertà da parte di uno Stato membro, i principi elaborati sulla base della casistica consentono di ricavare tale nozione. Come ricordato assai recentemente dalla stessa Corte europea, la privazione della libertà può considerarsi arbitraria se, **nonostante il rispetto formale della legge interna**, vi sia stato un elemento di malafede o di inganno da parte delle autorità o se le autorità nazionali abbiano trascurato ogni sforzo per applicare correttamente la legislazione pertinente (CEDU, in *Rimšēvičs c. Lettonia*, del 22 novembre 2022, in cui si richiama *S., V. e A. c. Danimarca* [GC], del 22 ottobre 2018). Il citato parametro convenzionale sancisce un diritto fondamentale, la protezione dell'individuo da qualsiasi lesione arbitraria dello Stato al suo diritto alla libertà e contiene un elenco tassativo delle ragioni e dei casi per i quali esso può essere compresso. A tal fine, tuttavia, occorre tener presente che, se pur è vero che la Convenzione rinvia al diritto interno, dobbiamo considerare però che la Corte EDU ammonisce costantemente sull'obbligo di una sua applicazione conforme allo scopo dell'articolo 5: quello cioè di proteggere l'individuo dall'arbitrarietà. Ciò chiama direttamente in causa, da un lato, la **qualità della legge**, che deve essere compatibile con la preminenza del diritto fondamentale di che trattasi, nozione insita in tutti gli articoli della Convenzione; dall'altro, il principio generale della **certezza del diritto**, per il quale ogni legge deve essere sufficientemente precisa onde consentire al cittadino di prevedere ragionevolmente le conseguenze che possono derivare da un determinato atto (CEDU [GC] *Klahifia e altri c. Italia* del 15 dicembre 2016 che richiama, tra le altre pronunce, *Giulia Manzoni v. Italy*, 1 July 1997 e *Labita v. Italy* [GC]) e *Del Río Prada c. Spagna* [GC], CEDU 2013).

Fatta tale premessa, i **punti di crisi** tra i due sistemi a confronto possono a ben vedere essere esaminati muovendo da alcune direttrici generali riguardanti, da un lato, i **presupposti di applicabilità** della riparazione e le **condizioni di esistenza** del diritto; dall'altro, un aspetto del quale non vi è il tempo di occuparsi in questa e che riguarda il **procedimento** per il riconoscimento del diritto che peraltro coinvolge il diverso parametro del *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU.

Sul primo piano, si pone astrattamente la **prima pronuncia** adottata dalla **CEDU nei confronti dell'Italia sull'art. 5 CEDU**, che si colloca in un contesto storico assai diverso, nel quale non era neppure ben delineato lo

stesso ruolo della CEDU e la portata e gli effetti delle sue pronunce sul piano ordinamentale interno e, all'epoca dei fatti, non esisteva ancora nessun rimedio interno, dal momento che gli artt. 314 e 315 c.p.p. sono stati introdotti soltanto con l'entrata in vigore, il 24 ottobre 1989, del nuovo codice di procedura penale (CEDU, *Ciulla c. Italia* del 25/10/2005, n. 11152/84, del 22 febbraio 1989 - riscontrata violazione dell'art. 5 § 1 e § 5 CEDU - illegittima misura privativa della libertà personale - mancata previsione di un rimedio interno).

Le successive pronunce riguardano, invece, il diverso scenario del codice di procedura penale entrato in vigore nel 1989 e la CEDU (*N.C. c. Italia* [GC] n. 24952/94, del 18 dicembre 2002) ha riconosciuto che l'articolo 314 del codice di procedura penale italiano **garantiva al ricorrente, con un grado di sufficiente certezza, un diritto alla riparazione** in conseguenza della custodia cautelare che egli aveva subito; **non** ha ravvisato da parte dell'Italia alcuna **violazione** dell'art. 5 §§ 1 e 5 CEDU in relazione alla **durata della detenzione** del ricorrente in attesa dell'extradizione (affermando che la detenzione del ricorrente era giustificata alla luce dell'art. 5, par. 1 lett. f) che fa riferimento espresso alla procedura estradizionale; che la decisione assunta dal Ministro della Giustizia di ritirare il provvedimento di estradizione, stante la sua incompatibilità con lo *status* di rifugiato, non poteva essere paragonata ad un ordine di liberazione immediata (*Bogdanovski c. Italia*, n. 721777/01, del 14 dicembre 2006).

Sul piano delle condizioni di esistenza del diritto, invece, l'Italia è stata condannata più volte, per **carenza di un sufficiente grado di certezza** sulle forme di riparazione [in *Picaro c. Italia* (n. 42644/02, del 9 giugno 2005), la CEDU; in *Pilla c. Italia* (n. 64088/00, del 2 marzo 2006), con riferimento al ritardato conteggio dell'indulto, le cui condizioni non vanno apprezzate discrezionalmente, essendo descritte dalla legge; nelle ipotesi di **detenzione amministrativa arbitraria**, per la mancata previsione di una forma di riparazione, in CEDU, 6 ottobre 2016, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, con riferimento al **trattenimento** presso un **centro di identificazione ed espulsione**; CEDU, 8 febbraio 2011, *Seferovic c. Italia*; CEDU, 1 dicembre 2009, *Hokic e Hrustic c. Italia*, in relazione ad un **centro di permanenza temporaneo**; CEDU, 4 agosto 2005, *Zeciri c. Italia*, con riguardo al **trattenimento** di un soggetto in un **centro di accoglienza temporanea in attesa di espulsione**); con riferimento alla **proroga delle indagini** e alla **presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari**, di cui all'art. 275 c. 3, cod. proc. pen., in *Labita c. Italia*, del 6 aprile 2000 (resa tuttavia con riferimento a una giurisprudenza interna poi superata sulla gravità indiziaria sorretta dalla sola chiamata di correità), in cui si è ritenuto che la custodia cautelare protratta per due anni e sette mesi nei confronti di un soggetto raggiunto esclusivamente dalle dichiarazioni *de relato* di un collaboratore di giustizia violava l'art. 5 § 3 della Convenzione, affermando il principio per il quale sarebbe necessaria una costante corrispondenza tra le valutazioni relative allo *status libertatis* e la probabilità di condanna che emerge dalla dinamica dell'acquisizione probatoria; in mancanza di una tale corrispondenza, la **durata** della custodia cautelare potrà essere considerata **irragionevole anche qualora non siano stati oltrepassati i termini massimi** previsti dalla normativa nazionale; in un caso di **ritardato riconoscimento** del beneficio della **liberazione anticipata** ai sensi dell'art. 54 legge n. 354/1975, fondato su un errore materiale contenuto nel certificato del casellario giudiziale, in *Antonio Messina c. Italia*, del 24 marzo 2015, in cui la Corte di Strasburgo ha precisato che, nonostante l'articolo 5 § 1 lett. a) della Convenzione non sancisca, in quanto tale, il diritto del condannato a beneficiare di una amnistia o di una liberazione anticipata o definitiva, tuttavia, potrebbe essere diversa la situazione in cui giudici nazionali non hanno discrezionalità nell'applicazione di un beneficio a chi soddisfi le condizioni di legge per goderne e, nella specie, il periodo di pena superiore a quella che il ricorrente doveva scontare secondo il sistema giuridico nazionale non poteva considerarsi detenzione regolare.

7. CONCLUSIONI

Se proviamo a tirare le somme dall'*excursus* che precede, certamente incompleto, possiamo registrare un tendenziale, progressivo allineamento ai principi di matrice convenzionale quanto alle vicende che riguardano la fase della esecuzione della pena, sebbene un intervento legislativo sulla norma di cui all'art. 314 cod. proc. pen. potrebbe introdurre una distinzione tra le ipotesi di detenzione cautelare ingiusta e quelle che riguardano la fase della esecuzione, soprattutto con riferimento ai casi di difformità non tra pena e cautela ma tra pena eseguibile ed eseguita.

Vi è poi una sostanziale tenuta delle posizioni quanto alle situazioni indennizzabili in caso di detenzione cautelare illegittima e ai tempi del procedimento decisionale sulle istanze di scarcerazione.

Abbiamo visto che nello schema generale approntato dal legislatore sono andate a inserirsi numerose "riscritture" della **Corte costituzionale** e il momento di svolta può forse essere individuato nella sentenza costituzionale n. **219/2008**. Il giudice delle leggi, nel ribadire che il fondamento della riparazione non risiede solo nell'art. 24 Cost., ma anche negli artt. 2 e 13 Cost., ha ritenuto **costituzionalmente doveroso il ristoro indennitario per il fatto obiettivo e incolpevole del pregiudizio arrecato all'imputato da un provvedimento restrittivo della libertà illegittimo e/o ingiusto ex ante o ex post**. Ha, però, precisato che l'inviolabilità della libertà personale implica la necessità che legislatore e interprete si orientino verso il **riconoscimento del più efficace degli strumenti di tutela** a disposizione per fornire ristoro alla lesione del diritto. Ciò ha certamente determinato quella sorta di forza espansiva del diritto alla riparazione, di cui ho già parlato: l'art. 314 c.p.p., dettando la disciplina attuativa della disposizione di principio dell'art. 24 Cost., ha configurato un istituto che si presta, quanto alle modalità applicative, ad essere esteso ad ogni ulteriore ipotesi che si rilevasse costituzionalmente imposta. Eppure, è significativo come il legislatore, dal 1988 in avanti, abbia dedicato scarsa attenzione all'istituto, intervenendo solo con la legge n. 479 del 1999, c.d. legge Carotti, che ha sostituito il comma 1 dell'art. 315 cod. proc. pen. («La domanda di riparazione deve essere proposta, a pena di inammissibilità, entro due anni dal giorno in cui la sentenza di proscioglimento o di condanna è divenuta irrevocabile, la sentenza di non luogo a procedere è divenuta inoppugnabile o è stata effettuata la notificazione del provvedimento di archiviazione **alla persona nei cui confronti è stato pronunciato a norma del comma 3 dell'articolo 314**»). Neppure le modifiche che hanno riguardato l'esercizio del potere cautelare hanno inciso sulle norme di cui agli artt. 314 e 315 cod. proc. pen.: la **legge n. 47 dell'aprile 2015** ha rimodulato tale esercizio, restringendo le ipotesi che consentono l'applicazione della custodia cautelare in carcere, ma non ha modificato l'art. 314 cod. proc. pen.; la **riforma "Orlando"** si è limitata, nel c. 37 dell'art. 1 della l. 23.6.2017 n. 103, a prevedere che la relazione governativa annuale sulle statistiche relative all'applicazione della misure cautelari debba includere una parte dedicata anche ai dati relativi alle sentenze di riconoscimento della riparazione per ingiusta detenzione, senza incidere sui presupposti del diritto che appaiono ancora quelli delineati nel 1988. L'unica importante modifica è quella recente che riguarda, come abbiamo visto, l'intervento di cui al d.lgs. n. 188 del 8/11/2021, in vigore dal 14 dicembre 2021 che ha espressamente negato rilevanza al silenzio ai fini della verifica della sussistenza di un comportamento ostativo dell'interessato.

Considerata la breve vita dell'istituto, dunque, può dirsi che tanta strada è stata fatta, ma che altrettanta resta da fare. Siamo sicuramente molto lontani dalla concezione assistenziale del codice di procedura penale del 1930 che aveva spinto l'allora Guardasigilli Rocco ad affermare che il compenso pecuniario privo di una

giustificazione nello stato di bisogno avrebbe assunto «il carattere odioso d'una speculazione economica», in quanto nessuna vittima d'errore giudiziario, che non si trovasse in bisogno, si degnerebbe di chiedere allo Stato un compenso per una sventura casuale.

Eppure, nonostante l'abisso culturale che ci separa da quel sentire, restano ancora **fuori dal cono di operatività dell'istituto** numerose situazioni nelle quali è difficile negare che vi sia stata una effettiva compressione della libertà personale, illegittima o ingiusta, come tale in contrasto con i §§ 1, 2, 3 e 4 dell'art. 5 CEDU.

Dobbiamo interrogarci più attentamente sui possibili rimedi.

I piani sui quali le violazioni vengono più frequentemente ravvisate sono proprio quelli che riguardano i tempi della decisione e i riflessi sui tempi della custodia, come i richiami sopra fatti hanno messo in evidenza; ma anche la rilevanza del **comportamento ostativo nei casi di ingiustizia c.d. formale**. A quest'ultimo proposito, nel caso *Pedroso c. Portogallo* del 12/6/2018, la Corte EDU ha ribadito la necessità della previsione di uno strumento riparatore **in tutti i casi di detenzione illegittima** (nella specie, il ricorrente era stato arrestato e il titolo revocato per insussistenza della gravità indiziaria; l'accusa aveva rinunciato a esercitare l'azione penale, ma i giudici di secondo grado, ribaltando la decisione favorevole di quelli di prima istanza, avevano negato l'indennizzo sull'assunto che, per aver diritto alla riparazione, non fosse sufficiente l'illegittimità della detenzione cautelare, dovendo la stessa risultare "manifestamente illegittima", ravvisata la *ratio* di tale impostazione nel riconosciuto **potere discrezionale dei giudici nella valutazione sull'applicazione o meno di misure restrittive**). Il caso non riguarda in realtà il riconoscimento di un comportamento dell'interessato ostativo all'insorgenza del diritto azionato, ma la CEDU, pur riconoscendo un margine di discrezionalità in capo allo Stato nella previsione di cause ostative alla riparazione in nome del principio di auto-responsabilità e di solidarietà, ha utilizzato toni perentori nell'affermare che debba essere approntato uno strumento riparatore per tutti i casi di detenzione illegittima. Il che sembra porsi in rotta di collisione con la previsione della rilevanza, pur nei limiti sopra precisati, di un comportamento sorretto da dolo e, soprattutto, da "colpa grave", ostativo all'insorgenza del diritto alla riparazione, nei casi di ingiustizia c.d. formale.

Infine, un terreno sul quale si registrano profili di non coerenza tra sistema nazionale e cornice convenzionale è quello del **divario tra il compendio gravemente indiziario** valutato ai fini della emissione e poi del mantenimento della misura e la **piattaforma probatoria** utilizzata invece dal giudice della cognizione (sulla "qualità" del quadro probatorio raccolto nel corso del processo, si rinvia alla causa *Labita c. Italia* cui sopra ho accennato). Questo aspetto rilancia il tema dell'utilizzo della custodia cautelare quale *extrema ratio*: la base indiziaria che sorregge il titolo cautelare deve essere collegata, in termini prognostici, all'esito dei procedimenti che si svolgeranno nel contraddittorio. Inoltre, la stessa funzione del potere cautelare non può non risentire dei progressivi avanzamenti dell'impalcatura probatoria. Pertanto, solo un uso di essa più oculato, corroborato da un quadro indiziario solido, ma anche da un'attenta valutazione delle esigenze cautelari e della adeguatezza e proporzionalità delle misure potrà contribuire a ridurre quelle persistenti forme di disallineamento del sistema rispetto alla cornice convenzionale e, soprattutto, i costi umani, sociali ed economici che lo strumento cautelare, pur indispensabile, reca con sé.