

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

SOMMARIO: 1. L'ingiusta detenzione come misura riparatoria e riequilibratrice.- 2. Riparazione per ingiusta detenzione e criticità del sistema giustizia.- 3. Poteri di cognizione del giudice e ripartizione degli oneri probatori fra le parti: l'autonomia fra i due procedimenti.- 4. Dolo e colpa grave come condizioni ostative.- 4.1. Ingiustizia formale e ingiustizia sostanziale.- 5. L'iter motivazionale dei provvedimenti del giudice della riparazione.

1. L'ingiusta detenzione come misura riparatoria e riequilibratrice.

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 della riparazione del danno da ingiusta detenzione 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, e valorizzandosi, a favore della diversa configurazione in chiave penalistica, il collegamento genetico esistente fra il procedimento di riparazione rispetto al processo penale. A favore di tale ultima opzione veniva considerato, inoltre, che il procedimento di riparazione per ingiusta detenzione 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 avuto 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), oltre a svolgersi 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 sottolineava la natura solidaristica dell'istituto considerando 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" aggiungendo che "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.

¹ Corte Cost. 16 dicembre 1997, n. 446, in www.cortecostituzionale.it

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 osservando 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": la conseguenza di tale argomentare era che il fatto produttivo del diritto alla riparazione non potesse essere qualificato "illecito o illegittimo"³.

La responsabilità dello Stato per ingiusta detenzione era così configurata come responsabilità da atto lecito e non come responsabilità aquiliana, come strumento per una socializzazione degli oneri derivanti dagli interventi pubblici nell'interesse della collettività, così da evitare che il danno 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 statale 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 lecito⁶.

2 Corte Cost. 16 dicembre 1997, n. 446, cit.

3 Cass. S.U., 13 dicembre 1995, n. 43 in *Dir.pen.e processo*, 1996, 294,741 e nel medesimo senso anche Cass., S.U. 30 ottobre 2008 n. 4187, in *Resp.civ.e prev.* 2009,4,771 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... ma piuttosto sia la giurisprudenza che la dottrina l'anno 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..

4 Così 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, 23 ss..

5 In tal senso Cass. S.U. 26 novembre 1997, n. 14, in CED Cass. rv 202185

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

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 attractiva* 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 definizione della natura del procedimento possono derivare mutevoli implicazioni di carattere pratico-processuale.

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 perseguire⁸. E tale ambiguità non rileva esclusivamente sul piano teorico, ma anche su quello pratico, creando incertezze intorno agli aspetti dell'istituto che risultano privi di una propria 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 procedimento⁹.

2. Riparazione per ingiusta detenzione e criticità del sistema giustizia.

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. Le pronunce assolutorie -precedute, nella fase delle indagini, dall'adozione di

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>” nonchè 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., S.U., 27 giugno 2001, Petrantoni, in Cass. pen., 2002, 75.

⁸ Sul punto, cfr. M. G. COPPETTA, *La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali* Riv. It. dir. e proc.pen. 2017, pag. 1315, fac. 4., 221 ss.;; E. TURCO, *L'equa riparazione*, cit., 14 ss., classifica la riparazione come un *tertium genus* tra risarcimento e indennità.

⁹ Così Cass., Sez. Un., 26 giugno 2002, n. 34559, in Guida dir., 2003, fasc. 47, 61, nonostante la connotazione pubblicistica dell'istituto, avverte che ricorrono « pur sempre anche estremi di carattere civilistico ».

una misura cautelare restrittiva della libertà personale- non possono non evidenziare, almeno ad una prima analisi del fenomeno, un profilo di criticità del sistema sul presupposto della sussistenza di un nesso fra l'esito assolutorio di un giudizio penale e l'idea dell'illegittimità o inutilità della misura cautelare 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. 16 aprile 2015 n. 47 (con le aggiunte successive apportate dalla L. 23 giugno 2017 n. 103) 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 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 di una ripermetrazione dell'ambito applicativo delle medesime misure 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 ¹⁰. Sul tema - considerata la sostanziale assimilabilità degli effetti che si riverberano a causa della cautela personale rispetto a quelli della pena- si è imposta all'attenzione l'opinione 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 ¹¹.

La superiore norma sembra evocare scenari tenebrosi attraverso il riferimento alle azioni disciplinari che potrebbero 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. La stessa sembra, inoltre, 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.

Pur apparendo condivisibile la filosofia di fondo sottostante alla previsione legislativa e pur dovendosi sempre 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, non può trascurarsi di considerare, piuttosto, che “che l'avvio del procedimento

10. 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 processuale penale”* (a cura di G.Spangher) Torino 2017, 169 e ss. 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”*...*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.*

11 In tal senso G.Tabasco, *Principio di proporzionalità e misure cautelari*, Milano, 2017, 1 e ss.

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.)”¹².

Appare, pertanto, 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 ¹³.

Inoltre, non può dimenticarsi 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. 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.

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- 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.

Ciò senza dimenticare che ai valori costituzionali devono aggiungersi i principi desumibili dalle fonti internazionali e convenzionali, dovendosi considerare in particolare 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.

Del resto è proprio a tali fonti convenzionali che il Legislatore risulta essersi ispirato nel conferire la L. 16 febbraio 1987 n. 81 (contenente la delega al Governo per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale), 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.

Anche se 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 delineato nella CEDU (oltre che nel Patto Internazionale dei Diritti Civili e

12 G.CORSO, *Danno da processo penale: profili costituzionali*, in *La vittima del processo*, cit.

13 In tal senso P.SPAGNOLO, *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale*, La legislazione Penale, 2017, fasc.9, 9 novembre 2017.

Politici di New York) in quanto ispirato da 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.

Dal mancato allineamento fra la disciplina contenuta nell'art. 314 c.p.p. 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, più volte, la condanna dell'Italia da parte della Corte Europea¹⁴.

E' incontestabile, comunque, che la soluzione del 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 propria condotta a causare la restrizione, non possa esserne considerato < vittima >" essendo ragionevole che il ristoro assicurato dall'ordinamento sia riconosciuto a chi abbia < patito >, e non concorso a determinare, l'applicazione del provvedimento restrittivo¹⁵. Nessun dubbio, inoltre, sulla compatibilità dell'istituto con le norme della CEDU, dovendosi considerare che un'interpretazione della stessa che riconosca il diritto all'indennizzo anche a quanti hanno concorso a determinare l'adozione di un provvedimento restrittivo della libertà personale finirebbe per contraddire il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione¹⁶.

14 Nella sentenza della Corte EDU Picaro c. Italia, del 9 giugno 2005, è stata ravvisata 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, con altra sentenza della medesima Corte, nel caso Pilla c. Italia (ricorso n. 64088/00) del 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 EDU, nel caso Zeciri c. Italia (ricorso n. 55764/00), del 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 EDU, nel caso Richmond e altri c. Italia (ricorsi n. 3342/11, n. 3391/11; n. 3408/11; n. 3447/11), del 6 ottobre 2016, con cui è stata ravvisata una violazione dell'art. 5 § 1, lett. f e § 5 CEDU per il trattenimento irregolare dei ricorrenti in un Centro di Identificazione ed Espulsione (CIE).

15 Cass. pen., 9 luglio 2009, n. 35689, in CED Cass. rv 245311

16 Sul medesimo tema si rinvia anche a Cass. pen., 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 rappresenta "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".

3. Poteri di cognizione del giudice e ripartizione degli oneri probatori fra le parti: l'autonomia fra i due procedimenti.

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 delinearci 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 ad un diritto soggettivo del singolo, esistente *a priori*, ma ad un mero potere di chiedere l'accertamento delle condizioni di ingiustizia della detenzione subita- si riflette sulla talora problematica individuazione della normativa processuale di volta in volta applicabile, considerata la minima consistenza delle disposizioni dedicate espressamente all'istituto dal legislatore¹⁷.

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 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 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"; 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.

¹⁷ 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.

La cognizione, e successiva valutazione, del giudice rimane comunque *autonoma* rispetto a quella propria effettuata dal giudice penale con 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: la ricostruzione del fatto, sì come effettuata nel processo penale, non potrà non influire sulla valutazione della fondatezza della domanda per ingiusta detenzione anche se la valutazione della medesima condotta umana risulta finalizzata, nei due procedimenti, ad obiettivi diversi e proiettata su non sovrapponibili orizzonti in quanto condizionata da standard probatori diversi, legati nel solo processo penale alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio.

Rimarrà comunque 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 penale¹⁸.

D'altra parte, la diversità del *thema decidendi* fra i due procedimenti - 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 ritenga 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.

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., ponendo sotto una diversa lente di ingrandimento il medesimo fatto su cui si è incentrato il processo penale e dando 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 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

¹⁸ Sul punto Cass. pen., 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'oltre ogni ragionevole dubbio, che caratterizza solo il giudizio di responsabilità penale"

sotto accusa dalla richiesta di parte privata); titolo che, invece, rimane escluso nel giudizio penale non rientrando neppure nel 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 utilizzati¹⁹ e non utilizzabili, ai fini del decidere, nel processo penale in quanto non confluiti nel fascicolo per il dibattimento²⁰, 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 legge²¹.

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 diverse²².

4. Dolo e colpa grave come condizioni ostative

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 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.

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,

19 Sul punto Cass. pen., 15 settembre 2016 n. 41396, in CED Cass. rv n. 268238.

20 Sempre Cass. pen., 15 settembre 2016 n. 41396 cit.

21 Cass. pen., 27 gennaio 2021 n. 6893, in CED Cass. rv 280935

22 In tal senso Cass. pen., 18 giugno 2013, n. 39500 in CED Cass. rv 256764.

secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, una situazione di allarme sociale o un doveroso intervento delle autorità. La colpa grave viene 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 cautelare²³.

Il problema si pone, tuttavia, quando in concreto si debba valutare il peso effettivo di una determinata condotta nella prospettiva della riparazione, 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 misura²⁴.

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, così come definita dagli artt. 2056 e 1227 c.c. - continua ad alimentare dubbi interpretativi e rappresenta insomma il nodo gordiano del contenzioso in esame, punto focale di ogni procedimento.

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, frequentazioni ambigue, o anche una contiguità rispetto a contesti criminali associativi propri di altri soggetti²⁵ a condizione che vi sia la consapevolezza che altri è dedito ad una certa attività costituente reato.

Il problema di individuare un delicato equilibrio fra contrapposte istanze, parimenti rilevanti anche in una prospettiva costituzionalmente orientata, assume maggiore impatto 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 così legittimo domandarsi se non sarebbe opportuno restringere la rilevanza della clausola ostativa, con riferimento a tale fase temporale, alle sole condotte dolose o almeno

23 Sul punto Cass. , S.U., 13 dicembre 1995, n. 43, cit., e, più di recente, anche Cass. 27 gennaio 2021 n. 6893, in CED Cass. rv. 280935 secondo cui "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"

24 Sul punto ancora Cass. , S.U., 13 dicembre 1995, n. 43, cit.

25 A tal proposito si consideri che secondo Cass. 20 ottobre 2020 n. 7956 in CED Cass. rv. 280547 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"

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 ²⁶.

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, dovendo considerarsi 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. 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 ²⁷.

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 c.p.p., 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 ²⁸. 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

26 Sul punto si consideri, tuttavia, che già la Corte Costituzionale con sentenza del 18 novembre 1993.n. 426 in www.cortecostituzionale.it 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".

27 Sulla distinzione fra silenzio e mendacio si veda anche la sentenza delle sezioni unite Nicosia (Cass. S.U. 8.11.2013 n. 51779 in CED CASS. rv 257606) 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".

28 A sostegno di 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. Così 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. Sorregge tale evoluzione interpretativa la necessità di una lettura costituzionalmente orientata della normativa di riferimento e delle fonti internazionali pattizie recepite dal nostro ordinamento.

sentenza definitiva) o la situazione di illegittimità della stessa detenzione (la decisione della Corte di Cassazione sul ricorso avverso l'ordinanza di convalida).

5. L'*iter* motivazionale dei provvedimenti del giudice della riparazione.

L'individuazione delle coordinate normative ed interpretative che reggono l'applicazione della materia costituisce presupposto imprescindibile per la 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. 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 agire. E gli esempi potrebbero continuare.

Ma soprattutto, nel rispetto dell'autonomia fra i due procedimenti, occorre 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.

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 un puntuale richiamo alle 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. Non può sottovalutarsi, insomma, nella geometria del sistema dell'ingiusta riparazione, l'importanza dell'onere della motivazione soprattutto ove si consideri che la stessa appare destinata a valere quale contrappeso rispetto alla particolare ampiezza dei poteri riconosciuti al giudice della riparazione – la cui unica regola di giudizio, quella contenuta nel comma 1 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 traccimi in arbitrio incontrollabile*”²⁹.

29 Cass.10.11.2020, n. 32891 in CED CAss. rv280072LA RIPARAZIONE PER L'INGIUSTA DETENZIONE: PUNTI FERMI E DISORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI