

Svolgimento del processo

1.- Con provvedimento del 2 ottobre 1991 il GIP del Tribunale di Lecce applicava la misura cautelare della custodia in carcere a D'Ambrosio Francesco per il delitto di cui agli artt. 81, 110, 112 n. 1, c.p. e 223, comma 1 e cpv. nn. 1 e 2, legge fallimentare, per avere, in concorso con altri, nella qualità di consigliere di amministrazione della S.p.A. Unione Finanziaria di Gallipoli, cagionato dolosamente il fallimento della Società, scientemente consentendo alle condotte (di distrazione, occultamento, dissimulazione e dissipazione di attività e somme per un ammontare di non meno di lire 13.000.000.000, attraverso operazioni, coperte da artifici e false comunicazioni, di impiego eccedenti i poteri, raccolta di denaro con rilascio di 'certificati di investimento' senza regolarizzazione contabile, con aggravamento del dissesto della Società e astensione dalle iniziative dirette a ottenere la dichiarazione di fallimento della Società) poste in essere da Napoli Antonio, Presidente del Consiglio di Amministrazione e Amministratore Delegato della Società, e tenendo comportamenti dolosi - anche nell'evidenza degli elementi di un irreversibile collasso e di conclamata illiquidità -, consistiti nella consapevole volontaria omissione del corretto esercizio dei poteri di gestione e controllo propri del Consiglio

di Amministrazione, relativi: - alla rilevazione delle fraudolente esposizioni nei bilanci di fatti non rispondenti al vero e delle operazioni di grave rischio ed eccedenti i poteri conferiti compiute dall'Amministratore Delegato; al controllo concernente la realtà e ufficialità contabile corrispondente alla emissione dei 'certificati di investimento' e il rispetto dei limiti numerici e delle condizioni fissate dal Consiglio di Amministrazione per la loro emissione; - ai sollecitandi interventi del Collegio Sindacale.

In data 8 ottobre 1991 veniva concessa al D'Ambrosio la misura degli arresti domiciliari, poi revocatagli con provvedimento del 24 ottobre 1991, per il ritenuto venir meno delle esigenze cautelari.

Il Tribunale di Lecce, sulla richiesta di riesame proposta nell'interesse dell'indagato, con ordinanza del 31 ottobre 1991 dichiarava non luogo a provvedere in conseguenza della intervenuta rimessione in libertà del medesimo.

Tale ordinanza veniva annullata dalla Corte di cassazione con provvedimento del 20 dicembre 1991, nel quale si rilevava il persistente interesse del D'Ambrosio a ottenere, anche in vista della possibilità di chiedere l'equa riparazione per ingiusta detenzione a sensi dell'art. 314, comma 2, c.p.p., la verifica della sussistenza delle condizioni per l'applicabilità della misura custodiale previste dagli artt. 273 e 280 c.p.p.

Decidendo in sede di rinvio, con ordinanza del 13 marzo 1992 il Tribunale di Lecce revocava l'ordinanza applicativa della misura, rilevando che dalle risultanze procedurali non emergevano elementi per ritenere sussistente la gravità indiziaria in ordine all'elemento soggettivo del reato contestato.

2.- Chiamato a rispondere di vari reati commessi nella anzidetta qualità di consigliere di amministrazione della S.p.A. Unione Finanziaria di Gallipoli e collegati al fallimento di tale Società, con sentenza emessa il 27 ottobre 2001 dal Tribunale di Lecce, in esito a giudizio abbreviato, il D'Ambrosio venne assolto con formula ampia da tutti i reati, ad eccezione di quelli, per i quali fu dichiarato colpevole, di cui al capo L (artt. 110 c.p. e 223, comma 1, RD 267/1942, in rif.to all'art. 216, comma 1, n. 1, stesso RD: concesse autorizzazioni di fidejussioni alla Heron Italia S.r.l. per lire 400.000.000 in assenza di verifiche circa le garanzie offerte, di fatto insussistenti, con conseguente distrazione del patrimonio della Società) e al capo P (limitatamente alle operazioni di distrazione contestate) della rubrica (artt. 110, 81, 40 c.p. e 223, comma 1, RD 267/1942, in rif.to all'art. 216, comma 1, n. 1, stesso RD: concorso in false appostazioni nei libri e scritture contabili, in guisa da occultare movimenti, dissesto e perdite).

Su appello dell'imputato, con sentenza del 16 dicembre 2004, divenuta definitiva il 13 marzo 2006, la Corte d'appello di Lecce assolveva il D'Ambrosio dalla imputazione di cui al capo L perché il fatto non costituisce reato e dichiarava la nullità della sentenza del Tribunale con riferimento al reato di cui al capo P (limitatamente alle operazioni di distrazione contestate) perché estraneo alla contestazione.

3.- Con istanza tempestivamente proposta il D'Ambrosio, riepilogando la sua intera vicenda giudiziaria, assumeva spettargli e chiedeva riconoscerlisi il diritto all'equa riparazione per la detenzione subita, ingiusta sia dal punto di vista formale, stanti il rinvio a giudizio per fatti diversi da quelli oggetto della misura custodiale e l'esclusione,

in sede di procedimento cautelare, della sussistenza dei gravi indizi per il reato ascritto, sia dal punto di vista sostanziale, essendo stato completamente assolto da tutte le accuse nel procedimento di cognizione.

Con ordinanza resa in data 12 marzo 2009 la Corte di appello di Lecce rigettava la richiesta di riparazione, ritenendo che:

--- il D'Ambrosio aveva dato causa al provvedimento restrittivo con la condotta gravemente colposa da lui tenuta (come accertata nelle sentenze di merito di primo e secondo grado), consistita nell'aver, quale componente del Consiglio di amministrazione della S.p.A. Unione Finanziaria di Gallipoli, omesso di controllare (con conseguente relazione agli azionisti) che le scritture contabili fossero tenute regolarmente e in conformità alla realtà gestionale, così consentendo a Napoli Antonio e Napoli Sebastiano la falsificazione delle scritture e dei bilanci, per la redazione dei quali ometteva ogni attività di partecipazione e vigilanza;

--- il profilo psicologico della detta condotta, penalmente rilevante solo in presenza di dolo implicante la percezione della situazione base tipica imponente un intervento diretto a impedire l'evento, poteva essere valutato (come in effetti era accaduto) soltanto all'esito delle complesse verifiche istruttorie che avevano portato all'assoluzione da tutti i reati, in parte in primo grado e in parte in appello.

4.- Contro la decisione della Corte d'appello ha proposto ricorso per cassazione l'interessato, deducendo:

1) in via pregiudiziale e preliminare, inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 314 c.p.p., in particolare erronea estensione del

requisito (negativo) del non "aver dato o concorso ad aver dato causa all'ingiusta detenzione per dolo o colpa grave", sancito per l'ipotesi prevista dal primo comma dell'art. 314, anche all'ipotesi prevista dal secondo comma dello stesso articolo, e nullità dell'ordinanza impugnata per omessa motivazione in ordine ad un punto decisivo della causa: per non essersi, sotto il primo profilo, considerato che la condizione negativa dello "aver dato o concorso ad aver dato causa all'ingiusta detenzione per dolo o colpa grave" si applica solo alla fattispecie di cui al primo comma dell'art. 314 c.p.p. e non anche a quella di cui al secondo comma dello stesso articolo, e per non avere l'ordinanza impugnata, sotto il secondo profilo, reso motivazione sull'istanza di equa riparazione con riferimento al titolo, su cui pure si fondava la domanda, di cui alla seconda delle citate fattispecie;

2) inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 314 primo comma c.p.p., in particolare del requisito (negativo) del non "aver dato o concorso ad aver dato causa all'ingiusta detenzione per dolo o colpa grave": per avere la Corte d'appello seguito una interpretazione della condizione (negativa), prevista dal primo comma dell'art. 314 c.p.p., troppo ampia e tale da svuotare il requisito della gravità della colpa e farlo paradossalmente e inaccettabilmente coincidere con quello della gravità indiziaria legittimante di per sé la restrizione cautelare;

3) inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 314 c.p.p., assoluta carenza di motivazione in ordine alla gravità della colpa: per essersi la Corte d'appello limitata a sottolineare la violazione dell'obbligo di controllo su di lui incombente, senza spiegare come e perché tale condotta abbia integrato quella colpa grave che sola può costituire causa

ostativa al diritto alla riparazione, e non tenendo conto dei rilievi sulla levità della negligenza del D'Ambrosio contenuti nella sentenza di assoluzione;

4) inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 314 c.p.p., assoluta carenza di motivazione in ordine al nesso causale tra condotta colposa e provvedimento restrittivo della libertà: per non avere la Corte d'appello motivato in alcun modo sul nesso causale fra la presunta colpa grave e l'emissione del provvedimento restrittivo, essendosi limitata a evidenziare le condotte tenute dal D'Ambrosio come accertate nel procedimento di cognizione (relative peraltro ad addebiti diversi da quelli dell'ordinanza applicativa della misura cautelare), laddove avrebbe dovuto verificare il comportamento da lui tenuto in relazione alla motivazione posta a base della ordinanza custodiale e, sotto tale profilo, considerata la assoluta genericità della detta motivazione, la conclusione non avrebbe potuto essere che nel senso della esclusione di ogni nesso di causalità;

5) inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 314 c.p.p., assoluta carenza di motivazione in ordine alla condotta processuale del ricorrente: per essersi omessa ogni analisi in ordine al comportamento da lui tenuto dopo l'applicazione della misura cautelare, laddove a tanto si sarebbe dovuto provvedere al fine di verificare se sia stato giusto 'mantenere' la misura stessa;

6) inosservanza ed erronea applicazione dell'art. 314 c.p.p. per nullità assoluta dell'ordinanza di custodia cautelare del 2.10.1991: per essersi del tutto ignorata la segnalata nullità dell'ordinanza di custodia cautelare,

siccome recante una imputazione diversa da quella contestata poi nel giudizio di cognizione.

In data 14.12.2009, il P.G. sede chiedeva il rigetto del ricorso con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese del procedimento.

Con ordinanza emessa all'udienza camerale del 12 febbraio 2010 la Quarta sezione di questa Corte, rilevato che, in merito all'operatività (contestata col primo motivo di ricorso) della condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione (consistente nell'aver dato o concorso a dare causa alla misura cautelare per dolo o colpa grave) anche nell'ipotesi di c.d. 'ingiustizia formale' della custodia cautelare, e cioè di illegittimità di quest'ultima accertata con sentenza passata in giudicato, sussisteva un contrasto giurisprudenziale - essendosi, nella decisione n. 6828 del 23 gennaio 2009, optato per la tesi affermativa, in base al principio solidaristico sotteso all'istituto, implicante un dovere di responsabilità in capo a tutti i consociati, e avendo invece la pronuncia n. 28599 del 16 aprile 2009 (richiamante anche la sentenza n. 10985 del 2007) sposato la tesi negativa, sul presupposto dell'autonomia concettuale della ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. -, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite.

La difesa del D'Ambrosio ha depositato memoria, cui è seguita una replica da parte del Ministero dell'Economia e delle Finanze (che ha richiamato in proprio favore alcuni precedenti di questa Corte). Indi il P.G. in sede ha depositato requisitoria scritta (in cui ha reiterato la richiesta di rigetto del ricorso, valorizzando in particolare l'ampliamento

del campo di applicazione della ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p., operato nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità) e la difesa del D'Ambrosio ha prodotto memoria di replica.

Motivi della decisione

5.- L'esigenza, avvertita da tempo in ambito europeo (in particolare dall'epoca illuministica), di lenire il pregiudizio subito da chi fosse rimasto vittima dell'erroneo esercizio, nelle sue componenti più afflittive, della giurisdizione penale cautelare, ha trovato tardiva attuazione nel nostro ordinamento. Contrariamente al parallelo istituto della riparazione dello 'errore giudiziario' *stricto sensu* inteso (in correlazione cioè alla caducazione, in sede di revisione, di un giudicato penale di condanna), che ebbe un suo relativo riconoscimento anche prima della Costituzione repubblicana (v. gli artt. 551-553 del codice di rito del 1913 e l'art. 571 del c.p.p. del 1930) e che ha ricevuto un esplicito riconoscimento in quest'ultima (nell'ultimo comma dell'art. 24), la riparazione per ingiusta detenzione è stata introdotta nel nostro sistema solo con il nuovo codice di procedura penale del 1989, e tanto anche in adeguamento, secondo la precisa prescrizione di cui al comma 1 dell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (recante la delega al Governo per la emanazione del nuovo codice di procedura penale), alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dal nostro Paese e relative ai diritti della persona e al processo penale.

Tali fonti si identificano in particolare nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a

Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia con legge n. 848 del 4 agosto 1955, e nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966 e reso esecutivo in Italia con legge n. 881 del 25 ottobre 1977.

La prima delle citate fonti statuisce, all'art. 5, § 5: "*Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione.*" Le richiamate "*disposizioni*" dell'articolo, che qui interessano, attengono essenzialmente (oltre che al rispetto delle norme interne, cui rinvia implicitamente l'alinea *b* del § 1) alla necessaria sussistenza del quadro indiziario e delle esigenze di cautela (in riferimento ai pericoli di recidivanza e di fuga).

Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York nel 1966, riconosce a sua volta, all'art. 9, § 5, il *diritto a una riparazione a chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali.*

Da notare che l'indeterminata ampiezza di tale previsione è stata delimitata dall'Italia con una riserva apposta all'atto di deposito della ratifica del Patto, nella quale si dichiara d'interpretare l'espressione *arresto o detenzione illegali* "*come riferentesi esclusivamente agli arresti e detenzioni contrarie alle disposizioni del paragrafo 1 del medesimo articolo 9*" (che, nel suo secondo periodo, dispone: "*Nessuno può essere privato della propria libertà, se non per i motivi e secondo la procedura previsti dalla legge.*")

La regolazione che dell'istituto *de quo* è stata introdotta dal nostro legislatore nel codice di rito è, per certi aspetti, più ampia e, per altri, più ristretta dell'ambito ad esso riconosciuto dalle citate fonti internazionali.

Il diritto alla riparazione viene, invero, riconosciuto, in via principale, nel comma 1 dell'art. 314 c.p.p., con riferimento alla ipotesi, non considerata dalle dette fonti, di una custodia cautelare (nozione comprensiva sia della custodia carceraria che di quella domiciliare), la cui ingiustizia (c.d. sostanziale) deriva non da elementi afferenti al momento della sua applicazione, bensì dal semplice dato postumo del definitivo proscioglimento del soggetto con una delle ampie formule *in facto* o *in iure* previste. Il riconoscimento del diritto è esplicitamente subordinato alla condizione della inesistenza di una condotta dolosa o gravemente colposa del soggetto causativa o concausativa della custodia stessa.

Nel secondo comma dell'articolo, lo "stesso diritto" (di cui al primo comma) è riconosciuto, indipendentemente dall'esito finale del processo di merito, a chiunque sia stato sottoposto a custodia cautelare, della cui applicazione sia stata accertata, con decisione irrevocabile, la non conformità alle previsioni di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p. (c.d. ingiustizia formale). Tale disposizione si muove più propriamente nel solco delle previsioni delle citate fonti internazionali, ma contiene, rispetto a queste, due limitazioni: una, inerente al 'titolo' della privazione della libertà (ciroscritto alla custodia cautelare), e l'altra, relativa alla esclusione della rilevanza della violazione delle regole in tema di esigenze cautelari.

Su tale impianto normativo è più volte intervenuta (con sovente richiamo alle citate fonti internazionali), nel senso di ampliare il campo di applicazione dell'istituto riparatorio, la Corte costituzionale (come meglio si vedrà più innanzi: v. § 9).

6.- Fatta questa generale premessa sull'istituto di cui all'art. 314 c.p.p., possiamo ora passare all'esame della questione su cui queste Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi: la quale concerne il **dubbio se la circostanza dell'aver dato o concorso a dare causa alla misura custodiale per dolo o colpa grave operi quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all'equa riparazione per ingiusta detenzione anche nell'ipotesi, di cui al comma 2 dell'art. 314 c.p.p., di riparazione per sottoposizione a custodia cautelare in assenza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p.**

Essa viene sollevata nel primo motivo di ricorso, con il quale il D'Ambrosio, premesso che il Tribunale del riesame di Lecce, con ordinanza emessa in sede di rinvio il 13 marzo 1992 (e divenuta definitiva), ebbe a revocare l'ordinanza applicativa della misura sul rilievo che dalle risultanze procedimentali non emergevano elementi per ritenere sussistente la gravità indiziaria in ordine all'elemento soggettivo del reato contestato, lamenta che la Corte d'appello, operando la verifica della sussistenza della detta condizione ostativa, non ha tenuto conto del fatto che la domanda di equa riparazione era basata anche sull'ipotesi prevista dal secondo comma dell'art. 314 c.p.p., in relazione alla quale era ed è da escludersi, a suo avviso, l'applicabilità della detta condizione.

La Corte d'appello, in effetti, benché nell'istanza proposta dal D'Ambrosio il diritto all'equa riparazione per la detenzione subita fosse stato rivendicato, oltre che per il favorevole esito del processo principale, anche in riferimento all'assenza dei presupposti formali per l'emissione della misura custodiale, è partita dall'assunto della pacifica operatività della condizione ostativa *de qua*, senza fare al riguardo alcuna

distinzione fra l'ipotesi di cui al primo e quella di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p., e ha, quindi, risolto la causa nel senso, sfavorevole all'istante, della sussistenza in concreto della condizione stessa.

Se la tesi del ricorrente fosse esatta, il suo diritto alla riparazione si sarebbe dovuto e si dovrebbe automaticamente riconoscere, senza alcuna verifica sulla sussistenza della detta condizione.

7.- La questione in esame non ha incontrato particolare approfondimento in dottrina.

A fronte dell'indirizzo, nettamente minoritario, che opta per l'inapplicabilità della condizione ostativa alla ipotesi di c.d. ingiustizia formale, sulla base della collocazione della relativa previsione solo all'interno del primo comma dell'art. 314 c.p.p., la maggior parte degli autori ne afferma invece l'efficacia anche con riguardo all'ipotesi in discorso, in base al principio generale di autoresponsabilità della condotta individuale, quale espresso sistematicamente negli artt. 1227 e 2056 c.c., alla cui stregua non può considerarsi soggetto passivo di un pregiudizio colui che avrebbe potuto evitarlo.

Una posizione intermedia ritiene poi, sulla scorta dell'art. 1227 c.c., che nell'ipotesi di ingiustizia formale il fatto colposo del soggetto non determinerebbe una completa esclusione del ristoro, bensì una semplice diminuzione.

8.- Nella giurisprudenza di legittimità il tema qui in esame è stato oggetto di specifica attenzione solo in tempi recenti, e ciò anche a causa del fatto che la maggior parte delle controversie di cui questa Corte è stata investita riguardavano fattispecie rientranti nella previsione di cui al primo comma dell'art. 314 c.p.p.

L'orientamento contrario all'applicabilità della condizione ostativa nella ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. si rinviene in particolare nelle sentenze della Sez. 4 del 14 febbraio 2007, n. 10895, Aligi, Rv. 236201, del 16 aprile 2009, n. 28599, Fortunato, Rv. 244686, e del 29 settembre 2009, n. 38192, Catacchio.

Nella prima delle citate sentenze la Corte, preso atto che il richiedente, originariamente accusato di tentata estorsione, era poi stato prosciolto per mancanza di querela, previa derubricazione del reato a quello di cui all'art. 393 c.p., e ricordato che, ai fini dell'applicabilità del secondo comma dell'art. 314 c.p.p. – cui andava ricondotta la fattispecie di causa -, la “decisione irrevocabile” richiesta dalla norma può essere, oltre che quella emessa in sede cautelare, anche quella di merito, ove dalla stessa risulti in maniera evidente l'insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura, come nel caso, ricorrente nella specie, di derubricazione del reato originariamente contestato ad altro punito con pena edittale non superiore nel massimo a tre anni di reclusione (e insuscettibile, come tale, di essere posto a base di misura custodiale, a sensi dell'art. 280 c.p.p.), rileva (a fronte, si noti, di specifica deduzione dell'Avvocatura dello Stato, richiamante la previsione della condizione ostativa della causa sinergica) che, in tali situazioni, null'altro è *“richiesto a fondare il diritto dell'istante al conseguimento della riparazione”*, così come, parallelamente, in presenza di giudicato cautelare, quest'ultimo è per sé sufficiente a costituire *“il titolo legittimante al riconoscimento di quel diritto”*.

La sentenza n. 28599 del 2009, relativa a una ipotesi in cui, dopo un annullamento senza rinvio del provvedimento cautelare, la Corte di

merito aveva rigettato la domanda ritenendo la sussistenza della condizione ostativa della causa sinergica, rileva che in *“base al senso letterale e logico del disposto ex art. 314 1° e 2° comma C.P.P., deve ritenersi che la condizione ostativa contenuta nel 1° comma dell’art. 314...non sia applicabile all’ipotesi appunto di ingiustizia formale in cui l’illegittimità della custodia sia stata accertata con giudicato cautelare, con la conseguenza che il titolo legittimante il riconoscimento del diritto ex art. 314 2° comma C.P.P. si concretizza unicamente nel provvedimento irrevocabile anzidetto”*.

Nella sentenza n. 38192 del 2009, infine, la Corte, verificata, sulla base di una sentenza assolutoria di merito (che aveva escluso la protrazione del reato in epoca successiva al raggiungimento della maggiore età), l’illegittimità del provvedimento applicativo di misura custodiale emesso nei confronti di un minore per un reato (art. 416 c.p.) che non la consentiva, ha ricondotto la fattispecie nella previsione dell’art. 314 c.p.p., comma 2, concludendo che al riguardo *“non esplica alcun effetto caducante la addotta omessa valutazione sulla sussistenza della condotta dolosa o gravemente colposa dell’istante”*.

Come si vede, l’orientamento contrario all’applicabilità della condizione ostativa nella ipotesi di cui al secondo comma dell’art. 314 c.p.p., quando non è puramente asserito o presupposto, è motivato essenzialmente sulla base di un’interpretazione testuale della citata norma codicistica, alla cui stregua presupposto necessario e sufficiente per il riconoscimento del diritto alla riparazione sarebbe la pronuncia definitiva (di merito o cautelare) che abbia comunque accertato l’insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura cautelare.

E' interessante notare che nelle sentenze n. 10895 del 2007 e n. 38192 del 2009 la Corte, nel ritenere senz'altro sussistente il diritto alla riparazione, in forza del secondo comma dell'art. 314 c.p.p., per l'illegittimità del provvedimento cautelare desunta dalla sentenza di merito, non si è posta in alcun modo il problema della riconoscibilità della illegittimità stessa da parte del GIP nel momento in cui emise il provvedimento.

L'indirizzo opposto a quello testé illustrato è sostenuto, con articolata argomentazione, da Sez. 4, sent. 16 febbraio 2009, n. 6628, Totaro, Rv. 242727, secondo la quale ragioni esegetiche e di razionalità dell'istituto militano a favore dell'operatività della condizione ostativa di cui all'art. 314, comma 1, ult. parte, c.p.p. anche nelle ipotesi c.d. di "ingiustizia formale".

Si osserva, al riguardo, che l'interpretazione della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. ne ha ormai delineato estensivamente l'ambito applicativo, come riferibile sia ai casi oggetto di decisioni definitive favorevoli all'indagato assunte in sede di procedimento cautelare *de libertate*, sia a quelli nei quali l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della custodia cautelare sia stata accertata all'esito del giudizio cognitivo di merito, anche se sulla base di elementi emersi solo nel corso di esso.

Tale orientamento (per il quale vengono in particolare richiamate Cass. Sez. 4 nn. 10983/2007, 36907/2007, 8869/2007, 23896/2008), viene considerato frutto di un approdo interpretativo fondato sulla considerazione che il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione non può trovare ostacolo nella legittimità allo stato degli atti del

provvedimento applicativo della misura, né richiede che la detenzione sia conseguenza di una condotta illecita, ma richiede esclusivamente l'obiettivo ingiustizia della privazione della libertà personale.

Questa conclusione *“ha il suo fondamento nella natura eminentemente solidaristica dell'istituto regolato dall'art. 314 c.p.p. e segg., ben evidenziata, peraltro dal Giudice delle leggi con la sentenza n. 446 del 1997”*, cui fa da naturale *pendant* il temperamento rappresentato dalla esclusione del diritto alla riparazione in tutti i casi in cui l'interessato, per dolo o colpa grave, abbia dato o concorso a dare causa alla custodia cautelare sofferta (c.d. causa sinergica): esclusione, quindi, che non può riguardare soltanto l'ipotesi di cui all'art. 314 c.p.p., comma 1, ma costituisce un vero e proprio limite interno al diritto alla riparazione, operante sempre ed in ogni caso.

Considerato il comune fondamento (evincibile anche dai principi affermati dalla Corte costituzionale) delle due ipotesi di riparazione, distinte solo in riferimento alle ragioni dell'obiettivo ingiustizia della privazione della libertà personale (ravvisabili, nell'ipotesi di cui al comma 1, nella accertata insussistenza di qualsivoglia addebito penale all'imputato in relazione ai fatti per i quali ha sofferto la custodia cautelare, e, nell'ipotesi di cui al comma 2, nell'insussistenza dei presupposti di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p., anche se accertata *ex post* e sulla base di elementi acquisiti in un secondo momento), una distinzione fra le stesse in punto di rilevanza della colpa sinergica, creerebbe, secondo la sentenza in esame, evidenti problemi di compatibilità costituzionale, quanto meno sotto il profilo della ragionevolezza.

Né in contrario potrebbe invocarsi l'interpretazione meramente letterale della norma, facente perno sul rilievo che nell'art. 314, comma 2, c.p.p. non è richiamato pedissequamente l'ultimo inciso del comma 1, posto che tale richiamo è incluso nel riferimento, operato dall'art. 314 c.p.p., comma 2, allo 'stesso diritto', riconosciuto nel comma 1, recante come proprio 'limite interno' l'interferenza causale della condotta tenuta dalla persona sottoposta a misura restrittiva.

9.- Il Collegio ritiene di aderire al secondo degli illustrati indirizzi, per le ragioni e con le precisazioni che seguono.

A favore di tale indirizzo militano argomenti letterali, logici e sistematici.

Anzitutto, deve osservarsi che il diritto in esame è definito, in via diretta ed espressa, solo nel primo comma dell'art. 314 c.p.p., che parla di "diritto a un'equa riparazione per la custodia cautelare subita, qualora [il soggetto] non vi abbia dato o concorso a darvi causa per dolo o colpa grave". Nel secondo comma si dice che "lo stesso diritto spetta".

Se, dunque, il diritto in questione è definito, nelle sue componenti positiva (riparazione per la custodia cautelare subita) e negativa (non aver dato o concorso a dare causa alla custodia per dolo o colpa grave), nel primo comma dell'articolo, è interpretazione del tutto fedele alla lettera della legge quella secondo cui il diritto oggetto del richiamo operato dal secondo comma sia inclusivo di entrambe le dette componenti.

Ma è la *ratio* dell'istituto della riparazione, quale si è espressa e consolidata nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che convince in modo particolare dell'esattezza della tesi qui sostenuta.

Si è sopra accennato al fatto che il raggio d'azione dell'istituto è stato progressivamente ampliato da vari interventi della Corte costituzionale.

In particolare, con la sentenza 25 luglio 1996, n. 310 (richiamata poi dalla sentenza 10 luglio 2003, n. 284, relativa a esecuzione di pena già espiata all'estero), è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 314 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede il diritto all'equa riparazione anche per la detenzione ingiustamente patita a causa di erroneo ordine di esecuzione.

Con la sentenza 16 dicembre del 1997, n. 446 (richiamata dalla sentenza 2 aprile 1999, n. 109) è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 315, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non prevede che il termine per proporre la domanda di riparazione decorre dal giorno in cui è stata effettuata la notificazione del provvedimento di archiviazione, sul presupposto che *“il rimettere ... interamente all'interessato [la cui posizione è stata archiviata dopo la sottoposizione a misura cautelare] l'onere di iniziativa finalizzata alla conoscenza del provvedimento di archiviazione altera profondamente la fisionomia dell'istituto, suona come odioso aggravio della situazione di ingiustizia che si è determinata”*.

Con la sentenza 2 aprile 1999, n. 109, è stata dichiarata sia l'illegittimità costituzionale dell'articolo 314, comma 1, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che chi è stato prosciolto con sentenza irrevocabile perché il fatto non sussiste, per non avere 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 detenzione subita a causa di arresto in flagranza o di fermo di indiziato



di delitto, entro gli stessi limiti stabiliti per la custodia cautelare, sia l'illegittimità costituzionale dell'art. 314, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede che lo stesso diritto nei medesimi limiti spetta al prosciolto per qualsiasi causa o al condannato che nel corso del processo sia stato sottoposto ad arresto in flagranza o a fermo di indiziato di delitto quando, con decisione irrevocabile, siano risultate insussistenti le condizioni per la convalida.

Con sentenza interpretativa del 10 luglio 2003, n. 284 si è affermato che doveva riconoscersi la possibilità di ottenere la riparazione per l'ingiusta detenzione anche in esecuzione di un ordine di carcerazione che inizialmente appariva legittimo e che era stato revocato per fatto (la già avvenuta espiazione della pena all'estero) accertato dopo la sua emissione, giacché *“il riconoscimento del diritto all'equo indennizzo non è precluso dalla legittimità del provvedimento che determina la privazione della libertà personale, né richiede che la detenzione sia conseguenza di una condotta illecita. Ciò che rileva è l'obiettivo ingiustizia di quella privazione che, per la qualità del bene coinvolto, postula una misura riparatoria (sentenza n. 446 del 1997)”*.

Con sentenza interpretativa 16 luglio 2004, n. 230, si è puntualizzato che, ove, con sentenza irrevocabile, si accerti che per il medesimo fatto per il quale è stata disposta la custodia cautelare vi era una preclusione da giudicato, devono ritenersi sussistenti i requisiti cui l'art. 314, comma 2, cod. proc. pen. subordina l'insorgenza del diritto alla riparazione: una decisione irrevocabile che, dichiarando la preclusione derivante da precedente giudicato, implicitamente accerta la illegittimità della misura

cautelare disposta in relazione ad un'azione penale che non poteva essere iniziata o proseguita.

Con sentenza 16 luglio 2004, n. 231, ricordandosi che anche <<la Raccomandazione n. R(86)13 del 16 settembre 1986 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, in tema di applicazione pratica della Convenzione europea di estradizione, [contiene] l'invito agli Stati a "esaminare la propria legislazione, in modo da permettere alle persone detenute senza giustificati motivi ai fini dell'extradizione di esigere un indennizzo, alle stesse condizioni previste per la detenzione provvisoria ingiustificata">>, si è data una interpretazione estensiva dell'art. 314, comma 2, c.p.p., nel senso che nei confronti dei soggetti di cui è richiesta l'extradizione gli estremi dell'ingiusta detenzione dovranno essere **valutati verificando se risulta ex post accertata l'insussistenza delle specifiche condizioni di applicabilità delle misure coercitive**, per tali soggetti individuate a norma del comma 3 dell'art. 714 cod. proc. pen. nelle <<condizioni per una sentenza favorevole all'extradizione>>.

Con sentenza 20 luglio 2008, n. 219, è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 314 del codice di procedura penale, nella parte in cui, nell'ipotesi di detenzione cautelare sofferta, condiziona in ogni caso il diritto all'equa riparazione al proscioglimento nel merito dalle imputazioni, secondo quanto precisato in motivazione (ove si è presa in considerazione l'ipotesi in cui in cui la pena definitivamente inflitta all'imputato, ovvero oggetto di una preclusione processuale che la sottragga a riforma nei successivi gradi di giudizio, risulti inferiore al periodo di custodia cautelare sofferto).

Per giustificare il suo reiterato orientamento 'ampliativo', la Consulta si richiama al fondamento squisitamente solidaristico dell'istituto in esame. Il concetto risulta espresso con particolare evidenza nella sentenza 16 dicembre 1997, n. 446, della Consulta (richiamata sovente negli interventi sopra citati), nella quale si precisa che *"l'esborso a cui lo Stato è tenuto per ingiusta detenzione... si configura non come risarcimento del danno derivante da un fatto illecito ascrivibile ad alcuno a titolo di dolo o di colpa o anche subiettivamente non imputabile, ma come misura riparatoria e riequilibratrice, e in parte compensatrice della ineliminabile componente di alea per la persona, propria della giurisdizione penale cautelare. La riparazione dell'ingiusta detenzione è dunque dotata di un fondamento squisitamente solidaristico: 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."*

Il fondamento giuridico dell'istituto *de quo* viene ravvisato dunque nel rischio funzionale inerente intrinsecamente all'esercizio della giurisdizione penale cautelare, comportante di per sé 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 (a prescindere cioè da qualsiasi profilo di illiceità nella condotta dell'organo che l'abbia causata) ingiusta.

In questa linea si colloca e va letta senza dubbio anche l'interpretazione estensiva che si è affermata nella giurisprudenza di

questa Corte in ordine alla previsione dal secondo comma dell'art. 314 c.p.p.

E' vero che l'ipotesi principale che di questa costituisce oggetto è quella dell'accertamento, con valutazione *ex ante*, della insussistenza originaria delle condizioni ex artt. 273 e 280 c.p.p. per l'adozione o il mantenimento della misura custodiale. Ed è probabilmente con riferimento ad essa che la Relazione al Progetto preliminare del vigente c.p.p. tracciava una distinzione netta tra le due fattispecie oggetto del primo e del secondo comma dell'art. 314 c.p.p.

Senonché l'interpretazione estensiva suddetta (le cui premesse si rinvencono già nella sentenza delle Sezioni Unite del 12 ottobre 1993, n. 20, Durante) ha ricondotto 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.

Di tale evoluzione interpretativa danno autorevolmente atto - citando in proposito Cass., Sez. 1, 10 ottobre 2000, n. 3346/01, Macrì, Rv. 218175-176, nell'ipotesi di carcerazione protratta oltre il termine di durata previsto dalla legge; Sez. 6, 27 maggio 2005, n. 26873, Frediani, Rv. 231918, nel caso di proroga tardiva della misura cautelare; Sez. 4, 6 novembre 2006, n. 42022, Carta, Rv. 235676-677, nel caso di mancanza

della richiesta del Ministro della Giustizia; Sez. 3, 7 maggio 2008, n. 25201, Teodosiu, Rv. 240388, nel caso di difetto del presupposto dell'urgenza per il giudice dichiaratosi territorialmente incompetente - le Sezioni Unite nell'arresto n. 8388 del 22 gennaio 2009, ricollegandola esplicitamente a *“una lettura costituzionalmente orientata della normativa di riferimento e delle fonti internazionali pattizie...recepte dal nostro ordinamento”* e al *“fondamento solidaristico del diritto ad un equo indennizzo per la custodia cautelare ingiustamente subita”*.

Possono qui richiamarsi anche le pronunce di Sez. 1, 9 ottobre 2000, n. 3810, Munnia, Rv. 218167, relativa al periodo intercorso fra la perdita di efficacia della prima misura e l'emissione della seconda, a sensi dell'art. 27 c.p.p.; Sez. 4, 22 gennaio 2007, n. 8869, Rv. 240332, e Sez. 4, 5 giugno 2007, n. 36907, Rv. 237317, relative alla derubricazione – avvenuta in sede di merito per effetto di elementi emersi soltanto nell'istruzione dibattimentale – del reato contestato in altro per il quale non era consentita, in ragione della pena edittale, l'adozione di misura custodiale; Sez. 4, 9 aprile 2008, n. 23896, Rv. 240333, relativa all'ipotesi di misura cautelare applicata in difetto di condizione di procedibilità, la cui necessità sia stata accertata solo all'esito del giudizio di merito.

La surriferita interpretazione estensiva, conforme all'esigenza di riparare all'ingiustizia obiettiva, comunque accertata, della misura restrittiva (in ossequio al principio solidaristico), determina un evidente avvicinamento fra le ipotesi di cui al primo e al secondo comma dell'art. 314 c.p.p., sotto il profilo della possibile comune derivazione della



‘ingiustizia’ della misura da elementi emersi successivamente al momento della sua applicazione.

In tale quadro appare evidente, da un lato, che è riduttivo parlare di ‘ingiustizia formale’ per la ipotesi di cui al secondo comma dell’art. 314 c.p.p. e, dall’altro, che, all’interno di questa, l’accertamento, con valutazione *ex ante*, della insussistenza originaria delle condizioni ex artt. 273 e 280 c.p.p. per l’adozione o il mantenimento della misura custodiale è solo una *species* del *genus* accertamento, comunque avvenuto, della ingiustizia obiettiva costituita da tale insussistenza.

L’elemento della accertata ‘ingiustizia’ della custodia patita, che caratterizza entrambe le ipotesi del diritto alla equa riparazione (diverse solo per le ragioni che integrano l’ingiustizia stessa) ne disvela il comune fondamento e ne impone una comune disciplina quanto alle condizioni che ne legittimano il riconoscimento. Tale ricostruzione, conforme alla logica del principio solidaristico, implica in definitiva l’oggettiva ‘inerenza’ al diritto in questione, in ogni sua estrinsecazione, del limite della non interferenza causale della condotta del soggetto passivo della custodia.

Non può al riguardo non condividersi il rilievo di Cass. n. 6628 del 2009, secondo cui il “*principio solidaristico sotteso all’istituto trova...il suo naturale contemperamento nel dovere di responsabilità che incombe in capo a tutti i consociati, i quali evidentemente non possono invocare benefici tesi a ristorare pregiudizi da essi stessi colposamente o dolosamente cagionati.*” Sul dovere di responsabilità fa leva anche, come si è sopra visto, la conforme posizione della dottrina dominante.

E' opportuno a questo punto osservare che, se i riferiti casi registrati in giurisprudenza riguardano situazioni in cui la insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura custodiale era emersa da elementi cognitivi acquisiti successivamente al procedimento cautelare, analoga emersione *ex post* può verificarsi anche all'interno di tale procedimento, nel quale, com'è noto, è ammessa la produzione, in sede impugnatoria, di nuovi elementi istruttori (cfr. fra le altre, con riferimento al riesame, Cass., Sez. 6, 2 dicembre 1992, Pedicini, Rv. 192766; Sez. 4, 23 marzo 2004, n. 41151, Rv. 231000; Sez. 2, 14 novembre 2007, n. 6816, Rv. 239432; con riferimento all'appello, Sez. 6, 3 novembre 1997, Eliseo; Sez. 3, 13 dicembre 2005, n. 2924/06, Rv. 233264; Sez. 2, 21 dicembre 2006, n. 7225/07, Rv. 235935), con la conseguente possibilità di una decisione basata su un materiale diverso e arricchito rispetto a quello conosciuto dal GIP.

Anche nel caso della insussistenza originaria delle condizioni ex artt. 273 e 280 c.p.p. per l'adozione o il mantenimento della misura custodiale, (tale insussistenza e, con essa) l'obiettivo ingiustizia della detenzione subita può dipendere, dunque, dalla decisiva differenza fra gli elementi posti a disposizione del GIP al momento di applicazione della misura e quelli sulla cui base venga poi accertata la mancanza delle predette condizioni, e in tali ipotesi è, all'evidenza, costituzionalmente inammissibile una interpretazione che escluda l'operatività del limite interno che condiziona il riconoscimento del diritto in favore di chi sia definitivamente assolto nel merito. Opinare diversamente porterebbe difatti all'assurdo di privilegiare il condannato rispetto all'assolto in relazione a situazioni analoghe perché egualmente caratterizzate dalla

esistenza di una decisiva differenza fra gli elementi posti a disposizione del GIP al momento dell'applicazione della misura e quelli, successivamente emersi, sulla cui base viene poi accertata la ingiustizia obiettiva della detenzione.

10.- A sostegno dell'assunto di cui al primo motivo di ricorso il D'Ambrosio richiama (nella memoria del 27 aprile 2010) anche alcune fonti di carattere internazionale, ratificate dall'Italia. Si tratta della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, adottata a Roma il 4 novembre 1950, e del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, già sopra citati, nonché del Protocollo Additivo n. 7 all'anzidetta Convenzione, adottato a Strasburgo il 22 novembre 1984 e reso esecutivo in Italia con legge n. 98 del 9 aprile 1990.

Ad avviso del ricorrente la disposizione dell'art. 5, § 5 della prima delle citate fonti (che recita, come già riferito: "*Ogni persona vittima di arresto o di detenzione in violazione a una delle disposizioni di questo articolo ha diritto ad una riparazione.*") disciplina una fattispecie di 'ingiustizia formale', per la quale non è prevista alcuna condizione ostativa.

Condizione che, invece, è prevista nel menzionato Protocollo Additivo n. 7, che, all'art. 3, relativo al diritto all'indennizzo per l'errore giudiziario *stricto sensu* inteso (annullamento o concessione di grazia dopo una condanna definitiva, in ragione di nuovi elementi o nuove rivelazioni), contempla la condizione ostativa dell'imputabilità totale o parziale alla persona condannata del non aver rivelato in tempo utile gli elementi non conosciuti.

Analoga e significativa dicotomia si registra, secondo il ricorrente, nel Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York nel 1966, che, da un lato, all'art. 9, § 5, riconosce, senza condizioni, il *diritto a una riparazione a chiunque sia stato vittima di arresto o detenzione illegali*, e, dall'altro, all'art. 14, § 6, prevede, per l'indennizzo dell'errore giudiziario in senso stretto, la condizione ostativa dell'imputabilità in tutto o in parte al condannato della mancata scoperta in tempo utile del fatto ignoto.

La rilevanza interpretativa delle fonti citate troverebbe poi specifica base nella previsione, di cui al comma 1 dell'art. 2 della legge 16 febbraio 1987, n. 81 (recante la delega al Governo per la emanazione del nuovo codice di procedura penale), dell'obbligo, per il legislatore delegato, di *“adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale”*.

La riferita obiezione è infondata.

Anche non considerando, infatti, i limiti derivanti, per il Patto di New York, dalla riserva (ricordata sopra sub § 5) apposta dall'Italia all'atto della ratifica, e, per la Convenzione EDU, dall'interpretazione restrittiva data dalla Corte Europea alla disposizione dell'art. 5, nel senso di ritenerla riferibile, in conformità allo scopo della protezione dell'individuo dagli abusi del pubblico potere, alle sole ipotesi (oggetto comunque peraltro, nella disciplina interna - come si chiarirà nel paragrafo seguente -, di un esonero 'di fatto' dall'applicazione della condizione ostativa della causa sinergica) di accertamento, con valutazione *ex ante*, della ingiustizia del provvedimento restrittivo della

libertà, va rilevato, in consonanza con l'opinione già espressa da questa Corte (sent. Sez. 4, 9 luglio 2009, n. 35689, Rv. 245311), che le fonti sopranazionali citate, riconoscendo il diritto all'indennizzo in favore di chi sia stato "vittima" di una detenzione illegale, legittimano comunque una disciplina interna che preveda l'esclusione dal beneficio di chi, avendo contribuito con la sua condotta a causare la restrizione, non possa esserne considerato propriamente "vittima".

Una simile interpretazione concilia pienamente, fra l'altro, le dette fonti con il fondamento solidaristico dell'istituto della riparazione per ingiusta detenzione (e il principio, che ne è alla base, di cui all'art. 2 Cost., seconda parte), alla cui stregua è ragionevole che il ristoro assicurato dall'ordinamento sia riconosciuto a chi abbia "patito", e non concorso a determinare, l'applicazione del provvedimento restrittivo.

11.- Da tutti i rilievi che precedono discende l'infondatezza della tesi che considera normativamente inapplicabile all'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. la condizione ostativa della causa sinergica. Ne risulta infatti sostanzialmente depotenziato l'argomento principale (sviluppato in particolare dal ricorrente nella memoria dell'aprile 2010) su cui essa si fonda, facente leva sulla netta differenza strutturale fra la ipotesi di cui al primo comma dell'art. 314 c.p.p., presupponente la originaria legittimità formale del titolo cautelare e l'accertamento *ex post* della sua ingiustizia *sostanziale* in ragione della riconosciuta innocenza del soggetto, e quella di cui al secondo comma dello stesso articolo, fondata sulla illegittimità *formale* del titolo restrittivo, che sarebbe valutabile solo sulla base degli stessi elementi conosciuti dal giudice che lo ha emesso.



Nella ulteriore memoria del 17 maggio 2010 il ricorrente riprende l'argomento in questione, rilevando che la differenza suddetta non è stata sostanzialmente alterata dall'estensione interpretativa dell'applicabilità della ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p. anche alle fattispecie di accertamento *ex post*, sulla base di elementi successivamente emersi, della mancanza delle condizioni di applicabilità della misura cautelare.

Quello che conta, infatti, sarebbe comunque l'irrazionalità di consentire al giudice della riparazione di valutare, ed eventualmente considerare gravemente colposa, ai fini del diniego del diritto del richiedente, la stessa condotta la cui inidoneità a integrare il grave quadro indiziario per l'emissione della misura cautelare viene dal sistema posta a base del riconoscimento del diritto stesso. Una simile possibilità comporterebbe del resto la vanificazione della previsione di tale riconoscimento in favore del condannato, presupponendo logicamente la condanna una responsabilità per dolo o colpa grave.

L'equivoco che vizia tale ultimo rilievo è evidente e consiste nel sovrapporre indebitamente, in contrasto con il principio (sottolineato da Cass. SS.UU., 13 dicembre 1995, Sarbataro) della reciproca autonomia dei due giudizi, l'operazione logica del giudice della cognizione penale, diretta all'accertamento della sussistenza del reato e della sua commissione da parte dell'imputato, e quella del giudice della riparazione, volta a stabilire se determinate condotte del medesimo si siano poste come fattore condizionante della produzione del provvedimento cautelare.

Quanto alla obiezione dell'impossibilità di considerare gravemente colposa, ai fini del diniego del diritto alla riparazione, la stessa condotta già ritenuta inidonea a integrare il grave quadro indiziario, è evidente che essa è inconferente in relazione all'ipotesi – nei confronti della quale si pretende specificamente di riaffermarne la validità - in cui l'assenza delle condizioni di applicabilità della misura venga accertata sulla base di elementi emersi in un momento successivo a quello della sua adozione (o conservazione), come tali certamente esclusi dalla valutazione *ex ante* demandata al giudice della riparazione.

L'obiezione stessa, invece, ha una sua validità, nel senso che ora si preciserà, in riferimento ai casi in cui l'accertamento dell' insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura custodiale avvenga (vuoi nel procedimento cautelare vuoi nel procedimento di merito) sulla base degli stessi precisi elementi che aveva a disposizione il giudice del provvedimento della cautela, e in ragione esclusivamente di una loro diversa valutazione. In tali casi, infatti, la possibilità del diniego del diritto alla riparazione per effetto della condizione ostativa della condotta sinergica del soggetto rimane effettivamente preclusa. Ciò però si verifica non per una diversa configurazione strutturale di tale diritto, sibbene in forza dello stesso meccanismo 'causale' che governa l'operatività della condizione in parola. Allorquando, in effetti, si riconosce che il GIP era oggettivamente nelle condizioni di negare o revocare la misura, con ciò stesso si esclude la ravvisabilità di una coefficiente causale nella sua determinazione da parte del soggetto passivo. La rilevanza della condotta ostativa si misura infatti non sull'influenzabilità della persona del singolo giudice, bensì sull'idoneità

a indurre in errore la struttura giudiziaria preposta alla trattazione del caso, complessivamente e oggettivamente intesa (cfr. Cass., Sez. 4, 15 marzo 1995, Sorrentino).

Ai fini delle verifiche di pertinenza del giudice della riparazione diviene, quindi, particolarmente importante appurare se l'accertamento dell'insussistenza *ab origine* delle condizioni di applicabilità della misura custodiale sia avvenuto (vuoi nel procedimento cautelare vuoi nel procedimento di merito) sulla base degli stessi precisi elementi che aveva a disposizione il giudice del provvedimento della cautela, o alla stregua di un materiale contrassegnato da diversità (purché rilevante ai fini della decisione) rispetto ad essi, posto che la problematica della condotta sinergica viene praticamente in rilievo solo nel secondo e non anche nel primo dei suddetti casi.

In questo senso, e per tale ultima eventualità, l'assunto del ricorrente merita accoglimento.

12.- A conclusione del discorso svolto, è possibile formulare il seguente principio di diritto:

“La circostanza dell’aver dato o concorso a dare causa alla misura custodiale per dolo o colpa grave opera quale condizione ostativa al riconoscimento del diritto all’equa riparazione per ingiusta detenzione anche nella ipotesi, prevista dal secondo comma dell’art. 314 c.p.p., di riparazione per sottoposizione a custodia cautelare in assenza delle condizioni di applicabilità di cui agli artt. 273 e 280 c.p.p.; tale operatività non può peraltro concretamente esplicarsi, in forza del meccanismo ‘causale’ che governa la condizione stessa, nei casi in cui l’accertamento dell’insussistenza *ab*



origine delle condizioni di applicabilità della misura custodiale avvenga sulla base degli stessi precisi elementi che aveva a disposizione il giudice del provvedimento della cautela, e in ragione esclusivamente di una loro diversa valutazione.”

13.- Si può ora passare all'applicazione dei principi suddetti alla fattispecie di causa.

In via preliminare deve però rilevarsi l'inaccoglibilità della doglianza (formulata nel sesto motivo di ricorso), con cui si è dedotta la nullità (prospettata come rilevante ai fini del riconoscimento del diritto vantato) dell'ordinanza applicativa della misura, con riferimento alla diversità del capo d'imputazione rispetto alle accuse poi formulate in sede di rinvio a giudizio.

Il vizio denunciato (che non sembra tuttavia in sé coinvolgere la legittimità del provvedimento cautelare e i conseguenti riflessi in tema di applicabilità dell'ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 314 c.p.p.) non sussiste, posto che, rispetto al cumulativo addebito mosso nell'ordinanza cautelare, le contestazioni di cui il D'Ambrosio è stato chiamato a rispondere in giudizio si pongono complessivamente in un rapporto (non di radicale innovazione ma) di legittima e articolata specificazione in fatto e in diritto.

Improponibile è poi una seconda censura (prospettata all'interno del quarto motivo di ricorso) di nullità dell'ordinanza applicativa per mancanza di motivazione. Il vizio, infatti, è stato dedotto per la prima volta in questa sede (non ve n'è traccia nella istanza di riparazione), e non è comunque invocabile autonomamente nel procedimento di

riparazione (che si basa su accertamenti irrevocabili già precedentemente intervenuti).

14.- Ciò chiarito, si osserva che, come già riferito in narrativa, il Tribunale del riesame di Lecce, decidendo in sede di rinvio, con ordinanza del 13 marzo 1992 revocava l'ordinanza del 2 ottobre 1991 con cui il GIP del Tribunale di Lecce aveva applicato al D'Ambrosio la misura cautelare della custodia in carcere (poi derubricata, dal giorno 8 ottobre 1991 negli arresti domiciliari e, quindi, revocata per il venir meno delle esigenze cautelari dal 24 ottobre 1991), rilevando che dalle risultanze procedimentali non emergevano elementi per ritenere sussistente la gravità indiziaria in ordine all'elemento soggettivo del reato contestato.

In tale decisione, intervenuta a distanza di vari mesi dalla sofferta custodia, si fa leva, per l'esclusione dell'elemento soggettivo del reato, anche su specifici elementi (interrogatorio del D'Ambrosio, dichiarazioni di Napoli Antonio) di cui non viene indicata in modo preciso la data di acquisizione.

Su tale ultimo punto, la Corte d'appello, partendo dall'implicito assunto dell'applicabilità indifferenziata della condizione ostativa in tutte le ipotesi di cui all'art. 314 c.p.p., non si è fatta carico di compiere alcuna verifica.

Ne è evidente invece, alla stregua dei principi più sopra enunciati, la rilevanza ai fini del giudizio. Ove, infatti, i predetti elementi fossero già nella cognizione del GIP, l'insussistenza delle condizioni di cui all'art. 273 c.p.p. risulterebbe accertata dal Tribunale con una valutazione riferibile a quello stesso materiale, e sarebbe quindi esclusa in radice



l'incidenza causale della condotta del D'Ambrosio sull'adozione della misura cautelare. Diversamente, ove gli stessi elementi fossero sopravvenuti al momento di adozione della misura, si paleserebbe la necessità di verificare la detta incidenza.

A tale ultimo riguardo va sottolineato (prendendosi così in considerazione, e recependosi nei sensi di cui appresso, la doglianza di cui al quinto motivo di ricorso) che, nell'effettuazione della detta operazione, non potrebbe farsi a meno di accertare se tali elementi siano sopravvenuti durante il corso della custodia, così integrando i presupposti per la revoca, in riferimento alle condizioni di applicabilità di cui all'art. 273 c.p.p., della misura custodiale, giusta le scansioni e le competenze previste dal codice di rito (art. 299, comma 3, c.p.p.), con conseguente immediata rilevanza, ai fini del riconoscimento del diritto alla riparazione, del segmento temporale successivo all'eventuale indebito protrarsi, ormai non più suscettibile di subire l'interferenza causale della condotta della vittima, della custodia medesima.

L'ordinanza impugnata, pertanto, in accoglimento (nei limiti e sensi precisati) del primo e del quinto motivo di ricorso, deve essere annullata con rinvio, per il compimento (nella misura che in concreto si renderà necessaria) delle operazioni suindicate.

15.- Tale accoglimento non comporta l'assorbimento delle doglianze di cui al secondo, terzo e quarto motivo di ricorso, che censurano la verifica della condotta sinergica, quale già operata dalla Corte di merito, stante la necessità di puntualizzare, in relazione alle dette censure (fondate nei limiti che risulteranno più innanzi), le corrette modalità di svolgimento della verifica stessa, alla cui rinnovazione la Corte di rinvio

fosse (nel corso e in ragione dei predetti adempimenti ad essa demandati) chiamata a procedere.

Ciò chiarito, va anzitutto sottolineato che, come statuito dalle SS.UU. (sent. 13 dicembre 1995, Sarnataro), la condotta colposa a cui consegue l'emissione del provvedimento restrittivo della libertà può essere posta in essere, al pari della condotta dolosa, anche prima dell'inizio del procedimento penale, e il giudice, nell'accertare la sussistenza o meno della condizione ostativa all'indennizzo data dall'incidenza causale del dolo o della colpa grave dell'interessato nella produzione dell'evento costitutivo del diritto (applicazione del provvedimento coercitivo), deve valutare la condotta da questi tenuta sia anteriormente che successivamente al momento restrittivo della libertà e, più in generale, a quello della legale conoscenza della pendenza di un procedimento a suo carico.

Va dunque respinta la tesi, prospettata dal ricorrente, e sostenuta da una risalente giurisprudenza (v., fra le altre, Cass., Sez. 4, 8 luglio 1994, Maffezzoli; Sez. 4, 16 novembre 1994, Sibila), secondo cui la colpa grave potrebbe ravvisarsi solo in relazione alla condotta 'processuale' dell'interessato, e cioè al contegno da lui assunto dopo la conoscenza del procedimento penale a proprio carico.

Quanto alla gravità della colpa e alla sua incidenza causale, si ricorda che:

--- il giudice di merito deve, in modo autonomo e completo, apprezzare tutti gli elementi probatori a sua disposizione con particolare riferimento alla sussistenza di comportamenti, anteriori e successivi alla perdita della libertà personale, connotati da eclatante o macroscopica

negligenza, imprudenza o violazione di leggi o regolamenti, fondando la deliberazione conclusiva non su mere supposizioni ma su fatti concreti e precisi, che consentano di stabilire, con valutazione *ex ante*, se la condotta tenuta dal richiedente abbia ingenerato o contribuito a ingenerare, nell'autorità procedente, la falsa apparenza della configurabilità della stessa come illecito penale, dando luogo alla detenzione con rapporto di causa ad effetto (Cass. SS.UU. sent. del 26 giugno 2002, n. 34599, De Benedictis, Rv. 222263);

--- per escludere il diritto alla riparazione per ingiusta detenzione è sufficiente che l'indagato abbia tenuto comportamenti qualificabili come dolosi o gravemente colposi che abbiano esplicato efficacia sinergica nella instaurazione o nel mantenimento della custodia cautelare, anche se tali comportamenti siano coincidenti con quelli esaminati in sede penale, atteso che nell'ambito del procedimento di riparazione essi vengono apprezzati ad effetti diversi (Cass., Sez. 4, 24 giugno 1998, Nemala, Rv. 212114);

--- la sussistenza della colpa grave, quale fattore di esclusione del diritto alla riparazione, deve risultare o desumersi dal provvedimento restrittivo della libertà o dagli eventuali provvedimenti successivi di riesame o di appello (Cass., Sez. 4, 3 dicembre 2002, n. 19253, Plaikner, Rv. 224501);

--- il giudice, per escludere o ritenere la sussistenza del requisito della diretta efficacia del comportamento gravemente colposo dell'interessato sull'adozione della misura cautelare, deve effettuare uno specifico raffronto tra la condotta dell'indagato e le ragioni che la motivazione dell'ordinanza ha posto a fondamento della misura stessa (Cass., Sez. 4,



7 giugno 2001, Rosini, Rv. 219686), tenendo conto, per quanto rilevi, anche dell'eventuale carattere concorsuale del reato ascritto (Cass., Sez. 4, 24 giugno 2008, n. 37528, Rv. 241218).

16.- Ciò chiarito, si osserva che la Corte territoriale ha considerato gravemente colposa e idonea a dar causa al provvedimento restrittivo la condotta tenuta dal D'Ambrosio come accertata in maniera definitiva nelle sentenze di primo e secondo grado. Ha rilevato in particolare la Corte che il predetto non ha adempiuto agli obblighi di controllo e di segnalazione che gli incombevano nella qualità di consigliere di amministrazione della Unione Finanziaria S.p.A., così creando l'apparenza di una addebitabilità anche a lui delle operazioni fraudolente poste in essere dall'amministratore delegato: addebitabilità che è stata poi esclusa agli effetti penali per la mancanza dell'elemento psicologico del reato (consistente nella consapevolezza della situazione base comportante la necessità di una condotta positiva diretta a impedire il fatto reato), rilevata e rilevabile *"soltanto all'esito delle complesse indagini che hanno determinato l'assoluzione dei reati a lui ascritti"*.

I vizi e le carenze di tale motivazione appaiono evidenti.

Oltre, invero, all'assenza di qualsiasi specifica argomentazione in ordine al ritenuto carattere di gravità della colpa come sopra individuata, si riscontrano nell'ordinanza impugnata i radicali difetti consistenti:

--- nell'aver preso in considerazione, ai fini della causa sinergica, *"la condotta tenuta dal D'Ambrosio come accertata in maniera definitiva nelle sentenze di primo e secondo grado"*, anziché, come avrebbe dovuto, quella costituente oggetto e posta a base della misura cautelare;



--- nell'aver del tutto ignorato lo specifico contenuto contestativo e motivazionale del provvedimento restrittivo, in relazione al quale doveva essere compiuta, tenendosi anche conto del carattere concorsuale del reato ascritto, la valutazione dell'efficienza causale del comportamento del D'Ambrosio;

--- nell'aver affermato che la mancanza dell'elemento psicologico del reato poteva essere rilevata *“soltanto all'esito delle complesse indagini che hanno determinato l'assoluzione dei reati a lui ascritti”*, senza tener conto del fatto che già il Tribunale del riesame in sede di rinvio, con provvedimento del 13 marzo 1992, era pervenuto all'esclusione della gravità indiziaria del reato ascritto in ragione proprio dell'insufficienza di elementi atti a integrarne il dolo.

Il giudice che deciderà la causa in sede di rinvio dovrà, quindi, nell'effettuare la verifica del comportamento sinergico, che si rendesse necessaria nel corso e in ragione degli adempimenti a lui demandati, attenersi ai principi di diritto sopra esposti, evitando di (re)incorrere nei vizi evidenziati.

La regolazione delle spese fra le parti del presente giudizio è rimessa al giudice di rinvio, che vi provvederà in sede di regolazione generale delle spese all'esito della decisione di merito, a sensi degli artt. 91 ss. c.p.c.

p.q.m.

visti gli artt. 615 e 623 c.p.p.,

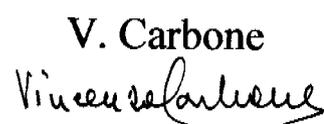
annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame alla Corte di appello di Lecce, cui rimette anche il regolamento delle spese fra le parti del presente giudizio.

Roma, li 27 maggio 2010

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

A. Cortese


IL PRESIDENTE

V. Carbone


SEZIONI UNITE PENALI

Depositato in Cancelleria

il 30 AGO 2010

CANCELLIERE
