

Premessa

Cultura della prova ed errore giudiziario: il processo penale in discussione

Luca Lupária

L'errore giudiziario costituisce da sempre il rovescio oscuro del fenomeno processuale, la bancarotta dell'accertamento, la radicale eterogenesi delle finalità assegnate alle nostre aule di giustizia.

Elemento connaturale alla ineluttabile fallibilità del rito penale e insopprimibile occorrenza in ogni sistema, come del resto riconosciuto dalla stessa Costituzione italiana¹, la possibile condanna dell'innocente rappresenta però, al contempo, un cruciale pungolo per il progressivo miglioramento degli istituti processuali e del diritto probatorio, idealmente plasmati, per dirla con Carrara, quali strumenti atti ad evitare «agli onesti» di «cader vittima di errori giudiziari»².

Ebbene, proprio questa duplice natura dell'errore – drammatico sviamento dal traguardo ultimo del giudizio e parametro continuo di perfezionamento della “meccanica” del processo – è stata oggetto dell'articolato ciclo di seminari sulla “Cultura della prova” – qui raccolti – dedicati agli studenti delle tre cattedre di Diritto processuale penale dell'Università degli Studi Roma Tre.

¹ È appena il caso di ricordare come, contemplando l'istituto della riparazione degli errori giudiziari (art. 24, comma 4), la nostra Carta fondamentale abbia di fatto ammesso la concreta evenienza della condanna dell'innocente. Anche la totale abolizione della pena di morte, completata con la legge costituzionale n. 1/2007, pur essendo all'evidenza ricollegata a valori di portata più elevata, in qualche misura può essere letta quale indiretto riconoscimento della possibilità di errori giudiziari, che non sarebbero ovviamente più rimediabili in ipotesi di avvenuta esecuzione di una pena capitale. Sul tema del rapporto tra pena di morte e *wrongful conviction*, nella prospettiva nordamericana, v., di recente, B.L. GARRETT, *The Problem of Innocence in Death Penalty Cases*, in *The Washington Post*, 28 August 2017; ID., *End of Its Rope. How Killing the Death Penalty Can Revive Criminal Justice*, Cambridge, 2017.

² F. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, vol. I, VIII ed., Firenze, 1897, p. 17.

La ragione che ha condotto a prescegliere, quale *file rouge* dei vari incontri di studio, siffatta tematica è da ricollegarsi alla constatazione d'una tendenziale marginalizzazione dell'argomento nell'odierno dibattito giuridico europeo, così come nella percezione di operatori e legislatore. Per una sorta di atavico tabù, di riluttanza a riconoscere la prospettiva del concreto verificarsi d'errori giudiziari nei Tribunali del vecchio continente³, si è potuto registrare negli ultimi anni un sostanziale prosciugamento delle analisi sulla portata e sulle cause del problema, unita ad una scarsa ricerca di possibili nuovi congegni remediali⁴.

Con una forza inedita, tuttavia, è recentemente giunta in Europa l'eco dell'esperienza maturata negli ultimi decenni dall'*innocence movement* statunitense⁵ che ha disvelato, non soltanto ai vertici politici nazionali⁶ ma al mondo intero, una realtà fatta di sconcertanti statistiche sui casi di *wrongful convictions* e di singole "scoperte" di condanne ingiuste capaci di mettere in dubbio la stessa modalità di governo della *criminal justice*⁷ in uno dei Paesi simbolo

³ Già Francesco Carnelutti, nel domandarsi «*quanti sono gli innocenti in carcere?*», annotava quanto segue: «*ecco una domanda che di solito non si pongono né l'uomo della scienza, né l'uomo della strada. E quando se la pongono pensano agli errori giudiziari clamorosi, sul tipo del povero Fornaretto, i quali, dopo tutto, essendo pochi, hanno l'aria dell'eccezione. Io mi ci fermo invece, e sono persuaso non solo che l'errore giudiziario sia frequente anzi che raro; ma perfino che una dose di errore si trovi in ogni giudizio umano*» (F. CARNELUTTI, *Il problema carcerario*, in *Jus*, 1956, p. 1).

⁴ Eppure anche nella moderna parabola del processo italiano si appalesano eclatanti errori giudiziari, a partire dalla nota vicenda di Salvatore Gallo, che obbligò il Parlamento italiano a modificare il vigente Codice di procedura penale mediante la legge n. 481 del 14 maggio 1965 (cfr. G. D. PISAPIA, *Errore giudiziario (riparazione dell')*. II *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, XIII, Roma, 1989, p. 1). Per una prospettiva storica: A. MONTI, *Errore giudiziario e revisione del giudicato penale in Italia nella seconda metà dell'Ottocento*, in A. GOURON-L. MAYALI-A. PADOA SCHIOPPA-D. SIMON (a cura di), *Error iudicis, Juristische Wahrheit und justizieller Irrtum*, Frankfurt and Main, 1998, p. 157.

⁵ Nel febbraio di quest'anno, la celebre rivista *Time* ha pubblicato una edizione speciale interamente dedicata all'*innocence movement*, in occasione dei venticinque anni dalla fondazione, da parte di Barry Scheck e Peter Neufeld, dell'*Innocence Project* presso la *Cardozo School of Law* (*Time Magazine, Innocent. The Fight Against Wrongful Convictions, Special Edition 17 February 2017*). Cfr. altresì il Volume a cura di D. MEDWED, *Wrongful Convictions and the DNA Revolution: Twenty-Five Years of Freeing the Innocent*, Cambridge, 2017.

⁶ Il tema dell'errore giudiziario è stato apertamente trattato dall'ex Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama, in uno scritto pubblicato sulla *Harvard Law Review* volto a delineare il percorso di riforma della giustizia penale durante il suo incarico presidenziale (cfr. B. OBAMA, *The President's Role in Advancing Criminal Justice Reform*, in 130 *Harv. L. Rev.*, 2017, p. 811 ss.).

⁷ V., *ex multis*, B. SCHECK-P. NEUFELD-J. DWYER, *Actual Innocence: Five Days to Execution and Other Dispatches from the Wrongly Convicted*, New York, 2000; C.L. OGLETREE-A. SARAT (a cura di), *When Law Fails: Making Sense of Miscarriages of Justice*, New York, 2009; J. PETRO-

della democrazia occidentale e – dato non trascurabile – fonte di ispirazione per il nostro attuale modello di processo penale⁸.

Per comprendere i contorni del fenomeno, basterà segnalare come, secondo quanto riportato nel *National Registry of Exonerations*⁹ al 30 ottobre 2017, risultino 2.110 le persone scarcerate dopo esser state riconosciute innocenti (160 “liberate” dal c.d. braccio della morte), con una significativa ricorrenza dei casi nei quali la prova del DNA ha giocato il ruolo decisivo (428 procedimenti).

Potremmo allora parlare dell’innesco di un marcato cambio di visuale che finisce con il mettere in discussione, al netto delle specificità dell’universo giuridico statunitense¹⁰, molte tratte certezze financo sulla nostra giustizia penale. Un inedito angolo prospettico¹¹ che si è ritenuto proficuo analizzare con gli occhi degli studiosi, anche molto giovani, che hanno contribuito a questo volume e che hanno riletto le varie scansioni del rito italiano (di qui il riferimento al “background processuale” nel titolo del libro) e le differenti fattispecie presenti nel nostro ordinamento con la lente ermeneutica dell’errore (di fatto o di diritto, incidentale o definitivo), dei meccanismi di prevenzione (in fase cautelare o di merito) o dei rimedi (impugnatori o risarcitori, interni o sovranazionali). Una raccolta di saggi che assume oltretutto un peculiare significato alla luce della presenza, all’interno del nostro Ateneo, di un progetto (*Italy Innocence Project*), che ho l’onore di aver fondato e oggi dirigere, da tempo affiliato alla rete degli *Innocence Project* nordamericani e componente dell’*Innocence Network* di New York.

Il volume non propone dunque una marcata impronta comparativa, ma, più semplicemente, prende avvio dal recente dibattito di *common law* per esaminare con taglio critico i punti vitali del rito italiano, sulla scorta della convinzione che gli studi stranieri sul *miscarriage of justice* abbiano mostrato come

N. PETRO, *False Justice: Eight Myths that Convict the Innocent*, New York, 2010; B.L. GARRETT, *Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong*, Cambridge, 2011.

⁸ Cfr., volendo, L. LUPÁRIA, *Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective*, in M. GIALUZ-L. LUPÁRIA-F. SCARPA (a cura di), *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation*, II ed., Kluwer, 2017, p. 1.

⁹ Ideato dalla *Michigan State University College of Law* unitamente alla *University of California Irvine Neukirk Center for Science & Society* e alla *University of Michigan Law School*: www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/about.aspx.

¹⁰ Cfr. J.B. GOULD-R. A. LEO, *Centennial Symposium: a Century of Criminal Justice: II “Justice” in Action: One Hundred Years Later: Wrongful Convictions After a Century of Research*, in 100 *Crim. L. & Criminology*, 2010, p. 825; A.D. REDLICH-J. PETRILA (a cura di), *Special issue: The Age of Innocence: Miscarriages of Justice in the 21st century*, in 27 *Behav. Sci. L.*, 2009, p. 297.

¹¹ Una panoramica di queste tematiche può essere rinvenuta in L. LUPÁRIA (a cura di), *Understanding Wrongful Conviction. The Protection of the Innocent across Europe and America*, Kluwer, 2015.

le cause dell'errore giudiziario costituiscano un dato "universale", un comune patrimonio di ogni sistema¹². Insomma, al di là del sempre più accentuato moto di convergenza tra archetipi processuali di *civil law* e di *common law*¹³, nell'affrontare il tema dell'errore sembrano perdere di senso celebri adagi come quello secondo cui «*se fossi innocente preferirei essere giudicato in un sistema di civil law, mentre se fossi colpevole preferirei essere processato avanti un giudice di common law*»¹⁴.

Questa uniformità di problematiche può essere agevolmente apprezzata nell'ambito probatorio. Le riflessioni internazionali su alcune evidenze di tradizionale affidabilità nel processo penale che oggi mostrano più di una crepa persuasiva (si pensi, per tutte, alla confessione¹⁵ e alla *eyewitness identification*¹⁶), sulle ipotesi di *malpractice* da parte degli organi di polizia capaci di in-

¹²Cfr. M. GODSEY (a cura di), *Symposium: an International Exploration of Wrongful Conviction*, in 80 *U. Cinci. L. Rev.*, spec. issue, 2012; C.R. HUFF-M. KILLIAS (a cura di), *Wrongful Convictions: International Perspectives on Miscarriages of Justice*, Philadelphia, 2008; IID. (a cura di), *Wrongful Convictions and Miscarriages of Justice. Causes and Remedies in North American and European Criminal Justice Systems*, New York and London, 2013. Sulla internazionalità del fenomeno, v. C. BRANTS, *Comparing Criminal Process as Part of Legal Culture*, in D. NELKEN (a cura di), *Comparative Criminal Justice and Globalization*, Ashgate Publishing Company, Burlington, 2011, p. 63; B. L. GARRETT, *Towards an International Right to Claim Innocence*, in 105 *California L. Rev.*, 2017, p. 1173.

¹³V., in una cospicua letteratura, M. DAMAŠKA, *Models of Criminal Procedure*, in 51 *Zbornik (Collected Papers of Zagreb Law School)*, 2001, p. 477; N. JORG-S. FIELD-C. BRANTS, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in P. FENNELL-C. HARDING-N. JÖRG-B. SWART (a cura di), *Criminal Justice in Europe*, Oxford, 1996, p. 41; A. ESER-C. RABENSTEIN (a cura di), *Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness: konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht. Internationales Kolloquium 8-11 mai 2002 auf Schloss Ringberg*, Berlin, 2004.

¹⁴Espressione ad esempio riportata da J. H. MERRYMAN-R. PÉREZ-PERDOMO, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Redwood, 2007, p. 133.

¹⁵Cfr. B.L. GARRETT, *The Substance of False Confessions*, in 62 *Stanford L. Rev.*, 2010, p. 1051; R.A. LEO-D. DAVIS, *From False Confessions to Wrongful Conviction: Seven Psychological Processes*, in 38 *J. Psychiatry&L.*, 2010, p. 9; R.A. LEO-P.J. NEUFELD-S.A. DRIZIN-A.É. TASLITZ, *Promoting Accuracy in the Use of Confession Evidence: An Argument for Pretrial Reliability Assessments to Prevent Wrongful Convictions*, in 85 *Temp. L. Rev.*, 2013, p. 759; B.L. GARRETT, *Contaminated Confessions Revisited*, in 101 *Virginia L. Rev.*, 2015, p. 395; S. MARION-J. KUKUCKA-C. COLLINS-S. KASSIN-T. BURKE, *Lost Proof of Innocence: The Impact of Confessions on Alibi Witnesses*, in 40 *Law and Human Behavior*, 2016, p. 65; R. A. LEO, *Police Interrogation and Suspect Confessions: Social Science, Law and Public Policy*, in *Un. S. Francisco L. Research Paper 2017-06* (<https://ssrn.com/abstract=2937980>). Sulla scarsa attenzione prestata al tema delle false confessioni in ambito italiano, può farsi riferimento a L. LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006.

¹⁶V., tra gli altri, G. WELLS-M. SMALL-S. PENROD-R.S. MALPASS-S. M. FULERO-C.A.E. BRIMACOMBE, *Eyewitness Identification Procedures: Recommendations for Lineups and Photospreads*, in 22 *Law Hum. Behav.*, 1998, p. 1; A. BRADFIELD DOUGLASS-N. K. STEBLAY,

cidere sulla genuinità dell'accertamento¹⁷, sulla ipervalutazione di talune prove scientifiche¹⁸ e sulla accuratezza del test del DNA¹⁹, non possono che costituire terreno fertile per una rilettura interna delle piattaforme conoscitive che affollano i nostri giudizi criminali.

Ora, sarebbe oltremodo tedioso in queste poche pagine introduttive ritornare sui temi ben approfonditi nei capitoli della presente opera. Qualche chiosa sia consentita solo su due versanti, quello della prova genetica e quello dei congegni remediali all'errore giudiziario.

Quanto al primo tema, può non essere inutile annotare come il test del DNA venga in Europa ancora concepito, essenzialmente, quale prova "decisiva" di colpevolezza²⁰. Eppure, l'identificazione "positiva" del soggetto si fon-

Memory Distortion in Eyewitnesses: a Meta-analysis of the Post-identification Feedback Effect, in 20 *Appl. Cognit. Psychol.*, 2006, p. 859; N.K. STEBLAY-G. WELLS-A. BRADFIELD DOUGLASS, *The Eyewitness Post Identification Feedback Effect 15 Years Later: Theoretical and Policy Implications*, in 20 *Psychol. Pub. Pol'y & it.*, 2014, p. 1; L. SMALARZ-G.L. WELLS, *Contamination of Eyewitness Self-reports and the Mistaken Identification Problem. Current Directions*, in 24 *Psychological Science*, 2015, p. 120.

¹⁷ Cfr. R. COVEY, *Police Misconduct as a Cause of Wrongful Convictions*, in 90 *Washington University L. Rev.*, 2013, p. 1133; K.M. DONOVAN-C.F. KLAHM, *How Priming Innocence Influences Public Opinion on Police Misconduct and False Convictions*, in *Criminal Justice Review*, 8 maggio 2017 (<https://doi.org/10.1177/0734016817707809>); M. GODSEY, *Blind Injustice: A Former Prosecutor Exposes the Psychology and Politics of Wrongful Convictions*, University of California Press, 2017.

¹⁸ Molto interessanti risultano i lavori di B.L. GARRETT-P.J. NEUFELD, *Invalid Forensic Science Testimony and Wrongful Convictions*, in 95 *Va. L. Rev.*, 2009, p. 1; P.C. GIANNELLI, *Forensic Science: Daubert's Failure*, in 59 *Case W. Res. L. Rev.*, 2017, p. 1. Tra gli studi italiani si segnalano: L. LUPÁRIA, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. Appunti sulla prova del Dna nel sistema italiano*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1, p. 167; G. GENNARI, *Nuove e vecchie scienze forensi alla prova delle corti*, Milano, 2016. Sul rapporto tra prova scientifica e diritto ad un giusto processo, cfr. L. LUPÁRIA-J. VUILLE-F. TARONI, *Scientific Evidence and the Right to a Fair Trial under Article 6 ECHR*, in 16 *Law, Probability and Risk*, 2017, p. 55.

¹⁹ Cfr. P.C. GIANNELLI, *Wrongful Convictions and Forensic Science: the Need to Regulate Crime Labs*, in 86 *N. C. L. Rev.*, 2007, p. 163; D.S. MEDWED (a cura di), *Symposium: Beyond Biology, Wrongful Conviction in the Post-DNA World*, in 1 *Utah L. Rev.*, 2008, p. 1; I.E. DROR-G. HAMPIKIAN, *Subjectivity and Bias in Forensic DNA Mixture Interpretation*, in 51 *Sci. Justice*, 2011, p. 204; A.M. JEANGUENAT-B. BUDOWLE-I.E. DROR, *Strengthening Forensic DNA Decision Making through a Better Understanding of the Influence Of Cognitive Bias*, in *Science&Justice*, 2017, <http://dx.doi.org/10.1016/j.scijus.2017.07.005>.

²⁰ Volendo, L. LUPÁRIA, *Dati genetici e cultura processuale: un futuro ancora da comporre*, in L. MARAFIOTI-L. LUPÁRIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 341. Sulla componente probabilistica nell'utilizzo del DNA al fine di identificare il soggetto autore del reato, cfr. C. AITKEN-F. TARONI, *Statistics and the Evaluation of Evidence for Forensic Scientists*, New York, 2004; C. AITKEN-P. ROBERTS-G. JACKSON, *Fundamentals of Probability and Statistical Evidence in Criminal Proceedings: Guidance for Judges, Lawyers, Forensic Scientists and Expert Witnesses*, Royal Statistical Society, London, 2010. Con riferimento

da su un calcolo statistico, oltretutto parametrato sulla c.d. popolazione di riferimento²¹, e appare connotata da una struttura probabilistica del tutto inadeguata a raggiungere da sola un grado di persuasività idoneo a fondare una statuizione di colpevolezza all'esito del rito penale, senza volersi qui soffermare sulla sua natura ontologica di "indizio", spesso disattesa da quelle pronunce giurisprudenziali inclini ad attribuirle il *nomen* di prova.

Il DNA esprime invece tutte le sue potenzialità sul crinale della dimostrazione dell'innocenza, vale a dire nell'ipotesi di mancata corrispondenza dei tratti identificativi di due profili genetici²². Come noto, la diversità dei segmenti presi a parametro consente di escludere risolutivamente ogni possibile giudizio di identità, senza necessità di ulteriori e complicate valutazioni frequentiste²³.

Proprio in ragione del grado di certezza che può vantare un risultato di "esclusione", nel panorama internazionale l'evidenza genetica è piuttosto considerata come la "regina" delle prove a discarico²⁴, in grado addirittura di travolgere il giudicato penale tramite una *review* del processo volta alla liberazione di soggetti ingiustamente condannati. Negli Stati Uniti, gli ultimi decenni hanno visto moltiplicarsi i test genetici effettuati nella fase del *post conviction*, soprattutto con riferimento all'esame del liquido spermatico. Si contano oggi – lo si è già detto – 428 *Dna exonerations*, ossia un numero molto alto di "rovesciamenti" di precedenti sentenze di condanna oramai definitive, sulla sola base di un'analisi genetica svolta su campioni e reperti in precedenza non studiati²⁵. La forza di queste statistiche sugli errori giudi-

al noto caso italiano di Amanda Knox e Raffaele Sollecito – ove la prova "regina" dell'accusa era proprio l'analisi del DNA – cfr. L. LUPÁRIA-J. VUILLE-F. TARONI, *La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito*, in *Dir. pen. cont. riv. trim.*, 1, 2016, p. 155.

²¹ Vale a dire su una categoria influenzata da molti fattori, non ultimo quello razziale. Come noto, peraltro, la relativa valenza inferenziale appare estremamente variabile, potendo il "riferimento" essere costruito da gruppi di poche unità, così come da milioni di persone: D. KAYE, *The Role of Race in Dna Statistics: What Experts Say, What California Courts Allow*, in *Southwest U. L. Rev.*, 2008, p. 303.

²² Ulteriori riflessioni sono già state svolte in L. LUPÁRIA, *Le promesse della genetica forense e il disincanto del processualista. Appunti sulla prova del Dna nel sistema italiano*, cit., p. 175.

²³ M. STRAMAGLIA, *Il DNA: testimone invisibile o ordalia giudiziaria?*, in L. MARAFIOTI-G. PAOLOZZI (a cura di), *"Incontri ravvicinati" con la prova penale*, Torino, 2014, p. 213.

²⁴ Parla espressamente di «fondamentale prova di innocenza» L. MARAFIOTI, *Le banche dati del Dna. Una nuova frontiera investigativa nel Trattato di Prüm*, in *Banca dati del DNA e accertamento penale*, cit., p. 10.

²⁵ Cfr. J. ROMAN-K. WALSH-P. LACHMAN-J. YAHNER, *Post-Conviction DNA Testing and Wrongful Conviction*, Urban Institute, Justice Policy Center, 2012; B. SCHECK-P. NEUFELD, *Commentary*, in E. CONNORS-T. LUNDREGAN-N. MILLER-T. MCEWEN (a cura di), *Convicted by*

ziari, svelati grazie alla genetica forense, sta così conducendo molti Stati nordamericani a promulgare specifiche leggi sull'accesso al test del DNA nella fase di esecuzione della pena²⁶.

Insomma, per concludere sul punto, occorre una maggiore consapevolezza in Italia delle potenzialità della prova genetica per la prevenzione e per il capovolgimento dell'errore giudiziario, che si accompagni ad una contemporanea presa di coscienza dei rischi, in termini di condanna dell'innocente, della acritica valutazione del test nella prospettiva accusatoria²⁷.

Il secondo profilo che merita qualche riflessione attiene invece agli strumenti di rilevazione dell'errore giudiziario. A fronte di statistiche italiane – peraltro non dissimili da quelle di altri sistemi continentali – che evidenziano un limitato ricorso (e un ancor più marginale accoglimento) delle richieste di revisione, si stanno facendo strada, nel panorama comparativo, inedite forme di riesame delle condanne definitive. È il caso del recente proliferare, in molti stati nordamericani, delle *Post-Conviction Integrity Unit*, istituite all'interno degli stessi uffici dei *District Attorney*, spesso con la partecipazione di *prosecutors* e avvocati, e volte essenzialmente a riconsiderare casi chiusi con potenziali profili di errore²⁸. Per altro verso, nel nord dell'Europa, si delineano strumenti ad attivazione statale in grado di revocare pronunce di condanna, come è il caso, ad esempio, della *Criminal Cases Review Commission* norvegese²⁹ o delle Commissioni pubbliche del Regno Unito dedicate a verificare, a campione o su segnalazione, l'esistenza di casi per i quali sia necessario riaprire il pronunciamento ormai definitivo³⁰.

Juries, Exonerated by Science: Case Studies in the Use of DNA Evidence to Establish Innocence After Trial, Research Report, Rockville, 1996, p. XXX.

²⁶ Per un quadro sulla legislazione statunitense in materia di *post conviction DNA testing*, si veda <http://www.innocenceproject.org/how-is-your-state-doing>.

²⁷ Cfr. A. KOZINSKI, *Criminal law 2.0*, in 44 *Geo. L. J. Ann. Rev. Crim. Proc.*, 2015, p. III, oltre ai seguenti scritti: M. ZALMAN-J. CARRANO (a cura di), *Wrongful Conviction and Criminal Justice Reform. Making Justice*, New York, 2014; R.J. NORRIS-C.L. BONVENTRE-A.D. REDLICH-J.R. ACKER-C. LOWE, *Preventing Wrongful Convictions: An Analysis of State Investigation Reforms*, in *Criminal Justice Policy Review*, 2017, p. 1.

²⁸ Al 2016 risultano ventinove *Post-Conviction Integrity Unit* nel territorio degli Stati Uniti. Da nove di queste sono scaturite importanti *exonerations*; in particolare si segnala il lavoro della *Unit* operante nella Contea di Harris (Texas), che ha scarcerato, l'anno scorso, 48 persone (cfr. B. SCHECK, *Conviction Integrity Units Revisited*, in 14 *Ohio State J. Crim. Law*, 2017, p. 705).

²⁹ Cfr. U. STRIDBECK-P.S. MAGNUSSEN, *Opening Potentially Wrongful Convictions – Look to Norway*, in 58 *Crim. L. Q. Can.*, 2012, p. 267; EIDEM, *Prevention of Wrongful Convictions: Norwegian Legal Safeguards and the Criminal Cases Review Commission*, in 80 *U. Cinci. L. Rev.*, 2012, p. 1373.

³⁰ Si pensi, ad esempio, alla *British Criminal Cases Review Commission* e alla *Scottish Crimi-*

In ultima analisi, emerge trasversalmente, con sempre maggior vigore, l'esigenza di un approccio multiplo e differenziato volto alla individuazione e al pieno riconoscimento dell'errore giudiziario. Anche sotto questo profilo sembrano necessari passi avanti nel nostro Paese, ove tutto il peso della ricerca delle ipotesi di condanna dell'innocente grava sull'istituto, per molti versi inadeguato, della revisione, senza che si cerchino nuovi itinerari di tutela, come quelli rinvenibili sul piano comparativo, o senza che si tenti di irrobustire il mosaico delle norme capaci di garantire il ribaltamento del giudicato ingiusto (mi riferisco, prima di tutto, alla assenza di una precisa disciplina sulla conservazione, dopo la sentenza definitiva, dei reperti giudiziari e sulle relative modalità di accesso per il compimento di nuove analisi tecnico-scientifiche).

Per chiudere questa sintetica prefazione, oltre a ringraziare i colleghi Giovanni Paolozzi e Luca Marafioti che condividono la curatela del Volume, credo utile sottolineare come il *leitmotiv* dell'errore giudiziario potrà essere fecondo volano di ulteriori riflessioni scientifiche, siano esse di microanalisi processuale o di ampio scenario. Accedendo alla visuale più larga, penso a un risvolto meno evidente dell'attuale fiorire di ricerche nel modello statunitense a favore della *factual innocence* delle persone condannate: un ordinamento che, per scelta valoriale, non ha mai inserito la ricerca della verità quale primo cardine del proprio sistema di accertamento dei fatti³¹ pone oggi il tema della *material truth* nella fase del *post trial* al centro del dibattito legislativo e dottrinale, con possibili interessanti riverberi sulla previa fase del *trial* e sul modo di concepire il classico *adversary system* (e pertanto il ruolo del giudice). Una inversione di paradigma con i sistemi europei, tradizionalmente inclini al primario perseguimento della *manifestation de la vérité* ma restii ad acclarare quella stessa "verità materiale" una volta che la vicenda processuale sia munita del sigillo del giudicato³².

nal Cases Review Commission: M. NAUGHTON, *The Criminal Cases Review Commission – Innocence versus Safety and the Integrity of the Criminal Justice System*, in 58 *Crim. L. Quarterly*, 2012, p. 207; S. ROBERTS-L. WEATHERED, *Assisting the Factually Innocent: The Contradictions and Compatibility of Innocence Projects and the Criminal Cases Review Commission*, in *Oxford J. Legal Studies*, 2009, p. 43.

³¹ Cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, M.R. DAMASKA, *Truth in Adjudication*, in 49 *Hastings Law Journal*, 1998, p. 289; W.T. PIZZI, *Trials Without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York, 1999; H. SILVING, *Essays on Criminal Procedure*, Buffalo, 1964, p. 281.

³² V., in una sterminata letteratura, H. BEKAERT, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, 1972; R.A. DUFF-L. FARMER-S. MARSHALL-V. TADROS (a cura di), *Trial on Trial. Vol. I. True and Due Process*, London, 2004; D. INCHAUSPE, *L'innocence judiciaire*, Presse Universitaires de France, Paris, 2012; J. VERGES, *Les erreurs judiciaires*, Presse Universitaires de France, Paris, 2002.

Vuole quest'ultima suggestione essere solo un limitato spunto per le future ricerche che i più giovani della Scuola processuale penale di Roma Tre potranno portare avanti con l'entusiasmo scientifico e la curiosità intellettuale che emerge anche dagli scritti qui raccolti.

Parte I

Défaillances procedurali
ed erroneo convincimento del giudice

Capitolo I

Valutazione del *fumus commissi delicti* e ingiusta detenzione cautelare: prevenire è (sempre) meglio che curare?

Federica Centorame

SOMMARIO: 1. Fisiologia e patologia dell'errore cautelare. – 2. Prevenzione delle cautele ingiuste e *vis attractiva* dei gravi indizi di colpevolezza. – 3. La profilassi dell'errore cautelare tra “*best practices*” e strategie di implementazione. – 4. Tutela “iperprotettiva” contro l'errore *de libertate*: effetti indesiderati.

1. Fisiologia e patologia dell'errore cautelare

Interrogarsi sulla tematica dell'errore giudiziario¹ dallo specifico angolo visuale delle cautele processuali implica necessariamente una consapevolezza di fondo: operando in funzione preventiva e servente rispetto agli incerti sviluppi del processo principale di merito², la coercizione cautelare risulta fisiologicamente caratterizzata dal rischio di errore. Una fallibilità congenita e, in un certo senso, imposta dallo stesso finalismo precauzionale che contraddistingue le misure coercitive, la cui “giusta” applicazione nel singolo caso di specie può, di fatto, essere dimostrata realmente solo dal concreto verificarsi del danno temuto³.

¹ In chiave monografica, sull'argomento, P. TROISI, *L'errore giudiziario tra garanzie costituzionali e sistema processuale*, Cedam, Padova, 2011.

² In generale, sulla funzione della tutela cautelare, si rinvia per tutti a P. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padova, 1936.

³ Come giustamente rileva P. FERRUA, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in AA.VV., *Studi sul processo penale in ricordo*

Ad una simile, basilare presa di coscienza va aggiunta poi la non meno doverosa constatazione che il procedimento cautelare si fonda pur sempre su una piattaforma probatoria mobilissima e suscettibile di continua modificazione⁴.

Impossibile, infatti, sottacere che, collocandosi tipicamente nel corso delle indagini preliminari e, magari, anche nelle primissime battute dell'inchiesta, l'esercizio del potere cautelare sconta inevitabilmente il *deficit* cognitivo della (in)completezza e provvisorietà delle risultanze investigative⁵. Un difetto di conoscenza indotto dalla stessa natura di *work in progress* dell'attività d'indagine⁶ e, nondimeno, acutizzato dalla possibilità offerta al Pubblico Ministero richiedente la misura di selezionare gli atti a carico dell'indagato, con parziale secretazione di quanto già acquisito al fascicolo d'ufficio⁷. Una scrematura finalisticamente orientata a sostenere la fondatezza della domanda cautelare⁸ che, dunque, limita anche sotto il profilo qualitativo la cognizione⁹ dell'organo giurisdizionale chiamato ad emettere il provvedimento restrittivo.

Senza contare, infine, che un'ontologica riprova della naturale propensione

di Assunta Mazzarra, Cedam, Padova, 1996, p. 138, infatti, «il giudizio sulla sussistenza dei *pericula* soggiace alla più plateale delle controprove, il verificarsi del danno temuto (...)».

⁴In tal senso, esemplarmente, G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, Cedam, Padova, 1953, p. 47, il quale, infatti, poneva il seguente quesito: «se, supponiamo, sopravvengono nuovi mezzi di prova che non si conoscevano prima di allora, come si fa a sostenere che il giudizio contenuto nel provvedimento cautelare è erroneo?».

⁵Sul punto, cfr., G. DI CHIARA, *Linee di sistema della funzione giudiziale preliminare*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 246 s.; D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, Torino, p. 33.

⁶Per tale rilievo, R. DEL COCO, *Addebito penale preliminare e consapevolezza difensiva*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 121.

⁷In tal senso, D. NEGRI, *loc. ult. cit.*, p. 33. Analogamente, P. TROISI, *L'errore giudiziario*, cit., p. 192, il quale osserva che quanto rappresentato al giudice dall'organo inquirente, «può anche non coincidere con quanto complessivamente acquisito agli atti delle indagini».

⁸Lo ricorda la stessa Corte costituzionale nella sentenza 20 aprile 2009, che, come noto, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 405, comma 1-bis, c.p.p. In quell'occasione, invero, i giudici della Consulta hanno sottolineato, tra l'altro, che «in ambito cautelare, la valutazione di gravi indizi di colpevolezza implica (...) un giudizio prognostico di elevata probabilità di colpevolezza, giudizio peraltro di tipo "statico", in quanto basato sui soli elementi già acquisiti dal Pubblico Ministero ed essenzialmente funzionale agli scopi della misura, vale a dire alla soddisfazione delle esigenze cautelari allo stato degli atti e durante il procedimento». Corte cost., sent. 20 aprile 2009, n. 121, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1131, con commento di L. SCOMPARIN, *Incostituzionale l'archiviazione coatta: quali prospettive per il controllo giurisdizionale sul dovere di inazione del pubblico ministero?*

⁹Efficacemente, in proposito, E. ZAPPALÀ, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in AA.VV., *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 69, il quale parla di «giurisdizione senza cognizione».

all'errore che connota la vicenda cautelare è offerta dallo stesso carattere *rebus sic stantibus* dell'accertamento incidentale *de libertate*.

Invero, le ordinanze applicative di misure cautelari costituiscono il prototipo delle decisioni allo stato degli atti, in quanto tali suscettibili costantemente di essere revocate alla luce di elementi di fatto o di diritto sopravvenuti nel corso del processo¹⁰. Una instabilità strutturale¹¹ che, proprio per questo, consente di apportare i dovuti correttivi non appena gli sviluppi processuali mutino le condizioni originarie¹².

Senonché, prendere consapevolezza degli aspetti "fisiologici" e, tutto sommato, incolpevoli dell'errore in fase cautelare non può certo indurre a rinunciare ad un maggiore sforzo preventivo in tal senso, né, tanto meno, a sottovalutare le possibili degenerazioni patologiche del fenomeno. Non fosse altro, perché nello specifico contesto in esame, la delibazione giudiziale erronea si traduce sempre in una lesione immediata e «irrecuperabile»¹³ del diritto fondamentale alla libertà personale.

In tale ottica, allora, appare incontrovertibile che rispetto al rischio di ingiuste detenzioni cautelari un peso determinante venga esercitato da applicazioni disinvolute ed ipertrofiche degli strumenti di coercizione processuale.

È l'annosa e ricorrente problematica – pur lodevolmente contrastata con l'ultima riforma dello scorso aprile 2015¹⁴ – dell'abuso della custodia cautelare in carcere. Una fenomenologia divenuta negli ultimi tempi sempre più allarmante e che già a livello semantico esprime il senso di profonda ingiustizia in ordine a restrizioni della libertà personale imposte per finalità ec-

¹⁰ Sulla categoria dogmatica dei provvedimenti allo stato degli atti, restano fondamentali le pagine di P. NUVOLONE, *Contributo alla teoria della sentenza istruttoria penale*, (1943), rist., Cedam, Padova, 1969, p. 89 ss. Sull'argomento, cfr., anche A. CRISTIANI, *Considerazioni sui provvedimenti "allo stato degli atti" nel nuovo processo penale*, in *Studi in memoria di Nuvolone*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1991, p. 155; S. LORUSSO, *Provvedimenti "allo stato degli atti" e processo penale di parti*, Giuffrè, Milano, 1995.

¹¹ Sul punto, v., F. VIGGIANO, *Cautele personali e merito*, Cedam, Padova, 2004, p. 37 ss., il quale ulteriormente osserva che «l'assetto cautelare è aperto persino ad una mera rivalutazione *melius re perpensa* dei medesimi elementi».

¹² V., D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 45.

¹³ Così, M. CHIAVARIO, «Nuovo modello di giustizia penale» e libertà personale dell'imputato, in *Pol. dir.*, 1984, p. 437, il quale, nel sottolineare il limite intrinseco dei meccanismi riparativi dell'ingiusta detenzione cautelare, osserva che, «nessuna somma di denaro potrà mai verosimilmente sanare del tutto la ferita provocata dal tempo, ormai irrecuperabile, trascorso in detenzione».

¹⁴ Si tratta, come ben noto, della legge 16 aprile 2015, n. 47, recante «Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazioni di gravità», in *GU*, 23 aprile 2015, n. 94. In dottrina, per un commento a prima lettura alle modifiche legislative, v., per tutti, G. SPANGHER, *Un restyling per le misure cautelari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 527 ss.

cedenti quelle ricomprese nella ortodossia delle cautele processuali.

Del resto, come prontamente è stato osservato¹⁵, sono proprio le statistiche della riparazione per ingiusta detenzione¹⁶ a fornire penosa riprova *a posteriori* delle deviazioni funzionali riscontrabili a monte nell'applicazione delle misure coercitive.

Basti porre mente, anzitutto, alle prassi distorsive tese ad impiegare strumentalmente la custodia in carcere per fini collaborativi o di vera e propria pressione psicologica sul destinatario della misura.

Nonostante il rigore del dato normativo che, ormai da tempo, all'art. 274, comma 1, lett. a), c.p.p.¹⁷, sancisce un esplicito divieto di utilizzare la custodia cautelare *ad eruendam veritatem*, permane tuttora la tendenza, retaggio di una insuperabile tradizione culturale inquisitoria, a far uso dell'istituto custodiale anche come merce di scambio per lucrare dichiarazioni confessorie, ammissioni o chiamate in correità¹⁸.

Ora, non ci vuole molto senso pratico per rendersi conto che, in simili ipotesi, la limitazione della libertà personale può rivelarsi del tutto immeritata, e dunque erronea, proprio perché sprovvista di una reale base giustificativa sul fronte delle esigenze cautelari presupposte. Con il beffardo effetto-paradosso per cui, assegnando un'impropria finalità epistemologica alla coercizione processuale, si finisce, in fondo, per utilizzare la stessa detenzione ingiusta in ottica di profilassi dell'errore giudiziario sui *merita causae*.

Sotto un diverso profilo, poi, la patologia dell'errore cautelare risulta viepiù acuita dal deprecabile impiego dello strumento coercitivo per fini prioritari di difesa collettiva¹⁹. E, cioè, impropriamente, in funzione integrativa, se non addirittura sostitutiva, degli scopi di prevenzione generale e speciale, che, invece, dovrebbero essere di esclusiva competenza della sanzione penale²⁰.

¹⁵ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 15.

¹⁶ In argomento, in chiave monografica, v., M.G. COPPETTA, *La riparazione per ingiusta detenzione*, Cedam, Padova, 1993; G. DALIA-P. TROISI, *Risarcimento del danno da processo*, Cedam, Padova, 2007.

¹⁷ Il riferimento è, notoriamente, alla formulazione della disposizione in parola come novelata dall'art. 3, comma 1, legge 8 agosto 1995, n. 332, recante *Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione, di misure cautelari e di diritto di difesa*, in *G.U.*, 8 agosto 1995, n. 184.

¹⁸ Sul punto, v., ancora, E. AMODIO, *loc. ult. cit.*, p. 16.

¹⁹ Sul tema, cfr., per tutti, G. ILLUMINATI, *Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 919 ss.; M. NOBILI, *La procedura penale tra «dommatica» e sociologia: significato politico d'una vecchia polemica*, in *La questione criminale*, 1977, p. 83 ss.

²⁰ Cfr. M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *ID.*, *Scenari e trasfor-*

Superfluo sottolineare, infatti, che se all'istituto custodiale viene assegnato il compito di esprimere la reazione certa, pronta ed esemplare dello Stato dinanzi al reato, la prognosi cautelare finisce inesorabilmente per dissociarsi dalle specifiche esigenze rilevanti nel caso concreto²¹. Incrementando, per tale via, il rischio di restrizioni cautelari ingiuste o, comunque, esorbitanti rispetto alla singola vicenda, proprio perché dirette a scopi estranei ad essa e dimostrativi di esemplarità sociale²².

Emblematica in tal senso è la previsione contenuta nell'art. 275, comma 3, c.p.p. che, come noto, istituisce un congegno presuntivo di accertamento della pericolosità cautelare, per gli autori di taluni delitti ritenuti *ex ante* di particolare allarme sociale²³. Ciò significa, in buona sostanza, che, nell'ipotesi considerata, la misura restrittiva scatta pressoché automaticamente in virtù del riferimento esclusivo al titolo di reato contestato, senza che l'organo giurisdizionale debba accertare la concreta sussistenza dei *pericula libertatis* contemplati dall'art. 274 c.p.p. Una restrizione cautelare (pre)disposta già a livello normativo sulla base di astratte e aprioristiche valutazioni di politica criminale e che, proprio per questo, può sempre risultare inconferente, irragionevole e, pertanto, ingiustamente patita nella specifica situazione verificatasi in concreto.

2. Prevenzione delle cautele ingiuste e vis attrattiva dei gravi indizi di colpevolezza

Una realistica lettura dell'errore in fase cautelare quale evenienza difettosa tutt'altro che innocua ed occasionale risulterebbe infeconda senza essere accompagnata dal tentativo diretto a verificare se, tuttavia, i rischi di limitazioni della libertà personale *inutiliter* sofferte possano essere efficacemente neutralizzati o, quantomeno ridotti al minimo.

mazioni del processo penale, Cedam, Padova, 1998, p. 195 s., il quale prontamente denunciava il passaggio «dalla sanzione dopo il processo, al suo rovescio, ossia agli istituti della procedura usati per scopi che dovrebbero essere solo della pena». Nello stesso senso, di recente, L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in G. DE FRANCESCO-E. MARZADURI (a cura di), *Il reato lungo gli imperi sentieri del processo. Atti dell'incontro di studi*, Pisa, 26 febbraio 2016, Giappichelli, Torino, 2016, p. 203.

²¹ V. A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 45.

²² G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività*, in *Giust. pen.*, 1978, p. 16.

²³ Sul tema, sia consentito rinviare a F. CENTORAME, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Giappichelli, Torino, 2016.

Diciamo subito che, in una simile ottica preventiva dell'ingiusta detenzione cautelare, appare senza dubbio cruciale il ruolo esercitato dalla delibazione giudiziale in ordine al *fumus commissi delicti* posto a fondamento della misura: «è la valutazione affidata all'organo giurisdizionale la vera (e sola) garanzia per la persona indagata o imputata, l'argine contro il proliferare dell'errore, lo strumento di profilassi dell'ingiustizia»²⁴. E, a spiegare l'assunto, basta il semplice rilievo che il vaglio sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza rappresenta, in fondo, la *condicio sine qua non* dell'intervento coercitivo, collocandosi in una posizione logicamente prioritaria rispetto alla verifica degli ulteriori temi di prova pure rilevanti per gli sviluppi della vicenda cautelare²⁵.

Del resto, senza la previa dimostrazione di esistenza del *fumus delicti* a carico del destinatario della misura neppure è ipotizzabile alcuna conseguente valutazione in punto di rilevanza in concreto delle esigenze cautelari. Insomma, si tratta di un vero e proprio nesso di presupposizione necessaria di cui, peraltro, appare ben conscia la stessa giurisprudenza di legittimità, la quale, anche di recente, ha avuto modo di rimarcare l'importanza di un siffatto ordine logico di priorità, bollando come illegittimo ogni tentativo di operare a canone inverso, desumendo l'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza dall'aprezzamento anticipato dei *pericula libertatis*²⁶.

Ma non è solo per la formale collocazione prioritaria all'interno della sequenza procedimentale *de libertate* che il giudizio di gravità indiziaria richiesto dall'art. 273 c.p.p. assume una valenza effettivamente condizionante rispetto agli obiettivi di profilassi dell'errore giudiziario e, di conseguenza, a fini preventivi di restrizioni cautelari ingiustificate.

Le ragioni di un simile collegamento funzionale sono, infatti, più profonde e risiedono nello stesso significato qualitativo della clausola riguardante i gravi indizi di colpevolezza²⁷. Una formula sintetica che fornisce anticipatamente «tutti i requisiti necessari a condannare: l'accertamento positivo del fatto materiale tipico e dell'antigiuridicità, nonché la possibilità di attribuire psicologi-

²⁴ Così, P. TROISI, *L'errore giudiziario*, cit., p. 200.

²⁵ Per analoghi rilievi, A. GAITO, *I criteri di valutazione della prova nelle decisioni de libertate*, in ID. (a cura di), *Materiali di esercitazione per un corso di procedura penale*, Cedam, Padova, 1995, p. 161, il quale, nel ribadire la priorità logica del vaglio giurisdizionale in discorso, sottolinea inoltre che lo stesso consente di individuare il «*quantum probatorio* integrante il minimo etico legittimante l'esercizio del potere cautelare».

²⁶ V., Cass., Sez. III, 29 gennaio 2016, Ratibi, in *CED Cass.*, rv. 266392.

²⁷ In generale, sui gravi indizi cautelari, v., tra gli altri, S. BUZZELLI, *I gravi indizi di colpevolezza nel sistema delle misure cautelari tra probabilità e certezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1132 ss.; M. CHIAVARIO, *Commento all'art. 273 c.p.p.*, in ID. (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. III, Utet, Torino, 1990, p. 31; G. GARUTI, *La gravità degli indizi nei provvedimenti de libertate*, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 622.

camente il fatto all'imputato e di rimproverargli il comportamento tenuto a titolo di dolo, colpa o preterintenzione»²⁸.

Ciò significa, in altre parole, che la valutazione giudiziale degli indizi *ad custodiendum* ricalca "in miniatura" ciascuno dei temi di prova in cui si compendia la futura ed eventuale affermazione di responsabilità dell'imputato. Richiedendosi già ai fini applicativi del provvedimento interinale un giudizio qualificato in termini di elevata credibilità razionale circa la colpevolezza della persona coinvolta nella vicenda procedimentale²⁹. Uno *standard* di qualità epistemica piuttosto esigente che, oltre ad istituire un inevitabile (quanto pericoloso³⁰) raccordo operativo tra la fase cautelare e quella principale deputata all'accertamento sul merito della regiudicanda, la dice lunga proprio sulla essenziale funzione di garanzia potenzialmente assoluta dal requisito della gravità indiziaria contro il rischio di sacrifici inutili ed immeritati della libertà individuale. Ma non è ancora tutto a questo proposito.

A confermare ulteriormente la speciale "*vis attractiva*" della prognosi di colpevolezza cautelare a fini impeditivi di ingiuste violazioni del bene fondamentale sono le già ricordate ipotesi contenute nell'art. 275, comma 3, c.p.p. in cui l'intervento coercitivo opera in forza di una presunzione legale di pericolosità connessa al titolo di reato contestato all'indagato.

Nelle situazioni in discorso, infatti, la verifica in concreto dei pericoli rilevanti ai sensi dell'art. 274 c.p.p. è sostituita *tout court* da un'affermazione legale di natura aprioristica, cosicché il substrato sostanziale del provvedimento cautelare finisce per essere rappresentato autenticamente dal solo accertamento della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza³¹.

Di qui, la necessità vieppiù impellente di assicurare che la valutazione giurisdizionale in ordine al *fumus commissi delicti* vada esente da errori «sia per quanto concerne l'apprezzamento del fatto, sia per quanto attiene alla sua qualificazione giuridica»³². Non potendosi, invece, concepire neppure in astratto alcuna valida profilassi nei confronti di eventuali delibazioni erronee in punto di esigenze cautelari, sottratte *ex lege* alla previsione soggettiva del giudice³³.

²⁸ In questi termini, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., p. 116.

²⁹ Di questo avviso, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *CED Cass.*, rv. 232601. In senso analogo, Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Vottari, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1014, con commento di M. DANIELE, *Fumus commissi delicti ex art. 273 c.p.p. e decisione di rinvio a giudizio*.

³⁰ Sul punto, v., *infra*, § 4.

³¹ In tal senso, E. MARZADURI, voce *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, Torino, 1994, p. 73.

³² Così, G. DE LUCA, *Lineamenti della tutela cautelare penale*, cit., p. 45.

³³ In tal senso, ancora, G. DE LUCA, *loc. ult. cit.*, p. 45, il quale correttamente rileva che nel

Sotto un diverso profilo, poi, la “funzione immunitaria” del sindacato sul *fumus* cautelare emerge inconfondibile se si pone mente alla peculiare iconografia del giudizio immediato c.d. custodiale³⁴ disciplinato dall’art. 453, comma 1-*bis*, c.p.p.

Nell’ipotesi considerata, invero, la valutazione di sussistenza della gravità indiziaria costituisce il presupposto necessario e «sufficiente per permettere al giudice di effettuare una prognosi [positiva] sulla responsabilità dell’imputato»³⁵. Potendosi, così, celebrare il processo a carico della persona *in vinculis* in forma semplificata e nel più breve tempo possibile, senza dover previamente verificare la fondatezza dell’accusa in sede di udienza preliminare.

Una perdita piuttosto consistente in termini di garanzie difensive che conferma ulteriormente l’importanza di una adeguata profilassi dell’errore cautelare in fase di apprezzamento del *fumus commissi delicti*. Non fosse altro, perché, nella fattispecie in discorso, l’erronea valutazione del giudice *de libertate* avrebbe riflessi istantanei anche gravi sulle stesse scansioni della procedura principale di merito, irrigidendone tempi e modi di sviluppo³⁶.

Il quadro sin qui messo a punto non sarebbe, però, completo senza un preciso referente normativo in grado di attestare ufficialmente la centralità del ruolo ricoperto dal giudizio di gravità indiziaria in ottica di profilassi dell’ingiusta detenzione cautelare.

Di un tale compito “assertivo” sembra farsi carico l’art. 314, comma 2, c.p.p. in forza del quale, a prescindere dagli esiti del processo di merito, trova espresso riconoscimento il diritto soggettivo ad un’equa riparazione per la custodia cautelare subita «quando con decisione irrevocabile risulti accertato che il provvedimento che ha disposto la misura è stato emesso o mantenuto senza che sussistessero le condizioni di applicabilità previste dagli artt. 273 e 280».

Ora, pur rendendo riparabili anche le ipotesi – più uniche che rare³⁷ – di

caso in discorso la presunzione di pericolosità «lega le mani al giudice, abolisce la previsione, intesa come momento psicologico dell’atto».

³⁴ L’espressione è stata coniata da R. ORLANDI, *Note critiche, a prima lettura, in tema di giudizio immediato “custodiale” (art. 453, 1° co. bis)*, in *Osservatorio del processo penale*, 2008, 3, p. 10 ss.

³⁵ In questi termini, P. TONINI, *Considerazioni sul giudizio immediato custodiale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1393.

³⁶ In tal senso, F. CAPRIOLI, *Il modello sperimentale: l’incidenza della decisione cautelare sul procedimento penale*, Relazione svolta all’Incontro internazionale di studio su “*Libertà e cautele nel processo penale. La dimensione incidentale e i rapporti tra procedimento penale e giudizio cautelare*”, Siracusa, 15 maggio 2010, p. 8, dattiloscritto.

³⁷ Appare, infatti, piuttosto infrequente – sebbene non impossibile – che il danno meritevole di riparazione tragga origine dalla pura e semplice applicazione di misure coercitive per reati rispetto ai quali la legge proibisce espressamente la restrizione preventiva massima.