

## LA RIPARAZIONE PER INGIUSTA DETENZIONE E GLI EFFETTI DERIVANTI DALLA SENTENZA N. 32 DEL 2014 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: VERSO UNA POSSIBILE CONVIVENZA

di Roberto Carbone

**Abstract.** *Con il presente contributo l'Autore, in primo luogo, analizza la ratio della riparazione per l'ingiusta detenzione e ricostruisce, tramite l'esame della giurisprudenza costituzionale tradizionale, la nozione di "rapporti esauriti" resistenti agli effetti derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. Successivamente, esaminata la recente giurisprudenza amministrativa, in tema di riparazione per equivalente del danno da mancata aggiudicazione (ex multis Consiglio di Stato, Ad. plen. n. 2 del 2017), e giurisprudenza penale di legittimità, in tema di continuazione (ex multis Cass. pen., Sez. Un., sentenza n. 22471 del 2015), vengono svolte alcune considerazioni critiche circa la possibilità di riconoscere l'indennizzo per l'ingiusta detenzione ove la pena sia stata già espiata ma venga, in tutto o in parte, riconosciuta come "illegale" dalla Corte costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Il punto di partenza. – 2. Le ragioni della *non*-convivenza. – 3. Alla ricerca di una convivenza: il ripensamento della nozione di rapporti esauriti in ambito penale. – 4. Cenni di una possibile convivenza: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 12 maggio 2017, n. 2. – 5. *segue*: orientamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di applicazione della continuazione nella fase esecutiva. – 6. Riflessioni conclusive.

### 1. Il punto di partenza.

Il presente contributo trae spunto da una vicenda processuale esaminata dalla Suprema Corte di Cassazione nel dicembre 2016<sup>1</sup>.

Tale pronuncia può essere inserita nel più ampio filone giurisprudenziale concernente gli effetti derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, riguardante la cornice edittale prevista dalla normativa in materia di stupefacenti (D.P.R.

---

<sup>1</sup> Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2016 (dep. 30 gennaio 2017), n. 4240, Pres. Izzo, rel. Cenci, imputato L., in *CED Cass.*, m. 269168.

309 del 1990), che ha determinato la reviviscenza *in bonam partem*, con riferimento alle droghe leggere, del trattamento sanzionatorio precedente<sup>2</sup>.

In breve, il caso esaminato dalla Suprema Corte riguarda un soggetto che, dopo aver espiato una pena comminata *ante sent.* n. 32/2014, ne ottiene la rideterminazione in misura tale da maturare un “credito detentivo”, dovuto all’aver subito una sanzione più elevata rispetto a quella risultante dall’applicazione della cornice edittale previgente. A fronte di tale credito, il condannato presenta richiesta di riparazione per ingiusta detenzione che però viene respinta, poiché l’avvenuta esecuzione della pena viene qualificata come “rapporto esaurito” impermeabile agli effetti derivanti dalla declaratoria di illegittimità costituzionale<sup>3</sup>.

La vicenda esaminata coinvolge una serie di tematiche tra le quali, nella soluzione prospettata dal giudice di legittimità, non sembra possibile alcuna convivenza: da un lato, la riparazione per ingiusta detenzione (artt. 314 e ss. c.p.p.); dall’altro, gli effetti derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale ed il limite dei rapporti esauriti.

A ben vedere, però, secondo la ricostruzione che sarà qui delineata, una coesistenza tra gli istituti citati sembra possibile.

## 2. Le ragioni della *non-convivenza*.

La declaratoria d’illegittimità costituzionale di una disposizione, come noto, produce un effetto caducatorio *ex tunc*<sup>4</sup>: il frammento legislativo viziato viene espunto dall’ordinamento come se non fosse mai esistito<sup>5</sup>.

Tale opera di eliminazione, però, non è completa. L’impostazione tradizionale, seguita anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza citata, afferma che la retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale non può comportare l’eliminazione dei c.d. rapporti esauriti. Con la formula “rapporti esauriti” si fa

---

<sup>2</sup> Sugli effetti della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale si segnalano, tra gli altri, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, *Prime riflessioni sulle possibili ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sul trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti*, Rel. 20/2014, 5 marzo 2014.; V. MANES – L. ROMANO, *L’illegittimità costituzionale della legge c.d. “Fini-Giovanardi”: gli orizzonti attuali della democrazia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 215 ss.; M. GAMBARDELLA, *La nuova disciplina in materia di stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 2014, supplemento al n. 9, 5-38. In particolare, sui rapporti con le sentenze passate in giudicato G. RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena*, in questa *Rivista*, 26 gennaio 2015.

<sup>3</sup> Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 4240, cit.: “discende, in definitiva, da tutte le considerazioni svolte il rigetto del ricorso, dovendosi ritenere esaurita, nel senso sopra precisato, la vicenda della detenzione subita dal ricorrente al momento della declaratoria di incostituzionalità della norma incriminatrice e, conseguentemente, non dovuta la riparazione per la detenzione patita”.

<sup>4</sup> Art. 30, comma III, legge n. 87 del 1953: “le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

<sup>5</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed., 2005, Milano, 487: “la perdita di efficacia va intesa nel senso che, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, la legge non può più trovare applicazione, diventa un vuoto guscio che non può più spiegare i suoi effetti, le norme dichiarate incostituzionali vengono, per così dire, espunte dall’ordinamento giuridico”.

riferimento agli effetti irreversibili che la disposizione costituzionalmente illegittima abbia già prodotto al momento in cui viene emanata la sentenza di accoglimento<sup>6</sup>.

In materia penale, per lungo tempo, si sono individuati i rapporti esauriti nel passaggio in giudicato della sentenza e nell'avvenuta espiatione della pena. Recenti arresti giurisprudenziali<sup>7</sup>, invece, hanno contribuito all'erosione del principio dell'intangibilità del giudicato<sup>8</sup> per cui, ad oggi, l'ultimo ostacolo alla caducazione retroattiva della normativa costituzionalmente illegittima è rappresentato dalla completa esecuzione della pena.

Il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione, quindi, può essere così brevemente riassunto: la declaratoria d'illegittimità costituzionale non travolge i rapporti esauriti; l'avvenuta esecuzione della pena è una "situazione esaurita"<sup>9</sup>, per cui la fase esecutiva resiste alla retroattività delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale; da ciò ne consegue che la limitazione della libertà personale non può dirsi indebita, perciò diviene inapplicabile l'art. 314 c.p.p. riguardante la riparazione per l'ingiusta detenzione. Quanto affermato non sembra, tuttavia, porsi al riparo da possibili considerazioni critiche.

### 3. Alla ricerca di una convivenza: il ripensamento della nozione di rapporti esauriti in ambito penale.

Come detto, l'elaborazione giurisprudenziale più recente ha portato a conclusione il processo di superamento del dogma dell'intangibilità del giudicato.

La *res iudicata*, in materia penale, ha al proprio interno due anime: una legata alla certezza del diritto<sup>10</sup> e, quindi, riguardante gli interessi della collettività, l'altra riferita

---

<sup>6</sup> *Ex multis*, T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit.; AA. VV., *Giustizia costituzionale*, II ed., 2007, Torino, 125 ss.

<sup>7</sup> Tra le altre, Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 7.5.2014), n. 18821, Ercolano, con nota di F. VIGANÒ, [Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola](#), in questa *Rivista*, 12 maggio 2014, e di M. BIGNAMI, [Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano](#), in questa *Rivista*, 16 maggio 2014; Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, (dep. 14 ottobre 2014), n. 42858, Gatto, con nota di G. ROMEO, [Le Sezioni Unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di una pena "incostituzionale"](#), in questa *Rivista*, 17 ottobre 2014, e di S. RUGGERI, [Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 1/2015, p. 31 ss.

<sup>8</sup> G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., 2: "l'estrema attualità del tema, del resto, è testimoniata dalle numerose pronunce delle Corti, nazionali e sovranazionali, che, negli ultimi anni, hanno intessuto un fitto "dialogo" sulla "resistenza" del giudicato; dopo essere divenuta permeabile alle esigenze di giustizia "convenzionale", la "roccaforte" del giudicato è stata "espugnata" anche nella dimensione, per certi aspetti inedita, del trattamento sanzionatorio, con l'affermazione di un potere di "rideterminazione" della pena post-giudicato". Nello stesso senso C. SCACCIAOCE, *La retroattività della lex mitior nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 1, disponibile su [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

<sup>9</sup> Così Cass., Sez. IV, 16 dicembre 2016, n. 4240, cit.

<sup>10</sup> S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. pen.*, 2013, n.2, 6: "l'essenza della cosa giudicata null'altro è che "la ratio stessa dell'esistenza del processo", che, appunto perché tale, a un certo punto deve concludersi

all'impianto garantistico del reo, che viene così posto al riparo da un possibile *bis in idem*<sup>11</sup>.

La valorizzazione di questo secondo aspetto, più strettamente legato alla figura del reo, ha dato il via ad un ripensamento circa la forza del giudicato penale.

In particolare, la giurisprudenza nazionale si è confrontata con sentenze di condanna passate in giudicato emanate sulla base di un impianto normativo viziato poiché costituzionalmente illegittimo<sup>12</sup>. Ci si è chiesti, quindi, se nel nostro ordinamento vi possa essere spazio per una pena considerata "illegale".

Al riguardo, in ambito penale l'esecuzione della pena comporta la compromissione di un diritto fondamentale ed inviolabile quale la libertà personale. Tale compromissione è ammissibile solo ove abbia piena base legale (artt. 13 e 25 Cost.) ed assolva alla funzione rieducativa (art. 27 Cost.). Il venir meno della legalità della pena incide su entrambi gli aspetti indicati. Le tensioni tra il principio di certezza del diritto e l'invulnerabilità della libertà personale debbono essere risolte nel senso di far prevalere la seconda sul primo. L'intangibilità del giudicato, quindi, deve necessariamente arretrare ove sia necessario rimediare all'imposizione di una pena illegale<sup>13</sup>. In tali casi la sentenza, ancorché passata in giudicato, viene travolta, in tutto od in parte, dalla retroattività degli effetti derivanti dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale<sup>14</sup>.

Secondo tale ricostruzione, quindi, il passaggio in giudicato della sentenza non costituisce più un rapporto esaurito insensibile all'illegittimità costituzionale e ciò in virtù del preminente peso attribuito dalla nostra Carta fondamentale al valore della libertà personale.

Siffatta impostazione sembra un valido punto di partenza anche con riferimento all'avvenuta espiazione della pena. Come detto, l'art. 27 Cost. delinea la funzione

---

definitivamente – in quanto è "più importante che la sentenza sia definitiva, anche se ingiusta, piuttosto che la lite possa continuare in eterno".

<sup>11</sup> S. FURFARO, cit., 7: "il giudicato penale, diversamente da quello civile, semmai prima lo è stato, non è più configurabile secondo lo schema della decisione destinata a regolare in via definitiva un rapporto giuridico sottostante ma, più concretamente, come pura e semplice definizione dell'iter processuale che consente l'attuazione del principio del *ne bis in idem*: questa è la realtà dell'oggi, per cui, esso, in quanto tale, non costituisce né un principio, né una garanzia e, come anche recentemente messo in luce, prescinde pure dalla possibilità di aggancio a qualsiasi disposizione fondamentale cui attingere per ritenerlo tale. Infatti, non è il giudicato penale in sé ad avere un valore rilevante. Esso null'altro è che una situazione-presupposto affinché un principio si manifesti e una garanzia si esprima. Solo a seguito del giudicato, infatti, si realizza quel divieto del *bis in idem*, assunto a valore fondamentale dal collegamento del principio di non colpevolezza di cui all'art. 27, co. 2, Cost."

<sup>12</sup> In particolare: la sentenza Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, cit., si è occupata di una disposizione interna costituzionalmente illegittima per contrasto con l'art. 7 CEDU rilevante quale norma interposta *ex art.* 117 Cost.; la sentenza Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, cit., riguarda l'illegittimità costituzionale di una disposizione per contrasto con gli artt. 3, 25, II c., e 27, III c., della Costituzione.

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, cit., p. 14: "s'impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo".

<sup>14</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, cit., p. 13: "vi sono argomenti di innegabile solidità che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima".

rieducativa della pena. Certamente la rieducazione deve essere la bussola che guida l'intera fase esecutiva. Alcuni dubbi rimangono, invece, quanto al riflesso, sulla predetta finalità, di vicende successive all'avvenuta espiazione della sanzione comminata con la sentenza di condanna. Ci si interroga, in particolare, su quale possa essere la funzione di una pena già espia, ma ritenuta illegale.

L'accertamento della illegalità di una pena ancora in esecuzione comporta il venir meno dell'intento rieducativo. Alla stessa conclusione dovrebbe giungersi ove la pena già espia venga considerata illegale. La finalità rieducativa, in questo senso, diviene parte del *patrimonio di esperienze* del reo. Il condannato accetta di essere sottoposto ad una pena, ed alla conseguente limitazione della libertà personale, in virtù della tendenza alla rieducazione della stessa. L'accertamento dell'illegalità della sanzione, però, rischia di frustrare tale processo di "metabolizzazione" della restrizione della libertà personale patita dal reo. Così come uno Stato democratico non può tollerare l'esecuzione di una pena *medio tempore* riconosciuta come illegale, sembra del pari intollerabile l'avvenuta limitazione della libertà personale della quale si constati successivamente l'illegittimità costituzionale<sup>15</sup>.

Il rischio è che il reo rivaluti la sua esperienza punitiva alla luce del sopravvenuto intervento della Corte costituzionale con cui venga dichiarata l'illegalità della sanzione subita. Una tale considerazione non può che determinare un esito negativo: il soggetto finirebbe per percepire quella pena come ingiusta e, perciò, non più idonea ad assolvere la funzione rieducativa costituzionalmente prevista dall'art. 27, III c. Cost. La percezione della pena come illegale potrebbe avere l'effetto di alimentare, in capo al reo, quel sentimento di ribellione al comando che, invece, l'aspetto special-preventivo della pena mira ad eliminare<sup>16</sup>.

L'obiettivo della "risocializzazione" – inteso come "offerta di ausilio finalizzata a rimuovere gli ostacoli che si frappongono ad un inserimento sociale (...) da parte di un soggetto che ha già delinquito"<sup>17</sup> – diviene difficilmente perseguibile nel momento in cui si comunica apertamente al reo che la pena da lui scontata è illegale.

Sin qui sono state esposte ragioni di giustizia sostanziale che dovrebbero imporre un ripensamento circa la qualificazione dell'avvenuta espiazione della pena come "rapporto esaurito" impermeabile alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una

---

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, cit., p. 13: "l'istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. "situazione esaurita", che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all'esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale".

<sup>16</sup> Sulle diverse funzioni della pena si richiama F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale – Parte generale*, XVI ed., 2003, Milano, 675 ss., in particolare 680: "per "funzione della pena" si intende l'azione o, meglio, l'efficacia della pena: in altri termini, gli effetti che produce (...). La prevenzione, a sua volta, si distingue in generale e speciale. Per prevenzione generale si intende l'efficacia che la pena esercita sulla generalità o massa dei sudditi per trattenerla dal commettere reati; per prevenzione speciale, invece, l'efficacia che la pena esplica sul singolo individuo che ha commesso il reato per far sì che non torni a violare la legge penale".

<sup>17</sup> G. FIANDACA, *Il 3° comma dell'art. 27*, in *Commentario alla Costituzione - Rapporti Civili. Art. 27 – 28*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna, 1991, 222 ss.

disposizione incriminatrice. Nello stesso senso vanno evidenziate una serie di ragioni logico-giuridiche che dovrebbero portare alla medesima conclusione.

Al riguardo, come detto, la giurisprudenza costituzionale tradizionale afferma l'intangibilità dei rapporti esauriti in seguito ad una sentenza di accoglimento della Corte costituzionale. La stessa nozione di "rapporti esauriti" sembra contenere la soluzione al quesito cui si sta cercando di fornire una risposta. In particolare, questi sono stati definiti quali "(*rapporti*) ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, e conseguentemente non più suscettibili di alcuna azione o rimedio"<sup>18</sup>.

Già da tale affermazione, quindi, il rapporto può considerarsi esaurito sino a che non sia apprestato, dal legislatore, uno strumento che consenta di *rimediare* e, in un certo senso, *tornare indietro nel tempo*<sup>19</sup>. Con riferimento all'illegittima restrizione della libertà personale tale strumento sembra potersi rinvenire nella riparazione per ingiusta detenzione (art. 314 c.p.p.).

L'istituto in esame, infatti, viene considerato applicabile in tutte le ipotesi di detenzione che, in seguito ad un accertamento *ex post*, siano da considerare indebite<sup>20</sup>.

In particolare, la disposizione in esame disciplina le ipotesi in cui l'ordinanza di custodia cautelare, applicata in virtù di un provvedimento legittimo, perde il proprio fondamento giuridico per effetto di vicende successive, quali l'emanazione di una sentenza definitiva di proscioglimento (art. 314, cc. I e III, c.p.p.) o l'accertamento irrevocabile dell'inesistenza dei requisiti previsti dagli artt. 273 e 280 c.p.p. (art. 314, II c., c.p.p.). Da ciò ne consegue l'insorgere, in capo al ristretto, di una pretesa indennitaria nei confronti dello Stato<sup>21</sup>.

In tal caso, quindi, il valore fondamentale dell'inviolabilità della libertà personale giustifica la sostanziale caducazione di una misura custodiale già applicata che, per effetto di vicende successive, viene percepita come "ingiustificata" fin dall'origine, e perciò rimediabile tramite la corresponsione di una somma di denaro.

Tale impostazione, inoltre, sembra non essere smentita dal dettato del V c. della disposizione in esame, riconducibile al fenomeno fisiologico<sup>22</sup> della successione di leggi

---

<sup>18</sup> Corte costituzionale, sent. n. 59 del 1967.

<sup>19</sup> Ciò è confermato da G. ZAGREBELSKY, come riportato in AA. Vv., *Giustizia costituzionale*, cit., 126: "la definizione di rapporto esaurito non è problema da risolvere alla stregua del diritto costituzionale, bensì della legislazione ordinaria che, regolando i poteri ed i rapporti giuridici che possono venire a esistenza nei diversi settori dell'ordinamento, determina il loro esaurimento".

<sup>20</sup> Corte costituzionale, sent. n. 219 del 2008: "Tramite tale disposizione, il legislatore ha mostrato la volontà di attrarre nell'area della riparazione ipotesi che esulano dalla erroneità del provvedimento giurisdizionale posto a base della detenzione, per abbracciare casi recanti una «oggettiva lesione della libertà personale, comunque ingiusta alla stregua di una valutazione *ex post*» (sentenze n. 413, n. 231 e n. 230 del 2004; n. 446 del 1997). Nel contempo, è stato analiticamente configurato un istituto, che si presta, quanto alle modalità applicative, ad essere esteso ad ogni ulteriore ipotesi che si rivelasse costituzionalmente imposta".

<sup>21</sup> Sulla ricostruzione della natura dell'istituto della riparazione per l'ingiusta detenzione si veda M.G. COPPETTA, *La riparazione per l'ingiusta detenzione: punti fermi e disorientamenti giurisprudenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1315 ss.

<sup>22</sup> Per una puntuale ricostruzione delle differenze tra gli effetti derivanti dalla successione di leggi penali nel tempo ("fenomeno fisiologico") e la sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale ("evento di patologia normativa") si richiama G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., 7.

penali nel tempo. In tale ipotesi, infatti, il provvedimento cautelare è immune da vizi. La sopravvenuta *abolitio criminis*, quindi, non fa venir meno la legittimità della restrizione subita durante la vigenza della precedente normativa. Tale conclusione, invece, non può valere ove, come nei casi precedentemente esaminati (art. 314, cc. I, II e III, c.p.p.), si accerti *ex post* l'inesistenza di un presupposto cautelare. Ciò rende l'avvenuta compressione della libertà personale *ab origine* illegittima.

In questo senso, il diritto alla riparazione per l'ingiusta detenzione patita pare avere un ambito di applicazione più ampio dello stesso dettato di cui all'art. 314 c.p.p.<sup>23</sup>. La citata pretesa riparatoria, quindi, sorge per il semplice fatto di aver subito una compressione della libertà personale slegata dal dato normativo, e perciò non dovuta, indipendentemente dal titolo in virtù del quale si è stati detenuti e dall'esito del relativo giudizio (sentenza di condanna od assoluzione).

Ad ulteriore sostegno della natura cangiante della nozione di "rapporti esauriti", che finisce per dipendere dagli istituti di volta in volta introdotti dal legislatore, la giurisprudenza costituzionale afferma la relatività del principio di intangibilità degli effetti derivanti da rapporti esauriti ove vengano in gioco principi costituzionali sanciti nella Carta fondamentale<sup>24</sup>. In tal senso, venendo in questione un valore quale la libertà personale, costituzionalmente definita come diritto inviolabile della persona umana, pare potersi affermare la derogabilità del menzionato principio di intangibilità.

---

<sup>23</sup> Corte costituzionale, sent. n. 219 del 2008: "Non è infatti costituzionalmente ammissibile, sotto tale profilo, che l'incidenza che la custodia cautelare ha esercitato sul bene inviolabile della libertà personale dell'individuo, nella fase anteriore alla sentenza definitiva, possa venire apprezzata con esclusivo riferimento all'esito del processo penale, e per il solo caso di assoluzione nel merito dalle imputazioni. Se, infatti, un sacrificio della libertà personale vi è stato durante la fase della custodia cautelare, il meccanismo solidaristico della riparazione non può che attivarsi anche per tale caso, quale che sia stato l'esito del giudizio, e pertanto anche ove sia mancato il proscioglimento nel merito. È, per tale ragione, palesemente privo di ragionevolezza che il legislatore pretenda di apprezzare la ricorrenza delle condizioni necessarie ai fini della riparazione alla luce dell'esito della vicenda processuale concernente il merito dell'imputazione, e non già della sola lesione verificatasi durante l'applicazione della misura custodiale".

Nello stesso senso, P. SPAGNOLO, *La riparazione per ingiusta detenzione: verso una tutela sostanziale del diritto alla libertà personale*, in *La legislazione penale*, 11/2017, disponibile su [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu); G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, V ed., 2010, Padova, pp. 473-474: "fissando l'esigenza della riparazione (...) nel caso dell'ingiusta detenzione, il legislatore delegante (...) ha lasciato intendere con chiarezza di voler allargare l'orbita di incidenza della procedura riparatoria ad ogni forma di detenzione che, traendo origine da una vicenda giudiziaria penale, pur senza derivare da una sentenza passata in giudicato, dovesse risultare ingiusta".

<sup>24</sup> Corte costituzionale, sent. n. 26 del 1969: "il diverso problema dell'efficacia retroattiva delle sentenze di annullamento dev'essere affidato per la soluzione nei casi concreti ai giudici di merito, secondo la Corte ha ripetutamente affermato (...). Una competenza della Corte al riguardo potrebbe sorgere solo ove siano invocabili principi, consacrati nel testo costituzionale o in esso impliciti, dai quali si argomenta l'esigenza di derogare al criterio generalissimo enunciato della intangibilità degli effetti derivati da rapporti esauriti".

#### 4. Cenni di una possibile convivenza: Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 12 maggio 2017, n. 2.

A conferma della ricostruzione sin qui delineata viene esposta una vicenda che ha occupato di recente la giurisprudenza amministrativa. La soluzione cui è pervenuta l'Adunanza plenaria sembra sostanzialmente sovrapponibile alla questione penalistica qui tratteggiata. Dal lato penalistico ci si trova a confrontarsi con gli effetti derivanti da una declaratoria di illegittimità costituzionale e la possibilità di "restituire" il frammento di libertà personale indebitamente sottratto in virtù della disposizione impugnata. Dal lato amministrativistico, nell'ambito del settore dei contratti pubblici, la questione riguarda l'interazione tra gli effetti della declaratoria d'illegittimità di una avvenuta aggiudicazione e la possibilità di far ottenere al legittimo aggiudicatario il guadagno ingiustamente corrisposto ad altri in virtù del contratto concluso, a valle della gara, e portato integralmente ad esecuzione.

Il supremo consesso amministrativo, seppur in veste di giudice dell'ottemperanza, si è occupato di una peculiare vicenda di cui pare opportuno ricostruirne brevemente i tratti salienti.

L'amministrazione, al termine di una procedura di aggiudicazione, individua come aggiudicatario il soggetto X, procedendo all'esclusione del soggetto Y. Quest'ultimo impugna l'aggiudicazione ottenendo, dal TAR territorialmente competente, il ribaltamento dell'esito di gara. L'amministrazione, in esecuzione della citata pronuncia, aggiudica la gara al soggetto Y. Si procede così alla stipula del contratto che viene integralmente portato ad esecuzione. Soltanto in un momento successivo, al termine del giudizio di secondo grado, viene definitivamente accertata la legittimità del primo provvedimento di aggiudicazione, nei confronti del soggetto X, e quindi l'erroneità della sentenza del TAR. Tale soggetto agisce per richiedere il risarcimento del danno dovuto all'impossibilità di ottenere l'esecuzione in forma specifica del giudicato di secondo grado, che sarebbe consistita nell'aggiudicazione della gara e conseguente subentro nel contratto che, però, *medio tempore* è stato interamente eseguito. L'Adunanza plenaria riconosce al ricorrente l'equivalente monetario del "bene della vita di cui è stata riconosciuta la spettanza" senza che, al riguardo, sia stata considerata di ostacolo l'avvenuta integrale esecuzione del contratto ed il corrispondente pagamento per quanto realizzato da parte dell'illegittimo aggiudicatario<sup>25</sup>.

Come detto, la vicenda esposta sembra sostanzialmente sovrapponibile alla questione penalistica qui esaminata. L'aggiudicazione e la stipula del contratto in

---

<sup>25</sup> Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 2 del 2017, Pres. Patroni Griffi, Est. Giovagnoli, par. 9: "viene così in rilievo un rimedio che assume una connotazione tipicamente compensativa: una sorta, in altri termini, di ottemperanza per equivalente (già conosciuta, del resto, nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella del 2011) che sostituisce l'ottemperanza in forma specifica nei casi in cui questa non sia più possibile. Essa si traduce nel riconoscimento dell'equivalente in denaro del bene della vita che la parte vittoriosa avrebbe avuto titolo di ottenere in natura in base al giudicato. Si ha, quindi, un rimedio alla impossibilità di esecuzione in forma specifica della sentenza, in un'ottica, per l'appunto, "rimediale" della tutela, quale si è andata delineando a partire dalle sentenze n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 della Corte costituzionale".



esecuzione della sentenza del TAR si pongono sul medesimo piano della detenzione subita dal reo in esecuzione della sentenza di condanna passata in giudicato.

L'accertamento definitivo dell'illegittimità dell'aggiudicazione può equipararsi alla dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della normativa<sup>26</sup>, da cui ne consegue il mutamento della cornice edittale<sup>27</sup>. In virtù dell'aggiudicazione si è concluso ed eseguito un contratto. In base alla normativa costituzionalmente illegittima si è emanata ed eseguita una sentenza di condanna.

Il venir meno dell'aggiudicazione fa sorgere l'esigenza di rimediare a quanto accaduto tramite l'ottemperanza in forma specifica (nuova aggiudicazione e subentro nel contratto) o, qualora questa non fosse possibile, con l'ottemperanza per equivalente (la corresponsione del corrispondente monetario del bene della vita di legittima spettanza ed ulteriori danni)<sup>28</sup>. Allo stesso modo, la caducazione della normativa impugnata, ed il conseguente mutamento della cornice edittale, comporta la rideterminazione della pena ed immediata liberazione, ove il reo sia ancora *in vinculis*. Ove, invece, la fase esecutiva sia terminata dovrebbe procedersi, tramite l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, alla restituzione per equivalente del frammento di libertà personale illegittimamente "sottratto".

Ulteriore somiglianza si ha nella qualificazione in termini oggettivi della responsabilità dell'Amministrazione. La riparazione per equivalente in materia di contratti pubblici, infatti, risulta operante a prescindere dal dolo o colpa

---

<sup>26</sup> La sentenza di annullamento di un provvedimento amministrativo, infatti, produce il medesimo effetto di caducazione retroattiva delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale. In particolare, R. CHIEPPA – R. GIOVAGNOLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, III ed., 2017, Milano; E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo*, XII ed., 2010, Milano, 902: "le sentenze costitutive di annullamento (...) sono caratterizzate dai seguenti effetti: - eliminatorio e, cioè di rimozione in tutto o in parte dell'atto e dei suoi effetti (...); - ripristinatorio: la sentenza ricostruisce automaticamente la situazione giuridica come si sarebbe realizzata se l'atto non fosse mai stato posto in essere".

<sup>27</sup> Non si può tacere che, in una scala gerarchica di possibili vizi individuati dall'ordinamento, l'illegittimità costituzionale si ponga al vertice e l'illegittimità per mera violazione di legge ad un grado inferiore. Per cui, se il più contiene il meno, le medesime conseguenze ed i medesimi rimedi operanti nel caso di illegittimità "ordinaria" dovranno risultare perlomeno operanti anche nel più grave caso di illegittimità costituzionale.

<sup>28</sup> Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 2/2017, par. 22: "nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto)".

dell'amministrazione<sup>29</sup>. Nello stesso senso, la riparazione per l'ingiusta detenzione opera indipendentemente da qualunque addebito soggettivo in capo all'amministrazione<sup>30</sup>.

Nelle considerazioni dell'Adunanza plenaria non si è fatta questione alcuna circa la possibile considerazione dell'avvenuto pagamento, da parte dell'amministrazione verso l'illegittimo aggiudicatario, alla stregua di rapporto esaurito. Ciò diviene ancor più rilevante in un settore come il diritto amministrativo ove è maggiormente percepita l'esigenza di certezza dei rapporti<sup>31</sup>. Il denaro, entità materiale e tangibile, infatti è sempre ripetibile, attraverso l'imposizione di un *ri-trasferimento* contrario al precedente. Tramite l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione si è resa rimediabile anche l'illegittima compressione della libertà personale che, non potendo essere restituita in natura, diviene restituibile per equivalente monetario<sup>32</sup>.

L'aver statuito, nell'ambito amministrativistico degli appalti, che la mancata aggiudicazione ed esecuzione del contratto ha come rimedio la corresponsione dell'equivalente monetario dovrebbe portare alla medesima conclusione in ambito penalistico, dove non viene in gioco un interesse meramente economico bensì un diritto fondamentale, costituzionalmente definito come inviolabile, quale la libertà personale. Il mancato riconoscimento della riparazione per ingiusta detenzione in siffatti casi, infatti, rischierebbe di invertire la scala di valori desumibile dalla Carta fondamentale.

## **5. segue: orientamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di applicazione della continuazione nella fase esecutiva.**

Una recente pronuncia della Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, fornisce una ulteriore argomentazione a sostegno della possibilità di rimediare ad una indebita restrizione della libertà personale anche quando sia terminata la fase esecutiva della pena<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 2 del 2017, par. 19: "le sopra evidenziate caratteristiche in termini "oggettivi" della responsabilità delineata dall'art. 112, comma 3, c.p.a., peraltro, è coerente con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, in materia di mancata aggiudicazione di un contratto d'appalto. Secondo la giurisprudenza comunitaria, in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria; le garanzie di trasparenza e di non discriminazione operanti in materia di aggiudicazione dei pubblici appalti fanno sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consente all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione (Corte di giustizia, Sez. III, 30 settembre 2010, C-314/09, Stadt Graz)".

<sup>30</sup> G. CONSO – V. GREVI, *Compendio di procedura penale*, cit. 473. A conferma di tale impostazione si sottolinea che la riparazione per l'ingiusta detenzione dà luogo ad un indennizzo, che richiama alla mente la figura civilistica del danno da atto lecito, e non ad una pretesa risarcitoria, che invece presuppone l'illiceità della condotta.

<sup>31</sup> Al riguardo, basta richiamare la previsione di un termine d'impugnazione decadenziale (60 giorni) per far valere l'illegittimità dei provvedimenti emanati dall'Amministrazione.

<sup>32</sup> In questo senso potrebbe parlarsi di un procedimento di progressiva *reificazione* della libertà personale.

<sup>33</sup> Cass., Sez. un., 26 febbraio 2015, (dep. 28/5/2015), n. 22471, Pres. Santacroce, Rel. Fumo.

In particolare, tale sentenza si occupa degli effetti derivanti dalla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, valutati sotto la diversa prospettiva del possibile mutamento di pena prevista per le ipotesi di reato continuato<sup>34</sup>. Per quanto qui di interesse, la Corte afferma la necessità di procedere ad una rivalutazione degli aumenti di pena previsti per i reati-satellite, concernenti “droghe leggere”, che tenga conto del mutamento della relativa cornice edittale, in senso più favorevole, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale 32/2014.

Quanto affermato può essere combinato con l’orientamento consolidato, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in merito alle modalità applicative della continuazione durante la fase esecutiva. La disciplina sul reato continuato, infatti, va applicata indipendentemente dalla fase processuale in cui si trovino i procedimenti riferiti alle singole componenti della citata figura unitaria<sup>35</sup>, anche ove sia estinta la pena prevista per uno dei reati-satellite. In tal caso l’interesse del reo è quello, tra gli altri, di imputare ad altra condanna la pena già espiata<sup>36</sup>.

Da quanto detto, quindi, potrebbe derivare il seguente scenario. Ove per un reato continuato vi sia stata la condanna, interamente scontata, ad anni 8 di reclusione (6 per il reato-base X, aumento di 2 per il reato-satellite Y riguardante droghe leggere), questa deve essere rimodulata tenendo conto della reviviscenza della previgente cornice edittale (possibile esito della rivalutazione: l’aumento di 2 anni per il reato satellite viene diminuito ad 1 anno) facendo sorgere, in capo al reo, un “credito sanzionatorio” pari al differenziale tra la pena originaria e quella risultante all’esito della nuova determinazione. Di tale credito si dovrà tenere conto ove, successivamente, venga imputato al medesimo soggetto altro reato-satellite (reato Z). Si decurterà quanto già

---

<sup>34</sup> Cass., Sez. un., 22471 del 2015, cit., 7: “la questione per la quale il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite può essere così riassunta: Se l’aumento di pena irrogato a titolo di continuazione per i delitti previsti dall’art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle “droghe leggere”, quando gli stessi costituiscono reati-satellite, debba essere oggetto di specifica rivalutazione, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, in conseguenza della reviviscenza della precedente disciplina, determinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014”.

<sup>35</sup> In questo senso, in particolare, Cass., sez. I, sentenza/ordinanza 17 gennaio 2017, (dep. 15/2/2017), n. 7367, Pres. Di Tomassi, Rel. Magi, 16: “si tratta, ad avviso del Collegio, di ulteriore conferma circa l’aspetto qui proposto, rappresentato dal fatto che l’istituto della continuazione, nei suoi tratti normativi essenziali, non può atteggiarsi in maniera diversa in ragione della ‘localizzazione processuale’ della sua verifica e riconoscimento, sia essa in cognizione o in esecuzione, pena la violazione del principio di legalità di cui all’art. 25 Cost. e della parità di trattamento di situazioni analoghe di cui all’art. 3 Cost., con la conseguenza di escludere in radice la validità della opzione interpretativa ‘specializzante’ richiamata dall’orientamento interpretativo qui contrastato”.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, 6 novembre 2013, (dep. 25/11/2013), n. 46975, Pres. Giordano, Rel. Vecchio, p. 3: “la giurisprudenza prevalente – e anche più recente – di questa Corte suprema di cassazione è, ormai, orientata nel senso del riconoscimento dell’interesse del condannato al riconoscimento della continuazione pur nel caso della estinzione delle pene irrogate per i relativi reati «non solo al fine di poter imputare ad altra condanna la pena eventualmente scontata oltre i limiti risultanti dalla rideterminazione della pena effettuata ai sensi dell’articolo 671 c.p.p., ma anche al fine di escludere o limitare gli effetti penali della condanna in tema di recidiva e di dichiarazione di abitudine o professionalità nel reato, come pure di consentire (in assenza di precedenti condanne ostative) la concessione della sospensione condizionale in caso di ulteriore eventuale condanna”.

indebitamente espiato, in virtù della precedente condanna, dall'aumento di pena previsto per il nuovo frammento dell'illecito continuato.

Tale ipotesi sembra simile a quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità ove si abbia una restrizione che, in seguito alla causa estintiva sopravvenuta (amnistia o indulto), rimanga *sine titulo* salvo poi venire imputata ad altra condanna<sup>37</sup>. Il frammento di libertà personale indebitamente sottratto non viene qualificato come "rapporto esaurito" insensibile alle vicende sopravvenute, bensì viene riutilizzato per diminuire la pena ancora da scontare. Nel medesimo senso, l'illegittimità costituzionale di una disposizione che determina l'illegalità della pena espiata dovrebbe portare ad identica conclusione: imputare la restrizione già sofferta a una nuova fattispecie facente parte dello stesso reato continuato.

In questo caso, a fronte di una indebita detenzione si ottiene una "reintegrazione in forma specifica", consistente nel decurtare dalla pena futura quella già scontata. Da ciò dovrebbe derivare che, ove non venga commesso alcun reato, si possa comunque ottenere la "riparazione per equivalente", nella forma di indennizzo per ingiusta detenzione, per l'illegittima restrizione della libertà personale. Una diversa soluzione sembrerebbe contrastante con il principio di parità di trattamento (art. 3 Cost.).

## 6. Riflessioni conclusive.

Alla luce di quanto sin qui detto, in virtù della rilevanza costituzionale attribuita al "bene" libertà personale, sembra opportuno un ripensamento circa l'inoperatività della riparazione per ingiusta detenzione nel caso di pena, già espiata, di cui sia accertata l'illegalità in un momento successivo al termine della fase esecutiva.

Ciò poiché la detenzione indebitamente subita non può considerarsi "rapporto esaurito" in quanto, nella ricostruzione qui delineata, lo stesso istituto riparatorio costituirebbe strumento idoneo a rimediare all'ingiusta restrizione. Tale affermazione pare sostenibile anche alla luce di recenti orientamenti del Consiglio di Stato e della Suprema Corte di Cassazione.

Il giudice amministrativo ha affermato che la retroattività dell'illegittimità di una aggiudicazione finisce per travolgere anche i pagamenti già effettuati in virtù della completa esecuzione del contratto concluso a valle della procedura di gara. Per cui, se lo spostamento monetario indebito non va considerato "rapporto esaurito" e, quindi, viene travolto dalla caducazione dell'aggiudicazione, alle medesime conclusioni dovrebbe giungersi in tema di libertà personale e di conseguenze derivanti dalla declaratoria d'illegittimità costituzionale della disposizione in base alla quale si è subita l'indebita restrizione.

Quanto alla giurisprudenza ordinaria di legittimità, si è esaminata la peculiare operatività dell'istituto della continuazione nella fase esecutiva (artt. 81 c.p. e 671 c.p.p.),

---

<sup>37</sup> *Ex multis*, Cass., Sez. V, 9 settembre 2015, (dep. 6/10/2015), n. 40150, Pres. Palla, Rel. Micheli, e Cass., Sez. I, sent. n. 46975/2013, cit.

che viene applicato anche ove la pena per un reato-satellite sia estinta imputando, in tal caso, la detenzione già subita ad altra condanna. Così facendo viene a riconoscersi, in capo al reo, una reintegrazione in forma specifica per la lesione della libertà personale. Allo stesso modo, ove tale rimedio non sia applicabile per l'assenza di altri reati, dovrebbe operare l'indennizzo per l'ingiusta detenzione, per come delineata dalla giurisprudenza costituzionale già citata, diretta a rimediare a qualunque ipotesi di indebita carcerazione.

Come si ricava dall'elaborazione scientifica civilistica, infatti, dall'art. 2058 c.c.<sup>38</sup> ne deriva che, ove la reintegrazione in forma specifica sia impossibile, risulta operante la riparazione per equivalente. Nel caso di specie, l'impossibilità è dovuta all'assenza di altri reati, in quanto viene a mancare un'ulteriore condanna da cui poter decurtare la detenzione già patita, per cui l'unica soluzione possibile sembra, come detto, quella dell'attribuzione di un equivalente monetario (314 c.p.p.) e non già la qualificazione dell'indebita restrizione quale mera "vicenda esaurita".

---

<sup>38</sup> Rubricato "Risarcimento in forma specifica", l'art. 2058 c.c. dispone che "il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".

Sui rapporti esistenti tra la reintegrazione in forma specifica e la riparazione per equivalente, nel senso di piena parità senza alcun ordine gerarchico, si richiama A. MONTANARI, *Il risarcimento in forma specifica e la rilevanza giuridica dell'attività di compensazione del danno*, in *Europa e dir. priv.* 2013, 02, 509: "il ricorso al risarcimento in forma specifica anziché al risarcimento per equivalente risulta assoggettato ai limiti dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità. Diversamente dalla prestazione di dare la somma di denaro, la quale innesca – com'è noto – la responsabilità «incondizionata» del debitore, la prestazione di *facere* soffre, infatti, il limite dell'impossibilità totale o parziale per ragioni, per così dire, di fatto (ad es. l'impossibilità di reperire il bene uscito di produzione). L'impossibilità va intesa, in adesione alla migliore civilistica, in senso oggettivo e relativo, dovendosi guardare all'oggettiva possibilità di ripristino del bene unita all'effettiva possibilità da parte del responsabile, il quale, sulla scorta delle proprie competenze, ben potrebbe realizzare ciò che viceversa risulta impossibile ad altri".