

**IL GIUDICE DI CIVIL LAW DAVANTI ALLA FONTE GIURISPRUDENZIALE.
CONSIDERAZIONI INATTUALI SULL'(IN)EFFETTIVITÀ DEL RIMEDIO
DI CUI ALL'ART. 35 TER O.P. ALLA LUCE DI DUE RECENTI ORDINANZE
DEL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA DI PISA^(*)**

Commento a [Mag. Sorv. Pisa, ord. 28 giugno 2017, n. 1952/2017 SIUS, Giud. Merani](#)
e a [Mag. Sorv. Pisa, ord. 22 settembre 2017, n. 4855/2016 SIUS, Giud. Degl'Innocenti](#)

di Sofia Ciuffoletti

*Il letto è il posto più pericoloso del mondo:
vi muore l'ottanta per cento della gente.
(Mark Twain)*

SOMMARIO: 0. Le ordinanze. Compendio breve. – 1. Il paradosso di Ross. – 2. Al cuore del problema. Letto, dignità, diritti. – 3. Protezione multilivello dei diritti e principio di sussidiarietà. 4. Leggere *Muršič* senza dimenticare *Ananyev*. – 5. Antropologia minima sul letto. – 6. *Reductio ad tria*. Le “altre” condizioni negative e i confini della disumanità e della degradazione. – 7. *Perpetuatio iurisdictionis e translatio iudicii*. Un nuovo fronte di “attualità” – 8. Non attualismo debole vs. inattualismo forte. Le istanze provenienti da persone detenute sulla base di un titolo diverso da quello cui si riferisce il pregiudizio. – 9. Della natura incerta delle cose. Monetizzazione o rimedio in forma specifica, risarcimento o indennizzo. – 10. Conclusione.

0. Le ordinanze. Compendio breve.

Le ordinanze in commento, rese a distanza di pochi mesi l'una dall'altra dal magistrato di sorveglianza di Pisa (giudicante Merani e giudice Degl'Innocenti), affrontano con identica argomentazione, il tema del computo del letto e del mobilio fisso all'interno del calcolo della superficie minima disponibile, ai fini dell'accertamento della lesione del bene protetto dall'art. 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in caso di sovraffollamento penitenziario e condizioni detentive.

Compendiando sinteticamente l'argomentazione del giudice pisano, il fulcro di entrambe le ordinanze risiede nella ricerca della giurisprudenza europea consolidata

* L'Autrice ringrazia – per aver letto, criticato e commentato questo testo e per aver condiviso considerazioni e ricerca su questi temi – Emilio Santoro, Luca Minniti, Daniela Ranalli, Gianmarco Gori, Michele Passione, Giuseppe Caputo, Rosaria Piroso, nonché il gruppo di *Altro diritto* che costituisce, infine, il pungolo costante per la ricerca intorno al passaggio “dal diritto ai diritti”.

sul punto, rintracciata nella sentenza di Grande Camera, *Muršić v. Croatia*¹. Di questa giurisprudenza viene valorizzato l'assunto per cui «per calcolare la superficie minima di spazio personale da assegnare a un prigioniero nella cella collettiva, non deve calcolarsi quella del bagno ma deve includersi lo spazio occupato dai mobili»² (letto compreso, come si affretteranno a chiarire le ordinanze in commento).

Questo “principio fondamentale” è elevato a paradigma interpretativo da opporre alla pur citata sentenza di Cassazione, sez. I, 9.9.2016, *Sciuto* (che, al contrario, impone all'interprete italiano di dedurre lo spazio occupato dal letto e dagli arredi fissi dal calcolo dello spazio personale disponibile) sulla base del fatto che tale decisione non è che una integrazione interpretativa, non definitivamente persuasiva, rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU.

A fondamento della natura consolidata della Grande Camera in *Muršić* si propone, da un lato, una ulteriore sentenza di Cassazione, sez. II, 10.3.2017, *Mocanu*, dall'altro una recente sentenza della stessa corte alsaziana (sezione semplice) che discute e risolve il tema del calcolo dello spazio personale disponibile.

Questo il cuore, comune, delle due ordinanze. Sulla base del principio del necessario computo dei letti e del mobilio fisso, entrambe le ordinanze procedono al calcolo della superficie disponibile, al fine di evidenziare i periodi in cui l'istante è stato ristretto in uno spazio personale in cella collettiva inferiore a 3 m². Mentre la prima ordinanza (giud. Merani) non rinviene alcun profilo di violazione, stante che «il reclamante ha sempre avuto a disposizione oltre 3 mq»³ e «non lamenta alcun altro fatto pregiudizievole al di là dello spazio assicuratogli in cella»⁴, il secondo provvedimento si trova a dover dare risposta alle altre lamentele opposte dal reclamante e relative alle ulteriori condizioni detentive, asseritamente contrarie all'art. 3 della Convenzione. Rigettando ogni questione, anche la seconda ordinanza si trova a fare i conti con il solo criterio spaziale, accertando la violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU nei soli periodi in cui l'istante è stato ristretto in meno di 3 m², al lordo del letto e degli arredi mobili.

Intorno al tema spaziale si diramano altre questioni, affrontate dai due giudicanti in maniera diversa e in relazione ai casi, fattualmente distinti, cui sono chiamati a dare risposta giurisdizionale.

Trattando il tema della natura giuridica del diritto derivante dall'art. 35 ter, l'una ordinanza (giudicante Merani) lo considera ordinario diritto risarcitorio, l'altra (giudicante Degl'Innocenti) sposa la posizione della Cassazione, sez. I, 10.1.2017, n. 834, *Gambardella*, escludendo, quindi, la natura di rimedio risarcitorio tipico del reclamo di cui all'art. 35 ter o.p.

La prima (in ordine cronologico) delle due ordinanze, inoltre, in un *obiter dictum*, discute della questione della scarcerazione *medio tempore* del reclamante, optando decisamente per la *translatio iudicii*. In questa stessa prospettiva e in sede

¹ *Muršić v. Croatia*, n. 7334/13, 20 ottobre 2016 [GC].

² Ordinanze in commento, entrambe, p.2.

³ Ordinanza n. 1952/2017 (giud. Merani), p. 4.

⁴ *Ibid.*

decisoria, l'ordinanza elide dall'oggetto della valutazione il periodo di detenzione (dal 2006 al 2012) definitivamente espiata e non ricompresa nell'esecuzione in atto del reclamante.

In merito al requisito dell'attualità e gravità del pregiudizio, infine, entrambe le ordinanze considerano che il rinvio, operato nella norma in parola, all'art. 69, comma 6, lett. b) serve unicamente a fissare le regole procedurali di cui all'art. 35 ter o.p., «ove il pregiudizio consistente nella violazione della norma europea deve evidentemente considerarsi sempre e di per sé “grave”, mentre l' “attualità” si riferisce all'esecuzione penale ‘in atto’»⁵; rigettano, quindi, (con una posizione che possiamo definire “non attualista”), la versione ermeneutica che richiede un pregiudizio attuale per poter accedere alla tutela di cui al rimedio in parola, ma mantengono il rinvio all'attualità declinata come “esecuzione penale in atto” (versione “debole” del non attualismo, come vedremo *infra*).

1. Il paradosso di Ross

Le due ordinanze in commento permettono, di riflettere intorno ad alcune questioni strettamente connesse con la protezione multilivello dei diritti, a partire dalla interpretazione convenzionalmente orientata, per arrivare al principio della Convenzione Europea dei Diritti Umani come “standard minimo di protezione dei diritti” nell'area del Consiglio d'Europa, ma soprattutto costituiscono un campo di osservazione (potremmo dire antropologico-giuridica) della reazione dei giudici di un paese a consolidata tradizione di *civil law* alla prima vera introduzione di quello che Guastini chiama il diritto giurisprudenziale⁶, all'interno dell'ordinamento italiano.

Riflettendo sulle fonti del diritto, Alf Ross scriveva che, per paradosso rispetto al nostro modo di intendere la tradizionale separazione tra *common law* e *civil law*, i giudici europeo-continentali sono portati a seguire il precedente giurisprudenziale più dei colleghi d'oltremontana e questo per la peculiare concezione del proprio ruolo tipica dell'ideologia normativa di riferimento. Mentre sulle spalle del giudice anglo-americano, infatti, grava il compito, ma anche la sfida, di adeguare il diritto ai cambiamenti della realtà sociale, il suo omologo continentale demanda «alla legislazione ogni tentativo di riforma [...]. Ne potrebbe risultare allora che egli, contro l'ideologia ufficiale, sia di fatto meno propenso a discostarsi dal precedente⁷».

L'art. 35 ter dell'ordinamento penitenziario, ossia la norma che ha introdotto nel sistema italiano il rimedio compensatorio richiesto dalla giurisprudenza di Strasburgo con il famoso giudizio pilota *Torreggiani et autres v. Italie*⁸, contiene al

⁵ *Ibid.*

⁶ R. GUASTINI, *Interpretare e Argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 325 e ss.

⁷ A. ROSS, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 2001, p. 86.

⁸ *Torreggiani et autres v. Italie*, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, 8 gennaio 2013.

proprio interno una direttiva per l'azione degli interpreti capace di minare le fondamenta della fede testualista dei giudici italiani.

«Quando il pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo* [corsivo mio] » recita infatti l'incipit del primo comma dell'articolo in questione. La breccia al cuore del normativismo ordinamentale italiano è aperta, resta da capire quanto effettiva sia, in termini di ideologia normativa condivisa, un'apertura alla vincolatività della fonte giurisprudenziale introdotta dalla fonte legislativa. Resta, insomma, da capire quanti giudici si avventureranno all'interno di tale breccia e con quali lenti ne percorreranno il crinale. Le due ordinanze (potremmo dire "gemelle") del magistrato di sorveglianza di Pisa accolgono il monito del legislatore del 2014 in maniera letterale e ci permettono di proporre una serie di considerazioni che aprono la prospettiva alla riflessione intorno al sistema della protezione dei diritti a livello domestico e internazionale.

Procediamo con ordine. Le ordinanze sono gemelle, nel senso che sposano una medesima lettura (e una medesima *ratio decidendi*) intorno al nodo interpretativo e argomentativo dei criteri di calcolo dello spazio personale disponibile all'interno della cella⁹, tema su cui si scontrano e (non) si compongono, come vedremo fra poco, due lealtà, uguali e contrarie, quella alla funzione nomofilattica della domestica corte di legittimità e quella, nuova e piuttosto inesplorata, alla giurisprudenza della corte alsaziana.

Le gemelle pisane, peraltro, come evidenziato nel compendio breve, prendono posizione su vari punti sollevati dal caso concreto che sono chiamate a decidere (o all'interno di *obiter dicta*) e sono quindi, nel complesso, capaci di restituire un quadro ampio delle questioni su cui dottrina e giurisprudenza (di merito e di legittimità) si sono trovate a discutere e riflettere, a partire dall'entrata in vigore del D.L. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni nella L. 11 agosto 2014, n. 117.

Ciò che ne risulta è una lettura strutturata e composita del sistema risarcitorio disegnato dall'art. 35 ter. Adottando un termine mutuato dalla teoria *glocal*¹⁰ potremmo dire una "lettura pisana" di Strasburgo.

⁹ Mi ostino a chiamare così quella che, con intento di meritoria (almeno nelle intenzioni) "pulizia" linguistica, la circolare del DAP del 31/03/2017, recante "Ridenominazioni corrette di talune figure professionali ed altro in ambito penitenziario", ribattezza "camera di pernottamento". Intendo attenermi alla previgente dicitura in ossequio a quel concetto di ecologia della mente di batesoniana memoria, almeno fino a quando la "cella" non diventerà effettivamente un luogo in cui passare la notte e il letto, per quel che interessa il presente commento, uno spazio in cui dormire o riposare e non uno spazio forzato di vita quotidiana.

¹⁰ Cfr. C.K. SHARMA, *Emerging Dimensions of Decentralisation Debate in the Age of Globalisation*, in *Indian Journal of Federal Studies*, 1/2009, pp. 47-65.

2. Al cuore del problema. Letto, dignità, diritti

Le due ordinanze sono gemelle quando affrontano il cuore del *thema decidendum*, che è identico nei due casi. Quando, in sostanza, discutono di detenzione disumana e degradante. Il cuore della questione, infatti, risiede nella decisione in ordine al conteggio o meno del letto e del mobilio fisso nel computo dello spazio personale disponibile per il ricorrente al fine di valutare il grado di severità della lesione dei beni tutelati dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Un affare, insomma, di dignità, diritti...e letti.

Con aperta professione di lealtà, il giudice delle ordinanze gemelle (con identità non solo d'*animus*, ma anche di formalizzazione testuale), riconosce il proprio vincolo nei confronti dei "criteri interpretativi" della Corte EDU in tema di valutazione della violazione dell'art. 3 CEDU. Tale vincolo è, infatti, imposto, *expressis verbis*, nella lettera dell'art. 35 ter o.p., d'altra parte arduo è il compito dell'interprete domestico che, da un parte è "letteralmente" obbligato a conformarsi ai criteri interpretativi del giudice di Strasburgo, dall'altro, come ricorda il magistrato di sorveglianza di Pisa, non sempre trova nella giurisprudenza alsaziana un faro sicuro e contenuti omogenei.

Come dimostra la vicenda dei riflessi della sentenza della corte alsaziana *Varvara*¹¹ sul diritto interno e la pronta risposta della Corte costituzionale con la sentenza 49/2015¹², il metodo interpretativo e argomentativo di tipo casuistico sembra rappresentare un ostacolo per l'interprete italiano che fatica a rintracciare direttive per l'azione all'interno del coacervo fattuale che rappresenta la missione e il cuore dell'applicazione dei diritti a livello europeo e che si avvicina molto a quel complesso magmatico e vitale che è il diritto come fenomeno sociale, ma molto poco al semblante di limpida architettura giuridica che una disperata ricerca di formalismo e normativismo impongono alla scienza giuridica continentale.

La nuova mitologia giuridica della modernità¹³, dopo la sentenza 49/2015, si è incarnata nella ricerca del "diritto europeo consolidato", ricerca cui non si sottraggono gli interpreti delle ordinanze in commento e che risolvono incoronando la sentenza

¹¹ *Varvara c. Italie*, n.17475/09, 29 ottobre 2013.

¹² Vicenda ricostruita, nel punto saliente della tutela dei diritti multilivello e dei rapporti fra Corte di Strasburgo e Consulta, da F. VIGANÒ, [La Consulta e la Tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 333 ss.

¹³ Si mutua questa espressione da P., *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Giuffrè, Milano, 2007. Nel saggio "Oltre le mitologie giuridiche della modernità", in *Quaderni Fiorentini*, 29, 2000, Giuffrè, Milano, l'autore spiega, a pag. 219: «A questo serve il mito nel suo significato essenziale di trasposizione di piani, di processo cioè che costringe una realtà a compiere un vistoso salto di piani trasformandosi in una metarealtà; e se ogni realtà è nella storia, dalla storia nasce e con la storia varia, la metarealtà costituita dal mito diventa una entità metastorica e, quel che più conta, si assolutizza, diventa oggetto di credenza piuttosto che di conoscenza...L'illuminismo politico-giuridico ha bisogno del mito perché ha bisogno di un assoluto a cui aggrapparsi; il mito supplisce egregiamente alla carenza di assoluto che si è attuata e colma un vuoto altrimenti rischiosissimo per la stessa stabilità della nuova intelaiatura della società civile. Le nuove ideologie politiche economiche giuridiche hanno finalmente un supporto che ne garantisce la inalterabilità».

della Grande Camera in *Muršić v. Croatia*¹⁴ a suggello del diritto europeo consolidato in tema di violazione dell'art. 3 per condizioni materiali di detenzione.

La domanda, però, rimane. Su cosa è consolidata l'interpretazione della Grande Camera e quali sono i punti della sentenza che vengono valorizzati dai magistrati di sorveglianza di Pisa? Un piano, su tutti, impegna la riflessione del giudice pisano, ossia la inclusione del letto nel computo dei metri quadri a disposizione della persona ristretta in asserite condizioni disumane e degradanti. Computare o non computare lo spazio di ingombro del letto e degli altri arredi fissi?

Ed è su questo punto che le due lealtà, quella formale, (imposta "letteralmente" dal legislatore) alla giurisprudenza della Corte europea e quella "di sistema" alla funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, si scontrano. Ma procediamo con ordine.

Compendiata dal nostro giudice, la giurisprudenza europea scaturita dalla Grande Camera si riassume in sei punti. A segnare la prevalenza del criterio spaziale su ogni altra doglianza, il primo principio interpretativo consolidato è costituito dal metodo di calcolo della superficie minima di spazio personale da assegnare a un prigioniero nella cella collettiva. Il principio che si ricava dalla giurisprudenza europea è che per determinare tale superficie minima «non deve calcolarsi quella del bagno ma deve includersi lo spazio occupato dai mobili; in tal senso è fondamentale determinare se i detenuti abbiano la capacità di muoversi normalmente nella cella»¹⁵.

Da questo criterio si ricava un'importante direttiva interpretativa, ossia che non ci sono direttive assolute, vevoli in astratto¹⁶. Fedele alla linea indicata in *Ananyev*, che per stessa ammissione della Grande Camera costituisce diritto consolidato in questa materia, le indicazioni di calcolo sono legate alla valutazione e alla valorizzazione del contesto, che deve essere conosciuto o conoscibile da chi giudica sul punto. In particolare la Grande Camera in *Muršić*, richiamando espressamente *Ananyev* sulla valutazione dello spazio a disposizione di ogni detenuto all'interno della cella, sancisce come consolidato il cosiddetto *Ananyev test* (che, a dire il vero, per quantità di citazioni all'interno della giurisprudenza successiva, appare ben più consolidato della stessa Grande Camera in *Muršić*) articolato in tre criteri che devono essere tutti contemporaneamente accertati nella valutazione di una violazione dell'art. 3 della Convenzione: ogni detenuto deve avere a disposizione un letto individuale; ogni detenuto deve avere a disposizione almeno 3 m² di superficie calpestabile; la superficie

¹⁴ *Muršić v. Croatia*, n. 7334/13, 20 ottobre 2016 [GC].

¹⁵ Ordinanze in commento, entrambe, p. 2.

¹⁶ La versione ufficiale inglese della *Muršić*, non a caso, usa il modo condizionale del verbo dovere «*The Court considers, drawing from the CPT's methodology on the matter, that the in-cell sanitary facility should not be counted in the overall surface area of the cell (see paragraph 51 above). On the other hand, calculation of the available surface area in the cell should include space occupied by furniture. What is important in this assessment is whether detainees had a possibility to move around within the cell normally (see, for instance, Ananyev and Others, cited above, §§ 147-148; and Vladimir Belyayev, cited above, § 34)*» [tondo mio].

totale della cella deve essere tale da permettere ai detenuti di muoversi liberamente intorno ai mobili all'interno della cella¹⁷.

L'inciso, contenuto nelle ordinanze gemelle, «in tal senso è fondamentale determinare se i detenuti abbiano la capacità di muoversi normalmente nella cella¹⁸», appare decisamente in linea con il carattere fattuale, casuistico, concreto e contestuale della valutazione che il magistrato di sorveglianza è chiamato, in Italia, a effettuare ed è un segnale positivo che il magistrato di sorveglianza di Pisa la includa tra i criteri interpretativi che costituiscono diritto consolidato della Corte EDU.

Sembra, finalmente, che qualcuno abbia letto *Ananyev*. Sembra, insomma, che sia stato integrato il criterio fondamentale della valutazione individualizzata e caso per caso, su cui, certo possiamo far pesare le indicazioni sopradescritte, ma non facendole calare dall'alto dell'aula della Grande Camera di Strasburgo. Esiste sempre un bagno (*sanitary facility*) come spazio separato rispetto alla cella o in cella si trovano solo i sanitari, senza la dovuta separazione? E quanto pesa, sulla valutazione della violazione dell'art. 3 la mancanza di un locale adibito a bagno? I mobili (*furniture*) sono tutti uguali o qualcuno è "più mobile" degli altri? Che ne è del "letto degli altri"?

Vedremo tra poco quanto queste domande pesino sui giudizi concreti, per adesso basti segnalare che la prima concreta indicazione data da Strasburgo su questa questione si ricava proprio dalla giurisprudenza *Ananyev*: per valutare lo spazio personale disponibile si deve prendere in considerazione lo spazio concreto della cella. Valorizzare il criterio spaziale in quest'ottica significa non tanto operare calcoli astratti, ma conoscere la situazione concreta, la disposizione della cella, il tipo di mobili, l'esistenza di un bagno separato o a vista, il tipo di letti, se a castello o meno, la distanza tra questi e il soffitto, etc...

D'altra parte la stessa *Ananyev*, nei punti citati dalla *Muršić*, opera concretamente un calcolo su una superficie, escludendo espressamente i letti a castello (*bunk beds*), il tavolo e un "cubicolo" in cui era posizionato un gabinetto (*lavatory pan*), dalla superficie totale della cella, così da valutare il criterio della libertà di movimento:

Where the cell accommodated not so many detainees but was rather small in overall size, the Court noted that, deduction being made of the place occupied by bunk beds, a table, and a cubicle in which a lavatory pan was placed, the remaining floor space was hardly sufficient even to pace out the cell¹⁹.

¹⁷ Al §148, la sentenza recita, infatti: «It follows that, in deciding whether or not there has been a violation of Article 3 on account of the lack of personal space, the Court has to have regard to the following three elements: (a) each detainee must have an individual sleeping place in the cell; (b) each detainee must dispose of at least three square metres of floor space; and (c) the overall surface of the cell must be such as to allow the detainees to move freely between the furniture items. The absence of any of the above elements creates in itself a strong presumption that the conditions of detention amounted to degrading treatment and were in breach of Article 3.»

¹⁸ Ordinanze in commento, entrambe, p. 2.

¹⁹ *Ananyev*, cit., §147.

Questa è una lettura persuasiva della giurisprudenza della Corte EDU, ma appare anche l'unica che permetta di riportare la discussione in ordine al calcolo relativo ai metri quadri disponibili, allo scomputo o computo del letto, del mobilio fisso, di quello mobile, su un piano giuridico, che, non sia detto per inciso, è il piano della valutazione della violazione del diritto alla dignità di una persona. Giova davvero ricordarlo ed è sconcertante, al contrario, constatare che la giurisprudenza interna, di merito e di legittimità, si sia per lungo tempo misurata in un esercizio ermeneutico che è stato definito "giurisprudenza catastale"²⁰, lambiccandosi su astratti conteggi e considerazioni relative alla possibilità di spostare tavoli in bagno, di utilizzare i letti come base d'appoggio, come spazi di vita quotidiana, di lettura, di espressione della personalità...

Un salutare (seppur non propriamente tempestivo) *revirement* sul punto si è avuto con la sentenza *Sciuto*²¹, che viene posta dal magistrato di Pisa, nelle due ordinanze gemelle, a secondo termine di orientamento ermeneutico.

Potremmo aspettarci che la lettura, come sopra compendiata, della *Muršić* con il rimando ad *Ananyev* e alla libertà di movimento nella cella e l'ulteriore sprone nomofilattico della Cassazione sul fronte interno si fondano, nelle ordinanze in commento, a costruire le basi di una valorizzazione piena dell'art. 3 della Convenzione, ma sarebbe una lettura azzardata (purtroppo). Al giudice pisano, infatti, è noto che il giudice di legittimità, nella *Sciuto*, scomputa il letto e gli arredi dal calcolo della superficie minima disponibile ed è altrettanto avvertito del fatto che la Cassazione penale si stia "consolidando" su questo principio²² e tuttavia, ritiene che «l'integrazione interpretativa operata dalla Corte di legittimità rispetto a quanto affermato dalla Corte EDU non sia definitivamente persuasiva». La non definitiva persuasività della *Sciuto*, nella lettura datane dal giudice pisano, deriva da una "visione riduzionistica" della portata dell'*Ananyev test*. La *Sciuto* avrebbe, infatti, ritenuto "prevalente" il terzo criterio dell'*Ananyev test* rispetto al secondo, dicono le ordinanze. Questa lettura è difficilmente condivisibile dato che si fonda su un fraintendimento di base: i tre criteri

²⁰ Il merito del conio di questa espressione, utilizzata all'interno della Third Party Intervention de L'Altro diritto onlus in *Muršić v. Croatia*, (p. 7, l'Intervento è consultabile nella versione originale inglese e nella traduzione italiana, in [questa pagina web](#)), è di Rosaria Piroso.

²¹ Cass., sez. I, 09/09/2016, *Sciuto*.

²² Davvero persuasiva fonte di ispirazione ermeneutica su questo punto è l'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Venezia, n. 2016/1961 SIUS, del 27 giugno 2017, Presid. est. Pavarin che discute, punto per punto, le varie sentenze di cassazione succedutesi nel tempo, a partire dalla *Sciuto* (ossia: Cass. pen., sez. 1, n. 13124 del 17.11.2016, Rv. 269514; Cass., sez. I, n. 3547 del 17 novembre 2016, depositata il 14 marzo 2017; Cass., sez. I, n. 2690 del 9 settembre 2016, depositata il 21 aprile 2017, *Soriano*; Cass., sez. I, n. 175 del 19 gennaio 2017, depositata il 12 maggio 2017, *Gallo*; Cass., sez. In. 1476 del 21 aprile 2017, depositata il 10 maggio 2017, *Ianni*). La conclusione che deriva dalla rassegna della giurisprudenza di legittimità è che: «Non è revocabile in dubbio che tale linea giurisprudenziale si distingue per tutelare in modo assai più spiccato i diritti dei detenuti, laddove fa riferimento ad una decisione CEDU che obiettivamente usa una formula assai ambigua, affermando da un lato la necessità di un calcolo "al lordo" ma dall'altro facendo riferimento, immediatamente dopo, al requisito della libertà di movimento», ivi, pp. 3 e 4. Cfr., R. G. Conti, "La giurisprudenza di Cassazione sul divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti e l'art. 35 ter O.P.", reperibile in [questo sito web](#), come cit. nell'ordinanza veneziana, nota 1, p. 4.

del test, infatti, devono essere tutti verificati in positivo e contemporaneamente, sono quindi, tra loro, autonomi e incommensurabili (non ve n'è uno che prevale sugli altri). Quando, infatti, anche uno solo di essi sia carente, il test è già inevitabilmente fallito.

Sembra che l'esigenza di criteri astratti e fissi del giudice di *civil law* si scontri, qui, fatalmente con l'approccio casuistico della Corte di Strasburgo. Alla ricerca non solo del diritto consolidato europeo, ma di un «diritto dei principi» consolidato, il magistrato di sorveglianza di Pisa cerca affermazioni espresse e inequivocabili all'interno della giurisprudenza alsaziana e le trova nel principio per cui «gli arredi fissi (compreso il letto) non debbano essere sottratti nel computo dello spazio pro capite in cella²³». E questo anche sulla base del fatto che essi (i letti e gli arredi fissi) «costituiscono elemento essenziale per una corretta e ordinaria detenzione, in difetto del quale, come considerato in altre pronunce delle sezioni ordinarie, vi sarebbe in effetti una violazione del parametro CEDU²⁴».

Ecco come vanificare l'*Ananyev* test, riducendo il secondo criterio al primo: dato che un letto deve pur esserci, perché scomputarlo dallo spazio minimo disponibile? Insomma, basta che un letto ci sia. Eppure appariva chiara la distinzione dei tre parametri richiesti da *Ananyev*; tre distinti punti, che, come ricordato *supra*, devono coesistere e vivificarsi a vicenda, non mediante una (rischiosa) compenetrazione logico-formale, non mediante una *reductio ad unum*, bensì attraverso la valorizzazione del contesto e l'individualizzazione della valutazione. Il terzo elemento del test, ossia la possibilità di muoversi normalmente all'interno della cella e intorno ai mobili viene anch'esso ridotto, o per meglio dire annullato dal giudice pisano: «il normale movimento in cella non è pregiudicato dagli arredi essenziali e indefettibili, ma evidentemente potrebbe conseguire ad altre cause». Insomma, essendo gli arredi essenziali e indefettibili, se anche questi occupano l'intero spazio all'interno della cella, posto che questo sia pari a 3 m², non si ha violazione dell'art. 3 della Convenzione. Sembra che i diritti dei detenuti siano limitati come le fette di una torta, se si assicurano gli elementi di arredo essenziali non c'è più possibilità di garantire anche lo spazio minimo personale. Converrebbe allora avere le ali (salvo poi sbattere nei letti a castello). Davvero si rimane con l'impressione che i magistrati di sorveglianza italiani non conoscano la condizione delle celle all'interno delle patrie galere su cui sono chiamati, dalla Corte Costituzionale, dalla Corte EDU, e (finalmente!) anche dal legislatore italiano a vigilare.

Le ordinanze gemelle, poi, discutono delle altre cause da cui potrebbe conseguire pregiudizio al normale movimento in cella: «un vano stretto e lungo», la «presenza di angoli, spigoli o irregolarità perimetrali che non rendano fruibile lo spazio pur esistente e aritmeticamente computabile», il «posizionamento non funzionale della mobilia», per esempio il «mancato utilizzo dei letti a castello o l'ancoraggio dei letti in mezzo alla stanza così da creare piccoli spazi separati tra loro e per ciò stesso non fruibili, anziché un unico più ampio spazio centrale». Tutte queste

²³ Ordinanze in commento, entrambe, p.3.

²⁴ Ivi.

condizioni strutturali (tranne una, si veda *infra*), purtroppo perfettamente conosciute dai detenuti e dalle detenute italiane, sono astrattamente capaci di valorizzare il terzo criterio del test, salvo che rimangono appunto...astratte. Nell'intera ordinanza nemmeno una volta si discute della concreta struttura delle celle ²⁵ in cui è stato ristretto il reclamante.

D'altra parte la presenza di letti a castello non è in sé una scelta priva di criticità. Lo spazio occupato dal letto montato a castello, infatti, inficia la qualità della vita all'interno della cella in maniera considerevole. Si pensi all'ingombro e all'oppressione che la sola presenza dell'ulteriore branda comporta in termini di visuale, di volume disponibile e di vivibilità generale dello spazio. Inoltre, come affermato da giurisprudenza di merito risalente, lo spazio disponibile in altezza, sia per la branda inferiore, sia per quella superiore, deve essere tale da garantire «una dignitosa vivibilità notturna e diurna»²⁶, comprendente la possibilità di sedere sul letto con il busto eretto o semplicemente di alzarsi e coricarsi nel letto normalmente. All'interno della considerazione relativa allo spazio minimo disponibile tale da garantire una condizione detentiva rispettosa della dignità umana, non può essere considerato unicamente lo spazio superficiale calpestabile, ma anche quello volumetrico, in particolar modo nel momento in cui questo diventa spazio forzato di vita diurna e notturna.

Infine, come già acutamente notato²⁷, in caso di cella collettiva mai si discute del "letto degli altri". Forse il letto degli altri può diventare uno spazio di forzata condivisione, fruibile, quindi, da ogni persona all'interno dello spazio comune? "*Das Bett der Anderen*"... Questo semplice e rivoluzionario interrogativo basterebbe a ristabilire la necessità di una riflessione ulteriore²⁸.

²⁵ Sarebbe stato interessante leggere un'analisi relativa alle irregolarità perimetrali (a titolo di puro esempio, nelle celle della C.C. di Sollicciano, Firenze, che pure non è istituto in cui è stato ristretto il reclamante, come denunciato nelle decine di ricorsi presentati da L'Altro diritto onlus, lo spazio del terrazzino è del tutto non fruibile stante la conformazione triangolare del vano, con copertura ad angolo di 90°).

²⁶ Magistrato di sorveglianza di Lecce, ordinanza 09/06/2011, *Slimani*, giud. Tarantino. Merita riportare le parole del magistrato salentino che, con rara lungimiranza e accortezza, attestava che il reclamante: «ha trascorso 19 ore e mezzo in una cella utilizzando uno spazio vitale pari a 3,39 mq al lordo degli arredi, dormendo su di un letto a castello posto a 50 cm. dal soffitto della stanza. Quest'ultima situazione appare violare il precetto dell'art. 6, comma 1, l. 354/1975, in quanto pur se manca espressamente un'indicazione legislativa su quale sia l'ampiezza sufficiente dei locali detentivi, non può non rilevarsi come si tratti di uno spazio di poco superiore a quello di 3 mq dalla Corte europea ritenuto *ex se* in grado di determinare un trattamento inumano nella citata sentenza Sulejmanovic, di gran lunga inferiore all'indicazione contenuta nel 2° Rapporto Generale [CPT/Inf (92) 3] che per le celle di Polizia: "Il criterio che segue (considerato come un livello auspicabile piuttosto che uno standard minimo) è attualmente usato nel valutare celle di polizia intese per essere occupate da una sola persona che resti al massimo qualche ora: nell'ordine di 7 metri quadrati, 2 metri o più tra le pareti, 2 metri e mezzo tra il pavimento e il soffitto" ed a quella prevista dall'art. 62 del regolamento edilizio del Comune di Lecce nel cui ambito territoriale ricade la Casa circondariale dove è stato ristretto il detenuto secondo il quale: "I locali di categoria A1 adibiti a letto devono avere una superficie minima di mq. 9 se per una persona e mq. 14 se per due persone"».

²⁷ M. PASSIONE, 35 *ter* O.P.: *effettivamente, c'è un problema*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 3, p. 8.

²⁸ V. *infra* per un primo tentativo di analisi della questione.

Ecco che, nuovamente, è necessario valutare in concreto la conformazione della cella, il tipo di letti, la distanza tra questi e il soffitto, gli arredi, tutti, fissi e mobili, onde valutare il terzo criterio del test *Ananyev* che è criterio volutamente aperto e rimesso alla valutazione del giudice.

Si rimane con l'impressione che la maggiore lealtà dimostrata dal giudice pisano nei confronti della Corte EDU rispetto alla Cassazione italiana non sia tanto dovuta a una presa di posizione di sistema, che gli imporrebbe di guardare alla fonte giurisprudenziale europea (laddove qualificata di diritto convenzionale consolidato, come insegnato dalla Corte costituzionale), relegando la giurisprudenza di legittimità nazionale a mero precedente (la cui vincolatività, non essendo imposta dal legislatore, non può essere ritenuta ineludibile), quanto alla maggiore propensione ideologica verso il principio netto della non scomputabilità del letto e degli arredi fissi rispetto alla valutazione discrezionale della concreta possibilità di muoversi normalmente intorno ai mobili.

3. Protezione multilivello dei diritti e principio di sussidiarietà.

Infatti, ragionando in termini di sistema e di protezione multilivello dei diritti in ambito domestico e internazional-regionale, la soluzione interpretativa cui si approda è opposta.

Utilizziamo come guida l'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Udine, ord. 9 febbraio 2017, n. 125, Giud. Fiorentin, oggetto di un commento di Galliani²⁹.

Anche il magistrato di sorveglianza di Udine appare poco propenso a leggere l'interpretazione della Cassazione in *Sciuto* come una corretta applicazione dei criteri dettati dalla giurisprudenza europea:

In primo luogo, detrarre "sempre" il letto, dal conteggio dei metri quadrati a disposizione, potrebbe significare non considerare che il criterio adottato dalla Corte di Strasburgo, invece di essere puramente geometrico, appare funzionale e che, quindi, molto dipende dal come sono collocati i letti in una cella, quindi dalla possibilità di movimenti dei detenuti. In secondo luogo, la giurisprudenza di legittimità interna sembra non considerare le possibilità, invece lasciate aperte dalla Corte di Strasburgo, sulla possibilità di "compensare" la detenzione sotto i tre metri quadrati con talune modalità trattamentali.

Eppure, come rilevato da Galliani³⁰, la decisione del giudicante di Udine si fonda su un principio cardine del sistema di protezione dei diritti di Strasburgo; la

²⁹ D. GALLIANI, [L'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art. 35 ter ord. pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere](#), in *questa Rivista*, fasc. 3/2017, p. 333 ss.

Corte EDU, infatti, rappresenta lo standard minimo di tutela dei diritti che deve essere garantito dagli stati membri del Consiglio d'Europa, così come si evince dall'art. 53 della CEDU³¹. Da tale postulato deriva l'implicito, ma permeante, principio di sussidiarietà che informa l'intero sistema di protezione dei diritti a livello del Consiglio d'Europa.

Insomma, in ossequio a quella che è stata definita "sussidiarietà complementare", i sistemi di garanzie nazionali ed europee per la protezione dei diritti umani devono procedere mano nella mano³², in un processo per cui

[...] the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention³³.

Il precipitato concreto di questo principio, nella materia che ci interessa, è che lo standard di protezione dei diritti a livello domestico, derivante da un lavoro giurisprudenziale ormai consolidato, afferma chiaramente la necessità dello scomputo del letto e del mobilio fisso dal calcolo dello spazio minimo disponibile. E questo risultato ben può essere raggiunto, a livello di argomentazione, mediante la valorizzazione del principio di effettività espresso a livello europeo e quindi facendo diretto riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, da una posizione non di sudditanza giurisprudenziale, ma di consapevolezza di ruolo all'interno del sistema della "sussidiarietà complementare".

³⁰ Merita, qui, riportare l'analisi di GALLIANI, *op.cit.*, sul punto: «La Cassazione, in altri termini, pare introdurre, con l'arresto citato, una lettura consapevolmente divergente rispetto alla giurisprudenza assestata dalla Grande Camera con la sentenza Muršič c. Croazia adottando standard ancor più esigenti, sotto il profilo degli spazi detentivi, di quelli assicurati dalla giurisprudenza di matrice europea. E una tale lettura non appare certamente fuoriuscire dal perimetro interpretativo generale della disciplina introdotta con il d.l. 92/2014, che è quello di accogliere – di fronte a possibili incertezze sull'ermeneutica del disposto normativo – la soluzione che comporta il massimo di effettività dello strumento compensativo (Sez. 1, 16 luglio 2015, n.876, Ruffolo, C.E.D. Cass. n.265856), secondo una linea interpretativa già del resto agevolmente identificabile nella giurisprudenza costituzionale (cfr. C. cost., sentt. nn.26/1999, 266/2009 e n.135/2013)».

³¹ Article 53: *Safeguard for existing human rights. Nothing in this Convention shall be construed as limiting or derogating from any of the human rights and fundamental freedoms which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party.* D'altronde, è bene ricordarlo, per ciò che concerne l'Unione Europea, di cui pure l'Italia è parte, dallo stesso articolo 52(3) della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea che afferma: «3. *In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.*».

³² H. PETZOLD, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R. ST. J. Macdonald - F. Matscher - H. Petzold (eds.), *The European System For the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 42-43.

³³ Juriconsult, *Interlaken Follow-Up. Principle of Subsidiarity*, 2010, p.3, reperibile in [questa pagina web](#).

Forse proprio a fronte della “reticenza” di una parte (maggioritaria a dire il vero) della magistratura di sorveglianza a conformarsi e vivificare i principi espressi dalla consolidata giurisprudenza di Cassazione post-*Sciuto*, i giudici di legittimità sono tornati recentemente sulla questione³⁴, chiarendo al contempo il proprio ruolo all’interno del sistema di protezione multilivello dei diritti.

Affermando chiaramente che le indicazioni fornite dalla Grande Camera in *Muršič* sono supportate da una motivazione che «non è peraltro scevra da talune ambiguità», la Cassazione dichiara che la propria giurisprudenza ha conformato, «con una scelta ispirata all’espansione dei diritti soggettivi dei detenuti», l’interpretazione di spazio minimo individuale a quella della Grande Camera, in ossequio alla «specifica novità, quanto meno sotto il profilo formale, costituita dall’inserimento fra le norme di rango primario dell’interpretazione data all’art. 3 della citata Convenzione dalle sentenze della Corte EDU».

In questa prospettiva, quand’anche la peculiare versione argomentativa della Cassazione italiana non appaia “definitivamente persuasiva” (così si esprime il giudicante pisano), tale mancanza di persuasività deve essere valutata nel merito (e quindi, eventualmente discussa e confutata) e non sbrigativamente rigettata in qualità di mera “integrazione interpretativa” della giurisprudenza della Corte EDU.

4. Leggere *Muršič* senza dimenticare *Ananyev*.

D’altra parte, credo sia necessaria una lettura meno formalistica della giurisprudenza europea su questo tema. Una lettura capace, da una parte, di realizzare integralmente i passaggi richiesti dal test *Ananyev*, valorizzando, finalmente, anche il terzo criterio valutativo che consente di operare la necessaria individualizzazione dell’accertamento, dall’altra di comprendere il carattere casuistico della giurisprudenza alsaziana, anche di quella di Grande Camera dunque, e che in tale prospettiva sappia leggere le differenze tra i vari sistemi nazionali all’interno del Consiglio d’Europa. In questo orizzonte funzionalistico e basato sul criterio di effettività della tutela, non vedo così grande divergenza tra *Sciuto* e *Muršič*. La Cassazione, in *Sciuto*, tenta, infatti, una concretizzazione dell’*Ananyev* test e in particolare del punto 3 dello stesso.

Una visione non ancora viziata dalla semplificazione del test operata dalla *Muršič*³⁵ e che contestualizza lo spazio della cella e la *ratio* che sta dietro i calcoli e delle stime catastali:

Non vi è dubbio, a parere del Collegio, che il letto a castello vada considerato come un “ingombro” idoneo a restringere per la sua quota di incidenza, lo “spazio vitale minimo” in cella collettiva, contrariamente a

³⁴ Con la recentissima Cass., sez I, 30 ottobre 2017, n. 49793.

³⁵ In questo senso si ricorda che la Grande Camera in *Muršič* è sopravvenuta alla deliberazione della sentenza *Sciuto*, che pure la prende in considerazione sul *thema decidendum* del computo o scomputo del letto e degli arredi.

quanto ritenuto nel provvedimento impugnato. Come si è detto, per spazio vitale minimo in cella collettiva deve intendersi quello in cui i soggetti reclusi hanno la possibilità di muoversi. Ciò, pacificamente, non accade sia in quella “parte” di cella occupata dagli arredi fissi ingombranti (e dal bagno) che in quella occupata dal letto a castello, non essendovi razionale giustificazione della proposta (in sede di merito) diversificazione. Il provvedimento impugnato, nel proporre lettura diversa, considera superficie utile quella occupata dal letto per finalità di “riposo” o di “attività sedentaria” che non soddisfano la primaria esigenza di movimento e che pertanto non possono farsi rientrare nella nozione – così come ricostruita – di spazio minimo individuale.

Nella stessa data di deposito della *Sciuto* e proveniente dalla medesima sezione I, un'altra sentenza³⁶ (molto meno citata), dello stesso segno interpretativo della precedente, ci aiuta a ricostruire la *ratio* del calcolo dello spazio vitale minimo all'interno della cella:

la cella è uno spazio destinato a contenere il corpo del detenuto, che, in quanto persona vivente, deve poter muovere liberamente gli arti e deambulare agevolmente.

Per contro, tecnicamente una delle forme di vera e propria tortura (purtroppo ancora praticata nel mondo contemporaneo) consiste nel c.d. “confinamento”, cioè nella costrizione forzata del detenuto all'interno di spazi estremamente angusti tali da comportare la pressoché totale immobilità.

Mi pare che le due sentenze di legittimità in parola siano decisamente in linea con la valutazione contestualizzante e casuistica e con la valorizzazione del principio di effettività più volte ribadita in sede europea; d'altronde se anche si volesse valorizzare preminentemente la difformità tra la *Sciuto* e la giurisprudenza di Strasburgo, il principio dello standard minimo di protezione e il conseguente principio di sussidiarietà dovrebbero guidare l'interprete domestico nella scelta sulla computabilità o meno del letto e del mobilio nella superficie minima disponibile all'interno della cella.

Al contrario, le ordinanze gemelle, da una parte, sanciscono la incommensurabilità tra la consolidata giurisprudenza di legittimità italiana e la sentenza della Grande Camera e si schierano apertamente con la “versione pisana” di quest'ultima, dall'altra stabiliscono la natura di “diritto convenzionale consolidato” a questa interpretazione della sentenza *Muršić* (che pure, sia detto a parziale giustificazione dell'interprete nostrano, si presta alla semplificazione proposta), basandosi su due assunti.

³⁶ Cass., sez. I, n. 26357 del 9 settembre 2016.

In primo luogo, sull'idea che altra recente sentenza di Cassazione, stavolta sezione II, 10 marzo 2017, *Mocanu*, ribadisce la "assoluta chiarezza" della sentenza *Muršić* e la sua qualità di piena espressione di "diritto convenzionale consolidato". Se pure è vero che la *Mocanu* afferma la natura consolidata della sentenza della grande Camera³⁷, all'interno di questa sentenza di Cassazione non si trova traccia di valutazioni in ordine al letto o al mobilio. Insomma è la *Muršić*, nello specifico punto della prospettazione di una forte presunzione di violazione dell'art. 3 della Convenzione in casi di spazio disponibile inferiore a 3 m² (rispetto alla concezione dei 3 m² come *minimum standard* di tipo assoluto, al di sotto del quale c'è sempre violazione) che viene considerata nella *Mocanu*. E non poteva essere altrimenti, dato che in *Mocanu* già si versava in una situazione detentiva di spazio minimo disponibile inferiore a 3 m². Al contrario e a un'attenta lettura, proprio *Mocanu* si rivela un riferimento boomerang per le ordinanze pisane dal momento che ammette esplicitamente che la superficie minima disponibile è costituita dalla "superficie calpestabile".

Ancora, le ordinanze gemelle, tentando di fondare ulteriormente il tendenziale consolidamento della "versione pisana" della Grande Camera, propongono l'analisi della sentenza della Corte EDU *Sylla et Nollomont c. Belgique*³⁸. Seguiamo il percorso del magistrato toscano, di pari passo con il testo di *Sylla et Nollomont*.

Prendiamo il caso del signor Nollomont, come ci invitano a fare le ordinanze gemelle. Partendo dal dato che la cella fosse di 8.8 m² e che Nollomont la dividesse con un compagno, restano 4.4 m² *pro capite* al lordo di ogni ingombro. La Corte EDU a questo punto fa una serie di considerazioni, in primo luogo notando che le parti (entrambe, ricorrente e governo convenuto) non hanno fornito indicazioni numeriche atte a precisare lo spazio personale di cui disponeva il detenuto, avendo peraltro già dedotto, in partenza, "*les installations sanitaires*". Ricaviamo da ciò che mancano i dati relativi proprio al mobilio, dati che avrebbero permesso una migliore e più precisa valutazione dello spazio personale disponibile nel caso concreto, salvo poter dedurre le installazioni sanitarie, quindi non la totalità del locale bagno, dal momento che in questa particolare situazione, non esisteva una separazione dei sanitari dal resto della cella³⁹. Insomma, la Corte avrebbe voluto poter valutare le misurazioni degli ingombri ulteriori rispetto ai sanitari. Questa semplice affermazione ci autorizza a immaginare che, avendo avuto questi dati a disposizione, la valutazione della Corte si sarebbe arricchita in termini di concretizzazione e contestualizzazione.

³⁷ Dopo aver passato in rassegna, invero in maniera approfondita, la questione della interpretazione conforme a convenzione, nella specificazione della Corte costituzionale dopo la sent. 49/2015, cit., la Corte di cassazione afferma che: «L'autorevolezza della decisione, proveniente dalla Grande Camera della Corte europea, e la apprezzabile accuratezza della stessa, consentono di ritenere che la sua ratio decidendi costituisca espressione di quel "diritto convenzionale consolidato", idoneo a generale l'onere di interpretazione adeguatrice in capo al giudice comune italiano. Tale valutazione non risulta inficiata dagli argomenti proposti con le opinioni dissenzianti che si limitano a riproporre gli argomenti motivatamente superati dalla pronuncia di Grande Camera.»

³⁸ *Sylla et Nollomont c. Belgique*, n. 37768/13 et 36467/14, 16 maggio 2017.

³⁹ Ivi, §37.



12/2017

D'altra parte, rileva ancora la Corte, il ricorrente non si lamenta della difficoltà di muoversi normalmente all'interno della cella⁴⁰. Insomma, non è su questo piano che si fonda il ricorso del signor Nollomont e la Corte non dispone, dunque, di dati per arrivare a una conclusione di violazione su questo punto⁴¹. D'altra parte, però, la violazione dell'art. 3 sussiste in ragione delle ulteriori condizioni detentive, ossia l'esposizione forzata al fumo passivo, il regime penitenziario povero di offerta formativa e la mancanza di intimità nell'uso del bagno. Insomma uno degli elementi sulla base dei quali è fondata la valutazione della Corte è esattamente quello della mancanza di un locale bagno separato dal resto della cella.

Da questo processo argomentativo, il giudice toscano deduce unicamente il principio che solo il locale bagno vada scomputato dal calcolo della superficie minima disponibile e dalla pronuncia di violazione in ragione dei fattori lesivi sovraesposti, ricava soltanto la «riprova che i sanitari erano interni all'ambiente di pernottamento e che per tale ragione lo spazio occupato dal lavabo e water doveva sottrarsi dalla metratura utile». È davvero arduo ragionare in questi termini su un tema come la dignità umana: da una situazione di evidente aggravio di condizioni detentive, in chiara violazione del diritto alla dignità, rappresentata dalla mancanza di muri divisorii adeguati per il locale bagno, si fa discendere una minore considerazione del fattore spaziale, dal momento che vanno scomputati "solo" il lavabo e il water e non tutto lo spazio perimetrale altrimenti rilevante nei casi di toilette separate all'interno della cella. La Corte EDU, fortunatamente, non ha ragionato in questo modo e ha valorizzato la mancanza di intimità nell'uso del bagno come elemento capace di fondare, al di là del dato spaziale, una violazione della dignità umana, Insomma, è il caso che fa il diritto a Strasburgo.

Analizziamo anche la situazione del signor Sylla, il secondo ricorrente e nuovamente leggiamo per primo il ragionamento della corte alsaziana. In questo caso, lo spazio disponibile per Sylla era, al lordo di ogni ingombro, pari a 3 m²; insomma, anche scomputando il solo bagno, ci troviamo già al di sotto della soglia minima. È vero che la Corte reitera il principio «*la surface totale de la cellule ne doit pas comprendre celle des sanitaires. En revanche, le calcul de la surface disponible dans la cellule doit inclure l'espace occupé par les meubles*⁴²», ma immediatamente ricorda che: «*l'important est de déterminer si les détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule (Muršić, précité, § 114)*⁴³». In questo caso specifico, a poco varrebbero ulteriori considerazioni sulla libertà di movimento, sugli impedimenti costituiti dai mobili, dal letto etc...e in ossequio al metodo dell'economia argomentativa, la Corte interrompe la valutazione del fattore spaziale. La lettura che della situazione restituisce il giudice delle ordinanze gemelle è: «da tali 3 mq la Corte EDU ha ritenuto di dover sottrarre non mobilia (e tantomeno il letto) bensì ancora una volta il lavabo e la toilette, tali

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Ivi, §38.

⁴² Ivi, §27.

⁴³ *Ibid.*

certamente da occupare uno spazio sufficiente a condurre quello utile sotto la soglia dei 3 mq *pro-capite*».

Al di là del fatto che alcuna menzione viene fatta dalla corte alsaziana al letto, il ragionamento disvela la caratteristica *weltanschauung* spaziocentrica, che misteriosamente si è imposta su tutte le altre, almeno tra gli interpreti italiani. La distorta visione spaziocentrica di buona parte della magistratura di sorveglianza italiana porta alla riduzione della prospettiva della dignità alla materia del calcolo matematico o catastale degli spazi; da questo stesso incerto e pericoloso crinale interpretativo i nostri giudicanti valutano la giurisprudenza di Strasburgo.

A questo punto potremmo aprire una finestra di analisi relativa al peculiare metodo di lettura e uso della fonte giurisprudenziale da parte del giudice di *civil law*. Come leggere, infatti, la giurisprudenza della corte di Strasburgo, ovvero di una corte che, sistematicamente, metodologicamente e giurisdizionalmente, si presenta affatto diversa rispetto alla giurisdizione di merito domestica? L'esempio dell'analisi di *Sylla et Nollomont* ci mostra un utilizzo formalistico e non contestualizzante della giurisprudenza di Strasburgo, teso verso l'unico fine dell'esclusione del letto dai criteri di calcolo dello spazio personale disponibile. La lettura non può neanche dirsi letterale, dato che il testo della sentenza (e questo stesso discorso vale per *Muršić*) non menziona espressamente il letto, ma genericamente i "*meubles*". D'altra parte è invece chiaro come l'indagine debba svolgersi attraverso una contestualizzazione spaziale che permetta di capire «*si les détenus avaient la possibilité de se mouvoir normalement dans la cellule*»⁴⁴.

L'equivoco si manifesta apertamente quando, per fondare la tesi del consolidamento della versione *Muršić* a livello europeo, si afferma che la Corte EDU, seconda sezione, nella decisione *Sylla et Nollomont*, non solo richiami i principi affermati dalla Grande Camera, ma li applichi "in modo pedissequo".

Non esiste alcuna possibilità di applicazione pedissequa di principi, seppur di natura consolidata, in sede europea, per il semplice motivo che la Corte si occupa di casi e decide sui casi. Se vogliamo adottare la consolidata giurisprudenza europea e accogliere lo sprone interpretativo verso la relativizzazione della valutazione delle violazioni dell'art. 3, evitando qualsiasi riferimento a criteri assoluti, appare necessario volgere lo sguardo, l'indagine e l'istruttoria verso i casi concreti e le concrete condizioni di detenzione.

Altrimenti ragionando, al fine di salvare la relativizzazione si corre il rischio di approdare a un altro tipo di assolutizzazione, l'assolutizzazione della presunzione negativa: il letto non costituisce mai ingombro al libero movimento dato che è elemento strutturale essenziale al fine della valutazione della situazione detentiva. O, peggio ancora, uno spazio personale disponibile uguale o superiore a 3 m² costituisce una presunzione di dignità delle condizioni detentive...Che, al contrario, al di là di qualsiasi linea consolidata di principio, la valutazione rimanga legata al contesto e al caso concreto lo dimostra anche la recentissima sentenza della Quinta Sezione della

⁴⁴ *Ibid.*

Corte EDU, *Ābele v. Latvia*⁴⁵ che, reiterando il criterio di calcolo della superficie minima disponibile di *Muršić*, arriva a una decisione di violazione dell'art. 3, nonostante lo spazio disponibile sia superiore a 3 m², perché il criterio spaziale si cumula all'effetto negativo della disabilità sensoriale del soggetto⁴⁶. In questo caso, il criterio spaziale viene, infatti, letto attraverso la lente della particolare condizione del ricorrente, sordomuto dalla nascita e, nonostante non vengano allegate o riconosciute altre condizioni materiali di detenzione negative⁴⁷, si rinviene una violazione dell'art. 3 perché:

*the weighty factor of the reduced personal space made available to the applicant, ranging from 3.09 to 3.28 sq. m, which remains very close to the minimum standard of 3 sq.m of floor surface per detainee, for a period of almost two years, together with the inevitable feeling of isolation and helplessness in the absence of adequate attempts to overcome the applicant's communication problems flowing from his disability must have caused the applicant to experience anguish and feelings of inferiority attaining the threshold of inhuman and degrading treatment*⁴⁸.

5. Antropologia minima sul letto.

Dall'inizio della discussione sul computo o scomputo del letto, sembra mancare una discussione sul letto come spazio di vita, di privacy, di resistenza. In questa prospettiva di indagine, l'antropologia e la ricerca etnografica⁴⁹ potrebbero venire in aiuto del giurista⁵⁰. Un riferimento stimolante è costituito dal testo di Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*⁵¹, in cui viene analizzato e distinto lo spazio sociale,

⁴⁵ *Ābele v. Latvia*, n.60429/12 e 72760/12, 5 ottobre 2017.

⁴⁶ Ivi, nelle parole della Corte, §69: «*The Court finds that the space element remains a weighty factor in its assessment of conditions of detention in cells no. 303 and 203 in Brasa Prison. However, the Court also has to examine whether the space factor was coupled with other aspects of inappropriate physical conditions of detention such as access to outdoor exercise, natural light or air, availability of ventilation, adequacy of room temperature, the possibility of using the toilet in private, and compliance with basic sanitary and hygienic requirements (see Muršić, cited above, § 139). According to the Latvian Ombudsman complaints about overcrowding in Brasa Prison were common at the material time (see paragraph 35 above). It is the applicant's allegation in the present case that the reduced personal space afforded to him coupled with his disability made him particularly vulnerable.*».

⁴⁷ Ivi, §70.

⁴⁸ §74.

⁴⁹ Vero è che l'analisi etno-antropologica non si è diffusamente interessata al letto come campo di indagine; un'interessante eccezione è costituita da E. VAN DONGEN, *Anthropology on beds: the bed as the field of research*, in *Anthropology Today*, Volume 23, Issue 6, December 2007, pp. 23–26.

⁵⁰ Per una discussione, insieme critica e costruttiva, della figura del giudice antropologo e dell'aiuto che l'analisi antropologica può fornire all'interprete, si veda I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, 2012, Milano.

⁵¹ E. GOFFMAN, *The Presentation of Self in Everyday Life*, University of Edinburgh Social Sciences Research Centre, 1956, p. 66 e ss.

relazionale e quello privato, riservato, in cui vigono regole di controllo e potere completamente diverse. Goffman propone, infatti, la distinzione tra *front regions* in cui gli attori sociali vivono e mettono in scena le dinamiche tipiche dell'interazione relazionale e *back regions* che vengono identificate, in ogni spazio sociale e per ogni classe sociale, nel bagno e nel letto⁵². All'interno dei ristretti confini di queste *back regions* opera quello che Goffman definisce il *backstage control*⁵³ dell'individuo, necessario controllo del sé che realizza un ribilanciamento e una rinegoziazione dei significati della propria identità, al di fuori del controllo sociale esterno. Il letto è considerato, insieme al bagno, una regione privata, dove l'individuo mantiene un controllo diretto, con la necessaria esclusione degli altri:

When asleep in bed the individual is also immobilized, expressively speaking, and may not be able to bring himself into an appropriate position for interaction or bring a sociable expression to his face until some moments after being awakened, thus providing one explanation of the tendency to remove the bedroom from the active part of the house.

Insomma, il letto si mostra come uno spazio in cui il potere istituzionale incontra una resistenza personale, al pari del bagno, che, infatti, per la giurisprudenza della corte deve essere non solo spazio di necessario espletamento di funzioni vitali, ma vera e propria *back region*, nel senso goffmaniano del termine, ossia spazio di privacy.

Se, infatti, la giurisprudenza europea, richiamata dal magistrato di sorveglianza pisano, scompota dallo spazio minimo disponibile unicamente la superficie occupata dai sanitari, successivamente la valutazione si sposta sul piano della riservatezza e in questo senso valuta negativamente la mancata separazione del locale bagno, affermando la violazione dell'art. 3 della Convenzione. Insomma, la considerazione legata al locale del bagno e alla conseguente necessaria esclusione di questo dal calcolo dello spazio personale disponibile, si situa su un piano di riflessione giuridica che non è meramente funzionale (legata all'igiene e all'espletamento delle funzioni vitali), ma acquisisce un accento di protezione della riservatezza e di resistenza al controllo sociale e al potere che si traduce nei termini di un diritto.

⁵² Ivi, p. 73: «Another area is suggested by the very widespread tendency in our society to give performers control over the place in which they attend to what are called biological needs. In our society, defecation involves an individual in activity which is defined as *inconsistent with the cleanliness and purity standards expressed in many of our performances*. Such activity also *causes the individual to disarrange his clothing and to 'go out of play', that is, to drop from his face the expressive mask that he employs in face-to-face interaction*. At the same time it becomes difficult for him to reassemble his personal front should the need to enter into interaction suddenly occur. Perhaps that is a reason why toilet doors in our society have locks on them».

⁵³ Interessante è la rappresentazione del controllo e delle attività di queste regioni negli spazi di resistenza del mondo femminile, ossia gli spazi in cui è assente l'elemento maschile, V. S. DE BEAUVOIR, *Le Deuxième Sexe*, tomes I et II, éd. Gallimard, 1949, come citata da GOFFMAN, *op. cit.*, p. 70 (Goffman cita l'edizione in lingua inglese, nella traduzione di H. M. Parshley: Simone de Beauvoir, *The Second Sex*, Knopf, New York, 1953, p. 533).

Diversamente ragionando e per assurdo, potremmo arrivare a dire che il bagno non deve essere scomputato dal calcolo dello spazio personale disponibile perché sulla tazza del water è possibile leggere Gogol, giocare un solitario a scacchi o discutere di massimi sistemi.

In questa stessa prospettiva possiamo interpretare il letto, quei pochi (centi)metri di spazio, come una regione privata in cui l'individuo dovrebbe passare la notte, riposarsi, dormire e non come un luogo forzato di espressione delle attività sociali, relazionali e diurne.

Queste considerazioni che costituiscono, per tradurre in termini giuridici, la *ratio* dell'inclusione o meno del letto nello spazio minimo disponibile all'interno della cella, dovrebbero essere parte integrante della motivazione di qualsiasi decisione che si discosti dall'interpretazione consolidata della Cassazione che, si ricorda ancora una volta, ha introdotto nel nostro ordinamento e in ossequio al principio di sussidiarietà, standard più stringenti per la valutazione della violazione dell'art. 3 della Convenzione.

6. *Reductio ad tria*. Le "altre" condizioni negative e i confini della disumanità e della degradazione.

Ma tornando all'analisi delle ordinanze, a questo punto le gemelle di separano. Nell'un caso, giudicante Merani, il riferimento spaziale, calcolato secondo il metodo di computo della lettura pisana della *Muršić* e utilizzando come strumento probatorio unicamente il prospetto analitico inviato dall'amministrazione penitenziaria, non ingenera alcuna problematica. «Il reclamante ha sempre avuto a disposizione oltre 3 mq⁵⁴» e per i periodi in cui ha avuto a disposizione tra i 3 e i 4 mq, «il detenuto non lamenta alcun altro fatto pregiudizievole al di là dello spazio assicuratosi in cella⁵⁵».

Più complessa è la valutazione della seconda ordinanza, giudicante Degl'Innocenti che deve valutare le ulteriori condizioni detentive, asseritamente negative, lamentate dal reclamante. Queste vengono riassunte in 7 punti e per ognuna di queste doglianze, il magistrato decodifica la rilevanza in termini giuridici in relazione all'art. 3 della Convenzione; per ogni punto la nega e passa oltre, fino all'ultima, unica e necessaria valutazione che è quella relativa all'esistenza di almeno 3 m² di spazio individuale disponibile. Osserviamo, punto per punto, l'argomentazione svolta.

Il reclamante lamentava, *in primis*, l'effettuazione di colloqui visivi con mezzi divisorii in quasi tutti gli istituti (con eccezione di Massa, Lucca e Pisa per il periodo 2015/2016). Entriamo, insomma, nel vivo delle condizioni materiali di detenzione. Stiamo, infatti, parlando di una questione ampiamente discussa a livello nazionale e governata dalla normativa interna che prevede all'art. 37 comma V del Regolamento di

⁵⁴ Ordinanza n. 1952/2017 in commento, p. 4.

⁵⁵ *Ibid.*

esecuzione dell'Ordinamento penitenziario (DPR 230/2000) che, se non sussistono particolari motivi sanitari o di sicurezza, «i colloqui avvengono in locali interni senza mezzi divisorii o in spazi all'aperto a ciò destinati». Siamo, dunque, nell'ambito di un preciso diritto soggettivo del detenuto o della detenuta la cui violazione influisce sulla salute psichica degli individui e aggrava potenzialmente le condizioni materiali di detenzione⁵⁶. D'altra parte se nella giurisprudenza di Strasburgo è normale considerare questo elemento sotto l'art. 8⁵⁷ della Convenzione, non mancano decisioni che hanno considerato le restrizioni nelle modalità dei colloqui visivi come una lesione capace di incidere nell'ambito dell'art. 3⁵⁸. La giurisprudenza di Strasburgo è, comunque, chiara nell'affermare che tali misure (vetri o altri mezzi di separazione fisica tra detenuto e familiari) dovrebbero sempre essere giustificate da esigenze di sicurezza dell'istituto di pena o dal rischio di contatti tra il detenuto e le organizzazioni criminali di appartenenza⁵⁹. L'ordinanza in commento considera invece, sbrigativamente, che la questione «non è di per sé riconducibile al concetto di detenzione disumana e degradante⁶⁰». Al di là del fatto che l'inciso “di per sé” suona particolarmente ambiguo in una materia, quella del diritto alla dignità e in generale dei diritti soggettivi, in cui dovrebbe vigere un dovere istruttorio⁶¹ che riporti la questione astrattamente intesa (di

⁵⁶ Si veda United Nations Office for Project Services (UNOPS), *Technical Guidance for Prison Planning: Technical and operational considerations based on the Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Nelson Mandela Rules)*, 2016 (*Technical Guidance for Prison Planning*), pp. 125-133. Lo stesso CPT ha più volte ribadito il concetto, lamentando, nel rapporto del 2008 contro l'Italia, il regime chiuso del colloquio (con vetri separatorii) in caso di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis o.p., in particolare nei casi di colloquio con minori.

⁵⁷ Si vedano, *Khoroshenko c. Russia*, n. 41418/04, (Grand Chamber), 30/06/2015 e, più risalenti, *Messina c. Italia* (no 2), no25498/94, §§ 61-62, CEDH 2000-X; *Lavents c. Lettonie*, no 58442/00, § 139, 28 novembre 2002; *Estrikh c. Lettonie*, no 73819/01, § 166, 18 janvier 2007; *Nazarenko c. Lettonie*, no 76843/01, § 25, 1er février 2007; *Trosin c. Ukraine*, no 39758/05, § 39, 23 février 2012; *Epnens-Gefners c. Lettonie*, no 37862/02, §§ 60-66, 29 mai 2012.

⁵⁸ Si veda, *inter alia*, *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, 8 July 2004 [GC].

⁵⁹ Si vedano sul punto specifico: *Lorsé et autres c. Pays-Bas*, no. 52750/99, §§ 83-86, 4 février 2003, et *Van der Ven c. Pays-Bas*, no 50901/99, §§ 69-72, CEDH 2003-II, *Horych c. Pologne*, no 13621/08, §§ 117-132, 17 avril 2012, *Piechowicz c. Pologne*, no 20071/07, §§ 205-222, 17 avril 2012.

⁶⁰ Ordinanza n. 4855/2016 in commento, p.4.

⁶¹ Su questo punto vale la pena rileggere il lucido commento, in tema di poteri istruttori del magistrato di sorveglianza e di vulnerabilità della posizione del detenuto in tema di accesso alle informazioni e alle prove documentali, di F. MAISTO, *Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord pen e casistica*, in www.questionegiustizia.it, 19 febbraio 2015: «Sotto il primo profilo, si è rilevato che il comma 5 dell'art. 666 c.p.p. nella più ampia accezione che consente al giudice di chiedere, secondo le formule rituali ordinarie o esibitorie, alle autorità competenti, tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno, nonché di procedere in udienza ad assumere le prove necessarie nel rispetto del contraddittorio, salvo poi stabilire il mezzo di prova, caratterizzato dalla officiosità dell'istruttoria. Alcuni Magistrati di sorveglianza hanno individuato i mezzi di ricerca della prova ai sensi dell'art. 244 c.p.p., per economia processuale e per l'accesso diretto del giudice alle camere di pernottamento, le ispezioni di luoghi e di cose, finalizzate alla misurazione degli spazi e contestuale verbalizzazione ex art. 246 c.p.p., nei casi controversi, la perizia ex artt. 220 ss. c.p.p., rivelatasi fondamentale in alcune controversie caratterizzate da errori di misurazione da parte del personale della casa circondariale. Per quanto riguarda la fase della valutazione della prova, i criteri sono quelli indicati dall'art. 192 c.p.p., integrati dalle indicazioni impartite dalla Corte EDU sul problema della prova nelle note sentenze Sulejmanovic e Torreggiani, dai quali il giudice ricava il

per sé), nel contesto concreto, mal si comprende perché non si supporti la decisione con alcun tipo di motivazione giuridica. Ma procediamo oltre.

La seconda allegazione del reclamante concerne la pratica delle perquisizioni corporali con flessione, effettuata in tutti gli istituti. In questo caso, la questione è risolta dall'ordinanza facendo leva sull'onere probatorio del detenuto, rimasto inevaso («il detenuto non ha specificato quando e come è stato sottoposto a tale trattamento di controllo⁶²»). La questione della ripartizione dell'*onus probandi* è una delle più spinose a livello di tendenza giurisprudenziale interna, che, in un afflato giusciviltistico, considera onere dell'attore provare per intero la fondatezza della pretesa risarcitoria. D'altra parte, in quest'ambito, un aiuto chiaro arriva proprio dalla giurisprudenza europea che ha affermato ormai da tempo (diciamo che qui la giurisprudenza europea è più che consolidata) che in casi di violazione dell'art. 3 in tema di diritti delle persone detenute, si richiede un'allegazione *prima facie*, che potrà, poi, eventualmente essere confutata dall'amministrazione convenuta, attraverso allegazioni specifiche sulle concrete condizioni detentive relative al singolo reclamante. La stessa Grande Camera in *Muršić* reitera il principio dell'"inversione dell'onere della prova"⁶³.

D'altra parte, residuano in capo al magistrato di sorveglianza, a dire il vero a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 26 del 1999, tutti i poteri istruttori tipici di un accertamento giurisdizionale, come confermato di recente dalla Cassazione, nella sentenza *Salierno*⁶⁴. In un tema come quello delle perquisizioni personali, su cui la giurisprudenza della Corte EDU ha prodotto un filone giurisprudenziale rilevante e consolidato di decisioni di violazione dell'art. 3 della Convenzione⁶⁵ e che

principio della parità formale e sostanziale delle parti. La Corte ha affermato in vario modo, la peculiarità della valutazione dell'onere probatorio nell'ambito di una controversia che vede una tale divergenza di posizioni, fra detenuto vulnerabilità della persona limitata nella libertà personale che si trova sotto "il controllo esclusivo degli agenti dello Stato" e amministrazione, quanto a disponibilità di dati e documenti attinenti all'oggetto del contendere. (...) l'omissione di informativa richiesta dal giudice e notificata all'amministrazione, deve essere valutata come volontaria con conseguente accoglimento dell'istanza, in mancanza di altre prove contrarie. Per cui in mancanza di spiegazioni da parte dell'Amministrazione non è dato rigettare la doglianza del reclamante e la circostanza deve reputarsi provata.»

⁶² Ordinanza n. 4855/2016, in commento, p. 4.

⁶³ Nelle parole della Corte, §128: «Once a credible and reasonably detailed description of the allegedly degrading conditions of detention, constituting a prima facie case of ill-treatment, has been made, the burden of proof is shifted to the respondent Government who alone have access to information capable of corroborating or refuting these allegations. They are required, in particular, to collect and produce relevant documents and provide a detailed account of an applicant's conditions of detention. Relevant information from other international bodies, such as the CPT, on the conditions of detention, as well as the competent national authorities and institutions, should also inform the Court's decision on the matter (see further *Ananyev and Others*, cited above, §§ 122-125; and *Neshkov and Others*, cited above, §§ 71-91)».

⁶⁴ Cass. Sez I, n. 43722 del 11/06/2015, *Salierno*.

⁶⁵ La Corte EDU ha, nel tempo, elaborato i seguenti principi: le perquisizioni personali (*strip searches*) devono essere svolte da personale dello stesso sesso di quello del soggetto passivo e in maniera appropriata, ossia tale da non ledere il suo diritto alla dignità (violazione art. 3 in *Valašinas v. Lithuania*, 24 July 2001); la perquisizione personale è giustificata solo da ragioni comprovate di sicurezza (prevenzione dell'auto o etero lesionismo) o per prevenire disordini all'interno del carcere e non deve tendere a provocare, umiliare o inferiorizzare il soggetto passivo (*Iwańczuk v. Poland*, 15 November 2001); le perquisizioni personali, legate a un particolare regime penitenziario (alta sicurezza) non possono essere somministrate in modo abituale, come pratica sistematica, prima e dopo ogni contatto con l'esterno, ma

ricomprende, come fattispecie più critica, proprio la pratica del “*bend over and cough*”, ossia delle ispezioni con flessione, sarebbe opportuno procedere con l’attivazione dei poteri istruttori di cui parlavamo *supra*, anche attraverso un ordine di esibizione della relativa documentazione alla direzione dell’Istituto, per verificare il contesto in cui si sono svolte le perquisizioni e le giustificazioni di tale aggravata modalità di perquisizione personale. D’altra parte superfluo (ma forse non troppo) sembra ricordare che, contrariamente a quanto affermato dal magistrato pisano, il detenuto ha provveduto all’onere di allegazione *prima facie* relativo alle modalità del trattamento, indicando che la perquisizione era avvenuta mediante flessione.

La terza questione riguarda la presenza di servizi igienici a vista, la mancanza di doccia e bidet in cella e la mancata erogazione di acqua calda. Su questo punto il magistrato di sorveglianza di Pisa, con una totale inversione del principio stabilito in sede europea in materia probatoria (v. *supra*) afferma che «dalle relazioni dei menzionati Istituti non emerge che il detenuto non abbia potuto usufruire in modo riservato dei servizi igienici».

La deformazione della prospettiva giurisprudenziale europea sul punto è macroscopica, ma quel che stupisce di più è che la stessa ordinanza poco oltre, affermi il principio per cui:

la riferita circostanza [mancata allegazione del numero dei soggetti ristretti insieme al reclamante, n.d.a.] nell’ottica civilistica che connota la liberazione anticipata riparatoria di cui all’art. 35 ter Ord. Pen., da considerarsi secondo il concorde orientamento della dottrina e della giurisprudenza come un istituto riconducibile all’area della tutela risarcitoria atipica, deve essere considerata come ammissione dei fatti allegati dal condannato nell’atto introduttivo del presente procedimento⁶⁶.

Questo peculiare caso di schizofrenia giurisprudenziale interna allo stesso provvedimento si aggrava se letto unitamente al fatto che lo stesso caso poco prima citato dal giudice pisano, *Sylla et Nollomont*, fonda la decisione di violazione dell’art. 3 della Convenzione proprio sul punto precipuo dei servizi igienici a vista e della mancata protezione della riservatezza della regione privata per eccellenza di cui parla Goffman. Insomma, se il legislatore ha in odio sé stesso, anche il giudice, talvolta, non scherza.

Del resto irrisolta rimane la questione della doccia, del bidet e soprattutto della mancanza di acqua calda. Diciamo che anche queste, forse, sono state ricomprese nella presa d’atto della non menzione da parte degli istituti...

Un passo avanti viene fatto con l’ulteriore doglianza della mancanza di condizioni igieniche adeguate nelle stanze, la mancanza di luce naturale e il sufficiente

devono essere giustificate da precisi motivi di sicurezza (*Van der Ven v. The Netherlands*, n. 50901/99, 4 febbraio 2003); le ispezioni anali eseguite come routine dopo ogni visita e non supportate da forti elementi di sospetto ammontano a trattamento degradante ai sensi dell’art. 3 della Cedu (*Frérot v. France*, 12 June 2007)

⁶⁶ Ordinanza n. 4855/2016 in commento, p.5.

passaggio dell'aria nei vari istituti penitenziari. Siamo qui al cuore delle condizioni materiali di detenzione relative all'art. 3 della Convenzione, così come definite dal CPT e dalla stessa Corte EDU. Su questo punto l'ordinanza afferma che «risulta escluso che le camere non siano dotate di sufficiente luce naturale e areazione o che siano, comunque, mancate le prescritte condizioni igieniche». Icastico.

Posso parlare, per esperienza diretta, unicamente degli istituti toscani, tra quelli in cui il reclamante è stato ristretto, ma per questi, al di là delle relazioni della convenuta amministrazione, è fuor di dubbio che le condizioni igieniche primarie siano ben al di là di ogni "prescrizione" giuridica e l'afflusso d'aria e di luce naturale ridotto al minimo⁶⁷. Anche in questo caso un accertamento *in loco*, al pari di quello effettuato dal magistrato di sorveglianza di Bologna (ordinanza 8 ottobre 2014) appare misura salutare e necessaria e dispiace non vedere più spesso attivato questo potere istruttorio che sta alla base e innerva il ruolo stesso della magistratura di sorveglianza.

Il reclamante lamenta ancora la insufficienza strutturale di una cucina unica per la preparazione di pasti per oltre 200 detenuti e, successivamente, la mancanza di un locale attrezzato per cucinare il cibo autonomamente. Anche su questo punto la decisione del giudice pisano è sintetica e legata alla teoria essenzializzante e astratta del "di per sé": la questione della cucina e dell'autonoma preparazione dei cibi in locale apposito non sono riconducibili "di per sé" al concetto di detenzione disumana e degradante. Il perché non è dato sapere.

Eppure sarebbe importante, dato che la qualità e quantità del cibo sono uno degli aspetti tradizionalmente presi in considerazione ai fini della valutazione di una violazione dell'art. 3 della Convenzione per condizioni disumane e degradanti di detenzione⁶⁸. Come già detto, nulla vieta di rinvenire una qualità e quantità del cibo sufficiente rispetto agli standard europei, internazionali e interni presso tutti gli istituti (ne saremmo, anzi, tutti rincuorati), ma la motivazione "di per sé", in questo caso, mostra tutta la sua problematicità, proprio in ragione della consolidata giurisprudenza europea sul punto⁶⁹.

Infine, sul piano della lamentata mancanza di trattamento rieducativo, l'ordinanza in commento si appiglia nuovamente, in una sorta di climax dell'inatteso, alla motivazione del "di per sé". Anche il trattamento, o meglio la mancanza di esso, appare questione «di per sé non indicativa di una detenzione disumana e degradante⁷⁰. Qua si aggiunge, peraltro, che la doglianza è dedotta «in modo assolutamente

⁶⁷ Si vedano i provvedimenti di accoglimento dei reclami ex art. 35 ter concernenti l'istituto di San Gimignano, per esempio, che hanno dichiarato inagibili e chiuso tre celle nel reparto di media sicurezza per le condizioni igieniche e strutturali, l'endemica presenza di muffa e la condizione di quasi perenne allagamento in caso di pioggia.

⁶⁸ Sin da giurisprudenza risalente, si vedano *Ilașcu et autres c. Moldova et Russie* [GC], no 48787/99, 8 luglio 2004 § 451 e *Kadiķis c. Lettonie* (no. 2), no. 62393/00, 4 maggio 2006, § 55.

⁶⁹ La stessa Grande Camera in *Muršić* discute diffusamente della qualità e quantità del cibo fornito, pur non rinvenendo una violazione dell'art. 3 sul punto.

⁷⁰ Ordinanza n. 4855/2016 in commento, p.5.

generico»⁷¹...verrebbe da dire, così come generica è la somministrazione del trattamento all'interno della maggior parte degli istituti penitenziari italiani.

La *probatio* è oltre il diabolico, eppure quello che nuovamente stupisce è la sottovalutazione della giurisprudenza della Corte EDU che, per altri versi e su altri punti, si è invece apertamente assertito costituire il baluardo interpretativo d'eccellenza, da opporre anche alla Cassazione italiana. Se uno dei capisaldi di tutta la materia dei diritti delle persone detenute a livello europeo (e interno) è il paradigma riabilitativo, la mancanza, l'insufficienza, la genericità del trattamento sono una costante nella valutazione delle condizioni detentive e della violazione del principio di dignità applicato alla detenzione.

E con questa ultima decisione, tutte le doglianze relative a condizioni materiali di detenzione sono state comodamente liquidate e, finalmente, «la questione è, pertanto, circoscritta alla verifica degli spazi vivibili in cella⁷²», ossia al calcolo dei fatidici 3 m². *Reductio ad tria*. E qui segue una, non facilmente comprensibile, lista di periodi di effettivo sovraffollamento (e conseguente violazione) verificato attraverso l'applicazione del metodo di calcolo derivato dalla versione pisana della *Muršić*. Di fatto la violazione rilevata è ridotta ai soli casi in cui lo spazio personale disponibile era inferiore ai 3 m². I numeri sono impietosi. A fronte di un periodo di asserita violazione che va dal 21/12/1992 al 10/10/2016 (per totali 8693 giorni), il reclamo viene accolto per 259 giorni, con una riduzione di pena di 25 giorni e 72 euro per il residuo periodo non comportante diritto a riduzione di pena.

Giocando la parte dell'avvocato del diavolo, ancora una volta sembra che l'asserita lealtà alla fonte giurisprudenziale alsaziana sia piuttosto una facciata volta a nascondere la propensione verso un paradigma interpretativo riduzionista. Infatti, per i periodi in cui il detenuto ha avuto a disposizione meno di 3 m², nessuna traccia dell'analisi dell'effetto cumulativo dei tre fattori capaci di opporsi e refutare la violazione, indicati dalla Grande Camera in *Muršić* (pur richiamati in premessa, nell'analisi dei principi fondamentali stabiliti dal giudice europeo) si ritrova nell'arco motivazionale dell'ordinanza. Forse tale analisi è implicita? Forse. Sta di fatto che, almeno per il periodo di esecuzione pena scontato presso l'istituto di Fossombrone, l'effetto cumulativo sembrerebbe miracolosamente prodursi, stante che:

1. la riduzione dello spazio personale disponibile inferiore a 3 m² è circoscritta a un periodo breve, 5 giorni;
2. tale periodo è accompagnato da sufficiente libertà di movimento fuori dalla cella, come indicato dall'ordinanza pisana quando prende atto del «congruo numero di ore di permanenza all'esterno della cella godute dal medesimo in tutti gli Istituti in questione⁷³»;
3. infine il richiedente è ristretto in una struttura che consente condizioni dignitose di detenzione e non presenta altre situazioni negative, come da parte motiva già analizzata in riferimento a tutte le doglianze lamentate dal reclamante e dall'inciso

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

finale: «occorre rilevare come le altre condizioni di detenzione patita [...] in detti periodi devono [...] considerarsi non insufficienti e tantomeno ingeneranti uno stato di disumanità o mancanza di dignità nel corso dell'esecuzione⁷⁴».

Insomma, per una rara e misteriosa congiuntura astrale, l'eventualità che tutti e tre i fattori dell'effetto cumulativo (ideati dalla Grande Camera in un tentativo estremo di salvare la relativizzazione del giudizio sulla violazione dell'art. 3 della Convenzione, ma concepiti in modo tale da non potersi mai produrre contemporaneamente) si manifestassero simultaneamente si produce proprio su uno dei periodi di detenzione asseverato come lesivo della dignità del reclamante da parte del magistrato di sorveglianza di Pisa. Non è dato sapere se queste considerazioni sono state fatte e altrimenti risolte⁷⁵, l'ordinanza non ne riporta menzione alcuna. Il dubbio rimane.

7. *Perpetuatio iurisdictionis* e *translatio iudicii*. Un nuovo fronte di "attualità".

Come detto, le gemelle pisane si scindono nell'analisi di una serie di profili giuridici che aprono la strada a ulteriori riflessioni. L'ordinanza del magistrato di sorveglianza di Pisa del 28/06/2017, affronta, in apertura e all'interno di un *obiter dictum*, un tema controverso sul piano della riflessione procedurale (ve n'è più d'uno, sia detto per inciso) e di portata pratica rilevante, soprattutto per la grave ipotesi che pone in termini di effettività del rimedio in parola⁷⁶, ossia la *quaestio (vexata)* tra *perpetuatio iurisdictionis* e *translatio iudicii*. La questione si presenta nei termini della competenza a provvedere sulla richiesta di 35 ter in caso di scarcerazione, *medio tempore*, del ricorrente, questione che viene sviscerata nell'analisi preliminare dell'istituto in esame. Sul punto, la posizione del giudicante è nettamente orientata verso la perdita di significato della cognizione del magistrato di sorveglianza, poggiando, l'argomentazione, innanzitutto sull'interpretazione del rimedio compensatorio come un vero e proprio diritto risarcitorio «di regola competenza del Giudice Civile»⁷⁷ e, in seconda battuta, sull'elaborazione di una rinnovata versione del

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Si potrebbe, infatti, persuasivamente argomentare che i periodi di detenzione si valutano tutti insieme e non separati per istituti, in caso di esecuzione pena senza soluzione di continuità.

⁷⁶ Effettività che pure dovrebbe costituire un faro nel cammino interpretativo delle corti domestiche, soprattutto tenendo a mente il monito della Cedu che, nella decisione *Stella et autres c. Italie* (49169/09), che sanciva il (seppur preliminare) vaglio positivo del sistema di rimedi approntato dal governo italiano a seguito della condanna nel giudizio pilota, *Torreggiani*, cit., al §63, afferma che: «elle ne dispose d'aucun élément qui lui permettrait de dire que le recours en question ne présente pas, en principe, de perspective de redressement approprié du grief tiré de la Convention. La Cour souligne toutefois que cette conclusion ne préjuge en rien, le cas échéant, d'un éventuel réexamen de la question de l'effectivité du recours en question, et notamment de la capacité des juridictions internes à établir une jurisprudence uniforme et compatible avec les exigences de la Convention». Ragioni di economia e utilità, se non di immediata adesione a un paradigma forte di tutela e protezione dei diritti delle persone detenute, dovrebbero consigliare le "giurisdizioni interne", spronandole a interpretazioni votate alla valorizzazione dell'effettività dei rimedi di cui agli articoli 35 bis e ter o.p.

⁷⁷ Ordinanza n. 1952/2017 in commento, p. 1.

concetto di attualità. Questa volta si tratta «dell'interesse per l'istanza che volge a un beneficio sul piano della libertà personale e che deve essere *attuale* anche al momento della decisione: diversamente il Magistrato di Sorveglianza non può più utilmente provvedere [corsivo mio]»⁷⁸. Decisamente, in questa materia, l'attualità è concetto che si fatica ad archiviare e che rinasce dalle proprie ceneri e nei luoghi più disparati.

Questa posizione, come detto formulata per inciso (seppur, come vedremo, con riflessi a fini decisorii della causa in esame), è tuttavia rivelatoria di un atteggiamento di cosciente reticenza rispetto alle più recenti conclusioni della cassazione penale, che con un aperto *revirement* rispetto alla propria giurisprudenza (il giudicante è, infatti, la stessa prima sezione)⁷⁹, ha recentemente affermato che il magistrato di sorveglianza conserva la propria competenza a decidere sulla doglianza anche quando l'istante sia stato *medio tempore* e nelle more del giudizio, scarcerato⁸⁰. La decisione del giudice di legittimità poggia sulla condivisibile applicazione e valorizzazione dei principi di *perpetuatio jurisdictionis* e di economia processuale espressi dall'art. 5 c.p.c. che viene correttamente assunto come «un principio di sistema (arg. *ex multis* Cass. Civ. SS.UU., sentenza n. 20322/2006; Cass. Civ. SS.UU. sentenza n. 3877/2004; Cass. Civ. SS.UU. sentenza n. 5899/1997) che persegue l'obiettivo di conservare la giurisdizione e la competenza del giudice correttamente adito in base alla legge del tempo⁸¹».

A oggi non si registrano posizioni difformi nella giurisprudenza di legittimità. Tuttavia, l'ordinanza in commento oppone a questa visione (che peraltro non cita espressamente e non discute nel merito) una posizione ermeneutica che relega l'intervento del magistrato di sorveglianza *in subiecta materia* a un'attività giurisdizionale «in via eccezionale in primario ed essenziale collegamento con la concedibilità di una riduzione della pena⁸²».

Eppure valorizzare l'effettività del rimedio appare ormai una necessità interpretativa, così come ricordato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 14 giugno 2016. La decisione, come è noto, risolve la questione della concedibilità del ristoro economico da parte del magistrato di sorveglianza agli ergastolani, per i quali non è possibile procedere alla riduzione della pena. La sentenza si staglia, nell'orizzonte interpretativo del tema che ci interessa, in particolare per i diretti e chiari richiami proprio al principio di effettività, come espresso in ambito europeo. La Consulta afferma, infatti:

...la sentenza della Corte EDU, nel caso Torreggiani, ha chiesto all'Italia di introdurre procedure attivabili dai detenuti per porre fine e

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ Cass., Sez. I, 19 settembre 2016, n. 38801.

⁸⁰ Cass., Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 5515. Si veda il commento di R. ZUNINO, *La competenza a provvedere sull'istanza riparatoria ex art. 35-ter ord. penit. nel caso di scarcerazione medio tempore del richiedente*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 8 aprile 2017.

⁸¹ *Ivi.* Sulla stessa scia si vedano anche le ordinanze del Tribunale di Sorveglianza di Messina n. 25/15, pp. 4 e 5 e n. 2650/15, pag. 4, 5, 6, entrambe Presid. est. Mazzamuto.

⁸² *Ibid.*

rimedio a condizioni di detenzione o a trattamenti carcerari in contrasto con l'art. 3 della CEDU, le quali, a differenza di quelle al momento in vigore, avrebbero dovuto essere accessibili ed effettive; procedure, in altri termini, idonee a produrre rapidamente la cessazione della violazione e, anche nel caso in cui la situazione lesiva fosse già cessata, ad assicurare con rapidità e concretezza forme di riparazione adeguate. E questa richiesta deve costituire un indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione della disciplina successivamente introdotta dal legislatore.

A questo "indefettibile criterio ermeneutico" dovrebbero conformarsi le decisioni in merito ai rimedi introdotti in Italia su "stimolo" europeo, per essere convenzionalmente orientate e quindi costituzionalmente conformi.

In quest'ottica non appare sufficiente il richiamo, operato nella stessa ordinanza pisana, relativo all' "attualità dell'interesse" a una riduzione di pena del ricorrente che ha presentato istanza in costanza di detenzione al magistrato di sorveglianza e viene ammesso, in una fase successiva a una misura alternativa. Troppo poco appare l'ammettere una *perpetuatio jurisdictionis* in quest'unica ipotesi. In tal modo ragionando, infatti, si propone una irragionevole e ingiustificata discriminazione in ragione della fruibilità o meno del risarcimento in forma specifica.

Occorre ricordare che tale forma di risarcimento, per una lesione del diritto assoluto per eccellenza nel sistema convenzionale dei diritti, costituisce un vantaggio per il soggetto, ma anche (forse soprattutto) per lo stato, come ricordato dalla decisione in *Stella*⁸³ e la possibilità di accedervi non può ragionevolmente costituire un ostacolo o un aggravio procedurale (e la riassunzione della causa in sede civile comporta certamente un aggravio, sia in termini di tempo, che di costi, che di onere probatorio) per chi ha subito il pregiudizio e dovrà comunque, se vorrà vedere davvero risarcito il danno subito, nel pieno rispetto della tradizione civilistica italiana in tema risarcitorio, basata sui principi indefettibili di integralità e personalizzazione del ristoro, procedere alla richiesta il maggior danno in sede civile.

Non di molto conforto è il poter ricomprendere la presente fra le ordinanze di tempra "non attualista", posto, come abbiamo appena visto, che il criterio dell'attualità, cacciato dalla porta da una serie di decisioni dei giudici di legittimità (e di merito) ormai consolidata, si sta ripresentando alla finestra in forme nuove e inaspettate.

⁸³ *Stella c. Italie*, cit., §60.

8. Non attualismo debole vs. inattualismo forte. Le istanze provenienti da persone detenute sulla base di un titolo diverso da quello cui si riferisce il pregiudizio.

Fatale conseguenza di questa versione “non attualista debole”⁸⁴, è rappresentata dall’esclusione dalla computabilità dei periodi di asserita detenzione contraria all’art. 3 della Convenzione della porzione di detenzione eseguita e interamente scontata, per cui il soggetto è stato scarcerato. Qui entriamo in pieno nel *thema decidendum* del caso e la soluzione della questione è parte della *ratio decidendi* del giudice pisano; *ratio*, però, che appare tanto ragionevole o auto-evidente, da non essere supportata da adeguata motivazione.

Il reclamante, infatti, aveva chiesto la valutazione della carcerazione subita tra il 30.6.2006 e il 5.1.2012, giorno in cui era stato scarcerato per fine pena e dal 4.6.2012, giorno in cui viene arrestato nuovamente per altro fatto, fino alla data di presentazione del ricorso. L’ordinanza in esame ammette unicamente il secondo periodo di detenzione con esecuzione in atto e, basandosi sul dato letterale dell’art. 35 ter c.3 o.p., ritiene competenza del giudice civile la decisione sul primo periodo.

In effetti il terzo comma dell’art. 35 ter o.p. recita espressamente: «coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva in carcere possono proporre azione, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, di fronte al tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza».

D’altra parte, l’interpretazione dell’inciso “coloro che hanno terminato di espiare la pena detentiva” può essere letto come riferito a chi è comunque detenuto, al di là dell’unicità del titolo esecutivo. È questa la prospettiva ermeneutica che si ricava dalla *ratio* del riparto di competenza tra magistrato di sorveglianza e giudice civile che, da un lato, «deriva dalla ordinaria competenza del Magistrato di sorveglianza e dal suo potere di rideterminare la pena⁸⁵», dall’altro, risiede nell’esigenza di protezione della azionabilità (e della conseguente effettività) del diritto da parte del soggetto comunque detenuto, salvo immaginare il paradosso che deriva dal sostenere:

l’introduzione della domanda civile dopo l’espiazione della pena, magari a distanza di tempo da pregiudizio patito, con serio rischio di perdita della prova; e poi ci chiediamo come potrebbe il detenuto “autopatrocinato” procedere personalmente a tutti gli incumbenti di notifica e costituzione a suo carico, secondo le ordinarie regole del processo civile, durante il regime detentivo. Rispondere che gli è sempre possibile conferire la procura speciale non ci pare in linea con lo sbandierato intendimento di consentire la gestione diretta della lite da parte dell’interessato⁸⁶.

⁸⁴ Una posizione che, da una parte, rigetta l’attualità della violazione al momento della presentazione del reclamo, dall’altra aggancia l’attualità all’esecuzione penale in atto.

⁸⁵ E. SANTORO, [Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda](#), in *questa Rivista*, 22 gennaio 2015, p.15.

⁸⁶ R. BRACCIALINI, *Art.35 ter.3 Ordinamento Penitenziario; risarcimento o tassa fissa?*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2015.



12/2017

Non convince, quindi, la tesi per cui il primo periodo di detenzione sia *ex se* destinato alla competenza del giudice civile. In primo luogo, nel caso di specie, il soggetto non disponeva, alla data della scarcerazione, del rimedio compensativo di cui all'art. 35 ter e non poteva dunque rivolgersi (se non con gli strumenti risarcitori ordinari) né al giudice civile, né ad altri; era, insomma, privo, di un "giudice a Berlino" e questo non può essergli successivamente imputato. Il momento in cui il rimedio viene introdotto nel nostro ordinamento costituisce il *dies a quo* da cui il diritto al ristoro per una detenzione disumana e degradante viene vivificato dall'azione giurisdizionale e si costituisce in capo al soggetto, che può quindi reclamarlo con la prima azione utile a tal fine, nello specifico con la richiesta di riduzione della pena indirizzata, da detenuto, al magistrato di sorveglianza. In secondo luogo, la decisione del magistrato di sorveglianza sul punto stride con la precedente affermazione della essenzialità, indefettibilità e primarietà dello sconto di pena (su cui, ricordiamolo, si fonda la competenza del magistrato di sorveglianza in *subiecta materia*) rispetto al ristoro monetario. Su tale primarietà, indefettibilità ed essenzialità dovrebbe, infatti, fondarsi anche il giudizio in ordine alla valutazione dei periodi di detenzione già scontati in asserita violazione dell'art. 3 della Convenzione e pur computabili ai fini dello sconto di pena da una persona che sia stata nel frattempo (a dire il vero a distanza di pochi mesi, ma ciò non rileva ai fini del ragionamento sul punto) arrestata e posta nuovamente in *status detentionis*.

Si stenta, quindi, a comprendere tale, invero piuttosto apodittica, presa di posizione. A nulla potrebbe valere (e il magistrato pisano non vi allude, infatti), un riferimento, seppur di principio, alla norma di cui al comma 4 dell'art. 657 c.p.p. Non si tratta, infatti, in questo caso, di un "bonus" precostituito dal soggetto onde poter scomputare parte di pena su un nuovo reato commesso. In primo luogo, dato che tale sconto di pena deriva da un'attività illecita dello stato (occorre davvero ricordarlo), in secondo luogo e nel caso di specie, dato che non esisteva alcun prevedibile ristoro in forma specifica che il detenuto in questione poteva tesaurizzare per il reato successivamente consumato (successivamente all'esecuzione della pena in condizioni disumane e degradanti). Sembra piuttosto, nuovamente, che tale linea argomentativa si appoggi sullo spettro dell'attualità, residuo dell'azione interpretativa che ritiene di salvare *in extremis* il riferimento *per relationem* all'art. 69, comma 6, lett. b) e ai due criteri della gravità e attualità del pregiudizio. Pregiudizio che, quindi «deve evidentemente considerarsi sempre e di per sé "grave", mentre l' "attualità" si riferisce all'esecuzione penale 'in atto'». Pare chiaro che per il giudice pisano "l'esecuzione penale in atto" sia rappresentata dalla necessaria unicità dei titoli esecutivi su cui il detenuto chiede il risarcimento per detenzione disumana e degradante.

D'altra parte su questo punto, il magistrato pisano trova conforto in una relazione del vice direttore dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, dedicata al rimedio compensativo di cui all'art. 35 ter⁸⁷ che discute l'ipotesi delle

⁸⁷ Rel. n. III/01/2015 del Massimario della Cassazione, a cura di Luigi Barone, 13 aprile 2015.

istanze provenienti da detenuti sulla base di un titolo diverso da quello cui si riferisce il pregiudizio, propendendo per la lettura non attualista debole. Se, infatti, da un lato si sostiene un'attività ermeneutica volta alla ricerca dell'opzione esegetica «che, in ossequio alla *ratio* fondante della nuova disciplina, consenta di accedere al rimedio risarcitorio in forma specifica, privilegiato, come ormai noto, tanto dal legislatore, quanto dalla Corte ed rispetto alla rimedio compensativo», dall'altro si sostiene la necessità dell'unicità del titolo esecutivo, escludendo dalla valutazione del magistrato di sorveglianza quelle ipotesi «in cui tra il periodo di detenzione per cui si avanza la richiesta di risarcimento e l'attuale titolo detentivo vi sia stata interruzione».

Tenendo a mente che il rimedio di cui all'art. 35 ter o.p. non è un 'beneficio' penitenziario, né rientra all'interno della prospettiva riabilitativa della pena, dato che, come argomentato da accorta dottrina «il risarcimento per una detenzione inumana e degradante sta su un piano che non interseca mai il piano del percorso evolutivo della personalità del detenuto⁸⁸», si stenta a capire la ragione giuridica di questa distinzione.

Una posizione che potremmo definire (nietzschiamente) "inattualista⁸⁹ forte" è quella che considera che il presupposto necessario per radicare la competenza del magistrato di sorveglianza sia il perdurante stato di restrizione del richiedente e non l'attualità del pregiudizio, come ormai ribadito da giurisprudenza di legittimità consolidata⁹⁰. Una posizione, dunque, che sleghi definitivamente la nozione di pregiudizio dal sintagma (s)qualificativo "grave e attuale" e che riconosca, come ha fatto ormai la giurisprudenza maggioritaria del giudice di legittimità, che la «*ratio* complessiva delle modifiche, compresa la disciplina dei particolari rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen., va rintracciata [...] nel rafforzamento complessivo degli strumenti tesi alla riaffermazione della legalità della detenzione con estensione dei poteri di verifica e di intervento dell'autorità giurisdizionale⁹¹». Una linea giurisprudenziale che sembra aver sposato le indicazioni dottrinali di quanti, all'affacciarsi delle tesi "attualiste", hanno discusso in maniera approfondita e con ampiezza di respiro argomentativo le questioni che ancora oggi ci interessano⁹² e che ha scardinato il fondamento testualista delle stesse, laddove ha chiarito che:

⁸⁸ E. SANTORO, *op.cit.*, p. 16.

⁸⁹ Il riferimento, che rimanda anche al titolo del contribuente, è alle *Unzeitgemässe Betrachtungen* di Friedrich Nietzsche, (trad. it., *Considerazioni inattuali*, Einaudi, Torino, 1981). Nietzsche ritiene che proprio la filologia (nel suo caso la filologia classica e «la febbre storica divorante»), mostrando punti di vista diversi e contrari rispetto al pensiero comune del suo tempo, non ha altro compito «se non quello di agire in esso in modo inattuale – ossia contro il tempo, e in tal modo sul tempo e, speriamolo, a favore di un tempo venturo!»

⁹⁰ A partire da Cass., *Salierno*, cit.; Cass. Sez. I, n. 46966 del 16/07/2015, Koleci; Cass. Sez. I, n. 876 del 16/07/2015, Ruffolo e ancora, più recenti e a testimonianza della ormai consolidata linea di riflessione non attualista: Cass., Sez. I, n. 9658 del 19/10/2016; Cass. Sez. I, n. 38801 del 19/07/2016; Cass. Sez. I, n. 19674 del 29/03/2017.

⁹¹ Così Cass., n. 19764/2017, cit., che a sua volta riprende Cass. *Salierno*, cit.

⁹² Senza pretesa di esaustività, A. DELLA BELLA, [Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014](#), in *questa Rivista*, 13 ottobre 2014; G. MALAVASI, [Nota a commento alle ordinanze dell'Ufficio di Sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art.35 ter O.P.](#), in *questa Rivista*, 20 novembre 2014; E. SANTORO, *op.cit.*; G. GIOSTRA, [Un pregiudizio grave e](#)

sia l'interpretazione letterale, sia quella sistematica della disposizione di riferimento inducono a ritenere che il richiamo contenuto all'art. 35-ter comma 1 ord. Pen. al pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b), opera ai fini dell'individuazione dello strumento processuale reso disponibile per il detenuto e del relativo procedimento quale misura per eliminare la lesione dei diritti individuali inviolabili, ma non può essere riferito ai presupposti del pregiudizio come necessariamente in atto al momento della domanda e, ancor meno, della decisione⁹³.

Se tratteggiamo un orizzonte interpretativo supportato dai moniti costituzionali e convenzionali all'effettività del rimedio, dalla primarietà, più volte ribadita e sostenuta dallo stesso giudicante pisano, del rimedio in forma specifica rispetto alla compensazione monetaria e dal corretto inquadramento dell'atto ingenerante il diritto come attività illecita della pubblica amministrazione e del diritto stesso come indefettibile diritto alla dignità, l'opzione non attualista debole cede il passo alla persuasività della posizione di chi ritiene che lo sconto di pena da parte del magistrato di sorveglianza possa essere concesso anche a chi, attualmente detenuto in forza di un nuovo titolo esecutivo, lamenta la lesione dell'art. 3 della Convenzione anche per periodi interamente scontati e non compresi nell'unicità del titolo esecutivo attuale attraverso provvedimenti di computo di periodi di detenzione per reati diversi (nei limiti dell'art. 657 c.p.p.) o di pene concorrenti ex art. 663 c.p.p.

9. Della natura incerta delle cose. Monetizzazione o rimedio in forma specifica, risarcimento o indennizzo.

Come già detto, la scelta di disegnare un rimedio compensativo per la detenzione disumana e degradante che privilegi lo sconto di pena appare del tutto discrezionale e improntata a una sorta di ottica *win-win*⁹⁴ e non è, quindi, come pure

attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 ter Ord. Pen., in questa Rivista, 24 gennaio 2015; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi "preventivi": il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Archivio Penale*, 2 – Maggio-Agosto 2014; R. BRACCIALINI, *op.cit.*; C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art.35 ter. Ord. Pen.*, in questa Rivista, 22 luglio 2015; A. PUGIOTTO, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Anno LIX, Fasc.3/2016; A. PUGIOTTO, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art.35 ter O.P. per inumana detenzione*, in *Rivista AIC*, 12 novembre 2016; M. PASSIONE, *op.cit.*; D. GALLIANI, *op.cit.*; A. DELLA BELLA, *La Corte Costituzionale si pronuncia nuovamente sull'art. 35 ter o.p.: anche gli internati, oltre agli ergastolani, hanno diritto ai rimedi risarcitori in caso di detenzione inumana*, in questa Rivista, fasc. 5/2017, p. 318 ss.;

⁹³ Cass., sez. I, n. 7421 del 16/02/2017.

⁹⁴ Nella teoria dei giochi e nella risoluzione dei conflitti, le strategie *win-win* consentono di risolvere un conflitto permettendo alle parti in gioco di sentirsi entrambe vincitrici (cfr. J. VON NEUMANN and O. MORGENSTERN, *Theory of Games and Economic Behaviour*, Princeton University Press, 1944; 60th anniversary edn, 2004, ma anche E. BERNE, *Games People Play: The Psychology of Human Relationships*, Grove Press, New York, 1964; Penguin, 1968; S. D. FRIEDMAN, P. CHRISTENSEN and J. DEGROOT, *Work and Life: the End of the Zero Sum Game*, in *Harvard Business Review*, November–December 1998. D'altra parte lo stesso SUN TZU,

spesso viene presentata, una “richiesta europea”. Molto semplicemente, il governo italiano, cui l’Europa chiedeva di risolvere il fenomeno, endemico e persistente, del sovraffollamento penitenziario e al contempo di approntare un sistema di rimedi di tipo preventivo e risarcitorio per le passate violazioni, ha deciso di ridurre il sovraffollamento tramite il rimedio compensatorio. La Corte EDU discute ampiamente, all’interno della famosa (più famosa che letta) sentenza *Ananyev v. Russia*⁹⁵ sulla correttezza convenzionale di un rimedio risarcitorio in forma di riduzione di pena. La questione non è scontata, vero è che c’erano già precedenti in tal senso, ma si trattava, in quei casi, di risarcire violazioni dell’art. 6§1⁹⁶ e 5§3⁹⁷. Diverso è il discorso quando il risarcimento è da accordarsi in caso di violazione dell’articolo 3 della Convenzione, diritto assoluto (per quanto un diritto possa essere assoluto⁹⁸) che non ammette limiti o concessioni al margine di apprezzamento degli stati. La Corte si domanda se una riduzione della pena già comminata possa costituire un effettivo ed efficace rimedio per compensare il patimento di una lesione dell’art. 3 e risponde aprendo una serie di questioni che lascia aperte alla valutazione casuistica. In particolare, la corte richiede la “valutazione individuale” dell’impatto della violazione e dello specifico rimedio che deve essere concesso alla persona: «*An automatic mitigation operated by means of standard reduction coefficients is unlikely to be compatible with individualised assessment*⁹⁹». Insomma e con tutte le cautele del caso, possiamo affermare che la Corte consente, con una serie di stringenti limitazioni, questo tipo di ristoro, sicuramente non ne caldeggia l’adozione e ne coglie la portata critica, richiamando legislatore e interprete nazionale alla valutazione dello stesso in termini di effettività¹⁰⁰.

È il legislatore italiano, insomma, a chiedere e ottenere dalla Corte:

Di poter barattare il risarcimento economico con un risarcimento in forma specifica, sotto forma di riduzioni di giorni di pena detentiva, pensando così di “prendere due piccioni con una fava”. Da un lato, risparmia soldi il cui esborso avrebbe influito sulle malcerte finanze nazionali e sarebbe stato difficilmente giustificabile agli occhi dei cittadini “onesti” che si vedono continuamente ridotti i servizi e aumentante le tasse. Dall’altro, mette in moto una spirale virtuosa in cui il

nella sua opera *The Art of War*, 500 BC (Oxford University Press, 1963), presenta la strategia win-win). Recentemente questa teoria è stata applicata all’azione della pubblica amministrazione, si veda S. S. NAGEL, *Public Administration from a Win-Win Perspective*, Nova Science, 2002.

⁹⁵ *Ananyev and Others v. Russia*, n. 42525/07 e 60800/08, 10 gennaio 2012.

⁹⁶ *V. Finger v. Bulgaria*, no. 37346/05, § 128; *Morby v. Luxembourg* (dec.), no. 27156/02, 13 November 2003; *Beck v. Norway*, no. 26390/95, §§ 27-28, 26 June 2001, and *Laurens v. Netherlands*, no. 32366/96, decisione della Commissione 1 luglio 1998.

⁹⁷ *Dzelili v. Germany*, no. 65745/01, § 83, 10 November 2005.

⁹⁸ Crf. Sul punto specifico del carattere assoluto dell’art. 3 della Convenzione, S. GREER, *Is the Prohibition against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Treatment Really ‘Absolute’ in International Human Rights Law*, in *Human Rights Law Review*, 2015, 0, 1-37. Per una critica all’assolutezza dei diritti a livello internazionale, cfr. GEWIRTH, *Are There Any Absolute Rights*, 31 *Philosophical Quarterly* 73, 1981.

⁹⁹ *Ananyev*, cit, §225.

¹⁰⁰ *Ivi*, §223.

sovraffollamento contribuisce al suo stesso superamento: infatti, attraverso l'anticipazione delle scarcerazioni, a risarcimento del periodo di detenzione inumana, si contribuisce al processo di riduzione dei detenuti¹⁰¹.

Possiamo al più dire che se la "fava" è stata lanciata, di piccioni nemmeno l'ombra¹⁰² e la *win-win situation* appare, per il momento, uno scenario *win-lose* che potrebbe presto trasformarsi in un vero e proprio caso di *lose-lose*. A fronte, infatti, di un sovraffollamento penitenziario che, in aperta ribellione rispetto alle rassicuranti prospettazioni offerte dal governo italiano e ratificate positivamente dal Comitato dei Ministri a conclusione della procedura pilota nel caso *Torreggiani*, ha ricominciato a crescere costantemente già a partire dall'inizio del 2016¹⁰³ e di un rimedio compensatorio che sta tentando di superare le colonne d'Ercole della congiuntura sfavorevole di una cattiva formulazione legislativa e di una miope azione ermeneutica, la strada per giungere a quel rimedio effettivo per le violazioni dell'art. 3 della Convenzione e alla soluzione stabile (se pur fibrillante) del fenomeno del sovraffollamento, appare pericolosamente lontano. Il rischio dell'apertura di un nuovo "fascicolo Italia", invece, si staglia su un orizzonte sempre più prossimo.

D'altra parte, ancora non è stata risolta la questione della natura giuridica del rimedio di cui all'art. 35 ter e vale la pena notare che nelle due ordinanze in commento, lo stesso sia considerato in modo antitetico dallo stesso magistrato di sorveglianza di Pisa. In un caso, giudicante Merani, l'art. 35 ter viene considerato come un ordinario diritto risarcitorio al fine di fondare il carattere eccezionale dell'azione del giudice penale, la versione non attualista debole e la tesi della *traslatio iudicis*. Nell'altro caso, giudicante Degl'Innocenti, lo stesso art. 35 ter è visto come un reclamo incapace di incarnare un «tipico rimedio risarcitorio ascrivibile alla categoria concettuale dell'illecito aquiliano (cfr. letteralmente in termini, Cass. 19-10.2016 – 10.1.2017, n. 834, Gambardella)». Invero, in questo caso, la questione è così risolta al fine di escludere la prescrizione del termine quinquennale eccepita dalle Direzioni dei vari istituti penitenziari. Il fine è nobile, ma la valorizzazione dell'inquadramento del 35 ter all'interno della tradizione risarcitoria italiana avrebbe costituito un salutare approdo argomentativo. La stessa coerenza interna dell'ordinanza ne risente, dal momento che il dispositivo della stessa «dispone a titolo di risarcimento del danno in suo favore una riduzione della pena...»¹⁰⁴. In questa prospettiva merita notare che un dialogo tra civilisti e magistrati di sorveglianza sulla natura del rimedio in parola appare sempre

¹⁰¹ SANTORO, *op.cit.* p. 17.

¹⁰² *Ibid.* per il riferimento alla logica dei "due piccioni con una fava".

¹⁰³ Come mostrano, impietose, le statistiche fornite proprio dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria. Si veda la serie storica presso il sito del Ministero della Giustizia, che rivela come dal 2015 la popolazione detenuta sia costantemente aumentata, fino ad arrivare all'ultima rilevazione del 31 ottobre 2017 che indica in 57.994 il numero dei detenuti e delle detenute presenti in Italia. Per la serie storica v. [questa pagina web](#). Per l'ultima rilevazione v. [questa pagina web](#).

¹⁰⁴ Ordinanza n. 4855/2016 in commento, p.6.

più necessario e il tema dovrebbe costituire un pungolo argomentativo per gli uni e per gli altri.

Fino a oggi il pendolo ha oscillato tra la maggioritaria propensione per l'inquadramento nella responsabilità extracontrattuale che però, come persuasivamente notato, lascia «piuttosto interdetti, perché il detenuto non ci pare un qualunque estraneo che transiti per i luoghi carcerari e li abbia a subire un danno»¹⁰⁵ e l'ipotesi della responsabilità da contatto sociale, come d'altra parte avanzato già nel parere tecnico reso dal CSM sul d.d.l. di conversione del decreto 92/2014 (Odg. 1095 – Aggiunto del 30 luglio 2014). Un ulteriore e coraggioso approdo ermeneutico fa discendere la responsabilità dell'amministrazione da norma di legge (art. 1173 c.c.), inquadrando l'art. 35 ter in una sorta di:

responsabilità contrattuale discendente da un intero sistema normativo, che poi è lo stesso Ordinamento Penitenziario, da leggersi nella cornice dei diritti fondamentali riconosciuti anche alle persone ristrette in carcere – in ordine cronologico – dall'art. 2 della nostra Costituzione; dall'articolo 3 della Cedu; dall'art. 1 della Carta di Nizza, che esordisce ponendo al centro dei valori dell'Unione la dignità delle persone. [...] In altri termini, se vogliamo dirla penalisticamente, l'amministrazione penitenziaria è costituita in garante per legge non solo dell'incolumità psicofisica del detenuto, ma anche della sua dignità durante lo stato di espiazione di pena o di custodia cautelare, ed allo Stato si chiede di evitare limitazioni e sofferenze ulteriori oltre quelle normalmente discendenti dalla carcerazione¹⁰⁶.

L'inclusione della fattispecie in parola nell'alveo della tradizione risarcitoria italiana, d'altra parte, non è scevra (per usare un eufemismo) da criticità che rischiano di sfociare (sono, a dire il vero, ormai sfociate) in vere e proprie questioni di legittimità, in particolare in merito alle caratteristiche di integralità¹⁰⁷ e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione disumana e degradante, in particolare per quanto riguarda il risarcimento per equivalente. Sulla scia delle valutazioni relative al rimedio compensatorio per equivalente avanzate dalla Corte EDU in *Ananyev*¹⁰⁸ (e nonostante il *placet* della decisione in *Stella*), la cosiddetta "tassa fissa" cui si è auto-

¹⁰⁵ R. BRACCIALINI, *op. cit.*

¹⁰⁶ Ivi.

¹⁰⁷ Mi permetto di rinviare a S. CIUFFOLETTI - R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana*, in *Questione Giustizia*, 1 luglio 2015.

¹⁰⁸ Cfr. *Ananyev*, cit, §230: «The level of compensation awarded for non-pecuniary damage must not be unreasonable in comparison with the awards made by the Court in similar cases. The principles outlined by the Court in paragraph 172 above may serve as guidance for the Russian authorities in determining the amount of compensation. The right not to be subjected to inhuman or degrading treatment is so fundamental and central to the system of the protection of human rights that the domestic authority or court dealing with the matter will have to provide exceptionally compelling and serious reasons to justify their decision to award lower or no compensation in respect of non-pecuniary damage (compare *Finger*, cited above, § 130)».

vincolato il legislatore stride per l'esiguità del *quantum*, come i civilisti non hanno mancato di notare¹⁰⁹ e il criterio di calcolo degli 8 euro giornalieri (il 45% del *quantum* normalmente attribuito dalla Corte di Strasburgo, 20 euro *pro die*, in analogia con quanto già tentato e positivamente ratificato in sede nazionale ed europea, con la legge Pinto¹¹⁰), appare, quantomeno, discutibile.

Altra questione che necessita una maggiore riflessione riguarda la natura dell'ordinanza di accoglimento del reclamo ex art. 35 ter da parte del magistrato di sorveglianza. In questa prospettiva, infatti, l'ordinanza decisoria¹¹¹ che accerti l'asserita violazione ha sempre natura dichiarativa, della violazione e della lesione, oltre che di condanna¹¹² al risarcimento del danno. Si può ipotizzare che l'accertamento in positivo e in negativo della violazione abbia un riflesso¹¹³ sulla eventuale e successiva valutazione del giudice civile in merito all'eventuale proposizione di una richiesta del maggior danno in sede civile.

L'aura di atipicità e anomalia che circonda il rimedio introdotto dall'art. 35 ter o.p. (che ha l'indubbio "vantaggio" di non sollevare i profili critici sopra avanzati...) sembra, d'altra parte, aver acquisito terreno, rispetto alla necessità di un inquadramento sistematico preciso. Fondando la decisione sull'inapplicabilità della

¹⁰⁹ BRACCIALINI, *op. cit.*

¹¹⁰ Dai lavori della II Commissione permanente alla Camera (Giustizia) in sede referente, si legge «Con riferimento alla condizione apposta al parere della I Commissione, in merito alla quantificazione del risarcimento in forma pecuniaria, chiarisce che dall'esame delle sentenze della Corte Edu in tema di condizioni detentive configurabili come trattamento inumano o degradante è emerso che la determinazione dell'equa riparazione si assesta, in media, nella misura di circa 20 euro pro die. Su tale premessa si è poi preso atto che, nella materia della cosiddetta legge Finto [sic!] (legge 24 marzo 2001 n. 89), ossia l'equa riparazione per il danno conseguente all'irragionevole durata del processo, la Corte Edu ha valutato positivamente la decisione del giudice nazionale di determinare l'ammontare dell'indennizzo nella misura del 45 per cento di quanto, sempre in media, assegnato dalla stessa Corte, tenendo conto anche del fatto che il rimedio risarcitorio interno interviene necessariamente con maggiore tempestività, ben prima che si possa esercitare il rimedio sussidiario del ricorso a Strasburgo. Si è così ritenuto di poter determinare in 8 euro pro die la misura dell'equo risarcimento in favore dei detenuti, commisurata appunto a quanto comunemente stabilito dalla Corte Edu».

¹¹¹ Vale la pena ricordare che, già in epoca risalente, la Corte di legittimità ha sancito la "natura di sentenza" dell'ordinanza decisoria del magistrato di sorveglianza, Cass., sez. I, 10 ottobre 1979, *Di Pino*, in *Riv. Pen.* 1980, p.384.

¹¹² Come si evince dal dispositivo di accoglimento del reclamo che, da una parte, "dichiara" la violazione, dall'altra "dispone" il risarcimento/ristoro/indennizzo.

¹¹³ La questione è, qui, appena accennata e merita una più ampia e approfondita trattazione, anche a seguito della recente sentenza della Cassazione civile, sez. I, sentenza 16 marzo 2016, n. 5252 secondo cui: «la pronuncia di condanna generica al risarcimento presuppone soltanto l'accertamento di un fatto potenzialmente produttivo del danno, rimanendo l'accertamento della concreta esistenza dello stesso riservato alla successiva fase, con la conseguenza che al giudice della liquidazione è consentito di negare la sussistenza del danno, senza che ciò comporti alcuna violazione del giudicato formatosi sull'*an'*. Sicché, qualora la sentenza di primo grado venga specificamente impugnata in ordine alla liquidazione del danno, contestandosi che di esso sia stata fornita la prova, il giudice di appello – senza incorrere in ultrapetizione ove, all'esito di tale revisione, escluda l'esistenza di qualsiasi danno – è investito del potere di riesaminare nella sua interezza la statuizione concernente il '*quantum debeatur*' (cfr. Cass. 21428/2007; 15335/2012; 15595/2014)».

prescrizione in materia di ristoro ex art. 35 ter, il giudice di legittimità, in una recente sentenza¹¹⁴, invita l'interprete a «sganciarsi dalle tradizionali categorie dogmatiche di inquadramento civilistico» e definisce l'istituto un mezzo di riparazione «francamente atipico, con carattere prevalentemente indennitario e di matrice solidaristica».

Grande è la confusione sotto il cielo e la situazione, per la tutela della dignità delle persone detenute, non è delle più favorevoli.

10. Conclusioni.

La confusione, d'altronde, è alimentata dal dubbio relativo ai motivi per cui, invece di accettare la linea giurisprudenziale adottata, ormai con tendenza maggioritaria, dalla Cassazione in ordine al necessario scomputo dello spazio occupato dal letto e dal mobilio fisso dal calcolo della superficie minima disponibile all'interno della cella, il magistrato di sorveglianza di Pisa (ma, è importante dirlo, non è il solo) accetta acriticamente la fonte giurisprudenziale derivante da un contesto internazionale-regionale come il Consiglio d'Europa e si mostra diffidente verso lo stesso tipo di fonte del diritto, quando questa proviene dal contesto domestico. Esterofilia?

Sembra, piuttosto, che la risposta debba trovarsi nell'endemica riluttanza di parte della magistratura di sorveglianza (sia pure, talvolta, per cogenti questioni di risorse) a farsi interprete di quel ruolo assegnatole dalla Corte Costituzionale e adesso, apertamente, dal legislatore, che è di fatto la protezione dei diritti soggettivi degli individui reclusi nelle patrie galere¹¹⁵.

Il paradigma riduzionistico dei diritti che questa visione implica non terrà a lungo il passo con le inquiete acque della giurisprudenza alsaziana che, sollecitata da nuovi ricorsi basati sull'ineffettività del rimedio in violazione dell'art. 13 della Convenzione, potrebbe avvalersi di quella possibilità, espressa nel giudizio *Stella*, di «*examiner la cohérence de la jurisprudence des juridictions internes avec sa propre jurisprudence ainsi que l'effectivité des recours tant en théorie qu'en pratique*».

¹¹⁴ Cass., 3117 del 10 gennaio 2017. Si veda il commento di R. COLACCI, *Danno da detenzione inumana: la Cassazione torna ad esprimersi sul rimedio ex art. 35-ter Ordinamento Penitenziario*, in *Filodiritto*, 14 marzo 2017.

¹¹⁵ Con importanti eccezioni, come detto. Ultimo, in ordine di tempo, si segnala il contributo di M. DE VITO, *Ai margini della pena. Riflessioni su disuguaglianze e diritto penale*, in *Questione Giustizia – Rivista Trimestrale*, 2/2017.