

## **Reclamo giurisdizionale e rimedi compensativi a tutela degli internati: gli ‘esclusi eccellenti’ della riforma.**

*di Alessandro Laurito*

Nota a UFF. SORV. Messina, ord. 8.01.2016

Giudice dott. CARMELO IOPPOLO

### **1. Un nuovo provvedimento a carattere ‘preventivo’: l’ordinanza dell’Ufficio di sorveglianza di Messina.**

L’ordinanza in commento si inserisce nel solco di due precedenti di rilievo<sup>1</sup>. Il Magistrato di sorveglianza di Messina accoglie il reclamo esperito *ex art. 35 bis* L. 26 luglio 1975, n.354<sup>2</sup> da un ‘infermo di mente’ illegittimamente internato nell’Ospedale psichiatrico giudiziario (‘OPG’) di Barcellona Pozzo di Gotto. L’art. 69 comma 6 lettera b) O.p., cui rinvia l’art. 35 *bis* O.p., conferisce infatti a tale

---

<sup>1</sup> Ci si riferisce alle ordinanze dell’Ufficio di sorveglianza di Firenze del 21 ottobre 2015, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) con nota di G. MELANI, *Tutela della libertà personale degli internati: «attraverso la cruna dell’ago»*, 5 giugno 2016 e dell’Ufficio di sorveglianza di Reggio Emilia del 18 novembre 2015, in [www.altrodiritto.unifi.it](http://www.altrodiritto.unifi.it). Sul nuovo reclamo giurisdizionale, si veda A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge sull’emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 7 Gennaio 2014; EAD, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino, 2014; C. FIORIO, *Cronache dal terzo millennio: politiche legislative e libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 2; F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n.146)*, Giuffrè, Milano, 2014; G. FIORELLI, *Procedimento per reclamo e “nuova” giurisdizionalità?*, in *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, a cura di R. Del Coco, L. Marafioti, N. Pisani, Giappichelli, Torino, 2014; A. LUZIO, *Tutela dei diritti dei detenuti ed ottemperanza: nuovi orizzonti dell’effettività*, in *ivi*; L. MARAFIOTI, *Il procedimento per reclamo*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Monduzzi, Milano, 2015<sup>6</sup>; M. BORTOLATO, *Torreggiani e rimedi ‘preventivi’: il nuovo reclamo giurisdizionale*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 2; ID, *Commento all’art 35 bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, CEDAM, Padova, 2015<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> D’ora in avanti abbreviato ‘O.p.’.

giudice il potere di inibire la condotta dell'amministrazione da cui discenda un pregiudizio grave ed attuale ai diritti dei detenuti o degli internati in violazione della normativa penitenziaria. Nell'ipotesi in cui il pregiudizio subito consista in un trattamento inumano o degradante *ex art. 3 CEDU*, l'art. 35 *ter* O.p. prevede inoltre la possibilità di agire per il 'risarcimento' del danno. Si tratta, come ampiamente noto, dei rimedi di carattere 'preventivo' e 'compensativo', che l'ordinamento italiano ha disciplinato con i decreti legge 23 dicembre 2013, n. 146, e 26 giugno 2014, n. 92, conformandosi al 'dispositivo'<sup>3</sup> della sentenza pilota della Corte EDU 'Torreggiani'<sup>4</sup>.

La disposizione che viene in rilievo è quella prevista dall'art. 62 O.p.<sup>5</sup>, ove sono elencati gli istituti presso cui eseguire le misure di sicurezza detentive: ricorrendo ad un'interpretazione sistematica<sup>6</sup> e coordinando il citato art. 62 O.p. con quanto previsto dalla L. 30 maggio 2014, n. 81, ne consegue che a partire dal 1 aprile 2015 le misure di sicurezza dell'OPG e della Casa di cura e custodia ('CCC') devono essere eseguite presso le nuove Residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza ('REMS').

---

<sup>3</sup> Nonostante le sentenze della Corte EDU non contengano un 'dispositivo' immediatamente precettivo come quello delle sentenze della CGUE, la Sentenza pilota sembra invece ricalcare il modello delle sentenze della Corte di Lussemburgo. La pronuncia della Corte EDU rimane tuttavia priva di efficacia diretta negli Stati membri.

<sup>4</sup> Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, 9 Gennaio 2013.

<sup>5</sup> Tale interpretazione sistematica non è pacifica: il Pubblico Ministero nel procedimento dinanzi al Magistrato di sorveglianza di Firenze chiedeva in via preliminare di «dichiarare inammissibile il reclamo siccome relativo a ritenuta violazione di legge diversa dall'ordinamento penitenziario o dal relativo Regolamento esecutivo, come da combinato disposto degli artt. 35-bis e 69 O.P.».

<sup>6</sup> La legge sull'ordinamento penitenziario ed il relativo regolamento sono applicabili anche agli internati nelle 'REMS', come ribadito dalla Conferenza Unificata Stato regioni del 26 Febbraio 2015, disponibile al sito <http://www.statoregioni.it/DettaglioDoc.asp?IDDoc=46689&IdProv=13909&tipodoc=2&CONF=>, la quale, tuttavia, fa opportuno riferimento ai 'diritti' discendenti da tali disposizioni, con ciò escludendo l'estensione di qualsiasi norma in contrasto con la finalità terapeutico-riabilitativa del trattamento in 'REMS'.

La permanenza degli internati nelle vecchie strutture risulta quindi *contra legem*. Per esperire il rimedio preventivo di cui all'art. 35 *bis* O.p. non è tuttavia sufficiente la 'mera' illegittimità dell'internamento: occorre infatti dimostrare l'attualità e gravità del pregiudizio subito.

È di tutta evidenza come taluni dei vecchi 'OPG' non rispondano in alcun modo ai requisiti 'minimi' prescritti per le nuove strutture dal Decreto interministeriale 1 ottobre 2012<sup>7</sup>, né, più in generale, ai principi di 'territorializzazione' e 'sanitarizzazione' ed alla funzione terapeutico-riabilitativa che dovrebbe informare il trattamento del 'folle reo' a seguito del definitivo superamento delle realtà 'manicomiali'. Nonostante la complessa *actio finium regundorum* fra la nozione di 'diritto' leso di cui all' art. 69, comma 6, lett. b), O.p. e le 'aspettative di mero fatto'<sup>8</sup>, non si può dubitare circa l'attuale e grave lesione dei diritti dell'internato reclamante oggetto dell'ordinanza in commento, primo fra tutti il diritto alla salute, la cui tutela durante l'esecuzione della misura di sicurezza è espressamente garantita anche dall'art. 11 O.p. (v., inoltre, gli artt. 1 e 5ss O.p. e gli artt. 6ss d.P.R. 230/2000).

Il perdurante internamento negli 'OPG' determina, dunque, una restrizione della libertà personale contraria ai 'modi' previsti dalla legge, in violazione dell'art. 13, comma 2, Cost. Tuttavia nessuna delle tre ordinanze, che hanno pionieristicamente applicato il rimedio preventivo a tutela degli internati, sembra trarre le 'dovute' conclusioni derivanti dalla condivisibile premessa: una volta accertata l'illegittimità costituzionale dell'internamento, occorrerebbe infatti disporre l'immediata rimessione in libertà dell'internato stesso, fino a quando non siano disponibili posti letto nelle 'REMS'.

---

<sup>7</sup> Come emerge, ad esempio, dalle precitate ordinanze degli Uffici di Sorveglianza di Firenze, Reggio Emilia e Messina avuto riguardo agli 'OPG' di Montelupo Fiorentino, Reggio Emilia e Barcellona Pozzo di Gotto. Nei vecchi OPG veniva eseguito anche il ricovero in 'CCC' in base a quanto disposto *ex art.* 62 O.p.

<sup>8</sup> F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., pp. 42 ss.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., pp. 138 ss.; E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Giappichelli, Torino 2015, pp. 220 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici.

L'alternativa prospettata dalla magistratura di sorveglianza scinde, invece, il piano della 'non conformità' dell'internamento ai modi previsti dalla legge, da quello della 'liceità' delle scelte dell'amministrazione, la quale, non disponendo la liberazione degli internati (ancora) in 'OPG' a decorrere dal primo aprile 2015 per carenza di posti nelle 'REMS', avrebbe agito senza alcuna «condotta materiale positiva sorretta da precipua volontà di cagionare detto effetto» (da cui discenderebbe la liceità stessa della protrazione dell'internamento): così ragionando sembra, tuttavia, che si finisca per avallare uno *status quo* di incostituzionalità intollerabile per l'ordinamento<sup>9</sup>. Peraltro, l'art. 35 *bis*, comma 3, O.p., non definisce il contenuto

---

<sup>9</sup> Secondo L'Ufficio di Sorveglianza di Firenze «va, doverosamente, puntualizzato e ribadito che la situazione di fatto in cui si trova il reclamante è sì non conforme ai parametri legali previsti dalla normativa primaria indicata e, nei termini chiariti, dei "modi" di cui all'art 13 Cost., ma non già illecita, siccome non causata da una condotta materiale positiva sorretta da precipua volontà di cagionare detto effetto. Diversamente, il magistrato di sorveglianza dovrebbe spogliarsi della vicenda, non essendo competente a decidere/individuare sui rimedi da adottare a fronte della presenza di una situazione volontariamente violativa dell'art 13 Cost.» (UDS di Firenze del 21.10.2015). Ci si potrebbe tuttavia domandare se la condotta dell'amministrazione penitenziaria possa ritenersi lecita: occorre cioè stabilire se nell'ambito dei poteri in capo all'amministrazione penitenziaria rientri anche la facoltà (o meglio il dovere) di rimettere temporaneamente in libertà gli internati che non possono rimanere in 'OPG', ma per i quali non è disponibile un posto nelle 'REMS'. Ne seguirebbe infatti l'accertamento di un'eventuale responsabilità penale omissiva, quale conseguenza della protrazione dell'illegittima restrizione della libertà personale; né si può ritenere che tale condizione di illegittimità dell'internamento in 'OPG', una volta scaduto il termine perentorio di cui alla L. 81/2014, fosse sconosciuta all'amministrazione stessa. Sembra inoltre che un'ipotetica responsabilità penale dell'amministrazione non spoglierebbe il magistrato di sorveglianza dei suoi poteri preventivi: un conto è l'accertamento della responsabilità penale, che rimane competenza esclusiva del giudice della cognizione, altro è invece la rimozione di un pregiudizio grave ed attuale ai diritti dell'internato. Per quanto concerne il trattamento dei detenuti, parte della dottrina proponeva di prevedere in capo al magistrato di sorveglianza il potere di liberare i detenuti stessi, «ogniquale volta questa rappresenti l'unica strada per evitare la protrazione del pregiudizio dei suoi diritti», cfr. A. DELLA BELLA, *Un nuovo decreto-legge, cit.* L'Ufficio di sorveglianza di Firenze sostiene inoltre che «diversamente opinando, l'attuale situazione degli "ospiti" dell'O.P.G., se ritenuta non solo del tutto illegale, bensì illecita siccome non consentita dall'Ordinamento (e non solo "non conforme"), comporterebbe la fuoriuscita da tali strutture di soggetti per i quali, per contro, pende un titolo giuridico che ordina l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva (ovvero titolo limitativo della libertà) siccome soggetti ritenuti (ancora) "pericolosi socialmente"» (UDS di Firenze del 21.10.2015). Anche volendo ammettere che il comportamento non costituisca un illecito penalmente rilevante, pare che sul piano civile vi siano gli estremi per l'ingiustizia del danno: il perdurante internamento negli 'OPG' sembra quindi costituire un illecito civile. Secondo A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 53, «È vero infatti, che la

del provvedimento del magistrato di sorveglianza in caso di accoglimento del reclamo: si limita infatti a stabilire che l'organo giudicante ordini all'amministrazione di 'porre rimedio'<sup>10</sup>. Si tratta di una clausola di carattere generale, entro cui ricomprendere anche l'eventuale immediata liberazione dell'internato, laddove non vi siano alternative ad un trattamento che ne leda i diritti fondamentali. Sarebbe forse ipotizzabile, a titolo meramente provvisorio, l'affidamento presso le strutture ospedaliere ordinarie per il tempo necessario a reperire un posto nelle 'REMS'. Qualsiasi altra soluzione 'detentiva' comporta, inoltre, un'irragionevole disparità di trattamento fra i novantotto internati che, al primo aprile 2015, sono stati rimessi in libertà a causa della mancata predisposizione delle nuove strutture<sup>11</sup> e coloro che, nonostante il reclamo *ex art. 35 bis* O.p., continuano ad essere internati negli Ospedali psichiatrici giudiziari.

Preme inoltre sottolineare come l'eventuale trasferimento presso una 'REMS' dislocata in altra Regione comporti una sostanziale distorsione del criterio della 'territorialità' di cui all'art. 3 *ter*, comma 3, lett. c), L. 17 febbraio 2012, n. 9, nella parte in cui dispone che 'di norma'<sup>12</sup> gli internati debbano essere destinati alle strutture ubicate nella Regione di provenienza. Sembra quindi imprescindibile che le

---

detenzione, a seguito di condanna definitiva pronunciata dopo un regolare processo, è una sanzione lecita. Ma non lo è più, se scontata in condizioni disumane lesive della dignità personale del detenuto: fuoriuscendo dal disegno costituzionale, la pena inumana è – *ope constitutionis* – una "non pena", e perde con ciò la sua liceità».

<sup>10</sup> E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, cit., p. 237, «L'uso, da parte del legislatore, dell'espressione, apparentemente atecnica, "ordina di porre rimedio" si spiega alla luce della grande varietà di situazioni che potrebbero essere portate all'attenzione del magistrato. Si è infatti già avuto modo di segnalare come, con il reclamo proposto *ex art. 69* comma 6 lett. b, sia oggi consentito reagire non solo ad atti dell'amministrazione penitenziaria, ma anche a sue inerzie ed inefficienze». V. anche A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit. p. 141.

<sup>11</sup> V. *Relazione al Parlamento sul processo di superamento degli OPG* di dicembre 2015, p.11, disponibile su [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di G. ALBERTI, *Superamento degli OPG: a che punto siamo?*, 16 Febbraio 2016.

<sup>12</sup> Sui casi in cui dovrebbe, viceversa, essere applicato l'inciso 'di norma' v. F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG! La rimozione di un "fossile vivente" quale primo passo di un arduo percorso riformatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2013 (si pensi al trasferimento della famiglia dell'internato o ad un 'infermo' di origini straniere).

Regioni stesse si adoperino per ultimare le residenze necessarie ad accogliere gli internati provenienti dal proprio territorio.

Lascia infine ben sperare il costante riferimento nella motivazione delle precitate ordinanze ai requisiti strutturali delle ‘REMS’: tali parametri, infatti, potranno essere valorizzati non solo avuto riguardo alla degradante condizione dei vecchi ‘OPG’, ma anche in futuro, per il tramite di un’interpretazione ‘sistematica’, laddove le stesse ‘REMS’ non rispondessero ai requisiti previsti dal Decreto del 2012<sup>13</sup> (magari a seguito di un intervento d’ufficio da parte del magistrato di sorveglianza, tenuto conto della peculiare condizione che contraddistingue gli internati<sup>14</sup>).

## **2. Un commento a ‘futura’ lettura: l’applicazione dei rimedi ‘risarcitori’ ex art. 35 ter O.p. nei casi di trattamento inumano o degradante dell’internato.**

Per quanto concerne l’applicabilità del rimedio di cui all’art. 35 ter O.p. a tutela degli ‘internati’, sembra preliminarmente opportuno soffermarsi sulla natura e la struttura del ‘risarcimento’<sup>15</sup> predisposto dal legislatore. Nella costante dialettica fra

---

<sup>13</sup> Prendendo eventualmente a riferimento gli artt. 5ss O.p. e 6ss d.P.R. 230/2000; secondo parte della dottrina il richiamo alle fonti del diritto penitenziario deve essere interpretato estensivamente, Cfr. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 48.

<sup>14</sup> Parte della dottrina ritiene infatti che «il diritto a una pena legale è irrinunciabile»: ne consegue che il rimedio possa essere attivato sia d’ufficio che dal pubblico ministero, in base al rinvio a quanto disposto dall’art. 678 c.p.p.; ciò anche al fine di scongiurare il rischio che il detenuto o l’internato non esperiscano il rimedio preventivo con l’obiettivo di conseguire un risarcimento più significativo ex art. 35 ter O.p. In questi termini, E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, cit. p. 235; *contra*, M. BORTOLATO, *Commento all’art 35 bis*, cit. p. 401, che ritiene viceversa necessario valorizzare i poteri del magistrato di sorveglianza ex art. 69, comma 5, O.p.

<sup>15</sup> La competenza a disporre la ‘risarcibilità’ del danno non patrimoniale discendente da trattamento inumano o degradante in capo al magistrato di sorveglianza era stata oggetto di un ‘contrasto giurisprudenziale’. Si veda, in particolare, l’ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Lecce del 9 giugno 2011, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di A. INGRASSIA, *Magistrato di Sorveglianza di Lecce, 9 giugno 2011, Giud. Tarantino (sovrappollamento dei luoghi di detenzione, danno non patrimoniale per i reclusi e diritto di reclamo al Magistrato di sorveglianza)*, 16 Settembre 2011; *contra* ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Vercelli del 18 Aprile 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota redazionale di F. VIGANÒ, *Inammissibile la domanda di condanna dell’amministrazione*

l'esigenza di predeterminare tassativamente la regola applicabile e quella di evitare un eccessivo 'rigore' nel processo di qualificazione del 'caso concreto', le 'scadenze temporali' e gli 'elementi quantitativi' rappresentano, forse, gli unici parametri idonei ad escludere qualsiasi margine di discrezionalità, a tutto vantaggio della 'certezza del diritto'. Si pensi, per quanto qui rileva, al termine decadenziale di sei mesi per esperire il rimedio compensativo di cui al comma 3 dell'art. 35 *ter* O.p. ed all'art. 2 delle disposizioni transitorie di cui al D.l. 92/2014. Si consideri altresì la rigida previsione del *quantum* risarcibile *ex art. 35 ter* O.p. – otto euro per ogni giornata di 'trattamento inumano o degradante' – che desta qualche perplessità avuto riguardo alla natura propriamente 'risarcitoria', che dovrebbe contraddistinguere l'istituto in esame<sup>16</sup>. Sorge quindi il dubbio che il rimedio predisposto dal legislatore

---

*penitenziaria al risarcimento dei danni da lesione dei diritti del detenuto in sede di reclamo al magistrato di sorveglianza*, 24 Maggio 2012; v. anche G. FIORELLI, *Reclamo e risarcibilità del danno da trattamento penitenziario: un brusco dietrofront*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, fasc. 3, pp. 1216 ss. Prima dell'intervento riformatore si era pronunciata nel senso dell'incompetenza del magistrato di sorveglianza anche Cass., sez. I pen., 15 gennaio 2013, n. 4772, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di F. VIGANÒ, *Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza*; v. anche F. DELLA CASA, *Il risarcimento del danno da sovraffollamento carcerario: la competenza appartiene al giudice civile (e non al magistrato di sorveglianza)*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 6, pp. 2264 ss., cui si rinvia per gli opportuni riferimenti bibliografici. Il legislatore del 2014 si è infine discostato anche dalle indicazioni fornite dalla 'Commissione Giostra', soprattutto avuto riguardo alla preclusione dell'azione civile nelle ipotesi di accettazione dell' "equo indennizzo" disposto dal magistrato di sorveglianza, che abbia accertato la grave violazione del diritto del detenuto, e l'efficacia di giudicato nel giudizio civile per risarcimento del danno dell'ordinanza con cui il magistrato abbia accolto o respinto il reclamo- Cfr., sul punto, *Le conclusioni della Commissione Giostra in tema di riforme dell'ordinamento penitenziario e delle misure alternative alla detenzione*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 Dicembre 2013, nonché M. MONTAGNA, *Torreggiani e rimedi "compensativi": prospettive de iure condendo*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 3, pp. 594 ss.

<sup>16</sup> F. FIORENTIN, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in *Guida al diritto*, fasc. 30, 2014, pp. 29 ss.; A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 13 Ottobre 2014; N. MAZZAMUTO, *Sentenza Torreggiani: cosa è possibile fare in "zona Cesarini"?*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p.166; G. GIOSTRA, *Commento all'art 35 ter*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di F. Della Casa, G. Giostra, CEDAM, Padova, 2015, p. 416; S. CIUFFOLETTI, R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento del danno da detenzione inumana*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1 luglio 2015; R. BRACCIALINI, *Art. 35 ter.3 Ordinamento Penitenziario: risarcimento o tassa fissa?*, in *ivi*, 11 marzo 2015. V. anche il

persegua una finalità ‘punitiva’ (prima che risarcitoria)<sup>17</sup> nei confronti dell’amministrazione, in quanto responsabile dell’inumana o degradante condizione cui sottopone coloro che stanno scontando una pena o una misura di sicurezza detentiva (si tratterebbe di un ‘obbligo di tutela civile’ di fonte convenzionale<sup>18</sup>). Quanto più a lungo il trattamento del detenuto o dell’internato è contrario all’art. 3 CEDU, tanto maggiore è l’ammontare da rifondere: si è, forse, inteso traslare (in chiave ‘retrospettiva’) l’originaria previsione di una somma di denaro pari, nel massimo, a cento euro, quale conseguenza sanzionatoria per ogni giorno di inosservanza o di ritardo da parte dell’amministrazione del provvedimento del

---

*Parere sul decreto-legge 26 giugno 2014 N. 92 del CSM, disponibile al link [http://www.csm.it/PDFDinamici/20140730\\_6.pdf](http://www.csm.it/PDFDinamici/20140730_6.pdf).*

<sup>17</sup> Sulla distinzione fra ‘misure punitive’ e ‘misure riparative’ N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XVI, UTET, Torino, 1969, pp. 534 ss.; v. anche M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 4 ss.

<sup>18</sup> Al cui ‘adempimento’ lo Stato italiano non poteva sottrarsi, posto che altrimenti la Corte si sarebbe pronunciata sugli oltre tremila ricorsi pervenuti dopo la sentenza ‘Sulejmanovic’, disponendo ingenti somme a titolo di ‘risarcimento’. Sull’importanza degli ‘obblighi positivi’ previsti dalla sentenza Torreggiani v. anche S. BUZZELLI, *Il rompicapo penitenziario italiano nello spazio unico europeo*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 2, p. 537. Peraltro l’ammontare medio del risarcimento del danno generalmente riconosciuto dal giudice di Strasburgo è pari, circa, a venti euro: il legislatore italiano con l’art 35 *ter* O.p. ha quindi più che dimezzato gli esborsi cui, quasi certamente, sarebbe stato esposto. La scelta di limitare il ‘risarcimento’ ad otto euro, che corrisponde al 40% della cifra mediamente rifiuta dalla Corte EDU, deriva da un confronto con alcune sentenze della stessa Corte EDU che hanno riconosciuto, in materia di equa riparazione *ex lege* Pinto, una soglia minima di risarcimento per il giudice italiano pari al 45% della liquidazione erogabile in sede europea. Sul punto, cfr. A. PRINCIPATO, *Questioni in tema di risarcimento del danno da irragionevole durata del processo fra vecchia - e nuova legge Pinto*, in *Danno e resp.*, 2016, fasc. 1, nota 21; v. anche l’intervento del Viceministro Enrico Costa in Commissione giustizia nella seduta del 17 Luglio 2014, p. 37, disponibile al link <http://documenti.camera.it/leg17/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2014/07/17/leg.17.bo10273.data20140717.com02.pdf>. Volendosi attenere alla proporzione, si sarebbe dovuto prevedere un ammontare pari a nove euro al giorno a titolo di risarcimento ex art 35 *ter* O.p.. L’esiguità del ‘risarcimento’ sembra rievocare il caso di Lucio Verazio, riportato da Labeone nel commentario alle XII tavole, relativamente alla norma che, per alcune ipotesi di *iniuria*, prevedeva il risarcimento del danno nella misura di venticinque assi «[...] Lucio Verazio, uomo insensato e di rara impudenza, che per divertirsi colpiva con il palmo della mano il volto di un uomo libero. Uno schiavo lo seguiva portando una borsa ricolma di assi; e quando aveva schiaffeggiato qualcuno, ordinava che fossero pagati all’istante venticinque assi, come prescritto dalle XII Tavole», in F. GUIZZI, *Gli schiaffi di un uomo insensato e impudente*, in *La forza ragionevole del giurista. Atti della giornata in ricordo di Carlo Mezzanotte* a cura di A. Baldassarre, CEDAM, Padova, 2010, p. 102.



magistrato di sorveglianza, disciplinata nel comma 6, lett. c), dell'art. 35 *bis* O.p.<sup>19</sup> e poi espunta in sede di conversione.

Ad analoga conclusione parrebbe giungersi anche dall'analisi della principale tipologia di 'risarcimento' prevista dalla riforma: nonostante essa si presenti, *prima facie*, quale emblema del rimedio in forma specifica a carattere spiccatamente restitutorio, ci si potrebbe tuttavia interrogare sull'effettiva idoneità della riduzione della durata della pena a riportare in pristino stato un trattamento inumano o degradante e, più in generale, se la proporzione legale di un giorno di riduzione per ogni dieci di pregiudizio subito guardi alla particolare condizione sofferta dal detenuto, ovvero non rappresenti, piuttosto, un 'pungolo' costante nei confronti dell'amministrazione penitenziaria. In base a quanto disposto dall'art. 35 *ter* O.p. il trattamento di un detenuto od un internato la cui libertà personale sia ristretta entro una superficie di 2,99 mq in perfette condizioni igienico sanitarie è equiparabile a quello di chi invece versi in una situazione ben più grave, come, ad esempio, nel caso del ricorso 'Torreggiani' e altri<sup>20</sup>. Si tratterebbe, allora, di un'ingiustificata parificazione dei rimedi esperibili a tutela di detenuti od internati che versano in situazioni tra loro eterogenee, in violazione dell'art. 3 Cost. D'altro canto se la riforma avesse rimesso al magistrato di sorveglianza un'arbitraria diminuzione della durata della pena, si sarebbero pregiudicate le esigenze di certezza e tassatività nell'esecuzione della pena stessa, cui l'ordinamento non può rinunciare. La facoltà di ridurre la durata della pena fra un minimo ed un massimo predeterminato dal legislatore avrebbe, forse, rappresentato un 'ragionevole' compromesso<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> «Se non sussistono ragioni ostative, determina, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'amministrazione per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento, entro il limite massimo di 100 euro per ogni giorno. La statuizione costituisce titolo esecutivo». Il modello sembra quello delineato dall'art 614 *bis* c.p.c.

<sup>20</sup> Ad esempio i ricorrenti detenuti nel carcere di Piacenza denunciavano la mancanza di acqua calda, con la conseguente impossibilità di utilizzare regolarmente la doccia per diversi mesi.

<sup>21</sup> Prospettava l'alternativa anche G. GIOSTRA, *Il rimedio compensativo della riduzione di pena: problematiche tecniche e demagogici allarmismi*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di M. Ruotolo, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, p. 123. In tal modo si potrebbe parametrare la riduzione della durata della

Un altro aspetto della disciplina di cui all'art. 35 *ter* O.p., che pare suffragare la finalità 'punitiva' del rimedio *de quo*, attiene alla principale ipotesi di violazione dell'art. 3 CEDU: nel caso di 'sovraffollamento carcerario' si è, infatti, individuata una 'oggettiva' soglia minima di gravità sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Corte EDU nella sentenza 'Torreggiani'. Si ritiene, cioè, presuntivamente integrato un trattamento inumano o degradante laddove la superficie entro cui 'è ristretto' ciascun detenuto od internato sia inferiore ai 3 mq<sup>22</sup>, a prescindere dalle circostanze che abbiano determinato tale violazione<sup>23</sup> (configurando, quindi, una responsabilità oggettiva nei confronti dell'amministrazione<sup>24</sup>). In simili ipotesi sembra allora che il legislatore abbia delineato un 'rimedio punitivo a doppia presunzione', in virtù del quale alla presunzione assoluta di violazione dell'art. 3 CEDU nel caso di superficie inferiore ai 3 mq consegua, in via altrettanto presuntiva, una 'riparazione' a 'tariffa fissa'. Né si potrebbe invocare l'assenza di 'efficacia diretta' nell'ordinamento delle prescrizioni ricavabili dalle sentenze della Corte EDU (a differenza di quelle della CGUE): nell'art. 35 *ter* O.p. il legislatore ha infatti precisato che il presupposto per attivare il rimedio 'risarcitorio' è la violazione dell'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte EDU<sup>25</sup>. Pur trattandosi, all'apparenza, di un inciso ridondante, le conseguenze che ne discendono non sono, viceversa, per nulla scontate: è la prima

---

pena al tipo di privazioni che il detenuto o l'internato ha subito ed alle condizioni di vita all'interno dell'istituto. V. anche A. DE RUBEIS, *Quali rimedi per riparare alla detenzione in condizioni inumane e degradanti? Le indicazioni della giurisprudenza europea ed i più recenti interventi normativi*, in *Arch. pen.*, 2014, fasc. 2, p. 457.

<sup>22</sup> V. però l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky nella sentenza della Corte EDU Sulejmanovic c. Italia, ric. n. 22635/03.

<sup>23</sup> G. GIOSTRA, *Commento all'art 35 ter*, cit., p. 417.

<sup>24</sup> La distribuzione dei temi di prova va a favore del detenuto o dell'internato: v. il par. 72 della sentenza Torreggiani e altri c. Italia; così anche L. LUPARIA, *Diritto europeo e sistema penitenziario*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, Monduzzi, Milano, 2015<sup>6</sup>, p. 538; M. ORLANDI, voce *Detenzione (principi Cedu in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., UTET, Torino, 2013; sul problema v. altresì F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri*, cit., p. 51; M. BORTOLATO, *Commento all'art 35 bis*, cit., p. 406. Peraltro nei confronti degli internati in 'OPG' sembra che possano costituire 'piena prova' le risultanze dell'inchiesta della Commissione Marino.

<sup>25</sup> Sui problemi relativi a tale inciso v. G. GIOSTRA, *Commento all'art 35 ter*, cit., p. 417; M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti: le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, a cura di F. Caprioli, L. Scomparin, Giappichelli, Torino 2015, p. 275.

volta, infatti, che la legge (e non la Corte costituzionale) riconosce espressamente alla Corte EDU il compito di enucleare la norma vincolante per lo Stato membro, garantendo una base giuridica a tale processo ermeneutico, che non pare altrettanto chiara nell'articolato della Convenzione<sup>26</sup>. Inoltre un rinvio formale ad una fonte normativa di carattere giurisprudenziale così mutevole e frammentata, come quella che caratterizza oggi le pronunce della Corte di Strasburgo<sup>27</sup>, si pone in evidente contrasto con le esigenze di tassatività che dovrebbero informare anche la disciplina dell'esecuzione penitenziaria<sup>28</sup>: *quid iuris* nel caso di sopravvenuti orientamenti contrastanti in relazione ai presupposti ed ai limiti del 'trattamento inumano o degradante', ovvero nell'ipotesi di un' interpretazione più restrittiva da parte della Corte EDU rispetto alla tutela apprestata da norme costituzionali interne<sup>29</sup>? Si pensi,

---

<sup>26</sup> P. FERRUA, *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. Pen.*, fasc. 3, 2008, p. 28, ritiene «Meno convincente, invece, il sistematico richiamo alle norme della CEDU, come *interpretate dalla Corte europea*. Senza dubbio queste norme vivono nell'interpretazione che ne dà la Corte europea, in quanto giudice chiamato ad accertare le violazioni della Convenzione nei singoli processi, una volta esaurite le vie di ricorso interne. Ma la forza vincolante di quanto asserito nelle sue sentenze non dovrebbe superare il limite segnato dalla singola controversia [...]».

<sup>27</sup> È la stessa Corte costituzionale a richiedere talvolta un orientamento consolidato della giurisprudenza della Corte EDU, v., ad es., Corte cost. 14 gennaio 2015, n.49: «È, pertanto, solo un "diritto consolidato", generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo».

<sup>28</sup> Soprattutto laddove si ritenga di accogliere la ricostruzione della norma penale come norma 'reale', con ciò intendendo che «[...] la proposizione cioè che esaurisce il significato che ad una determinata condotta umana è attribuito in quel settore dell'ordinamento definito penale e criminale, consta di segmenti che delineano la fattispecie condizionante e le conseguenze condizionate e di segmenti che dispongono come deve essere accertata detta fattispecie e come vanno pronunciate (irrogate) ed eseguite le conseguenze sanzionatorie», M. GALLO, *Diritto penale italiano*, cit., p. 15.

<sup>29</sup> Sembra interessante a tal proposito la diversa strada intrapresa dalla L. 208/2015 che ha recentemente riformato la disciplina della L. 89/2001 (c.d. Legge Pinto). All'art. 1 *bis* viene infatti richiamato l'art. 6 della CEDU, ma senza alcun riferimento all'interpretazione ad esso fornita dalla Corte EDU. Peraltro il meccanismo predisposto dalla riforma prevede il necessario esperimento di rimedi a carattere preventivo al fine di poter accedere al rimedio riparatorio, a pena di inammissibilità della domanda. Inoltre l'art. 2 *bis* non determina in misura fissa il *quantum* risarcitorio, prevedendo un minimo ed un massimo su cui, peraltro, il giudice può operare un incremento fino al 20% o al 40%. Sulla recente riforma v. M. NEGRI, *Legge stabilità 2016: modifiche alla L. n. 89/2001, c.d. Legge Pinto*, in *Corr. giur.*, fasc.1, 2016.

ad esempio, ai problemi di calcolo dei 3 mq (come computare il mobilio o i servizi igienici?) su cui si è soffermata tanto la giurisprudenza nazionale quanto quella di Strasburgo<sup>30</sup>. Assume quindi centrale importanza la corretta identificazione dei limiti applicativi dell'art. 27, comma 3, Cost., ove si fa riferimento al trattamento contrario al senso di umanità, rispetto a quanto disposto nell'art. 3 CEDU, che prevede altresì la tutela avverso il trattamento 'degradante'<sup>31</sup>. Non si può inoltre ritenere che il rimedio di cui all'art. 35 *ter* O.p. sia limitato ai soli casi di 'sovraffollamento carcerario'<sup>32</sup>: occorre quindi stabilire quale sia il *discrimen* fra un trattamento di 'rigore' ed un fatto 'illecito' ai sensi della previsione convenzionale.

Se dunque l'art. 35 *ter* O.p. non sembra perseguire una finalità prettamente risarcitoria, bensì 'punitiva', pare allora che al detenuto o all'internato rimanga la facoltà di agire per la stessa fattispecie lesiva dinanzi al giudice civile nelle forme del processo ordinario di cognizione. Un'eventuale preclusione lederebbe manifestamente la posizione del detenuto o dell'internato: sarebbe infatti costretto a scegliere se esperire il rimedio di cui all'art. 35 *ter* O.p., rinunciando preventivamente ad un adeguato risarcimento, ovvero agire nelle forme ordinarie, con tutte le conseguenze relative ai tempi ed ai costi del rito di cognizione<sup>33</sup>. Solo riconoscendo

---

<sup>30</sup> Cfr., A. ALBANO, F. PICOZZI, *Contrasti giurisprudenziali in materia di (misurazione dello) spazio detenuto minimo: lo stato dell'arte*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc.1.

<sup>31</sup> Sul punto v. M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il "caso" dell'art 27, comma 3, Cost.*, in *RivistaAIC*, 2013, fasc. 2; ID, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.

<sup>32</sup> E. VALENTINI, *Il reclamo: casi e forme*, cit. p.239.

<sup>33</sup> Occorre poi stabilire se il termine prescrizione sia quello previsto per le fattispecie di responsabilità per inadempimento o per quelle di natura extracontrattuale. La questione a sua volta implica la complessa riconduzione di tale danno non patrimoniale nell'alveo dell'una o dell'altra tipologia di responsabilità, a seconda che si ritenga preesistere o meno un obbligo di protezione in capo all'amministrazione a tutela della condizione del detenuto o dell'internato. Sul problema, v. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 73 ss.; R. BRACCIALINI, *Art 35 ter.3*, cit.; S. CIUFFOLETTI, R. MARIOTTI, *Integralità e personalizzazione del risarcimento*, cit.; C. MASIERI, *La natura dei rimedi di cui all'art 35-ter ord. Pen.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 luglio 2015. Secondo A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti*, cit. e G. GIOSTRA, *Commento all'art 35 ter*, cit. p. 420 la normativa in esame non ha introdotto una nuova fattispecie di illecito civile: la violazione dell'art. 3 CEDU ha costituito un danno ingiusto risarcibile *ex art 2043 c.c.* a partire dalla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione stessa. Per la sussistenza di un contatto sociale tra detenuto ed amministrazione v. il decreto del Tribunale di Palermo del 6 Maggio 2015, disponibile al

tale ulteriore risarcibilità, la disciplina prevista per il rimedio compensativo sembra trovare un proprio equilibrio: al sacrificio in termini di riparazione nei confronti del detenuto o dell'internato che abbia subito un pregiudizio il cui risarcimento, in un'azione ordinaria, potrebbe superare i limiti prescritti dall'art. 35 *ter* O.p., si associa una semplificazione nell'accertamento della responsabilità dell'amministrazione, senza però escludere che egli possa comunque conseguire l'integrale riparazione.

Pare invece che tale equilibrio venga meno laddove si considerino le scelte processuali delineate nel comma 3 dell'art. 35 *ter* O.p.<sup>34</sup> : in tali casi il ricorso ai procedimenti camerale<sup>35</sup> implica, stando alla lettera delle disposizioni, la revocabilità del provvedimento *ex art. 742 c.p.c.* (salva diversa previsione di legge)<sup>36</sup> e la non reclamabilità del decreto del Tribunale *ex art. 35 ter*, comma 3, O.p., a differenza del procedimento di cui al comma 1 e 2 dell'art. 35 *ter* O.p., modellato su quello dell'art 35 *bis* O.p.; inoltre il richiamo da parte del comma 3 dell'art. 35 *ter* O.p. al pregiudizio di cui al comma 1 dell'art. 35 *ter* O.p. sembra escludere la 'risarcibilità' dei pregiudizi di durata inferiore ai quindici giorni. Stupisce tuttavia che la Corte EDU nella sentenza *Stella c. Italia*<sup>37</sup> non abbia censurato nessuno dei profili qui brevemente analizzati, né più in generale il *deficit* di tutela risarcitoria nei confronti

---

sito [www.civilecontemporaneo.it](http://www.civilecontemporaneo.it). *Contra*, Tribunale di Roma, decreto del 30 Maggio 2015, in [www.civilecontemporaneo.it](http://www.civilecontemporaneo.it)

<sup>34</sup> Pende una questione di costituzionalità sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Padova, su cui v. F. MENSIO, *Detenzione inumana e reclamo ex art. 35-ter Op: al vaglio della Corte costituzionale la difficile applicazione dei rimedi risarcitori all'ergastolano*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 21 Settembre 2015; per un'analisi dei problemi inerenti alla ripartizione della competenza a pronunciarsi sulle domande risarcitorie fra magistrato di sorveglianza e giudice civile ed al rito applicabile v. F. FIORENTIN, *Un «rimedio compensativo» a forte criticità*, in *Guida al diritto*, fasc. 30, 2014, p. 25 ss.; R. BRACCIALINI, *Art 35 ter.3*, cit.

<sup>35</sup> Cfr. A. CARRATTA, voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>36</sup> R. BRACCIALINI, *Art 35 ter. 3*, cit. ammette invece tanto la ricorribilità per cassazione quanto l'attitudine al giudicato del provvedimento *de quo*, in quanto trattasi di contenzioso su diritti fondamentali.

<sup>37</sup> *Stella e altri c. Italia*, ric. n. 49169/09, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), con nota di A. MARTUFI, *La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell'art. 3 EDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento*, 7 novembre 2014.

del detenuto o dell'internato: pare allora trovare conferma il sospetto che l'obiettivo del giudice di Strasburgo fosse in primo luogo quello di sanzionare l'inadempienza dello Stato italiano ed in subordine di tutelare i diritti lesi dal trattamento inumano o degradante.

Ci si è brevemente soffermati sui rapporti fra 'riparazione' pecuniaria *ex art. 35 ter* O.p. e 'risarcimento del danno', sottolineando le 'criticità' relative al procedimento instaurabile da coloro che non si trovino più *in vinculis*<sup>38</sup>, poiché sembra che, fatte salve particolari ipotesi, gli internati possano fruire esclusivamente del ristoro pecuniario. Pare infatti che i ritmi 'contingentati' per riformare la disciplina penitenziaria italiana, cui i giudici di Strasburgo hanno subordinato il differimento dell'alluvionale contenzioso sull'art. 3 CEDU, pervenuto alla Corte dopo la sentenza 'Sulejmanovic', abbiano relegato in secondo piano la tutela dei diritti degli internati durante l'esecuzione della misura di sicurezza (cosa hanno a che spartire, in fondo, cinquecento 'infermi' nelle 'REMS' con il problema del sovraffollamento carcerario?<sup>39</sup>). Nel tentativo di 'adeguare' la struttura del rimedio

---

<sup>38</sup> I casi che possono venire in rilievo per l'applicazione dell'art. 35 *ter* sono i seguenti: nell'ipotesi in cui il pregiudizio abbia una durata superiore ai quindici giorni, occorre distinguere fra pregiudizio attuale e non attuale. Se 'attuale', il detenuto può agire per la riduzione di pena e, per il residuo, per il risarcimento del danno<sup>38</sup>; se 'non attuale' occorre ulteriormente distinguere. Se ancora *in vinculis*, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza (v. Cass. Pen. 9/02/2016, n. 18864) potrebbe agire dinanzi al magistrato di sorveglianza per la riduzione della pena e l'eventuale residuo a titolo di risarcimento del danno; se invece non è più sottoposto a restrizione della libertà personale, allora potrà ottenere il solo risarcimento del danno. Nell'ipotesi in cui invece il pregiudizio abbia una durata inferiore ai quindici giorni, l'unico rimedio esperibile è il risarcimento del danno. Per un'analisi dettagliata Cfr. F. FIORENTIN, *Nella lotta al sovraffollamento delle strutture il Bel Paese mette a sistema un altro tassello*, in *Guida al diritto*, fasc. 30, 2014, p. 21; ID., *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art 3 Cedu: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 Novembre 2014; E. SANTORO, *Contra CSM: parlare a nuora perché suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art 35 ter per la detenzione inumana e degradante*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 22 gennaio 2015; G. GIOSTRA, *Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35 - ter ord. penit.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 24 Gennaio 2015; ID., *Commento all'art 35 ter*, cit. pp. 417ss.; M. DEGANELLO, *I rimedi risarcitori*, cit. pp. 269 ss.

<sup>39</sup> Né sembra che il problema degli internati possa esser sfuggito al legislatore: oltre ad averli espressamente richiamati nella rubrica degli articoli 35 *bis* e *ter* O.p. e nelle disposizioni transitorie, circa un mese prima dell'adozione del D.l. 92/2014 veniva convertito in legge il D.l. 52/2014, ultimando il percorso che ha condotto non solo al definitivo superamento degli

*de quo* agli internati (cui si fa riferimento tanto nella rubrica dell'articolo 35 *ter* O.p. quanto nelle disposizioni transitorie *ex art.* 2 D.l. 92/2014) non sfugge come la riduzione della durata della 'pena' paia incompatibile con la disciplina delle misure di sicurezza. Nonostante la L. 81/2014 abbia previsto un termine massimo di durata delle misure di sicurezza detentive, esse rimangono comunque prive di una specifica 'determinazione' della durata in concreto da parte del giudice: la protrazione o meno della misura è tuttora subordinata al 'riesame' della pericolosità sociale ad opera del magistrato di sorveglianza.

Inoltre un'eventuale riduzione della durata massima della misura di sicurezza detentiva potrebbe andare a detrimento dell'internato, specialmente nei casi in cui il

---

Ospedali psichiatrici giudiziari (e delle Case di cura e custodia), ma anche ad una integrale riforma del trattamento del 'folle reo', della pericolosità sociale e delle misure di sicurezza detentive. Pare infatti che il legislatore abbia inserito nella rubrica l'endiadi 'detenuto ed internato' in via trattativa, senza soffermarsi su come la disciplina prevista *ex art.* 35 *ter* O.p. potesse concretamente applicarsi ai soggetti in esame. Sarebbe inoltre interessante valutare la possibilità di applicare i rimedi *de quibus* anche ai soggetti che subiscono una limitazione della libertà personale che, pur non rientrando nel concetto formale di detenzione, necessita comunque di adeguata tutela. Ci si riferisce, ad esempio, al trattenimento presso i 'CIE', anche in considerazione della tendenza del diritto sovranazionale a superare le nozioni formali di 'materia penale' e di 'sanzione penale', a favore di un'interpretazione sostanzialistica', che potrebbe riguardare anche la nozione di 'detenzione', v. A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei "doppi binari" nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15 Luglio 2015. Sul definitivo superamento degli Ospedali psichiatrici giudiziari v. M. PELISSERO, *Il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari nel tempo della crisi*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 8, 2012, p. 1024; F. DELLA CASA, *Basta con gli OPG!*, cit.; M. PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 8, 2014; G.L. GATTA, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6 giugno 2014; ID, *Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 16 giugno 2014; A. MASSARO, *Pericolosità sociale e misure di sicurezza detentive nel processo di "definitivo superamento" degli ospedali psichiatrici giudiziari: la lettura della Corte costituzionale con la sentenza n.186 del 2015*, in *Arch. Pen. online*, fasc. 2, 2015, p. 15; EAD, *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 4, 2015; A. PUGIOTTO, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), fasc. II, 2015; G. BALBI, *Infermità di mente e pericolosità sociale fra OPG e REMS*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 luglio 2015.

trattamento inumano o degradante non fosse più attuale: egli verrebbe infatti sottratto al percorso terapeutico riabilitativo su cui si fondano le nuove ‘REMS’, a fronte di servizi territoriali spesso inadeguati nella gestione dell’infermità psichica. Analogamente a quanto avviene per la custodia cautelare in carcere<sup>40</sup> occorrerà quindi distinguere in primo luogo le ipotesi in cui la durata della misura di sicurezza applicata in via provvisoria, ma non confermata a seguito della sentenza, ed eseguita in condizioni inumane o degradanti, possa diminuire l’eventuale pena irrogata a seguito di condanna per lo stesso od altro titolo di reato, nei limiti dei termini prescrizionali del ‘risarcimento’ in ‘forma specifica’ (e nel caso di altro titolo di reato, purché non intercorra un lasso di tempo superiore a sei mesi fra la cessazione della custodia cautelare o dell’applicazione provvisoria della misura di sicurezza e la restrizione della libertà personale per altro titolo<sup>41</sup>). Altrettanto dicasi per le ipotesi in cui a seguito di condanna per vizio parziale di mente il giudice irroghi la pena ed applichi una misura di sicurezza detentiva. Da ultimo si potrebbe ipotizzare il ricorso alla riduzione della durata massima della misura di sicurezza laddove, dopo aver esperito il rimedio preventivo, l’internato continuasse ad esser sottoposto a trattamento inumano o degradante senza alcuna possibile alternativa (mancanza di posti in altre ‘REMS’) ed a fronte della perdurante inerzia dell’amministrazione, come nel caso del provvedimento in esame (e sempre che il magistrato di

---

<sup>40</sup> Pare che l’inciso previsto al comma 3 dell’art 35 *ter* O.p. «in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare» intenda fare riferimento alle ipotesi in cui il soggetto sia stato prosciolto e non stia scontando altra pena.

<sup>41</sup> Secondo G. GIOSTRA, *Commento all’art 35 ter*, cit., p. 420, è possibile esperire il rimedio di cui all’art. 35 *ter* O.p. anche per un trattamento inumano o degradante relativo ad altro titolo di reato (R1), a condizione tuttavia che tale trattamento sia successivo alla commissione del diverso fatto di reato (R2) rispetto al quale verrà ridotta la durata della pena. Ciò al fine di scongiurare un calcolo preventivo di impunità per la commissione di ulteriori reati. Pare inoltre necessario che la restrizione della libertà personale disposta per il diverso titolo di reato (R2) (commesso prima del trattamento inumano o degradante subito nel corso di restrizione della libertà personale per altro titolo di reato (R1)) avvenga entro sei mesi dall’eventuale liberazione dalla precedente restrizione della libertà personale (R1), durante la quale si è verificato il trattamento inumano o degradante. Si priverebbe viceversa di significato il termine decadenziale dei sei mesi ex 35 *ter* comma 3 O.p.: se infatti il detenuto o l’internato, una volta liberato, non esperisce entro sei mesi il rimedio risarcitorio, dovrebbe decadere anche dalla facoltà di conseguire una riduzione della durata della pena per il diverso titolo di reato (R2) (riduzione conseguente al trattamento inumano o degradante relativo al diverso reato commesso (R1)).



sorveglianza non optasse, quale unica vera strada preventiva, per la rimessione in libertà dell'internato).

Ci si potrebbe inoltre domandare se il 'rimedio punitivo a doppia presunzione' relativo al sovraffollamento carcerario nelle ipotesi di restrizione della libertà in una superficie inferiore a 3 mq possa valere anche nelle nuove 'REMS', laddove la struttura ospitasse più di venti interanti, limite espressamente previsto dal Decreto 1 ottobre 2012<sup>42</sup>.

Venendo infine alle disposizioni transitorie di cui all'art. 2 D.l. 92/2014, esse disciplinano esclusivamente la situazione di internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte EDU prima dell'entrata in vigore del decreto legge, subordinando l'eventuale applicabilità del rimedio 'risarcitorio' al termine decadenziale di sei mesi. Dunque per coloro che sono stati dichiarati 'dimissibili' a seguito della L. 81/2014, il rimedio di cui all'art. 35 *ter*, comma 3, O.p. è ormai precluso, essendo decorsi sei mesi. Viceversa gli internati per i quali perdurasse l'applicazione della misura di sicurezza detentiva nelle nuove 'REMS' (o coloro che fossero stati rimessi in libertà da meno di sei mesi), potrebbero esperire il rimedio anche per i fatti lesivi pregressi (rispettivamente dinanzi al magistrato di sorveglianza o al tribunale civile), nei limiti dell'intervenuta prescrizione<sup>43</sup>. Non sembra infatti condivisibile l'idea di restringere l'applicabilità delle disposizioni in esame alle sole violazioni successive all'entrata in vigore del D.l. 92/2014<sup>44</sup> per due ordini di motivi. In primo luogo non si può sottovalutare l'importanza dell'eventuale riduzione della durata della pena o della misura di sicurezza *ex art 35 ter* comma 1 O.p.: anche nel settore penitenziario

---

<sup>42</sup> La previsione legislativa di un limite massimo di capacità degli istituti penitenziari rientrava fra le indicazioni della Corte EDU nella sentenza 10 Gennaio 2012 *Ananyev c. Russia, v. M. MONTAGNA, Torreggiani e rimedi "compensativi"*, cit., p. 593.

<sup>43</sup> G. GIOSTRA, *Commento all'art 35 ter*, cit., p. 426.

<sup>44</sup> Secondo A. DELLA BELLA, *Il risarcimento per i detenuti*, cit. Il rimedio 'compensativo' dovrebbe trovare applicazione esclusivamente per le violazioni successive alla data di entrata in vigore del decreto legge, in virtù di quanto disposto dall'art 11 delle disposizioni sulla legge in generale, fatta eccezione per quanto previsto dall'art 2 del decreto stesso, il cui termine decadenziale di sei mesi si potrebbe estendere in via analogia anche nei confronti dei detenuti od internati, che abbiano subito un trattamento inumano o degradante prima dell'entrata in vigore del decreto legge, la cui pena o misura di sicurezza non sia ancora terminata, ma che non abbiano esperito ricorso alla Corte EDU.

potrebbe, infatti, applicarsi retroattivamente una disciplina di favore, laddove si ritenga che le garanzie previste per il c.d. diritto penale sostanziale operino in tutti i ‘segmenti’ di cui consta la norma penale reale (sostanziale, processuale e di esecuzione<sup>45</sup>); più in generale parrebbe poi assolutamente iniquo, nel silenzio della legge, far dipendere la riduzione della pena stessa (rimedio cui non si può pervenire tramite il giudizio ordinario civile) dalla mera casualità per cui la restrizione della libertà personale sia cessata un giorno prima o dopo rispetto all’entrata in vigore del decreto legge.

---

<sup>45</sup> Né trattandosi di fattispecie punitiva potrebbe qui ritenersi sussistente un limite alla retroazione sfavorevole in danno dello Stato: il destinatario della sanzione è lo stesso che ne ha lacunosamente disciplinato l’applicazione transitoria, dunque non sembra sussistere alcuna esigenza di garanzia.