

Francesco Maisto (Presidente Tribunale di Sorveglianza di Bologna)

Profili processuali dei rimedi risarcitori ai sensi dell'art. 35 ter ord pen e casistica

www.questionegiustizia.it/ gennaio 2015

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisdizione di sorveglianza. - 3. Il procedimento. - 4. Onere della prova e valutazione. - 5. Le impugnazioni. - 6. Casistica. - 7. Conclusione.

1. Premessa.

Ad altri è stato assegnato il compito di relazionare sui profili sostanziali e sulla portata dei “rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che 'hanno subito' un trattamento in violazione dell'articolo 3 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali...”, secondo la rubrica dell'art. 1 del d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. modif. l. 11 agosto 2014, n. 117, e quindi, mi limito ad un esame, in forma di verifica, dei profili processuali dei primi due commi, non senza sottolineare (come ho fatto in altri scritti e ordinanze), la mia adesione alla tesi della irrilevanza della attualità del “trattamento in violazione” lamentato (e quindi della ammissibilità delle istanze anche nei casi di cessazione del trattamento lamentato), all'adesione ai criteri di calcolo dello “spazio vitale” inteso come spazio calpestabile ed alla quantificazione “tollerante” nei casi di discontinuità. Non bisogna trascurare peraltro, che si è reso necessario un d.l. ad hoc, pur dopo l'emanazione di novelle, dimostrate poi inefficaci, e della previsione del reclamo giurisdizionale con l'art. 3 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 conv. l. 21 febbraio 2014, n. 10, non solo per contenere il sovraffollamento penitenziario, ma anche per assicurare che lo stesso trattamento dei detenuti sia effettivamente improntato alla dignità della persona, come richiesto e sanzionato certamente dalle note sentenze C.e.d.u. contro il nostro Paese, ma prima ancora dalla nostra Costituzione, rimasta ancora da attuare sicuramente in questa parte.

Non trascurabile è anche il carattere sistemico dei nuovi rimedi risarcitori, innervati stabilmente nell'ordinamento penitenziario, a differenza del carattere extra sistemico di altre misure, anche recenti, come la liberazione anticipata speciale di cui all'art. 4 d.l. n. 146 citato e dell'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a 18 mesi, prevista prima dalla l. n. 199 del 2010 e reiterata fino al d.l. n.146 citato.

2. La giurisdizione di sorveglianza.

Sotto il profilo storico dei difficili rapporti - spesso conflittuali - tra giurisdizione ed amministrazione penitenziaria la nuova normativa rappresenta un traguardo fondamentale per la magistratura di sorveglianza che finalmente, può disporre di strumenti processuali di tutela dei diritti dei detenuti e non solo delle “armi spuntate”, previste dalla originaria (ed illuminata per i tempi) legge n. 354 del 1975, come gli ordini di servizio e/o del potere di prospettazione al Ministro da parte del magistrato di sorveglianza, pur dopo tutte le connotazioni ordinarie significativamente indicate dalla Corte Costituzionale.

Sarebbe dunque un errore non avere la consapevolezza che, pur nella limitazione delle risorse, si prospetta una nuova era per la magistratura di sorveglianza e per la legalità delle condizioni di detenzione.

La novella rappresenta infatti, il compimento, perfettibile quanto si vuole, ma la risposta valida, attesa da ben 15 anni, al monito per il legislatore ed ai dicta rivolti alla magistratura dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 26/99 e 266/09 che hanno solennemente

insegnato : "l'azione (del detenuto) è un diritto".

Anche da questo punto di vista, bisogna superare talune interpretazioni limitate, restrittive e settoriali dell'art. 35 ter per assumere un'ottica di riconoscimento della Convenzione e della C.E.D.U. come fonte di diritto per legittimare talune curvature e adeguamenti delle nostre regole processuali.

Del resto, allargando gli orizzonti oltre il penitenziario, si può osservare facilmente l'effetto dirompente con ricadute interne, quasi come in "un gioco di squadra" (Vigano'), tra Corte Cost. e Cassazione, come avvenuto, per esempio, in settori analoghi per effetto delle sentenze (indico quelle clamorose), Scoppola.

Fondamentali per la costruzione processuale di ogni rimedio compensativo, risarcitorio o inibitorio appaiono due principi della nota decisione C.E.D.U., Stella: a) la materia de qua "non si presta sempre ad un'applicazione rigorosa del principio affermati incumbit probatio (l'onere della prova spetta a colui che afferma) in quanto, inevitabilmente... b) il Governo convenuto è talvolta l'unico ad avere accesso alle informazioni che possono confermare o infirmare le affermazioni del ricorrente" (cfr. § 72).

Orbene, il principio b) non è solo la giustificazione del principio a), ma anche una valenza autonoma in ordine all'affermazione dell'accesso effettivo alle informazioni da parte del detenuto o dell'internato.

Principi elaborati in base alla diffusa constatazione, come verificatosi nel caso in esame, che uno tra i detenuti ricorrenti aveva formulato il ricorso "in maniera molto generale, senza produrre alcuna prova, né invocare alcun indizio a suffragio delle sue allegazioni" (cfr. § 70 della sentenza Stella). E principi peraltro, praticabili congiuntamente non potendosi dedurre dal solo ultimo, nell'ottica di una responsabilizzazione processuale del detenuto, onde evitarne anche una generica pretenziosità, un onere di fattiva collaborazione nella ricostruzione delle condizioni di detenzione, specie se risalenti, (in mancanza di una previsione di prescrizione e di un dies a quo), allorquando si versi, in materia caratterizzata dalla officiosità dell'istruzione probatoria, come in tutti i tipi di procedimenti di sorveglianza.

3. Il procedimento.

Chiara essendo da una parte, la limitazione del diritto di azione in capo al detenuto ed all'internato nella forma di una semplice "istanza" personale da lui presentata, ovvero tramite difensore munito di procura speciale, e dall'altra, la competenza in primo grado del magistrato di sorveglianza, secondo il solito riparto di competenza territoriale, parimenti evidente appare l'applicazione delle cadenze procedurali del procedimento di sorveglianza tipico disciplinato dagli artt. 678 e 666 c.p.p., pur con qualche variante relativa ai soggetti processuali (v. infra).

L'obiezione sulla mancanza di un dettato normativo ad hoc non legittima dunque, procedimenti contratti o atipici in quanto le norme processuali richiamate hanno carattere generale, salvo deroghe.

Né sembra fondata la tesi del "carattere deformalizzato" di questo procedimento, come talvolta sostenuto dall'avvocatura dello Stato.

La prima ricaduta dei suddetti due principi C.E.D.U. si verifica in tema di inammissibilità,

con procedura de plano, dell'istanza ex art. 666 comma 2 c.p.p., per difetto delle condizioni di legge o per mera riproposizione, dovendosi ritenere come ammissibile ogni istanza, anche sintetica, purchè siano comprensibili i minimi elementi da ricondurre o ricostruire un petitum ed una causa petendi.

Ed a maggior ragione dovrà considerarsi ammissibile sia una istanza sintetica, sia la nota di trasmissione (in base al Reg. Esec.) della stessa da parte della direzione dell'istituto di pena che controdeduca illico et immediate.

Sulla individuazione dei soggetti processuali e sulla natura giuridica del procedimento appare esaustivo e consolidato l'assunto dei giudici di legittimità in tema di art. 35 bis, applicabile anche all'art. 35 ter : "... Si tratta di un vero e proprio giudizio, di carattere contenzioso, vertente sull'accertamento, in contraddittorio, del 'grave ed attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti' del detenuto, finalizzato alla adozione del provvedimento riparatorio del giudice..., e imperniato sul coesistente antagonismo tra la parte privata reclamante (attrice necessaria ed esclusiva) e la amministrazione penitenziaria (contraddittore istituzionale), potenzialmente resistente." (Cass., sez. I, 27 novembre 2014, Avv. Stato/Magistrato di sorveglianza di Venezia).

E quindi, i soggetti necessari del procedimento sono: il giudice (territorialmente competente ed immutabile ex art. 525 comma 2 c.p.p.), l'interessato (con l'assistenza del difensore di fiducia o di ufficio), il pubblico ministero (competente presso l'Ufficio di sorveglianza), l'amministrazione (anche rappresentata dall'Avvocatura dello Stato).

Peraltro l'interessato - detenuto o internato - oltre che ovviamente soggetto necessario, è esclusivo e quindi, il procedimento non consente, a differenza di quello tipico consolidato, i soggetti eventuali, cioè i prossimi congiunti (o il tutore o il curatore) dello stesso ed il Consiglio di disciplina per i quali è inammissibile anche il mero ius standi ed a maggior ragione, il diritto di partecipare al giudizio e di legittimazione ad ogni forma di impugnazione.

Per l'individuazione del P.M. per l'udienza, le eventuali controdeduzioni e le impugnazioni, l'art. 678 comma 3 c.p.p. indica il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale della sede dell'Ufficio di sorveglianza.

Se per un verso si applica l'art. 1 comma 1 R.D. 20 ottobre 1933, n. 1611 in base al quale "la rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato..., spettano all'Avvocatura dello Stato", per altro verso, l'Amministrazione resta come soggetto processuale, contraddittore istituzionale, ma potenzialmente resistente, individuabile anche nel personale di polizia penitenziaria (come, ad esempio, peraltro verificatosi, del vice Comandante della polizia penitenziaria di un istituto) o dell'UEPE, appositamente delegato nella forma scritta.

Le sequenze procedurali dell'udienza camerale sono quelle disciplinate dall'art. 666 c.p.p. e quindi, in ordine agli avvisi, al termine, al decreto, alle acquisizioni, all'ordine della discussione, all'emissione dell'ordinanza, al deposito, alla pubblicazione ed all'esecuzione della stessa.

Quanto alla partecipazione all'udienza camerale, fissata per la trattazione, mentre quella del difensore e del pubblico ministero è prevista come necessaria, quella dell'interessato è, invece, subordinata alla richiesta dello stesso di essere sentito personalmente, prevedendosi, tra l'altro, che se detenuto o internato in istituto posto fuori dalle

circoscrizioni del giudice, lo stesso - salvo che il giudice ritenga di doverlo sentire personalmente e ne disponga la traduzione - rende dichiarazioni verbalizzate dal magistrato di sorveglianza del luogo, prima del giorno dell'udienza.

Non conseguirà, secondo consolidata Cassazione, alcuna causa di nullità del procedimento camerale in caso di mancata traduzione del detenuto ed audizione del medesimo.

Ancora sotto il profilo della partecipazione dell'interessato, già dichiarato infermo di mente o seminfermo, sono inapplicabili le disposizioni di cui agli artt. 70, 71, e 72 c.p.p. con conseguente sospensione del procedimento in quanto afferenti all'imputato, mentre, trattandosi di analogia in bonam partem con lo status di condannato, si applica la disciplina di cui all'art. 666 comma 8 c.p.p. e, quindi l'avviso per l'udienza è notificato al tutore o al curatore dell'internato. Se la precedente nomina di tale rappresentante manca, il giudice nomina un curatore provvisorio. al quale peraltro, competono gli stessi diritti dell'interessato.

La questione infatti assume rilievo in quanto, per un verso, la novella ha previsto il rimedio risarcitorio non solo per il detenuto, ma anche per l'internato e quindi, per il soggetto sottoposto all'esecuzione di una misura di sicurezza detentiva, sia della specie della casa di lavoro che della colonia agricola, sia dell'OPG. che della casa di cura e custodia (peraltro, queste ultime due, destinate al superamento entro il 31 marzo 2015, e quindi anche alla trasformazione in REMS - Residenze sanitarie per l'esecuzione delle misure di sicurezza - in forza dell'art. 3 ter, rubricato "Definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari e della case di cura e custodia", inserito dalla l. 17 febbraio 2012, n. 9 di conv. del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, cd. Decreto-svuota-carceri), e, per altro verso, il comma 1 quater dell'art. 3 ter, come modif. dall'art. 1 l. 30 maggio 2014, n. 81, innovando radicalmente il carattere indeterminato nel tempo delle misure di sicurezza detentive, provvisorie o definitive, ne limita la durata al tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima ex art. 278 c.p.p., ad eccezione dell'ergastolo.

La partecipazione dell'amministrazione può avvenire alternativamente mediante la semplice comparizione all'udienza a mezzo di personale delegato ad hoc, (senza osservazioni scritte, e tale evenienza esclude il coinvolgimento del solo avvocato dello Stato), ovvero mediante la trasmissione, non seguita eventualmente anche dalla comparizione, di osservazioni e richieste.

Quanto poi al contenuto dell'avviso per l'udienza all'interessato, al P.M., alla Direzione dell'istituto di pena ed all'Avvocatura dello Stato, dovendosi applicare il disposto degli artt. 678 e 666 c.p.p., non sembra necessario che contenga una esposizione del fatto, essendo sufficiente l'indicazione che trattasi di procedimento ex art. 35 ter, fermo restando l'accesso agli atti delle parti.

Né, d'altra parte sussiste ostatività alla notifica dell'istanza all'Avvocatura dello Stato. Inutile sottolineare, soprattutto nella prima fase critica di applicazione del nuovo Rimedio, la necessità della programmazione delle udienze accordando priorità alle istanze relative a scadenze di pene ravvicinate.

4. Onere della prova e valutazione.

Il procedimento finalizzato alla riduzione di pena o alla liquidazione dell'equivalente,

vertendo sul “fatto” e non sulla persona, essendo del tutto irrelato al parametro della “meritevolezza”, e correlato alle condizioni del trattamento oggettivo conforme alla legalità, ha carattere innovativo.

E non trattandosi di un giudizio sulla progressione rieducativa del condannato, correlato al magistero rieducativo della magistratura di sorveglianza, non trova applicazione il comma 2 dell'art. 678 c.p.p. con conseguente valutazione della relazione di osservazione scientifica della personalità, della documentazione penitenziaria e della consulenza dei tecnici del trattamento in senso soggettivo, ma, al contrario, 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, e non solo all'amministrazione penitenziaria, ancorchè parte in causa, 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.

Certamente i criteri di base di valutazione della prova sono quelli indicati dall'art. 192 c.p.p., oggi da ritenere necessariamente integrati dalle indicazioni impartite dalla Corte EDU sul problema della prova nelle note sentenze Sulejmanovic e Torreggiani.

Oltre ad avvalersi ampiamente del principio di non contestazione, 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 e amministrazione, quanto a disponibilità di dati e documenti attinenti all'oggetto del contendere.

Alla stregua di tali principi, 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.

Sul punto vanno anche richiamate le indicazioni della sentenza C.E.D.U. Torreggiani c. Italia in ordine all'onere della prova in contesti caratterizzati da una particolare vulnerabilità della persona limitata nella libertà personale che si trova sotto “il controllo esclusivo degli agenti dello Stato”, per cui in mancanza di spiegazioni da parte dell'Amministrazione non è dato rigettare la doglianza del reclamante e la circostanza deve reputarsi provata.

I mezzi di prova, melius, mezzi di ricerca della prova ai sensi dell'art. 244 c.p.p., utilizzabili poi, sono innanzitutto, 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.

Altro possibile mezzo di prova è 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. Infine, in mancanza di contestazione sul mezzo di prova, potrebbe essere utile far predisporre dalle Asl. di ciascun territorio una misurazione complessiva di tutte le strutture di propria competenza, con planimetria e calcolo degli spazi netti disponibili, al netto della mobilia.

Questa misurazione preventiva e complessiva consentirebbe di disporre di un piccolo manuale da utilizzare, estraendo copia di volta in volta per le celle che interessano, garantendo risposte rapide con un unico sopralluogo.

5. Le impugnazioni.

Sono legittimati all'impugnazione dell'ordinanza del magistrato di sorveglianza davanti al tribunale di sorveglianza con la presentazione dei motivi, nel termine di 15 giorni dalla notifica, l'interessato, il p.m., l'avvocatura dello Stato e, comunque per tutti vige il rispetto delle forme previste dal cpp.

Il ricorso per Cassazione deve seguire le regole tipiche del procedimento. Comunque l'ordinanza del primo giudice è immediatamente esecutiva, ancorché impugnata, non solo perché la finalità e la caratterizzazione del rimedio è diversa da quello inibitorio ex art. 35-bis ord. penit., ma anche perché afferisce alla lesione di diritti soggettivi lesi con conseguente riduzione della pena detentiva, suscettibile di scarcerazione.

6. Casistica.

Una prima e sommaria analisi di casi decisi dai magistrati di sorveglianza evidenzia ordinanze come di seguito.

A. I casi di periodi di detenzione, contraddistinti da violazione dell'art. 3 C.E.D.U., che sono stati considerati dal Magistrato di sorveglianza di Bologna (Giudice Napolitano) cumulativamente, tenuto conto della intermittenza e persistenza delle violazioni succedutesi nel tempo, in tal modo interpretando il disposto dell'art. 35 ter comma 2 ord. penit. in conformità con la ratio della normativa nazionale e con la giurisprudenza della Corte EDU, costantemente attestante la necessità di una tutela mirata, a fronte di un'accertata cronica e sistematica lesione dei diritti del detenuto in un contesto detentivo sovraffollato.

B. Il caso del decesso dell'istante in epoca successiva alla proposizione e la richiesta formale del difensore, rilevando che la richiesta medesima era stata proposta mentre l'assistito era in vita e che il diritto all'indennizzo dal medesimo maturato si trasmette agli eredi del reclamante. Il Magistrato di sorveglianza di Bologna (Giudice Bosi) ha deciso nel senso che l'istanza non possa essere accolta per le ragioni di seguito indicate: «L'art. 35 ter O.P., introdotto nell'ordinamento penitenziario dal D.L. n. 92/2014, non disciplina una fattispecie civilistica di responsabilità extracontrattuale da fatto illecito ex art. 2043 c.c. A tale considerazione si giunge riflettendo sulla circostanza, fondamentale, che non è stato previsto dal legislatore alcun accertamento effettivo del danno eventualmente patito dal reclamante in seguito alla detenzione sofferta in condizioni inumane e degradanti in violazione dell'art. 3 C.E.D.U.. La norma di che trattasi, infatti, ha semplicemente previsto una forma di ristoro, predeterminata e tipizzata, per i detenuti e gli internati che si siano trovati in condizioni tali da violare l'art. 3 C.E.D.U., abbiano gli stessi subito o meno un danno effettivo.

D'altra parte, il ristoro o rimedio compensativo previsto dal legislatore prescinde, oltre che dall'effettivo accertamento della sussistenza di un danno inteso come evento e come conseguenza in capo al soggetto detenuto o internato, anche dalla verifica dell'idoneità del quantum stabilito. Nulla vieta, peraltro, che l'interessato faccia valere in seguito, con un'ordinaria azione risarcitoria ex art. 2043 c.c. dinnanzi al giudice civile, il diritto al risarcimento del concreto danno subito per la lesione di un diritto della persona, azione che non potrà di certo essere preclusa dall'eventuale pregresso riconoscimento dell'indennizzo ex art. 35 ter O.P. Il rimedio introdotto dall'art. 35 ter O.P. pare configurare un'ipotesi di indennizzo da c.d. 'atto lecito dannoso'. A tale riguardo, pare opportuno

applicare, per quanto non espressamente previsto dal legislatore, la disciplina della riparazione per ingiusta detenzione, considerata l'analogia tra i due istituti, essendo state previste, in entrambe le fattispecie, dal legislatore, forme di ristoro per il singolo che abbia subito conseguenze pregiudizievoli in seguito ad attività legittima, eppure dannosa, ingiusta, esercitata dallo Stato.

Nell'ambito delle norme disciplinanti la riparazione per ingiusta detenzione, di cui agli artt. 314 ss c.p.p., l'art. 3 bis, co. 3, del D.L. n. 211/2011, prevede che 'Il diritto alla riparazione di cui al comma 1 non è comunque trasmissibile agli eredi'. Si deve ritenere, pertanto, che anche il diritto all'indennizzo monetario di cui all'art. 35 bis O.P., in considerazione dell'analogia con l'istituto della riparazione per ingiusta detenzione, nonché dell'accertata natura di fattispecie atipica, non di illecito aquiliano, non possa essere trasmesso agli eredi del reclamante. Dichiaro non luogo a provvedere in ordine al reclamo proposto. Dichiaro inammissibile l'istanza proposta dall'erede del reclamante».

C. Segnalo infine l'importante sentenza del 25 novembre 2014 C.E.D.U. (pres. Raimondi) sul sovraffollamento carcerario, Vasilescu c. Belgio. Si tratta di un pilot judgment, analogo alla Torreggiani per l'Italia, espressamente citata nei §§ 50 e 128. Può essere interessante vedere come il Belgio affronterà sia la questione del risarcimento per equivalente, sia quella del concreto miglioramento delle condizioni detentive, a fronte di un problema sistematico della condizione carceraria: "la Cour recommande à la Belgique d'envisager l'adoption de mesures générales afin, d'une part, de garantir aux détenus des conditions de détention conformes à l'article 3 de la Convention et, d'autre part, de leur offrir un recours visant à empêcher la continuation d'une violation alléguée ou à leur permettre d'obtenir une amélioration de leurs conditions de détention" (§ 128). Da un lato, ogni sistema interno è certamente libero di trovare i suoi rimedi in autonomia, dall'altro l'assicurare il più possibile standard uniformi di rispetto della Convenzione è un principio costante della giurisprudenza di Strasburgo. Il punto di equilibrio è l'efficacia del rimedio. Sotto questa luce, e non altra alla luce delle sentenze gemelle 348 e 349 della Corte Costituzionale del 2007, forse oggi abbiamo un piccolo punto di riferimento in più per interpretare le norme interne (Gianfilippi).

D. Inammissibilità del rimedio per i condannati sottoposti alle misure alternative alla detenzione, fatta eccezione, ovviamente per i semiliberi.

E. Inammissibilità del rimedio per periodi pregressi di detenzione afferenti a titoli non in esecuzione.

F. Scarcerazione per altra causa nelle more della decisione e declaratoria di non luogo a procedere sulla riduzione, ma liquidazione dell'indennizzo perché la lentezza non dipende dal reclamante.

7. Conclusione.

Tutti o quasi i detenuti si vivono come vittime della giustizia a vario titolo, per la lentezza dei processi, per il rigore sanzionatorio contemplato da Leggi recentemente dichiarate parzialmente incostituzionali e per le illegali condizioni di detenzione sanzionate in modo conclamato a vari livelli istituzionali.

Questa novella rappresenta un'occasione formidabile per la magistratura di sorveglianza per ridurre la vittimizzazione tutelando diritti.

Facendo tesoro della lezione di Giostra (Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale, Milano, 1983), si può finalmente affermare che anche questa particolare Giurisdizione ha carattere e funzione rieducativa nella misura in cui la legalità e a tutela dei diritti vengono affermate come primo scrutinio della rieducazione della pena sancita dalla nostra Costituzione.

* relazione tenuta presso la Scuola Superiore della Magistratura il 14 gennaio 2015