

LA NATURA DEI RIMEDI DI CUI ALL'ART. 35-TER ORD. PEN.

*Possibili interpretazioni
nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*

di Carlo Masieri

Abstract. *In seguito alla sentenza Torreggiani della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo il Governo italiano ha emanato il d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con l. 11 agosto 2014, n. 117, introducendo all'art. 35-ter o.p. due rimedi in favore dei soggetti che hanno subito "pene o trattamenti inumani o degradanti" ai sensi dell'art. 3 CEDU. Il presente contributo prende le mosse da alcune recenti decisioni di merito, nel tentativo di individuare la natura dei nuovi istituti – la "riduzione della pena detentiva ancora da espiare" e la "somma di denaro" – evidenziando le importanti ricadute applicative che discendono dal loro inquadramento.*

SOMMARIO: 1. L'intervento del legislatore italiano in seguito alla sentenza Torreggiani. – 2. I rimedi previsti dall'art. 35-ter o.p. – 3. La "riduzione della pena detentiva" residua ex art. 35-ter, co. 1 o.p.. Presupposti. – 3.1. La natura del rimedio della "riduzione della pena" residua: una nuova modalità risarcitoria *latu sensu* riparatoria. – 3.2. La struttura della fattispecie. – 3.3. Il rapporto con il rimedio inibitorio di cui all'art. 35-bis o.p. – 4. I rimedi pecuniari di cui all'art. 35-ter, co. 2 e 3 o.p. – 4.1. La natura del rimedio pecuniario: responsabilità civile o indennità?. – 4.2. Il titolo della responsabilità civile da violazione dell'art. 3 CEDU. – 4.3. Possibili profili di illegittimità costituzionale e di violazione della CEDU. – 4.4. I rapporti tra l'azione risarcitoria a contenuto pecuniario e gli altri rimedi di cui agli artt. 35-bis e *ter* o.p. – 5. La disciplina di diritto intertemporale. – 6. Conclusioni.

1. L'intervento del legislatore italiano in seguito alla sentenza Torreggiani.

Le decisioni in commento¹ si inseriscono all'interno della ben nota vicenda, legislativa e giudiziaria, che ha fatto seguito alla sentenza Torreggiani della Corte

¹ Magistrato di Sorveglianza di Bologna, ord. 26 novembre 2014 (est. Bosi); Trib. Palermo, sez. III civ., ord. 25 marzo 2015 (est. Ciardo); Trib. Palermo, decr. 6 maggio 2015 (est. Trombetta); Trib. Torino, decr. 6 maggio 2015 (est. Demaria); Trib. Roma, sez. II civ., decr. 30 maggio 2015 (est. Dell'Orfano).

Europea dei Diritti dell'Uomo², con cui è stata rilevata la violazione perpetrata dal nostro Paese nei confronti dell'art. 3 CEDU a causa del sovraffollamento del nostro sistema carcerario³. Al fine di ottemperare alla citata decisione, il Governo italiano ha emanato il decreto legge 26 giugno 2014, n. 92, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 117, che ha introdotto l'art. 35-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354 relativa alle *Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*⁴.

2. I rimedi previsti dall'art. 35-ter o.p.

Per collocare le decisioni in commento all'interno di un quadro ermeneutico minimale, è necessario analizzare il contenuto dell'art. 35-ter o.p.⁵, individuando tutti i rimedi che esso prevede, le relative procedure – da cui conseguono invero competenze

² Cfr. [Corte EDU, sez. II, sentenza *Torreggiani ed altri c. Italia*, n. 43517/09, \[C\] 8 gennaio 2013, pubblicata in questa Rivista, 9 gennaio 2013, 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*.](#)

³ Cfr. Convenzione Europea Dei Diritti dell'Uomo, ratificata con l. 04 agosto 1955, n. 848, art. 3 – *Divieto della tortura*: “Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti”.

⁴ Sull'iter di adeguamento del nostro ordinamento a quanto contenuto nella sentenza *Torreggiani* si rimanda integralmente a [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*](#) e a P. SECHI, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, p. 199-205.

⁵ Si riporta per comodità il testo dell'articolo: “1. Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 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, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espire pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio.

2. Quando il periodo di pena ancora da espire è tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale di cui al comma 1, il magistrato di sorveglianza liquida altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio. Il magistrato di sorveglianza provvede allo stesso modo nel caso in cui il periodo di detenzione espriato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni.

3. Coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1, in stato di custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espire ovvero coloro che hanno terminato di espire 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. L'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere. Il tribunale decide in composizione monocratica nelle forme di cui agli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il decreto che definisce il procedimento non è soggetto a reclamo. Il risarcimento del danno è liquidato nella misura prevista dal comma 2”.

e effetti giuridici delle decisioni tra loro differenti – ed evidenziando i punti problematici, su cui si sono soffermate dottrina e giurisprudenza sin dall'entrata in vigore del d.l. 92/2014. In questo modo, si potrà di volta in volta prendere nota delle posizioni che le decisioni in commento hanno preso e formulare eventuali soluzioni alternative.

3. La “riduzione della pena detentiva” residua ex art. 35-ter, co. 1 o.p.. Presupposti.

Il primo rimedio – che consiste in una “una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio”⁶ – si basa sul **presupposto esplicito** per cui un soggetto ha passato “un periodo di tempo **non inferiore ai quindici giorni**, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”⁷. Tali condizioni, ci viene spiegato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non possono essere ridotte a una mera questione di spazio, ma devono essere **valutate caso per caso**⁸. Competente ad attribuire tale rimedio è il **Magistrato di Sorveglianza**⁹.

⁶ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, sottolinea l'esiguità del rimedio: “[...] la detrazione di un giorno ogni 10 di pregiudizio patito potrebbe forse considerarsi eccessivamente modesta, se parametrata allo sconto di pena derivante dall'applicazione della liberazione anticipata ordinaria o, ancor di più, della liberazione anticipata speciale (la detrazione di 75 giorni ogni 6 mesi equivale, infatti, ad una detrazione di ben 4 giorni di pena ogni 10 di pregiudizio patito). In questo senso si era espresso il Documento conclusivo della Commissione di studio in tema di ordinamento penitenziario che, nel suggerire alcune indicazioni in ordine all'auspicata introduzione di un rimedio compensativo, ipotizzava un meccanismo di riduzione della pena residua, il cui coefficiente di ‘sconto’ si sarebbe potuto calcolare sulla falsariga di quanto previsto per la liberazione anticipata (il riferimento era allora alla liberazione ordinaria ex art. 54 o.p., non essendo ancora stata introdotta quella speciale)”.

⁷ Cfr. art. 35-ter, co. 1 o.p.

⁸ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “È oramai a tutti noto che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte europea, il sovraffollamento carcerario genera un'automatica violazione dell'art. 3 Cedu allorché il detenuto disponga di uno spazio individuale inferiore a 3 mq. Qualora invece lo spazio a disposizione del detenuto oscilli tra i 3 e i 4 m² si avrà violazione dell'art. 3 Cedu in presenza di altre situazioni che influiscono negativamente sulla qualità della vita all'interno del carcere, quali ad esempio l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento, il rispetto delle esigenze sanitarie di base, la possibilità di utilizzare privatamente i servizi igienici. Ci pare però che il riferimento ampio che l'art. 35 ter fa alle ‘condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della Convenzione’ consenta di ritenere utilizzabili i nuovi rimedi risarcitori ogniqualvolta il detenuto abbia subito una detenzione che la Corte europea considera in contrasto con il divieto di trattamenti inumani e degradanti, indipendentemente dalla causa che abbia generato una tale situazione e a prescindere pertanto dalla condizione di sovraffollamento carcerario. Accogliendo tale lettura, il rimedio risarcitorio potrebbe essere attivato, a titolo di esempio, nel caso di mantenimento in carcere di soggetti in condizioni di salute incompatibili con la detenzione (cfr., per limitarci alle condanne che hanno riguardo il nostro ordinamento, C. eur. dir. uomo, II sez., 17 luglio 2012, Scoppola c. Italia, pubblicata in questa Rivista, con scheda di F. Mazzacuva o, più di recente, C. eur. dir. uomo, sez. II, 11 febbraio 2014, Contrada c. Italia). Oppure ancora il rimedio potrebbe essere utilizzato nel caso di mancata predisposizione di cure mediche all'interno del carcere (cfr., ad esempio, C. eur. dir. uomo, II sez., 22 aprile 2014, G. C. c. Italia, relativa ad

Secondo parte degli interpreti, sarebbe inoltre necessaria **l'attualità e la gravità del pregiudizio**: ciò per via del rimando che il co. 1 dell'art. 35-ter o.p. fa all'art. 69, co. 6, lett. b)¹⁰ e dell'assenza di un termine di decadenza relativo al rimedio della "riduzione della pena detentiva"¹¹. Ciò comporterebbe una **possibile censura di incostituzionalità della disciplina, per violazione dell'art. 3 Cost. in riferimento a coloro che, pur detenuti, lamentano un pregiudizio "derivante da condizioni detentive non più attuali", per cui in dottrina si propone l'applicazione in via analogica del rimedio anche a questi ultimi**¹². Interrogandosi sulla natura dei diritti

un caso di mancata predisposizione delle cure necessarie e di mancata collocazione in cella singola nei confronti di un detenuto che soffriva di una grave forma di incontinenza, con conseguente esposizione della persona ad un grave stato di angoscia ed umiliazione). Il riferimento diretto che la norma fa alla giurisprudenza della Corte edue rende scontata la considerazione che, ai fini di una piena valorizzazione del nuovo strumento di tutela, diviene imprescindibile l'attento e costante monitoraggio delle sentenze della Corte europea, da parte dell'interprete". Cfr. nello stesso senso Trib. Palermo, decr. 6 maggio 2015 (est. Trombetta).

⁹ Poiché il pregiudizio lamentato ex art. 35-ter o.p. rinvia esplicitamente a quello di cui all'art. 69, co. 6 lett. b), si applicheranno le seguenti disposizioni processuali:

Art. 69, co. 6., lett. b) o.p.: "Provvede a norma dell'articolo 35-bis sui reclami dei detenuti e degli internati concernenti [...] l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dalla presente legge e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti"

Art. 35-bis, co. 1, 4 e 4-bis o.p.: "1. Il procedimento relativo al reclamo di cui all'articolo 69, comma 6, si svolge ai sensi degli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale. Salvi i casi di manifesta inammissibilità della richiesta a norma dell'articolo 666, comma 2, del codice di procedura penale, il magistrato di sorveglianza fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso anche all'amministrazione interessata, che ha diritto di comparire ovvero di trasmettere osservazioni e richieste. [...]

4. Avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa.

4-bis. La decisione del tribunale di sorveglianza è ricorribile per cassazione per violazione di legge nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito della decisione stessa".

¹⁰ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: "Sempre in relazione all'individuazione dell'ambito operativo dei rimedi di cui ai commi 1 e 2, [...] occorre osservare che il richiamo al "pregiudizio di cui all'art. 69 co. 6 lett. b) o.p." - ossia ad un "pregiudizio attuale e grave all'esercizio dei diritti dei detenuti e degli internati" - sembra legittimare all'azione risarcitoria solamente coloro che *stanno subendo* condizioni detentive inumane o degradanti *al momento della richiesta di accertamento*".

¹¹ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: "La mancata indicazione di un termine di decadenza entro il quale proporre la domanda, si spiega in considerazione dell'attualità del pregiudizio al momento della domanda: fintantoché il pregiudizio perdura il detenuto è in termini per proporre il reclamo al magistrato (sempre salvo, però, il decorso del termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.)".

Occorre precisare che la prescrizione potrebbe così operare solo su una parte del pregiudizio subito: se si presuppone l'attualità del pregiudizio, sarà risarcibile quello subito dal giorno della domanda andando a ritroso fino a quello eventualmente subito nel corso del numero di anni corrispondenti al termine di prescrizione. Termine che varia a seconda che si riconosca nel rimedio in esame un'azione risarcitoria extracontrattuale, oppure che si inquadri altrimenti detta "riduzione della pena detentiva residua". Cfr. sul punto *infra*, par. 3.1.

¹² Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: "Come risulta evidente già da una prima lettura, la disposizione in parola - l'unica dedicata ai detenuti e agli internati (il comma 3, infatti, si riferisce unicamente a soggetti in stato di

sanciti dalla Convenzione EDU, si potrebbe tentare di adottare la soluzione prevista tempo fa dalla nostra Suprema Corte rispetto ai diritti di rango costituzionale, per cui si potrebbe ipotizzare una tutela nella forma minima del risarcimento del danno morale anche nei confronti delle violazioni dell'art. 3 CEDU¹³. Non sarebbe dunque necessaria una applicazione analogica dell'art. 35-ter o.p., bensì un'applicazione **dell'art. 3 CEDU in combinato disposto con l'art. 2043 e l'art. 2059 c.c.**¹⁴. A questo punto però, sorgerebbero ulteriori problemi in ordine alle competenze e ai poteri dell'organo giudicante naturale dell'azione risarcitoria, che è il Giudice civile. Se in alcuni casi infatti è possibile il risarcimento in forma specifica di un danno non patrimoniale¹⁵, non pare ammissibile che il Giudice civile possa spingersi tramite l'art.

libertà) – omette dunque di prendere in considerazione la situazione di coloro che, pur essendo detenuti o internati nel momento in cui esercitano l'azione risarcitoria, lamentano un pregiudizio derivante da condizioni detentive non più attuali (e pur sempre, però, successive al 28 giugno). Al fine di evitare una censura di incostituzionalità della disciplina, derivante da una discriminazione irragionevole ai sensi dell'art. 3 Cost., riterremmo qui plausibile un'interpretazione analogica, che consenta anche a tale categoria di soggetti di usufruire del nuovo rimedio risarcitorio, nelle forme del reclamo al magistrato di sorveglianza di cui all'art. 35 ter o.p.”.

¹³ Cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828: “Si deve [...] ritenere ormai acquisito all'ordinamento positivo il riconoscimento della lata estensione della nozione di ‘danno non patrimoniale’, inteso come danno da lesione di valori inerenti alla persona [...]. [...] venendo in considerazione valori personali di rilievo costituzionale, deve escludersi che il risarcimento del danno non patrimoniale che ne consegua sia soggetto al limite derivante dalla riserva di legge [...]. Una lettura della norma costituzionalmente orientata impone di ritenere inoperante il detto limite se la lesione ha riguardato valori della persona costituzionalmente garantiti. Occorre considerare, infatti, che nel caso in cui la lesione abbia inciso su un interesse costituzionalmente protetto, la riparazione mediante indennizzo (ove non sia praticabile quella in forma specifica) costituisce la forma minima di tutela, ed una tutela minima non è assoggettabile a specifici limiti, poiché ciò si risolve in rifiuto di tutela nei casi esclusi [...]. D'altra parte, il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può essere riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della legge fondamentale, atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale”.

La bontà di tale soluzione sembra essere data per presupposta da [Cass. pen., sez. I, sent. 15 gennaio 2013 \(dep. 30 gennaio 2013\), n. 4772, Pres. Giordano, Est. Giampetti, Ric. Vizzari, pubblicata in questa Rivista, 20 febbraio 2013, 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.](#)

¹⁴ In coerenza con quanto sottolineato dalla dottrina, cfr. la stessa A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “Una prima questione su cui occorre riflettere è se il d.l. 92/2014 abbia creato *ex novo* una nuova figura di illecito civile, in precedenza inesistente nell'ordinamento italiano. Sul punto ci sembra di poter tranquillamente affermare che la nuova normativa non ha introdotto nell'ordinamento un *nuovo* illecito civile, poiché, già prima, la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 Cedu costituiva un danno ingiusto risarcibile ex art. 2043 c.c. Ciò si desume dal fatto che l'art. 3 Cedu è divenuto un 'diritto' rilevante nel nostro ordinamento a far data dalla l. 848/1955, che ha ratificato e reso esecutiva in Italia la Convenzione europea dei diritti dell'uomo”.

¹⁵ Cfr. U. CARNEVALI, *Appunti di diritto privato*, Milano, 2013, p. 279: “Anche il risarcimento del danno non patrimoniale alla persona può talora avvenire in forma specifica: ad esempio, il giudice [...] può ordinare [...] la pubblicazione sui quotidiani, a spese del condannato, della sentenza di condanna (immaginiamo il caso in cui un giornalista, che ha leso l'altrui diritto all'onore mediante false affermazioni, viene condannato [...])”; cfr. anche C. SALVI, voce *Risarcimento del danno*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p.

2058 c.c. sino a una pronuncia sulla durata della detenzione¹⁶. Con il risultato che **l'applicazione analogica dell'art. 35-ter, co. 1 o.p. – e dunque la competenza del Magistrato di Sorveglianza a pronunciarsi sulla riduzione della pena anche di soggetti che pur detenuti non soffrono pregiudizio attuale per una violazione attuale dell'art. 3 CEDU ma ne hanno sofferto in passato – appare l'unica soluzione percorribile per evitare l'illegittimità costituzionale della disposizione in esame.**

1086: “Nell'impostazione tradizionale, anche per il danno non patrimoniale il risarcimento pecuniario è considerato la forma più adeguata (se non l'unica) di riparazione. Il presupposto risiede nell'assunzione del danno morale-soggettivo (nel quale tende a esaurirsi il significato della figura) entro la figura generale del danno, dalla quale trae origine la formula del *pretium doloris*. È questa una chiave di lettura non più sufficiente, sia per l'evidente inconsistenza del parallelismo tra patrimonio in senso proprio e patrimonio morale; sia per il processo di diversificazione delle ipotesi di danno risarcibile, che fuoriesce ormai chiaramente dalla tradizionale alternativa tra danno patrimoniale e danno morale-soggettivo. Figure nuove (il danno all'ambiente, il danno biologico) reclamano peculiari modalità riparatorie, irriducibili alla pseudoequivalenza monetaria del dolore”.

¹⁶ Cfr. ad es. C. SALVI, *op. cit.* p. 1104: “Se è vero (come si vedrà più avanti) che l'art. 2058 c.c. non è direttamente applicabile ai danni non patrimoniali, non pare però che sussistano ostacoli di principio a configurare tecniche di riparazione non pecuniaria di tali danni. La soluzione negativa, che ne asserisce la 'impossibilità', muove dall'idea che funzione del risarcimento sia quella di ricostituire l'identica situazione naturale preesistente, e che il danno non patrimoniale si esaurisca nella sfera psichica della vittima. Come si è visto, invece, il problema della riparazione, come rimedio che interviene *ex post* rispetto al fatto lesivo, è quello della reazione più adeguata al fine di rimediare alle conseguenze di quel fatto, le quali poi non rilevano solo sotto il profilo meramente soggettivo del cosiddetto danno morale (dolore, perturbamento d'animo, ecc.), ma anche sotto quello oggettivo, ad esempio, dell'alterazione del bene costituito dalla proiezione sociale della personalità (reputazione, identità personale). Non vi è quindi ragione di ritenere che la finalità riparatoria sia conseguibile solo attraverso il pagamento di una somma di denaro. Anzi, quella finalità può in alcuni casi (si pensi appunto ad alcuni tra i cosiddetti diritti della personalità) esprimersi più adeguatamente attraverso modalità non pecuniarie, idonee a 'ripristinare' la dignità della persona offesa. Del resto, come si vedrà *infra*, § 21, è quella ora esposta la spiegazione di alcuni rimedi espressamente previsti (rettifica, pubblicità della sentenza di condanna). La questione che va esaminata è però un'altra: se il giudice possa ordinare, accanto o in luogo della condanna pecuniaria, misure atipiche dirette a riparare il danno non patrimoniale, al di fuori dei casi espressamente previsti. La risposta positiva è data da chi ritiene l'art. 2058 c.c. applicabile ai danni non patrimoniali. Ma questa soluzione non può essere condivisa. Come si è visto *supra*, § 9, quella norma si applica 'direttamente', nel sistema del codice, al danno patrimoniale. E l'ammissibilità del rimedio è subordinata a condizioni che non hanno senso per il danno non patrimoniale, in quanto presuppongono la rilevanza economica della perdita subita dal danneggiato (v. *supra*, § 12 e 13). Dovrebbe parlarsi, se mai, di applicazione analogica dell'art. 2058. È dubbio però che nel nostro sistema possa riconoscersi il potere del giudice di ordinare «qualsiasi prestazione adeguata a reintegrare l'interesse leso», indipendentemente da espresse previsioni legislative che lo consentano. Il principio costituzionale dell'effettività della tutela va coordinato con l'altro principio della riserva di legge in tema di prestazioni personali (art. 23 cost.). La soluzione che ammette in via generale l'inibitoria come rimedio atipico, da condividere, non può essere d'altronde estesa alla cosiddetta riparazione in natura del danno non patrimoniale (si conferma così la necessità di distinguere le due forme di tutela: v. *supra*, § 11). Nel primo caso, infatti, si è di fronte all'esigenza, prioritaria, di far cessare o prevenire la violazione di un diritto, ordinando al convenuto di astenersi dalla condotta lesiva; mentre la seconda è una tutela successiva e succedanea, idonea a eliminare il fatto aggressivo, e rispetto alla quale assumono pertanto rilievo e consistenza peculiari le ragioni di garanzia della libertà del responsabile. Non pare quindi possa ritenersi ammissibile l'applicazione analogica dell'art. 2058 c.c. al danno non patrimoniale; ed è piuttosto da preferirsi il ricorso all'analogia con riferimento alle norme che prevedono rimedi tipici diretti alla riparazione non pecuniaria del danno”

Vi è poi chi non concorda sulla necessità di elevare l'attualità del pregiudizio a presupposto del rimedio¹⁷, affermando invece che il rimando all'art. 69, co. 6 lett. b) o.p. si riferisce solo alla "inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste" dalla normativa penitenziaria¹⁸: tale interpretazione comporterebbe la possibilità di applicare immediatamente il rimedio della "riduzione della pena detentiva" residua ai detenuti che, pur trovandosi in carcere, non sono più sottoposti a condizioni "inumane e degradanti", senza ricorso all'analogia.

Delle decisioni in esame, si segnala innanzitutto che Trib. Roma, sez. II civ., decr. 30 maggio 2015 (est. Dell'Orfano), pur avendo ad oggetto il rimedio di natura pecuniaria di cui al co. 3 dell'art. 35-ter o.p., **ha comunque analizzato in un obiter dictum l'istituto della riduzione della pena, prescindendo dal requisito dell'attualità del pregiudizio.** Ancora più interessante è la vicenda processuale che sfocia nell'ord. del Magistrato di Sorveglianza di Bologna 26 novembre 2014 (est. Bosi): **un detenuto ha domandato la detrazione della pena residua pur non subendo – al momento della domanda rivolta al Magistrato di Sorveglianza – trattamenti inumani o degradanti, e perciò contrari all'art. 3 CEDU.** Nelle more della decisione egli aveva poi ottenuto tramite un altro procedimento la liberazione anticipata, ed era successivamente morto. Il difensore del detenuto tuttavia insisteva dinnanzi al Magistrato di Sorveglianza, mutando la domanda nel senso di richiedere la somma pecuniaria di cui all'art. 35-ter, co. 2 o.p. a favore degli eredi del proprio cliente. Al di là delle motivazioni e della

¹⁷ Cfr. le ragioni riportate in [L. BARONE, G. FIDELBO, Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione su "I nuovi rimedi risarcitori previsti dall'art. 35 ter ord. penit. nelle prime applicazioni della giurisprudenza di merito" disponibile su questa Rivista](#), p. 8-10.

¹⁸ Cfr. [G. GIOSTRA, Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit., in questa Rivista, 24 gennaio 2015](#), p. 5: "Più di un argomento, tuttavia, fa propendere per una volontà legislativa mal espressa e fa ritenere che il rinvio all'art. 69 comma 6 lett. b) – certo tecnicamente poco sorvegliato – intendesse significare soltanto che la fattispecie disciplinata dall'articolo in esame riguarda una particolare species del genus 'pregiudizio all'esercizio dei diritti' per inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario, che legittima l'attivazione del reclamo giurisdizionale ai sensi dell'art. 35-bis ord. penit."

Cfr. in senso simile [G. MALAVASI, Nota di 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](#): "Per quanto concerne il sistema di rimedio introdotto con l'art. 35 ter o.p. si rileva, invero, come la norma in questione, nell'ultima parte del primo comma, precisi come il destinatario del nuovo regime di tutela, sia da individuare nel detenuto che 'ha subito il pregiudizio'. Ne segue che la legittimazione attiva a promuovere l'azione di cui all'art. 35 ter o.p. compete a colui che 'ha subito' il pregiudizio e non esclusivamente a colui che in atto 'subisce' il pregiudizio dei suoi diritti. La terminologia operata dal legislatore non appare priva di significato in quanto rileva per l'appunto la volontà del legislatore di porre un rimedio compensativo e risarcitorio non strettamente connesso con l'attualità della lesione dei diritti del detenuto, quanto piuttosto un regime di tutela che per l'appunto compensi e risarcisca di un danno già sofferto e che tutt'ora il detenuto eventualmente stia subendo. Anche sotto un profilo logico, appare evidente come si possa attribuire al reclamo giurisdizionale di cui all'art. 35 bis o.p. la funzione primaria di eliminare l'attualità del pregiudizio, chiedendo al magistrato di sorveglianza di ordinare all'Amministrazione di eliminare il pregiudizio grave ed attuale, che ovviamente deve permanere nel corso del procedimento dinnanzi al magistrato di sorveglianza, posto che altrimenti nessun ordine vincolante potrebbe essere rivolto all'Amministrazione se il pregiudizio non fosse più attuale".

decisione finale, il giudice felsineo **non sembra affatto considerare l'attualità del pregiudizio come un presupposto per l'attivazione del rimedio di cui al co. 1.**

Ad ogni modo, si noti come da più parti si invoca il legislatore perché intervenga sul punto¹⁹.

3.1. *La natura del rimedio della "riduzione della pena" residua: una nuova modalità risarcitoria latu sensu riparatoria.*

Chi si interessi della "riduzione della pena detentiva" residua, sentirà ripetersi un "adagio" relativo alla natura risarcitoria del rimedio in esame che, oltre ad essere reperibile nella lettera della legge²⁰, viene ripreso da parte della dottrina²¹ e da alcune decisioni commento²². Si tratterebbe in particolare – secondo questa opinione – di un **"risarcimento in forma specifica"**. Ora, anche ammettendo che il risarcimento in forma specifica non sia la ricostituzione dell'esatto *status quo ante*, cioè delle condizioni in cui si trovava la vittima dell'illecito prima della lesione del proprio diritto – cosa che sarebbe comunque logicamente impossibile in caso di detenzione contraria all'art. 3 CEDU oramai consumata in quanto "il passato è passato"²³ – vi sono elementi che sottolineano la novità del rimedio della "riduzione della pena detentiva" residua rispetto al tradizionale "risarcimento in forma specifica".

¹⁹ Cfr. [F. FIORENTIN, I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse, in questa Rivista, 6 novembre 2014](#), p. 15-16; [G. GIOSTRA, Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-ter ord. penit., in questa Rivista, 24 gennaio 2015](#), p. 7.

²⁰ Art. 35-ter, co. 1 Ord. Pen.: "[...] a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il quale il richiedente ha subito il pregiudizio".

²¹ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: "Chiaro che, nel disegno del legislatore, la forma principale di ristoro è rappresentata dalla riduzione della durata della pena. Tale rimedio ha un significato importante ed immediatamente percepibile, poiché rappresenta il tentativo di risarcire in forma per così dire specifica il danno derivante dal *surplus* di sofferenza generato da condizioni detentive inumane e degradanti"; nello stesso senso, cfr. F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 4.

²² Cfr. ad esempio *l'obiter dictum* in Trib. Roma, sez. II civ., decr. 30 maggio 2015 (est. Dell'Orfano): si tratterebbe "un risarcimento, sostanzialmente in forma specifica, del pregiudizio patito consistente nella riduzione della pena detentiva ancora da espiare nella misura di un giorno per ogni dieci di pena già eseguita". Il Tribunale ribadisce il concetto: un "risarcimento del danno in forma specifica mediante la riduzione proporzionale della pena residua ancora da espiare"; si sottolinea poi ancora il "particolare contenuto del risarcimento riservato a chi è ancora in stato detentivo, consistente nella detrazione di un numero di giorni di pena proporzionale alla durata del pregiudizio subito".

²³ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Risarcimento del danno*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XVI, Torino, 1969, p. 24: "Si deve osservare subito che anche in tal caso non si assiste alla impossibile eliminazione *ex post* del danno avvenuto; e piuttosto, attraverso una appropriata prestazione di dare o di fare, si perviene a ricostruire in epoca successiva uno stato di fatto giuridico simile a quello preesistente al fatto dannoso (ad es. si restituisce la cosa sottratta, si restaura quella danneggiata)". Si badi però che liberare un soggetto non è affatto simile all'obbligo di detenerlo in condizioni conformi ad una norma di legge.

In primo luogo, ove ricorrano i requisiti per la “riduzione della pena detentiva” l’art. 35-ter, co. 1 o.p. – a differenza dell’art. 2058 c.c.²⁴ – non prevede alcuna discrezionalità del Magistrato di Sorveglianza, che non può dunque – qualora rilevasse che tale presunta “reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore” – adottare un rimedio “per equivalente”, cioè pecuniario. In secondo luogo, la competenza del Magistrato di Sorveglianza appare strettamente connessa con l’effetto giuridico della decisione *ex art. 35-ter, co. 1 o.p.*, che non sembra poter essere demandata al giudice naturale del risarcimento del danno, ossia quello Ordinario²⁵. Infine, come poco innanzi accennato, l’intervento del Magistrato di Sorveglianza è esclusivamente rivolto al futuro: anzi, è volto a rendere più breve il futuro in carcere del richiedente, e non a imporre il rispetto dell’art. 3 CEDU da parte dell’Amministrazione Penitenziaria.

Nulla vieta dunque che il legislatore, come nel caso di specie, crei **nuove forme non pecuniarie volte a riparare un danno**²⁶. Si tratta in ogni caso di **un rimedio di natura risarcitoria**, anche se non nella modalità tradizionale del “risarcimento in forma specifica” per le ragioni suddette.

3.2. La struttura della fattispecie.

Ipotizzando – ma il dibattito su questo punto rimane aperto²⁷ – che la violazione dell’art. 3 CEDU da parte dell’Amministrazione Penitenziaria comporti una responsabilità extracontrattuale, si dovrebbe rilevare che si tratta di una fattispecie di responsabilità oggettiva, in cui si prescinde dunque dalla colpa dell’autore della condotta dannosa. A dire il vero però, **la fattispecie non rientrerebbe pienamente nei “canoni” della responsabilità oggettiva, in quanto all’Amministrazione Penitenziaria non è nemmeno concessa la prova contraria del “caso fortuito”**, tipica della responsabilità “senza colpa”²⁸. L’attribuzione della “riduzione della pena detentiva” residua sembrerebbe dunque una conseguenza dalla **mera violazione dell’art. 3 CEDU**, a nulla rilevando le cause che hanno portato l’Amministrazione

²⁴ Cfr. art. 2058 c.c. - *Risarcimento in forma specifica*: “[I]. Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica qualora sia in tutto o in parte possibile. [II]. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore”.

²⁵ Cfr. C. SALVI, *loc. ult. cit.*; cfr. inoltre *supra*, par. 3.

²⁶ Cfr. C. SALVI, *op. cit.*, p. 1103: “Quando si prospettano modalità di riparazione del danno non patrimoniale, differenti dalla condanna pecuniaria, la responsabilità civile vede reciso ogni collegamento (sul versante tanto del danno che del risarcimento) con le radici culturali e sociali del modello originario, saldamente innestate nella logica economico-patrimoniale. La ‘riparazione’ si svincola definitivamente dallo schema risarcitorio classico: e si conferma così che alla molteplicità delle figure di danno, che l’ordinamento ormai conosce, si accompagna una pluralità di modelli riparatori”.

²⁷ Cfr. *infra*, par. 4.2.

²⁸ Cfr. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2014, p. 135-136: “[...] il ‘caso fortuito’ [è l’]evento così raro, e straordinario nelle sue conseguenze, da essere estraneo al rischio tipico [...]”.

Penitenziaria a commetterla, e tanto meno la sussistenza di un **danno conseguenza o danno evento** effettivamente verificatosi a causa della condotta lesiva²⁹. E poiché non vi è evento particolare da riconnettere alla condotta stessa, **non vi sarebbe alcuna necessità di accertare un nesso causale**.

3.3. Il rapporto con il rimedio inibitorio di cui all'art. 35-bis o.p.

Oltre alla “riduzione della pena detentiva di cui all'art. 35-ter, co. 1 o.p., la legge sull'Ordinamento Penitenziario è stata arricchita di un **rimedio di natura inibitoria**. Si tratta dell'art. 35-bis, co. 3, seconda prop., inserito dall'art. 3, co. 1, lettera b) del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014 n. 10, a norma del quale il Magistrato di Sorveglianza, “accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice” stesso.

La dottrina definisce tale rimedio come “preventivo”³⁰. Si noti però che, se esso presuppone indubbiamente “**la sussistenza e attualità del pregiudizio**”, **non richiede invece l'attualità e la gravità di un pericolo: si fonda dunque su una lesione piena e – ciò nonostante – continuativa di una posizione giuridica soggettiva**. Poiché tale rimedio ha come oggetto la **rimozione del pregiudizio stesso relativamente al futuro**, può essere definito rimedio “**inibitorio**”³¹, presentando inoltre **tratti procedurali che lo accomunano al giudizio in ottemperanza del diritto amministrativo**³².

Si rileva *prima facie* un rinvio, contenuto nell'art. 35-ter, co. 1 o.p. al “pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)”, che a sua volta rimanda alla procedura di cui all'art. 35-bis o.p e all'ordine di cui al co. 3, seconda prop.³³. Ammettendo – in ossequio

²⁹ Cfr. Magistrato di Sorveglianza di Bologna, ord. 26 novembre 2014 (est. Bosi): “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”. Il giudice felsineo si riferiva evidentemente al rimedio di natura pecuniaria, ma se l'illecito presupposto è lo stesso di quello al co. 1 dell'art. 35-ter o.p., il ragionamento è analogo.

³⁰ Cfr. ancora A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “Sotto il profilo dei rimedi preventivi, lo Stato ha risposto alle richieste della sentenza Torreggiani introducendo un'ipotesi di reclamo giurisdizionale al magistrato di sorveglianza per i casi di ‘attuale e grave pregiudizio’ ai diritti dei detenuti [...]”.

³¹ Cfr. in questo senso G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 2.

³² Cfr. G. MALAVASI, *op. cit.*: “L'introduzione dell'art. 35 bis dell'ordinamento penitenziario ha, infatti, la finalità precipua di consentire, a seguito di reclamo al magistrato di sorveglianza, l'immediata rimozione di situazioni tali da violare i diritti del detenuto, prevedendosi altresì uno specifico rimedio mutuato sullo schema del giudizio amministrativo di ottemperanza”.

Le ordinanze annotate *ivi* – ordd. Magistrato di Sorveglianza di Bologna, 26 settembre 2014 e 8 ottobre 2014 – fanno invece solo riferimento alla natura inibitoria del rimedio.

³³ Art. 35-bis, co. 3, seconda prop. O.P.: “Nelle ipotesi di cui all'articolo 69, comma 6, lettera b), accertate la sussistenza e l'attualità del pregiudizio, ordina all'amministrazione di porre rimedio entro il termine indicato dal giudice”

Art. 35-bis, co. 5 e 6 O.P.: “5. In caso di mancata esecuzione del provvedimento non più soggetto ad impugnazione, l'interessato o il suo difensore munito di procura speciale possono richiedere

alla lettera della legge – la contestuale esperibilità di entrambe le azioni dinnanzi al Magistrato di Sorveglianza³⁴ – quella di cui all’art. 35-*bis* e quella di cui all’art. 35-*ter*, co. 1 o.p. – **si potrebbero però ottenere due effetti giuridici contrastanti**: da un lato l’obbligo per l’Amministrazione penitenziaria di eliminare i fattori che determinano le condizioni inumane e degradanti della detenzione di cui all’art. 3 Convenzione EDU, dall’altro uno “sconto” di pena che potrebbe condurre in ipotesi anche alla conclusione della detenzione³⁵. Si consideri il caso di un detenuto che stia subendo da 40 giorni condizioni disumane, e a cui residuino, al momento della decisione del Magistrato di Sorveglianza, solo 4 giorni da scontare: con l’applicazione del rimedio di cui al co. 1 dell’art. 35-*ter* o.p. diventa sostanzialmente inutile un’eventuale ordine rimediabile all’Amministrazione *ex art. 35-bis*. **Più comprensibile è invece il cumulo di tale ordine con il risarcimento pecuniario di cui all’art. 35-*ter*, co. 2**: in questo caso, gli effetti del decreto del Magistrato di Sorveglianza non sarebbero affatto contraddittori.

l’ottemperanza al magistrato di sorveglianza che ha emesso il provvedimento. Si osservano le disposizioni di cui agli articoli 666 e 678 del codice di procedura penale.

6. Il magistrato di sorveglianza, se accoglie la richiesta:

a) ordina l’ottemperanza, indicando modalità e tempi di adempimento, tenuto conto del programma attuativo predisposto dall’amministrazione al fine di dare esecuzione al provvedimento, sempre che detto programma sia compatibile con il soddisfacimento del diritto;

b) dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del provvedimento rimasto ineseguito;

c) [abrogato]

d) nomina, ove occorra, un commissario ad acta.

7. Il magistrato di sorveglianza conosce di tutte le questioni relative all’esatta ottemperanza, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.

8. Avverso il provvedimento emesso in sede di ottemperanza ‘ sempre ammesso ricorso per cassazione per violazione di legge”

³⁴ Cfr. in questo senso Della Bella, *op. cit.*: “l’azione risarcitoria non è concepita come un rimedio autonomo, ma come un ulteriore strumento di tutela da attivare contestualmente al rimedio preventivo, nell’ambito del reclamo giurisdizionale. In altri termini, la situazione presa in considerazione dal legislatore è quella del detenuto che, trovandosi in una condizione detentiva contraria all’art. 3 Cedu, si rivolga al magistrato di sorveglianza, al fine di ottenere contestualmente una tutela preventiva ed una tutela compensativa. Sotto il profilo della tutela preventiva, il detenuto mira ad ottenere una pronuncia che condanni l’Amministrazione penitenziaria a ripristinare la legalità della detenzione; sotto il profilo della tutela risarcitoria, invece, il detenuto mira ad ottenere una riduzione della pena da espiare o, in via subordinata, un ristoro in forma monetaria”.

Cfr. in senso simile L. BARONE, G. FIDELBO, *op. cit.*, p. 2: “I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all’interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all’art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l’immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderente conformità a quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza Torreggiani”.

³⁵ Cfr., nello stesso senso G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 3: sul presupposto della necessaria attualità del pregiudizio, “[...] la modalità risarcitoria giustamente privilegiata dal legislatore - cioè, la riduzione di pena - risulterebbe marcatamente ridimensionata. Potrebbe operare infatti, soltanto, e neppure sempre, nei casi in cui il rimedio preventivo e quello compensativo in forma specifica vengano “agiti” simultaneamente, altrimenti l’apprestamento del primo (eliminazione della situazione lesiva dell’art. 3 C.e.d.u.) inibirebbe il secondo”.

4. I rimedi pecuniari di cui all'art. 35-ter, co. 2 e 3 o.p.

I rimedi di cui ai commi successivi dell'art. 35-ter o.p. meritano una trattazione tendenzialmente unitaria, prevedendo tutti lo stesso contenuto ma differenziandosi nei presupposti, nella procedura e in altri aspetti particolari.

Ai sensi del co. 2, prima prop., ove il detenuto, pur avendo promosso l'azione di cui all'art. 35-ter, co. 1 o.p. dinnanzi al Magistrato di Sorveglianza, al momento della decisione si trovi nelle condizioni di non poter beneficiare della riduzione della pena³⁶, può ottenere "in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio"³⁷.

Allo stesso modo, il detenuto che si trovi ancora in carcere, "nel caso in cui il periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sia stato inferiore ai quindici giorni", ha diritto al medesimo risarcimento ai sensi dell'art. 35-ter, co. 2, seconda prop. o.p., proponendo sempre richiesta al Magistrato di Sorveglianza.

Al co. 3 invece si prevede che coloro i quali abbiano subito il pregiudizio di cui all'art. 35-ter, co. 1 o.p. – e dunque "un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni" in condizioni [...] tali da violare l'articolo 3" della Convenzione EDU – durante uno stato di "custodia cautelare in carcere non computabile nella determinazione della pena da espiare", oppure che agiscano quando ormai hanno "terminato di espiare la pena detentiva in carcere", hanno diritto a chiedere al Giudice Civile la medesima somma di denaro. **A differenza delle altre azioni previste dall'art. 35-ter o.p., il co. 3 prevede inoltre che "l'azione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla cessazione dello stato di detenzione o della custodia cautelare in carcere".** Competente ad accordare il rimedio in questo caso è il Tribunale del capoluogo del distretto nel cui territorio hanno la residenza i danneggiati, che procede in composizione monocratica, ma secondo il rito in camera di consiglio, e decide con decreto non reclamabile³⁸.

³⁶ Sull'interpretazione dell'art. 35-ter, co. 2, prima prop. o.p. si veda *infra*, par. 4.3.

³⁷ Art. 35-ter, co. 2, prima prop. o.p.

³⁸ Derogando quindi all'art. 739 c.p.c.. Tale soluzione potrebbe essere in contrasto con l'art. 3 Cost., avendo riguardo alla reclamabilità dei decreti emessi dal Magistrato di Sorveglianza ai sensi dell'art. 35-ter, co. 2 o.p. Tali provvedimenti, pur avendo ad oggetto l'accertamento di violazioni analoghe e la condanna al medesimo risarcimento per equivalente, per via del rimando dell'art. 35-ter O.P. al "pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b)" – che a sua volta implica l'applicazione della procedura di cui all'art. 35-bis O.P. dinnanzi al Magistrato di Sorveglianza – risultano ai sensi del co. 4 passibili di "reclamo al tribunale di sorveglianza nel termine di quindici giorni dalla notificazione o comunicazione dell'avviso di deposito [...]".

4.1. La natura del rimedio pecuniario: responsabilità civile o indennità?

Alcune decisioni annotate insistono sulla natura risarcitoria del rimedio pecuniario di cui al co. 3, affermando che non si tratterebbe di altro che di una *lex specialis* rispetto all'art. 2043 c.c.³⁹, riprendendo peraltro un pensiero già espresso in dottrina⁴⁰. Da ciò conseguirebbe che l'azione di cui ai co. 2 e 3 dell'art. 35-ter o.p. – essendo risarcitoria – non sarebbe cumulabile con quella aquiliana generale, e sarebbe tuttavia regolata – per quanto non espressamente previsto nell'art. 35-ter o.p. – secondo le norme generali dell'illecito extracontrattuale, prescrivendosi dunque in cinque anni⁴¹.

Di poco sembra discostarsi l'ordinanza Trib. Palermo, sez. III civ., 25 marzo 2015 (est. Ciardo), che si segnala però per essere stata **emessa al termine di un procedimento sommario di cognizione promosso in sede civile da un ex detenuto ai sensi degli artt. 702-bis ss. c.p.c.** – quindi in seguito a una procedura diversa da quella prevista dall'art. 35-ter o.p. che rimanda al rito camerale di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. – e per aver addirittura ricondotto la responsabilità per violazione dell'art. 3 CEDU a quella **da cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c.**⁴². Per quanto però si evince dal testo dell'ordinanza, è probabile che il ricorso per procedimento sommario sia stato depositato prima dell'entrata in vigore dell'art. 35-ter o.p., per cui non è possibile trarre

³⁹ Cfr. Trib. Roma, sez. II civ., decr. 30 maggio 2015 (est. Dell'Orfano): “[...] il rimedio scelto dal legislatore deve ritenersi di natura risarcitoria, e non semplicemente indennitaria, come si evince dalla specifica terminologia usata dal legislatore sia nel rubricare il nuovo Articolo 35-ter O.P., come pure dall'analisi sistematica, atteso che, secondo i principi generali in materia di responsabilità civile, il decreto prevede che il risarcimento avvenga ove possibile in forma specifica e non per equivalente, ed inoltre deve altresì ritenersi che trattasi di danno non patrimoniale, anche quando il risarcimento viene disposto dal Magistrato di Sorveglianza ai sensi del comma 2, non mutando la natura della fattispecie per effetto del Giudice che accorda la tutela, né per il fatto che la fonte normativa dell'istituto è la legge penitenziaria”; di “illecito risarcitorio” parla Trib. Torino, decr. 6 maggio 2015 (est. Demaria).

⁴⁰ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “[...] il d.l. 92/2014 ha solamente introdotto una nuova disciplina per il risarcimento di questo specifico danno: una disciplina che, in quanto *lex specialis*, viene a sostituirsi alla ordinaria disciplina civilistica in tema di risarcimento del danno”.

⁴¹ Cfr. Trib. Torino, decr. 6 maggio 2015 (est. Demaria), cit: “[...] i profili dell'azione risarcitoria non espressamente disciplinati dalla *lex specialis*, tra i quali consta la prescrizione, [devono] essere regolati dalla legge ordinaria” per cui deve “ritenersi operante il termine quinquennale di cui all'art. 2947 c.c.”; allo stesso modo, cfr. Trib. Roma, sez. II civ., decr. 30 maggio 2015 (est. Dell'Orfano): “[...] da tale qualificazione della tutela, discendono conseguenze importanti in termini di prescrizione del diritto” e, più avanti, si spiega “che la concorde qualificazione, in dottrina e giurisprudenza, della posta azionata come risarcitoria e non indennitaria consente di individuare quale termine prescrizione *ex art. 2947 c.c.* il compimento del quinto anno anteriore alla proposizione della domanda o al primo atto interruttivo (art. 2947 c.c.)”.

⁴² Cfr. Trib. Palermo, sez. III civ., ord. 25 marzo 2015 (est. Ciardo): “la domanda proposta è riconducibile allo schema del danno cagionato da cose in custodia di cui all'art. 2051 c.c. che sancisce la responsabilità del soggetto il quale eserciti sulla cosa un effettivo potere fisico tale da implicare il governo, l'uso e il potere di escludere i terzi dal contatto con la stessa. La norma richiamata ha la funzione di imputare la responsabilità a chi si trovi nella condizione di controllare i rischi inerenti alla cosa dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e non necessariamente il proprietario”

alcuna conclusione sul pensiero del Tribunale di Palermo in merito al rapporto tra tale rimedio e la responsabilità di cui all'art. 2051 c.c.⁴³.

In tutt'altra ottica interpretativa, per il Magistrato di Sorveglianza di Bologna – che come abbiamo già avuto modo di vedere si è trovato a decidere su un reclamo inizialmente intentato per ottenere una “riduzione della pena detentiva” residua *ex art. 35-ter* co. 1 o.p. “mutata” poi dal difensore in una domanda di rimedio pecuniario di cui al co. 2, prima prop. del medesimo articolo – la somma di 8 euro per giorno sarebbe invece una **“fattispecie atipica, non di illecito aquiliano” avente natura di “ristoro”**, poiché essa prescinde dall'accertamento del danno effettivo, o di una sua qualsiasi esistenza in quanto evento consequenziale alla condotta illegittima dell'Amministrazione Penitenziaria. Ciò comporterebbe inoltre la possibilità di cumulare l'azione *ex art. 35-ter* o.p. – sia quella volta alla riduzione della pena sia quelle di carattere pecuniario – con un'azione generale risarcitoria *ex art. 2043* e *2059* c.c.⁴⁴, e voci in tal senso si sono sollevate anche in dottrina⁴⁵. Escludendo la qualificazione risarcitoria, si potrebbe poi affermare che il rimedio di cui ai co. 2 e 3

⁴³ Anche se Trib. Palermo, sez. III civ., ord. 25 marzo 2015 (est. Ciardo) afferma che “presupposta la condotta violativa dell'art. 3 CEDU, quanto all'entità del risarcimento del danno, dovrà farsi ricorso a criteri equitativi. Ora, in tema di rispetto della dignità del detenuto il d.l. 92/2014 convertito con modificazioni dalla L. 117/2014 ha introdotto l'art. 35 ter nella L. 35/1975 disciplinando i rimedi risarcitori azionabili a seguito della violazione dell'art. 3 della Cedu. Tale novella ha previsto che il Magistrato di sorveglianza, accertato il pregiudizio derivante dalla richiamata violazione, liquidi al richiedente una somma di euro 8 giornalieri per ciascuna giornata in cui ha subito il pregiudizio. Per la valutazione equitativa del danno non patrimoniale patito dal ricorrente, in conseguenza della detenzione svoltasi secondo le descritte condizioni, questo Tribunale, pur consapevole dell'irretroattività della norma, ritiene di condividere e adottare tale somma quale parametro equitativo, comunque di matrice legislativa, ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale”.

⁴⁴ Cfr. Magistrato di Sorveglianza di Bologna, ord. 26 novembre 2014 (est. Bosi): “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 CEDU. 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 CEDU, 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”.

⁴⁵ Cfr. in questo senso forse G. GIOSTRA, *op. cit.*, p. 7, che ritiene “impropria [la] qualificazione di ‘risarcimento’, fonte di tante dissonanze con l'intero sistema giuridico e di pericolose oscillazioni interpretative: il rimedio compensativo di cui all'art. 35-ter ord. penit., che del risarcimento non ha la fondamentale caratteristica della personalizzazione del danno, può essere soltanto una forma di equo indennizzo forfettario per le condizioni oggettivamente inumane e degradanti in cui lo Stato ha tenuto un soggetto privato della libertà per fini di giustizia”, che conclude ritenendo però “impregiudicato [...] il diritto dell'interessato di chiedere il risarcimento per gli eventuali danni causati da tale inammissibile forma di detenzione”.

non può prescrivere in cinque anni – come invece vorrebbero i sostenitori della teoria dell'illecito aquiliano – restando applicabile il termine decennale della prescrizione ordinaria⁴⁶.

La prospettiva interpretativa proposta dal Magistrato felsineo tuttavia non convince. L'estensore fa coincidere il concetto di "indennizzo" con quello di "indennità da atto lecito dannoso"⁴⁷, mentre è certo che di lecito, nel comportamento dell'Amministrazione Penitenziaria che riduce i detenuti in condizioni inumane e degradanti, non ci sia proprio nulla.

In verità, tale confusione è l'esito del ricorso a concetti giuridici non sufficientemente condivisi in dottrina, o comunque tali da non poter ancora assurgere a categoria ordinante: buon esempio ne è proprio il concetto di "indennizzo", su cui la letteratura – peraltro in gran parte risalente – ha espresso concezioni e proposto soluzioni regolative assai differenti. L'unico aspetto su cui invero concorda parte degli interpreti è che per "indennità" si debba intendere una **somma di denaro avente natura di corrispettivo in vista di una mutazione dell'appartenenza di un bene imposta dalla legge**⁴⁸. Il concetto di "indennizzo" resta

⁴⁶ Cfr. S. CICCARELLO, voce *Indennità*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 104: "[...] è [...] diverso il termine di prescrizione, fissato in cinque anni solo per il risarcimento del danno (art. 2947 c.c.), mentre per l'indennità (almeno che non siano previsti termini speciali) vale quello normale decennale (ex art. 2946 c.c.)"; ma cfr. *contra* M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (diretto da) *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 2010, p. 891-892: "Nella nozione ampia di fatto illecito della norma rientrano anche le ipotesi [...] dirette a conseguire l'indennità, come nel caso dell'art. 2045 c.c. [...]"

⁴⁷ Cfr. Magistrato di Sorveglianza di Bologna, ord. 26 novembre 2014 (est. Bosi): "Il rimedio introdotto dall'art. 35 ter O.P. pare configurare un'ipotesi di indennizzo da c.d. 'atto lecito dannoso'".

Di qui, un'ulteriore generica qualificazione implicita della riparazione per ingiusta detenzione come indennità per fatti "pregiudizievoli in seguito ad attività legittima, eppure dannosa, ingiusta, esercitata dallo Stato", con conseguente applicazione analogica della disposizione sull'intrasmissibilità agli eredi del diritto alla somma di denaro che sarebbe spettata al detenuto premorto alla decisione del Magistrato di Sorveglianza. Ma pare a chi scrive che - se è lecita la carcerazione preventiva subita ai sensi dell'art. 314, co. 1 c.p.p. - nulla di lecito vi è in quella di cui al co. 2.

⁴⁸ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Indennità*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. VIII, 1967, Torino, p. 595-596; cfr. ID. voce *Risarcimento del danno*, cit., p. 21; S. CICCARELLO, *op. cit.*, p. 103, secondo cui l'indennità "consiste in una somma dovuta a titolo di corrispettivo, caratterizzato dal suo contenuto pecuniario e dalla proporzionalità (in base a criteri stabiliti di volta in volta dalla legge) alla prestazione effettuata o al sacrificio subito" e conclude a p. 105 che "[...] in essa vanno ricomprese tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro, quale corrispettivo di un servizio da altri prestato, o in considerazione del sacrificio, consentito dalla legge, dell'altrui interesse"; C. SALVI, *op. cit.*, p. 1091: "Nella prima ipotesi rientrano i casi nei quali un'obbligazione pecuniaria viene costituita in vista della composizione di interessi resa necessaria dalla perdita o limitazione di un diritto, che consegue al verificarsi di una determinata fattispecie normativa. Si tratta di figure conosciute nei rapporti con i pubblici poteri (espropriazione, occupazione, ecc.), ma anche nei rapporti interprivati: le immissioni intollerabili ma consentite perché rispondenti alle «esigenze della produzione» (art. 844 comma 2 c.c.), l'occupazione di una porzione di fondo altrui (art. 938 c.c.), la costituzione coattiva di servitù (art. 1032 c.c.). Ciò che caratterizza tali ipotesi non è la circostanza che un danno sia stato 'lecitamente' cagionato, e neppure i criteri per la determinazione del quantum (che generalmente conducono a un risultato inferiore alla perdita effettiva); bensì il fatto che qui l'ordinamento non reagisce a un danno, da risarcire, ma alla modificazione reciproca, e tendenzialmente permanente, della sfera giuridica di due soggetti, con incremento dell'una a carico dell'altra. L'obbligazione indennitaria discende dunque dall'esigenza - secondo quello che è un principio

invece alquanto oscuro: si sottolineano infatti le **numerose difficoltà che si incontrano nel tentativo di distinguere tra indennizzo e risarcimento del danno**, emergenti dalla conformazione delle singole fattispecie disciplinate dal Legislatore⁴⁹. Se del concetto di

generale in tema di spostamento patrimoniale - di garantire un giusto corrispettivo al soggetto la cui sfera giuridica sia stata ristretta. È opportuno pertanto riservare alle figure riconducibili allo schema ora delineato l'uso del termine indennità o indennizzo, al di là del linguaggio legislativo”.

⁴⁹ Cfr. dapprima P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 157-158: “Nell'elenco delle 'fonti' certamente l'espressione 'fatto illecito' si riferisce non solo alla figura disegnata nella 'clausola generale' dell'art. 2043, ma anche ai fatti dannosi irriducibili a quello schema. Vi si devono pure comprendere le ipotesi in cui al fatto dannoso, stavolta privo del carattere di anti-giuridicità della condotta del soggetto obbligato, risulta collegata un'obbligazione d'indennità o d'indennizzo, non commisurata al danno procurato e rimessa all'apprezzamento prudente del giudice sia in ordine all'opportunità di irrogarla sia per il concreto ammontare. Si pensi all'atto necessitato (art. 2045), o al danno cagionato da un soggetto incapace, quando non sia stato possibile ottenere il risarcimento dalla persona tenuta alla sorveglianza (art. 2047 cpv.). Deve concludersi che i fatti illeciti dannosi (e qui può correttamente usarsi anche il termine 'illeciti' poiché vi è una corrispondenza all'astratta fattispecie) producono l'obbligazione di riparare, nelle forme della reintegrazione in forma specifica e del risarcimento per equivalente, o invece e soltanto un obbligo di indennizzo, stabilito secondo la determinazione equitativa del giudice. Più delicato è il discorso – sempre con riguardo alle fonti, ed alla classificazione dei fatti giuridici nelle categorie menzionate dall'art. 1173 – a proposito dell'indennità (o indennizzo) posta a carico del soggetto a seguito di un atto lecito che sia stato produttivo di danno. Si pensi alle ipotesi di cui agli art. 843, dell'accesso al fondo, e 924, dell'inseguimento di sciami di api. Nel linguaggio legislativo non è possibile istituire una costante connessione tra fatto illecito e risarcimento del danno da un lato, atto lecito dannoso e indennità dall'altro, poiché vi sono ipotesi di atto lecito in cui la legge impone il risarcimento del danno, come nella rottura di promessa di matrimonio attuata senza giustificato motivo o provocata col fornire all'altra parte fondato motivo di recedere (art. 81 commi 1 e 2). D'altro canto la formula dell'indennizzo (o indennità), generalmente preferita dalla legge quando la responsabilità patrimoniale discende da un atto lecito, non in ogni caso differisce dal risarcimento del danno quanto alla misura della riparazione, comprensiva delle perdite sofferte e dei guadagni mancati (art. 1223, 2056). Quando la norma parla di danno e indennità (come nell'art. 924) non vi è alcuna deviazione da quei principi, ma nemmeno vi è sostanziale deroga quando una limitazione quantitativa è prevista, d'indole oggettiva (v. l'art. 1328 comma 1, circa l'iniziata esecuzione in buona fede del contratto da parte dell'accettante che non abbia ancora notizia della revoca della proposta) o soggettiva (v. l'art. 81, che per la rottura ingiusta della promessa di matrimonio limita il danno risarcibile 'entro il limite in cui le spese e le obbligazioni corrispondono alla condizione delle parti'). Un carattere singolare, che l'avvicina alle figure già considerate dell'equo indennizzo dagli art. 2045 e 2047 cpv., l'obbligazione di indennità assume quando la legge, senza commisurarla rigorosamente alle perdite o alle spese o al lucro mancato, ne stabilisce l'esigenza di 'adeguatezza', che si risolve ancora nella rimessione al discrezionale potere del giudice (così per l'art. 843 cpv., cit., per l'accesso al fondo altrui che si renda necessario per costruire o riparare, o per riprendere l'animale o la cosa). All'indicato criterio di adeguatezza, o – con termine più elastico ma tecnicamente più esatto – di 'giustizia', sempre nel campo degli atti leciti, si attiene il regime dell'espropriazione per motivi d'interesse generale (art. 42 comma 3 cost.; art. 834 c.c.). Che l'indennità dovuta all'espropriato non si risolva nella corresponsione di un prezzo, e cioè di una somma pari al valore di mercato del bene, è opinione consolidata, ed è perciò superfluo insistere sugli orientamenti della giurisprudenza recente ed in primo luogo della Corte costituzionale circa il 'serio ristoro' che l'indennità deve fornire e la illegittimità di forme di indennizzo irrisorio nei procedimenti ablatori della proprietà o che altrimenti vi incidano col sottrarre o limitare le facoltà del proprietario. Dal regime dei rapporti privati, e sempre con riguardo agli atti leciti ed alla produzione di pregiudizi patrimoniali, un ultimo istituto merita di essere segnalato, ed è l'istituto dell'arricchimento senza causa. Anche nella disciplina dell'arricchimento ingiustificato il termine usato dalla legge è 'indennizzare' (art. 2041 comma 1 e 2042) ed ancora una volta, confrontata con il risarcimento dei danni da fatto illecito,

“indennizzo” sembra non potersi fare uso, nemmeno di “indennità” da modificazione dell’appartenenza di un bene si può discorrere nel caso dell’Amministrazione Penitenziaria che sottoponga un detenuto a trattamenti contrari all’art. 3 CEDU. Con il risultato che, **per il rimedio pecuniario di cui ai co. 2 e 3 dell’art. 35-ter o.p. deve più correttamente predicarsi la natura risarcitoria.**

4.2. Il titolo della responsabilità civile da violazione dell’art. 3 CEDU.

Affermata la natura risarcitoria del rimedio pecuniario previsto dai co. 2 e 3 dell’art. 35-ter o.p., si deve ora analizzare il problema del titolo di tale responsabilità civile dell’Amministrazione Penitenziaria. Come abbiamo già visto, **le decisioni dei Tribunali di Roma e di Torino e l’ordinanza Trib. Palermo, sez. III civ., 25 marzo 2015 (est. Ciardo) – seppur con alcune differenze – ritengono che si tratti di una responsabilità extracontrattuale**, e in particolare di una *lex specialis* rispetto all’art. 2043 c.c. (*rectius* art. 2059 c.c.), fondata su un criterio di responsabilità oggettiva.

Da esse si discosta invece significativamente un’altra delle decisioni in commento – **Trib. Palermo, decr. 6 maggio 2015 (est. Trombetta)** – la quale **invoca la ben nota teoria del contatto sociale⁵⁰ per fondare una responsabilità contrattuale o da inadempimento ex art. 1218 c.c.** dell’Amministrazione Penitenziaria. È necessario innanzitutto rilevare **alcune “difformità” dell’argomentazione svolta dal giudice siciliano rispetto all’originaria formulazione della citata teoria:** ciò – se testimonia almeno un ricorso frequente della giurisprudenza a formule tratte e non prive di refusi⁵¹ – pregiudica anche una sua corretta applicazione, come è avvenuto nel caso di

l’indennità presenta singolari note di limitatezza oggettiva, poiché l’obbligo sussiste nei confini dell’arricchimento e inoltre della correlativa diminuzione patrimoniale, e la proponibilità dell’azione (oltre che alla mancanza di altri mezzi di tutela del soggetto impoverito) è subordinata al persistere dell’arricchimento fino alla domanda (arg. ex art. 2041 cpv.)”; in senso simile si veda da ultimo P. PERLINGIERI, *La responsabilità civile tra indennizzo e risarcimento*, in *Rass. Dir. civ.*, 2004, 4, p. 1072.

⁵⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Aa.Vv. Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. I, Milano, 1995, p. 147-240; più di recente cfr. ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 443-553. In giurisprudenza, cfr. Cass. Civ. Sez. III, 22 aprile 1999, n. 589, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Corr. giur.*, 1999, IV, p. 441 ss., con nota di DI MAJO, *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1999, IV, p. 999 con nota di GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente dal servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o “transpica”*; in *Resp. civ. prev.*, 1999, III, p. 661 ss., con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contratto sociale” conquista la Cassazione*; in *Riv. it. med. leg.*, 2001, IV-V, p. 831 ss., con nota di FIORI e D’ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal servizio sanitario nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589/1999 detta del “contatto sociale”. Trentadue anni dopo il fatto medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale, bensì contrattuale: con le relative conseguenze.*

⁵¹ Secondo Trib. Palermo, decr. 6 maggio 2015 (est. Trombetta): “[...] ai sensi dell’art. 1173 c.c. sorge in favore dei soggetti che trovansi nelle situazioni predeterminate dalla legge e che entrano ‘in contatto’ con l’attività di quel soggetto, uno specifico diritto di credito alla prestazione di *facere* [...]”. Per C. CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, cit., invece il contatto sociale riguarderebbe invece l’esatto contrario: a p. 152 si legge infatti di “[...] obblighi di protezione *ab origine*

specie. Nella versione originaria, **la fonte dell'obbligazione** da "contatto sociale" andrebbe rilevata nella "**coscienza sociale**", **la quale imporrebbe a tutti coloro che ricoprono uno status professionale obblighi di perizia, di conservazione e di cura degli interessi altrui**⁵², che sarebbero in grado di **generare un affidamento nei terzi relativamente al loro adempimento da parte del professionista**⁵³. Quanto descritto sarebbe dunque – ai sensi dell'art. 1173 c.c. – un "atto o fatto idoneo" a far sorgere in capo al professionista **un'obbligazione, a cui non corrisponde però un diritto di credito del cliente – cioè non vi sarebbe una diritto di esigere la prestazione – bensì un diritto a che la prestazione, qualora venga svolta, sia conforme ai suesposti obblighi di perizia, di conservazione e di cura degli interessi altrui**⁵⁴. **Cionondimeno, si**

avulsi da un obbligo di prestazione e ciononostante in grado di dar vita, in caso di danno, a responsabilità contrattuale come conseguenza tipica della violazione di obblighi". E il titolo stesso dello storico contributo dell'Autore parla da sé.

⁵² Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 170: "E invero all'operatore professionale la coscienza sociale, prima che il diritto, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma giustappunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento: dunque già prima del sorgere di un obbligo di prestazione. [...] nell'esercizio di un'attività professionale, [...] veri e propri obblighi [...] denotano l'avvenuto trascorrere dalla responsabilità aquiliana alla responsabilità contrattuale".

⁵³ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 195-201, in particolare per quanto riguarda il campo della responsabilità civile del medico, dove la teoria ha avuto la sua prima e prorompente fortuna: "Trova [...] corso l'idea che l'attività professionale implica l'adempimento di obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui che nascono dall'affidamento inevitabilmente generato dalla stessa professionalità e sottraggono l'eventuale responsabilità al regime del torto proprio perché si interpongono tra la condotta e il danno. Quando quest'ultimo si verifichi, la qualificazione di esso in esito alla violazione di tali obblighi lo ascrive alla responsabilità *ex contractu*, responsabilità appunto da violazione di obblighi secondo quanto si è detto in precedenza. Si parli di obblighi di protezione o di doveri di sicurezza inerenti alla condotta (*Verkehrspflichten*) il risultato non cambia perché pure questi ultimi, nella specie, sono diventanti veri e propri obblighi in quanto doveri di condotta specificantisi in relazione a un soggetto determinato. Anche in questo caso ricorre una responsabilità contrattuale nascente da un'obbligazione senza prestazione. [...] si deve concludere che poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito a un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale. [...] tali obblighi non sono ancorabili, nella specie, a contratto alcuno ma trovano fondamento diretto, in favore dei pazienti, nell'affidamento che la qualità professionale del medico genera anche in mancanza di un rapporto di prestazione. [...] Un affidamento si instaura *recta via* tra paziente e medico, pur quando quest'ultimo non sia obbligato alla prestazione nei confronti del primo; un affidamento giustificato dalla qualità professionale, la quale sembra idonea come tale a fondare una pretesa specifica di protezione in capo al malato"

⁵⁴ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 167-168: "Se la linea discretiva è la preesistenza di obblighi, che caratterizza la responsabilità contrattuale e invece manca nella responsabilità aquiliana, la responsabilità da violazione di obblighi che pur siano altri dall'obbligo di prestazione non potrà che mettere capo ugualmente a responsabilità contrattuale. Quello che rileva sotto questo profilo non è il contenuto dell'obbligo – e perciò in questi termini la differenza tra obbligo di prestazione e obblighi altri non è significativa – ma l'obbligo come tale che, nell'imporre un comportamento – diversamente da quanto accade nella responsabilità aquiliana, la quale invece non trae origine dalla violazione di obbligo alcuno – pone la responsabilità come altro modo di essere di un vincolo che già esiste e impone comportamenti, non invece come il sorgere medesimo di un vincolo dal nulla giuridico che lo precede. Da questo punto di vista non reca ostacolo neppure l'art. 1173. Se l'obbligazione è il *vinculum iuris* la cui esistenza mette in relazione giuridicamente

tratterebbe di un'obbligazione che, se violata, conduce a responsabilità contrattuale – o “da inadempimento” – ex art. 1218 c.c., con conseguente applicazione della prescrizione ordinaria decennale e di una conformazione dell'onus probandi favorevole alla vittima dell'inadempimento.

Nella sua prima applicazione giurisprudenziale, in ambito di danni cagionati da medici dipendenti di strutture ospedaliere, la Cassazione ha provato poi a dare un fondamento normativo più specifico alla teoria in esame, affermando che una responsabilità per l'inadempimento nascente dalla violazione di siffatti obblighi sorge “in capo all'operatore di una professione cd. protetta (cioè una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione da parte dello Stato, art. 348 c.p.), in particolare se detta professione abbia ad oggetto beni costituzionalmente garantiti, come avviene per la professione medica [...] che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.”⁵⁵. La Corte aggiunge che “trattandosi dell'esercizio di un servizio di pubblica necessità, che non può svolgersi senza una speciale abilitazione dello Stato, da parte di soggetti di cui il ‘pubblico è obbligato per legge a valersi’ (art. 359 c.p.), e quindi trattandosi di una professione protetta, l'esercizio di detto servizio non può essere diverso a seconda se esista o meno un contratto. La pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (secondo determinati standard accertati dall'ordinamento su quel soggetto), che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in ‘contatto’ con lui”⁵⁶.

Successivamente, la teoria del contatto sociale è stata applicata a diverse fattispecie di responsabilità civile⁵⁷, ed è stata in grado perfino di penetrare nella

rilevante soggetti prima estranei e tra i quali altrimenti solo *a posteriori* potrebbe nascere un rapporto obbligatorio, ad es., in seguito a un danno ingiusto arrecato da uno a un altro, allora anche gli obblighi diversi da quello di prestazione, imponendo *a priori* un preciso comportamento tra soggetti determinati, la cui mancanza dà origine a responsabilità, diventano rilevanti a tal fine. E se con riguardo al contratto e al fatto illecito l'art. 1173 continua a riferirsi alle obbligazioni nel senso tradizionale del termine, il cui contenuto è costituito in primo luogo dall'obbligo di prestazione, ‘ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico’ è espressione in grado di contenere anche le obbligazioni consistenti in soli obblighi altri, le *obbligazioni senza prestazione*”.

⁵⁵ Cass. Civ. Sez. III, 22 aprile 1999, n. 589, cit.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Cfr. A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakt. (La resistibile ascesa del ‘contatto sociale’)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 93: “[...] il ‘contatto sociale’ è [...] diventato un elemento di moda, ‘terribilmente’ di moda, utilizzato dai Giudici in situazioni le più disparate e a fini anche considerevolmente diversi. [...] Nel tentativo di fornire un quadro per quanto possibile organico della situazione, si possono isolare: un ‘contatto sociale’ ritenuto rilevante per via dell'affidamento che possono suscitare un professionista o, più in generale, soggetti che svolgono attività per le quali sono necessarie specifiche abilità e/o conoscenze, configurato quale fonte di obbligazioni dalla Sez. III della Cassazione civile; un ‘contatto sociale’ ‘procedimentale’, ritenuto rilevante per via dell'affidamento che può suscitare la p.a. lì dove il suo agire debba essere imparziale, configurato quale fonte di obbligazioni dal Consiglio di Stato, oltre che da talune sentenze della Cassazione civile, di sezioni varie; un ‘contatto sociale’ ritenuto rilevante per via dell'affidamento che può insorgere nell'ambito delle relazioni con le banche, configurato quale fonte di obbligazioni dalla sezione I della Cassazione; un ‘contatto sociale’ tipico dell'ambito del lavoro,

forma mentis del giudice penale, che recentemente ha riconosciuto “[...] nuovi obblighi – incidenti sulla punibilità della condotta omissiva – permutati dal diritto civile ed imperniati sul contatto sociale ed il conseguente affidamento della vittima sulla condotta dell’imputato”⁵⁸. Vi è peraltro da notare che sin dalle origini di questa teoria si assiste ad una implicita assimilazione degli “obblighi di protezione” generativi della responsabilità civile da contatto sociale – i quali costituirebbero “un preciso dovere di comportamento volto a tutelare una specifica sfera giuridica altrui”⁵⁹ – alla nozione di “obbligo di garanzia” che si può reperire nella manualistica⁶⁰ e nella giurisprudenza di diritto penale⁶¹. Con il risultato di erodere sempre di più lo spazio

configurato dalla sezione lavoro della Cassazione, in termini a seconda delle occasioni assai diversi, alle volte anche come fonte di un vero e proprio contratto; un ‘contatto sociale’ ritenuto fonte di un obbligo ‘di garanzia’, come tale configurato dalla Cassazione penale; un ‘contatto sociale’ richiamato senza necessità, al solo fine di elevare il ‘tono’ generale della pronuncia. Di notevole interesse appare, infine, una sentenza, che al momento sembrerebbe essere l’unica ad essersi mossa in questo senso, che al ‘contatto sociale’ ha fatto riferimento al fine di estendere il campo dell’illecito extracontrattuale omissivo, configurando il contatto quale possibile fonte di un obbligo di agire inadempito utile a fondare una responsabilità, appunto, extracontrattuale”. Cfr. anche *ibidem*, p. 98 ss.

⁵⁸ R. CALCAGNO, *Reato omissivo improprio e responsabilità contrattuale, tra “contatto sociale” e contratto: riflessioni sul principio di legalità*, in *Cass. pen.*, 2014, 10, p. 3559-3560, e cfr. anche le decisioni *passim* citate. Peraltro l’Autore a p. 3571 ss. mette in guardia da una acritica assimilazione al diritto penale di un istituto nato in seno alla responsabilità civile, stante il rischio di una possibile violazione del divieto di analogia in materia penale e di tassatività.

⁵⁹ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 158-159. Cfr. inoltre A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 86-87: “Muovendosi lungo la linea tracciata da Schwerdtner, e cioè invocando la dogmatica della culpa in contrahendo e i principi di cui al § 242 BGB, ma ricollegandosi anche al pensiero di Dölle, Kramer aveva poi ampliato il discorso, affermando che obblighi di protezione dovrebbero ritenersi sussistere non solo lì dove si tratti rapporti di cortesia “puri”, privi di fondamento negoziale, ai quali, per la circostanza di avere alla base un contatto ‘gewollt’ e ‘gezielt’, appaiano estensibili i principi della responsabilità per culpa in contrahendo, bensì, più in generale, tutte le volte che, in conseguenza di un contatto (genericamente) ‘sociale’, si stabilisca nei confronti di un soggetto una relazione idonea a fare insorgere l’affidamento nella circostanza che la controparte tratterà lui e i suoi beni con cura e attenzione: assumerà, insomma, la posizione di un “garante”. Posizione, quest’ultima, ritenuta ravvisabile in specie in tutti i casi in cui venga resa una prestazione rientrante nell’esercizio di un’attività particolarmente qualificata, qual è, ad esempio, quella di avvocati e commercialisti”.

⁶⁰ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, p. 181: “[...] il diritto penale in ogni tempo e in ogni luogo risulta composto, oltre che da *divieti* di agire, anche da *comandi di agire*: accanto ai reati commissivi (o di azione), compaiono perciò reati omissivi, cioè reati caratterizzati dall’omissione delle azioni imposte da quei comandi per proteggere i beni giuridici”. Cfr. allo stesso modo D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 221.

⁶¹ Cfr. *Cass. pen.*, sez. un., 10 luglio 2002, n. 30328, imp. Franzese, in *Foro it.*, 2002, II, p. 601 ss. con nota di DI GIOVINE: “[...] l’essenza normativa del concetto di ‘omissione’, [...] postula una relazione con un modello alternativo di comportamento attivo, specifico e imposto dall’ordinamento”.

dell'illecito civile aquiliano⁶² in presenza di fattispecie corrispondenti a quelle dei reati omissivi impropri⁶³.

⁶² Cfr. P. GALLO, voce *Contatto sociale*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., agg. IX, Torino, 2014, p. 93-94, il quale invoca l'intervento del legislatore al fine di riformare l'intero sistema della responsabilità civile in maniera da raggiungere gli stessi scopi di favore per le vittime dei danni perseguiti dalla teoria del "contatto sociale" ed evitare lo "svuotamento della responsabilità delittuale".

⁶³ Cfr. A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 2, p. 354: "[...] la nostra Suprema Corte ha portato alla luce, con la sentenza n. 1737, resa il 25 gennaio 2011, nel momento in cui ha invocato il 'contatto sociale' allo scopo di affermare la sussistenza di un obbligo di attivarsi al fine di impedire un evento dannoso, e quindi di riconoscere la responsabilità extracontrattuale del soggetto rimasto inerte, o, per dirla con altre parole, l'esistenza di un illecito omissivo. Nel caso di specie, un soggetto era deceduto a seguito delle lesioni riportate nel corso di un tentativo di regolare il funzionamento di una macchina agricola. Fra i proprietari della macchina, presenti al fatto, e il danneggiato non sussisteva alcuna relazione di carattere obbligatorio: il danneggiato aveva agito per puro spirito di cortesia. La responsabilità dei proprietari della macchina era stata fondata in primo grado sulla previsione dell'art. 2050 c.c., previsione la cui applicabilità era stata invece esclusa in sede di appello, per difetto di pericolosità della macchina medesima. In secondo grado, la responsabilità dei proprietari di quest'ultima era stata invece fondata sull'art. 2043 c.c., configurandosi l'omissione del dovere, fondato sulla semplice consapevolezza del pericolo cui si era esposto chi si era attivato per la regolazione della macchina, di proteggere quest'ultimo. Non è la prima volta che, in tema di illecito omissivo, la giurisprudenza fa ricorso a regole prive di uno specifico fondamento normativo al fine di rinvenire un obbligo di attivarsi utile per fondare la responsabilità extracontrattuale del soggetto rimasto inerte: in particolare, obblighi di attivarsi sono stati derivati dal generale obbligo di agire secondo diligenza di cui all'art. 1176 c.c., inteso non come punto di riferimento per la valutazione della colpa quale elemento costitutivo dell'illecito, e dunque come espressione di una regola di comportamento, bensì come suscettibile di essere concretizzato, appunto, in obblighi di attivarsi. [...] Si diceva in precedenza del rischio che il ricorso al 'contatto sociale' finisca per cancellare la responsabilità extracontrattuale. Ora stiamo constatando come il 'contatto sociale' porti con sé anche il rischio opposto: ossia quello di dilatare a dismisura le fattispecie di responsabilità extracontrattuale, attraverso una estensione potenzialmente sconfinata della responsabilità da illecito omissivo"; cfr. anche ID., *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakt*, cit., p. 107: "[...] dando ampio spazio al contatto sociale, si potrebbe finire per cancellare la responsabilità extracontrattuale: l'orientamento giurisprudenziale del quale ci stiamo occupando, infatti, ha compiuto sì un ampliamento " esagerato " delle fattispecie di responsabilità, ma senza cancellare la responsabilità extracontrattuale, anzi, inserendo il contatto sociale all'interno di quest'ultima, quale base per una estensione potenzialmente sconfinata della responsabilità da illecito omissivo. Il che conduce a porre in evidenza anche l'intima contraddizione di questo orientamento, consistente nell'aver utilizzato una figura nata e sviluppata al fine di ampliare la responsabilità contrattuale allo scopo di fondare, invece, una responsabilità extracontrattuale. Anche nel caso considerato, invero, anziché ricorrere allo schema dell'illecito omissivo, ben si sarebbe potuta riconoscere la violazione di un obbligo informativo e di protezione sorto a seguito del 'contatto sociale' fra i proprietari della macchina agricola e il soggetto che si era impegnato nella regolazione della medesima. E tanto, forse, non è stato fatto per la ritrosia, che ancora oggi, non di rado, anche se in modo del tutto ingiustificato, riaffiora, ad ammettere una responsabilità contrattuale lì dove contratto non vi sia". A tali critiche C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 158-159 rispondeva fin da subito in questo modo: "Quanto agli obblighi di protezione, rilevare, come normalmente si fa sia dai sostenitori che dai negatori di tale categoria, che essi realizzano la trasposizione della responsabilità dal terreno aquiliano a quello contrattuale, significa, alla luce di quanto si è detto precedentemente, fare capo a quello che è soltanto un epifenomeno, la conseguenza di un presupposto di struttura. In primo luogo essi invece, nel costituire un preciso dovere di comportamento voluto a tutelare una specifica sfera giuridica altrui, segnano la diversità dalla responsabilità aquiliana. Quest'ultima infatti è caratterizzata *ab origine* dall'assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate: colui che non è vincolato da obblighi è totalmente libero fino a quando non si verifichi la lesione del diritto altrui, salvo che non

Si deve poi rilevare che **la teoria del contatto sociale presenta una certa fragilità di fondamento positivo**: il fatto che alcuni diritti vengano riconosciuti dalla Costituzione – si è detto dell’art. 32 Cost. – non implica la nascita di un’obbligazione nei confronti del beneficiario di tali diritti⁶⁴. Inoltre, la valutazione dell’affidamento dei terzi – slegata da espliciti riferimenti normativi e affidata esclusivamente nelle mani del giudice – comporterebbe **il rischio di un arbitrario allargamento delle fattispecie di responsabilità contrattuale**⁶⁵. Peraltro, si noti come tali critiche riproducono un dibattito relativo alle fonti degli obblighi di garanzia che si è già ampiamente sviluppato in materia penale⁶⁶. E nella dottrina civilistica, anche chi propone di

ricorrano gli estremi di un’azione inibitoria; tale lesione, a prescindere da qualsiasi dovere, in realtà inesistente, genera la responsabilità, la quale per definizione non si situa in esito a un *vinculum iuris*, ma ne rappresenta il sorgere. La responsabilità da violazione di un obbligo di protezione, al contrario, presuppone appunto un obbligo e perciò si configura come infrazione di un rapporto che lega già i soggetti, attivo e passivo, della fattispecie di danno”.

⁶⁴ Cfr. A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, *op. cit.*, p. 351: “la semplice circostanza che un ‘contatto sociale’ interessi beni costituzionalmente protetti non [è] sufficiente per qualificarlo come fonte di obbligazioni. Se tanto fosse vero, si dovrebbe ravvisare un ‘contatto sociale’ fonte di obbligazioni anche nel caso in cui, per fare solo un altro esempio concernente sempre il bene della salute, un diverbio sia sfociato in un’aggressione dalla quale siano derivate lesioni all’integrità fisica. Con la conseguenza che la responsabilità extracontrattuale, sia pure attraverso il ‘filtro costituzionale’, potrebbe poco alla volta finire per essere ridotta ad un contenitore vuoto, e per risultare nella sostanza espunta dall’ordinamento, pur continuando, la relativa disciplina, a fare parte di quest’ultimo, ciò che non è, evidentemente, accettabile”.

⁶⁵ Cfr. A. ZACCARIA, *op. cit.*, p. 353: “In altre parole, secondo la nostra Cassazione, esistono soggetti che generano, in coloro con i quali entrano in contatto, un affidamento (ciò che accade in particolare quando nella fattispecie siano coinvolti aspetti pubblicistici) nel senso di ricevere una prestazione di una certa “qualità”, anche qualora non sia stato concluso alcun contratto, e che la coscienza sociale pretende siano considerati come debitori nel contesto di una obbligazione comunque sorta sulla base di quel semplice contatto, soggetti che perciò effettivamente come debitori vanno trattati. Sennonché, l’idea che fonte di obbligazioni possano essere anche semplici rapporti sociali, in sé e per sé considerati, rapporti la cui fisionomia un Giudice potrebbe allora accertare e interpretare in modo del tutto libero, e, soprattutto, incontrollabile, mancando un sistema normativo che possa essere utilizzato quale metro di riferimento utile per verificare la legittimità delle decisioni assunte, non può non suscitare consistenti perplessità nel giurista di oggi, che vive in un ambiente politico-culturale ben diverso, in quanto incomparabilmente più garantista, da quello proprio della prima parte dello scorso secolo”.

⁶⁶ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *op. cit.*, p. 212: “È penalmente rilevante soltanto il mancato compimento di azioni imposte da comandi contenuti in *norme giuridiche*: obblighi etico-sociali, pur avvertiti come vincolanti da parte della collettività, rilevano per il diritto penale solo se ribaditi da norme giuridiche. Ove ciò non accada, la loro inottemperanza comporterà solo l’eventuale riprovazione del gruppo sociale. In definitiva, l’omissione penalmente rilevante consiste nel *mancato compimento di un’azione che si ha l’obbligo giuridico di compiere*”. *Contra* però G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 640-645: “Il problema diventa allora quello di individuare gli obblighi giuridici di attivarsi, la cui violazione consenta l’affermazione di responsabilità penale. A tal fine, l’art. 40 cpv. non fornisce in verità altro criterio selettivo all’infuori dell’indicazione che deve trattarsi di obblighi ‘giuridicamente’ rilevanti: onde è, in definitiva, devoluto alla dottrina e alla giurisprudenza il compito di individuare quali siano di volta in volta questi obblighi. [...] La nostra dottrina tradizionale [...] non si è impegnata in approfondimenti particolari, ma si è per lo più limitata a rieccheggiare la c.d. *teoria formale* dell’obbligo di impedire l’evento, dominante nella dottrina europea nei primi anni del novecento e peraltro per lungo tempo dominante nella manualistica italiana. Si tratta di una concezione che inclina a individuare le

confermare la validità della teoria del “contatto sociale” riconosce al contempo la necessità di reperirne un più solido fondamento normativo⁶⁷.

Per quanto attiene specificamente all'utilizzo della teoria del “contatto sociale” per definire come contrattuale la responsabilità dell'Amministrazione Penitenziaria per la violazione dell'art. 3 CEDU, si deve osservare che **è una operazione ermeneutica in sostanza inutile**. Lo stesso decr. Trib. Palermo, 6 maggio 2015 (est. Trombetta) – riprendendo la giurisprudenza della Corte EDU – afferma infatti che **l'art. 3 CEDU sarebbe la fonte in grado di porre “a carico delle autorità un obbligo positivo che consiste nell'assicurare che ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova di intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente”⁶⁸. Dallo stesso articolo, così come interpretato dalla Corte EDU, deriverebbe inoltre l'obbligo in capo all'Amministrazione Penitenziaria di offrire al detenuto uno spazio minimo di 3 metri quadrati⁶⁹. Ma vi è di più. Se anche**

situazioni tipiche di obbligo penalmente rilevanti (c.d. *posizioni di garanzia*) in base alla *fonte formale* della loro rilevanza giuridica; rilevanza, peraltro, determinata alla stregua dell'intero ordinamento giuridico. [...] la tradizionale concezione formale presta il fianco a obiezioni critiche difficilmente superabili. [...] non è in grado di spiegare in modo appagante *perché* il diritto penale assimili l'omissione non impeditiva all'azione causale. [...] A fondamento del meccanismo di responsabilità in esame sta la necessità riconosciuta dall'ordinamento, di assicurare a determinati beni una tutela rafforzata, stante l'incapacità – totale o parziale – dei loro rispettivi titolari a proteggerli adeguatamente: da qui l'attribuzione a taluni soggetti, diversi dai rispettivi titolari, della speciale posizione di *garanti* dell'integrità dei beni che si ha interesse a salvaguardare. Se così è, il principio di equivalenza tra l'omissione non impeditiva e l'azione causale presuppone non già un semplice obbligo giuridico di attivarsi, ma una *posizione di garanzia nei confronti del bene protetto*: la quale è, in generale, definibile come uno speciale vincolo di tutela tra un soggetto garante ed un bene giuridico, determinato dall'incapacità (totale o parziale) del titolare a proteggerlo autonomamente. [...] È appena il caso di sottolineare, a questo punto, che la natura ‘speciale’ del vincolo di tutela relativo alle situazioni di garanzia si riflette necessariamente anche sulla natura degli obblighi di attivarsi che da tali situazioni discendono: gli obblighi di garanzia hanno infatti un carattere speciale perché incombono soltanto *su alcuni soggetti* (i c.d. *garanti*), e *non* sulla generalità dei cittadini”.

⁶⁷ Cfr. F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di prestazioni “autonomi”*, in *Europa e diritto privato*, 2014, 1, p. 113: “Va, quindi, chiarito in che debba consistere il contatto sociale che può creare i doveri di protezione. Il contratto, l'obbligazione, la trattativa sono espressamente qualificati dalle norme come ambiti nei quali opera il principio di buona fede che si concretizza nei doveri di protezione. Anche altre ipotesi possono meritare tale qualificazione pur in difetto di una norma espressa, in quanto l'art. 1173 si contenta di una più blanda ‘conformità all'ordinamento’, e tuttavia è necessario argomentare su basi normative che un ‘contatto sociale’ di un certo tipo sia fonte di un'obbligazione. I ‘contatti, cui la vita di relazione ci espone, insomma, sono infinitamente vari; ci proponiamo qui di individuare un qualche criterio che permetta, anche unificando nel profilo in esame figure per il resto diverse, di stabilire quali di essi facciano nascere in capo a soggetti, in conformità dell'ordinamento giuridico, un vero e proprio dovere di reciproca protezione, la cui violazione dia luogo a responsabilità contrattuale”.

⁶⁸ Cfr. Trib. Palermo, decr. 6 maggio 2015 (est. Trombetta), cit.

⁶⁹ Non si può concordare invece con le affermazioni di Trib. Torino, ord. 6 maggio 2015 (est. Demaria) – peraltro contraddittorie – secondo cui “la fattispecie introdotta con il recepimento della giurisprudenza EDU non [è] costitutiva del diritto a una detenzione conforme all'art. 3 CEDU ma [è] unicamente istitutiva

si ritenesse troppo generico il riferimento all'art. 3 CEDU, **il Tribunale di Palermo completa poi l'elenco delle norme di diritto positivo che implicherebbero obblighi per l'Amministrazione Penitenziaria citando l'art. 6 legge 26 luglio 1975, n. 354⁷⁰ e gli artt. 6-7 d.p.r. 30 giugno 2000, n. 230⁷¹**. Di fronte a tale panorama normativo, ricorrere ancora alla labile categoria del "contatto sociale" – come fa il decr. Trib. Palermo, 6 maggio 2015 (est. Trombetta) – appare inutile, se non addirittura **contrario alla ratio di tale teoria, che è volta proprio a sopperire alla mancanza di obblighi di prestazione: la responsabilità contrattuale o da inadempimento dell'Amministrazione Penitenziaria si potrebbe infatti ben fondare su obblighi di fonte legale**, con il conforto della dottrina maggioritaria⁷² e di parte della giurisprudenza⁷³.

di un nuovo e più veloce mezzo di ricorso interno, volto ad assicurare alla vittima una tutela, pronta ed efficace, in caso di violazione del predetto diritto".

⁷⁰ "I locali nei quali si svolge la vita dei detenuti e degli internati devono essere di ampiezza sufficiente, illuminati con luce naturale e artificiale in modo da permettere il lavoro e la lettura; aerati, riscaldati ove le condizioni climatiche lo esigono, e dotati di servizi igienici riservati, decenti e di tipo razionale. I detti locali devono essere tenuti in buono stato di conservazione e di pulizia.

I locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti.

Particolare cura è impiegata nella scelta di quei soggetti che sono collocati in camere a più posti.

Agli imputati deve essere garantito il pernottamento in camere ad un posto a meno che la situazione particolare dell'istituto non lo consenta.

Ciascun detenuto e internato dispone di adeguato corredo per il proprio letto".

⁷¹ "1. I locali in cui si svolge la vita dei detenuti e internati devono essere igienicamente adeguati.

2. Le finestre delle camere devono consentire il passaggio diretto di luce e aria naturali. Non sono consentite schermature che impediscano tale passaggio. Solo in casi eccezionali e per dimostrate ragioni di sicurezza, possono utilizzarsi schermature, collocate non in aderenza alle mura dell'edificio, che consentano comunque un sufficiente passaggio diretto di aria e luce.

3. Sono approntati pulsanti per l'illuminazione artificiale delle camere, nonché per il funzionamento degli apparecchi radio e televisivi, sia all'esterno, per il personale, sia all'interno, per i detenuti e internati. Il personale, con i pulsanti esterni, può escludere il funzionamento di quelli interni, quando la utilizzazione di questi pregiudichi l'ordinata convivenza dei detenuti e internati.

5. I detenuti e gli internati, che siano in condizioni fisiche e psichiche che lo consentano, provvedono direttamente alla pulizia delle loro camere e dei relativi servizi igienici. A tal fine sono messi a disposizione mezzi adeguati.

6. Per la pulizia delle camere nelle quali si trovano soggetti impossibilitati a provvedervi, l'amministrazione si avvale dell'opera retribuita di detenuti o internati.

7. Se le condizioni logistiche lo consentono, sono assicurati reparti per non fumatori".

⁷² Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, voce *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XV, Torino, 1968, p. 672-673: "Riesce [...] possibile delineare, in termini abbastanza sicuri ed appaganti, la linea distintiva delle due forme di responsabilità, a volerne considerare, ed adeguatamente illustrare, il fondamento e la funzione. All'uopo conviene osservare subito che la responsabilità cosiddetta contrattuale rinviene la sua scaturigine nella stessa nozione di obbligazione; che in caso di inadempimento ha modo di riaffermare la sua caratteristica essenza di vincolo, perpetuantesi nella prestazione risarcitoria, ove non sia possibile procedere addirittura alla sua realizzazione in forma specifica (esecuzione forzata). Cosicché si risolve, nella soddisfazione dell'interesse dedotto in obbligazione, ad onta della mancata cooperazione del debitore; ed allo stesso effetto postula beninteso il ristoro delle conseguenze pregiudizievoli immediatamente connesse all'evento-inadempimento. Nella responsabilità aquiliana, invece, il dato essenziale è costituito dal verificarsi del danno ingiusto, a cui si riferisce e si commisura la reazione del diritto. Che si attua con l'imposizione al soggetto, il quale versa in una delle fattispecie (di responsabilità) ipotizzate dalla legge, dell'obbligazione (primaria) di risarcimento dell'intero pregiudizio. A voler

spingere, nello stesso ordine di idee, lo sguardo verso gli elementi e motivi di fondo della distinzione, si possono prospettare i seguenti e ben significativi punti di divergenza e di incontro tra le due forme di responsabilità. Laddove preesiste un rapporto obbligatorio, che derivi dall'autonomia contrattuale o dalla stessa legge, questa costituisce la stregua su cui si realizza l'assetto degli interessi delle parti (coinvolte nel rapporto); e la responsabilità viene in considerazione solo per la inosservanza del vincolo e come mezzo succedaneo per ristabilirne la forza effettuale. Se si verifica invece un danno ingiusto, e ricorrono i presupposti di legge perché sia accollato da altri, si produce, con la statuizione di responsabilità, l'obbligazione avente ad oggetto il ristoro di tutti i danni rilevanti (giuridicamente), secondo l'esigenza e per il fine di comporre, nei termini di una nuova solidarietà, il conflitto di interessi tra il leso e il danneggiante"; L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale* (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072: "Si dice contrattuale la responsabilità per l'inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che sia la fonte"; cfr. da ultimo anche M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 2010, p. 761: "La nota distinzione conserva ancora un contenuto minimo che si riflette sul piano concreto nella scelta della disciplina da applicare: la responsabilità contrattuale scaturisce dalla violazione di un preesistente obbligo di fonte sia contrattuale, sia di altra natura (ad esempio dalla gestione di affari altrui); invece, la responsabilità aquiliana nasce esclusivamente dal compimento di un fatto illecito e stabilisce un rapporto tra due soggetti venuti in contatto solo per via di quel fatto che è produttivo di un danno ingiusto. La presenza o l'assenza di un obbligo preesistente tra i soggetti in conflitto è l'unico dato di fatto su cui poter fondare la distinzione in modo certo".

⁷³ Cfr. Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712m in *Corr. giur.*, 2007, 12, p. 1706 ss. con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*: "[...] la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti). In quest'ottica deve esser letta anche la disposizione dell'art. 1173 c.c. che classifica le obbligazioni in base alla loro fonte ed espressamente distingue le obbligazioni da contratto (da intendersi nella più ampia accezione sopra indicata) da quelle da fatto illecito. Si potrebbe in verità anche sostenere - ed è stato sostenuto - che la nozione di obbligazione contrattuale contenuta in detto articolo ha una valenza più ristretta, e che le obbligazioni derivanti dalla violazione di specifiche norme o principi giuridici preesistenti ricadono nell'ulteriore categoria degli altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico, cui pure la medesima norma allude. Piuttosto che obbligazioni di natura contrattuale le si dovrebbe insomma definire obbligazioni *ex lege*. La questione sembra avere, in verità, un valore essenzialmente classificatorio, giacché in linea generale il regime cui sono soggette tali obbligazioni *ex lege* non si discosta da quello delle obbligazioni contrattuali in senso stretto. Ma, comunque, tenuto conto del carattere assai vago della definizione adoperata per individuare siffatta ulteriore categoria di obbligazioni (essendosi peraltro i redattori del vigente codice civile espressamente rifiutati sia di ripetere la preesistente espressione di obbligazioni derivanti dalla legge, sul presupposto che tutte le obbligazioni si fondano sulla legge, sia di evocare le antiche figure del quasi contratto e del quasi delitto, prive di un reale contenuto determinato), e considerate le difficoltà in cui la stessa dottrina si è sempre trovata nell'interpretare questa espressione normativa (che taluno non ha esitato a definire 'sgangherata'), appare probabilmente preferibile circoscriverne la portata alle sole obbligazioni che con sicurezza ne costituiscono la base storica: quelle integranti la cosiddetta responsabilità da fatto lecito - in primis la responsabilità derivante dalla gestione di affari altrui o dall'arricchimento privo di causa - la quale né presuppone l'inesatto adempimento di un obbligo precedente (di fonte legale o contrattuale che sia) né dipende da comportamenti illeciti in danno altrui". Si noti come le Sezioni Unite in questo caso fondino la natura "contrattuale" delle obbligazioni imposte dalla legge non sulla stessa interpretazione dell'art. 1173 c.c. che contraddistingue la dottrina del "contatto sociale", e dunque non sulla valorizzazione della locuzione "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle", ma su un'interpretazione estensiva della nozione di "contratto".

Senonché, va dato atto che **in giurisprudenza non mancano ipotesi in cui la Pubblica Amministrazione – compresa quella Penitenziaria – in presenza di specifici obblighi di protezione è ritenuta responsabile in via extracontrattuale.** È il caso dei danni derivanti da emotrasfusioni, dove le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto che sussistesse “sulla base della legislazione vigente, un obbligo di controllo, direttive e vigilanza in materia di sangue umano da parte del Ministero della sanità, anche strumentale alla funzione di programmazione”, e tuttavia che “l’omissione da parte del Ministero di attività funzionali alla realizzazione dello scopo per il quale l’ordinamento attribuisce il potere (qui concernente la tutela della salute pubblica) lo espone a responsabilità extracontrattuale, quando, come nella fattispecie, dalla violazione del vincolo interno costituito dal dovere di vigilanza nell’interesse pubblico, il quale è strumentale ed accessorio a quel potere, siano derivate violazioni dei diritti soggettivi dei terzi”⁷⁴. Inoltre, in ambito di danno da circolazione di autoveicoli derivate da cattiva manutenzione della sede stradale, la Suprema Corte ritiene che “[...] l’ente proprietario della strada aperta al pubblico transito è obbligato a garantire la sicurezza della circolazione (D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 14), e ad adottare i provvedimenti necessari ai fini della sicurezza del traffico sulle strade (D.Lgs. 26 febbraio 1994, n. 143, art. 2)”⁷⁵, e tuttavia ne afferma la responsabilità per “colpa civile, di cui all’art. 2043 c.c.”⁷⁶ o – più frequentemente – *ex art. 2051 c.c.*⁷⁷. Infine, e significativamente, è stata rilevata da una recente sentenza di merito “l’effettiva

⁷⁴ Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *DeJure*. Si noti peraltro quanto la Cassazione stabilisce sul rapporto fra questa forma di indennizzo da atto lecito dannoso e l’azione risarcitoria extracontrattuale: “va osservato che, come statuito da Corte Cost. 22.6.2000 n. 226 e 18.4.1996 n. 118, la menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare le seguenti situazioni: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, secondo la previsione dell’art. 2043 c.c., in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall’art. 32 della Costituzione in collegamento con l’art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia conseguenza dell’adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, ove ne sussistano i presupposti a norma degli artt. 38 e 2 Cost., a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell’ambito dell’esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali. In quest’ultima ipotesi si inquadra la disciplina apprestata dalla L. n. 210 del 1992, che opera su un piano diverso da quello in cui si colloca quella civilistica in tema di risarcimento del danno, compreso il cosiddetto danno biologico. Per quanto qui interessa, al fine di evidenziare la distanza che separa il risarcimento del danno dall’indennità prevista dalla legge predetta, basta rilevare che la responsabilità civile presuppone un rapporto tra fatto illecito e danno risarcibile e configura quest’ultimo, quanto alla sua entità, in relazione alle singole fattispecie concrete, valutabili caso per caso dal giudice, mentre il diritto all’indennità sorge per il sol fatto del danno irreversibile derivante da infezione post-trafusionale, in una misura prefissata dalla legge. Ciò comporta che vada condiviso l’orientamento favorevole della più avvertita dottrina al concorso tra il diritto all’equo indennizzo di cui alla L. n. 210 del 1992, ed il diritto al risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*, per cui nel caso in cui ricorrano gli estremi di una responsabilità civile per colpa la presenza della L. n. 210 del 1992, come modificata dalla L. n. 238 del 1997, non ha escluso in alcun modo che il privato possa chiedere e che il Giudice possa procedere alla ricerca della responsabilità aquiliana, senza che esista automatismo tra le due figure (mentre non è oggetto di questo ricorso il diverso problema se si tratti di diritti alternativi, ovvero cumulabili ed - in caso positivo- in quali termini)”.

⁷⁵ Cass. civ., sez. III, 22 ottobre 2014, n. 22330, in *DeJure*.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cfr. Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2011, n. 23562 in *DeJure* e decisioni *ivi* riportate.

sussistenza di una responsabilità omissiva da parte del ministero della giustizia conseguente alla violazione del generale obbligo di salvaguardia della salute e dell'integrità fisica dei soggetti detenuti ricavabile dal combinato disposto degli art. 27 Cost., 11 l. 354/75 e 2, 14, 17 e 37 d.p.r. 230/00", secondo lo schema della "responsabilità extracontrattuale a seguito di una condotta omissiva"⁷⁸.

Si è dunque in presenza di un significativo contrasto sul punto, per cui ci si deve in questa sede limitare a rilevare che l'art. 35-ter, co. 2 e 3 o.p. **contiene rimedi risarcitori di natura civilistica**, e in particolare **determina i presupposti e la misura del risarcimento per la violazione di un obbligo legale, restando tuttavia dubbio se la responsabilità in questione sia extracontrattuale o da inadempimento**.

La scelta dell'una o dell'altra soluzione comporta invero alcune **rilevanti differenze applicative**, in primo luogo in relazione alla **prescrizione dell'azione risarcitoria**: decennale nella responsabilità da inadempimento di obbligazioni; quinquennale in quella aquiliana.

Per quanto attiene invece all'*onus probandi*, è noto che nella responsabilità contrattuale è previsto che il creditore debba "dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte"⁷⁹, mentre nella responsabilità extracontrattuale di cui all'art. 2043 c.c. si richiede all'attore danneggiato di dare la prova della colpa o del dolo del convenuto, del danno subito e del nesso di causalità. Tuttavia, come abbiamo visto⁸⁰, l'art. 35-ter o.p. disciplina tale risarcimento come una fattispecie **solo in parte simile a quelle di responsabilità oggettiva**, slegando peraltro il rimedio dalla misura complessiva del danno – o addirittura dalla sua stessa effettiva sussistenza – e rendendo così **inutile ogni accertamento in merito al nesso di causalità**: se si optasse dunque per la responsabilità extracontrattuale, l'attore dovrebbe **provare la violazione dell'art. 3 CEDU commessa dall'Amministrazione Penitenziaria, ma non il danno subito né l'elemento soggettivo né il nesso di causalità**.

L'art. 35-ter o.p. nulla dice in merito alla possibilità di risarcire il danno ulteriore, qualora venga provato dal richiedente. Sembra dunque che **il legislatore**

⁷⁸ Trib. Caltanissetta, sent. 19 agosto 2014, (est. Balsamo), in *Il foro it.*, 2014, I, p. 3611; tale orientamento pare confortato dalla recentissima Cass. civ., sez. III, 19 giugno 2015, n. 12705 (rel. Vincenti), in *DeJure*, che conferma Corte App. Cagliari, sent. 10 marzo 2011, n. 81, non pubblicata, dove si sono individuati "obblighi dell'amministrazione penitenziaria, di cui alla L. n. 354 del 1975, articolo 11 concernenti l'assistenza sanitaria da prestare al detenuto" e "plurime omissioni conseguentemente imputabili alla predetta amministrazione" che pare vengano ricondotte all'ambito extracontrattuale.

Il citato art. 11 o.p. dispone – ad esempio – che "All'atto dell'ingresso nell'istituto i soggetti sono sottoposti a visita medica generale allo scopo di accertare eventuali malattie fisiche o psichiche. L'assistenza sanitaria è prestata, nel corso della permanenza nell'istituto, con periodici e frequenti riscontri, indipendentemente dalle richieste degli interessati".

⁷⁹ Cfr. Cass. civ., sez. un, 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.*, 2001, 12, pp. 1569 – 1581 con nota di MARICONDA; in *I contratti*, 2002, 2, pp. 118 -121 con nota di CARNEVALI; in *Foro it.*, 2002, 3, 769 – 775 con nota di LAGHEZZA.

⁸⁰ Cfr. *supra*, par. 3.2.

abbia voluto limitare in senso assoluto l'importo del risarcimento per la violazione dell'art. 3 CEDU alla cifra di 8 euro per giorno di pregiudizio subito.

Infine, si consideri che – se si volesse continuare a ritenere necessario il requisito dell'attualità del pregiudizio anche nelle azioni risarcitorie del detenuto di cui al co. 2 dell'art. 35-ter o.p. – sarebbe comunque possibile rivolgersi al Giudice Civile per ottenere un risarcimento dei pregiudizi “non attuali”. Resta dubbio il fondamento – extracontrattuale o da inadempimento – di tale azione, ma è **certo che non risulterebbe applicabile la disciplina di cui al co. 2 relativa alla limitazione della misura del risarcimento, in quanto disciplina speciale rispetto a quella generale, sia essa quella aquiliana o dell'inadempimento**⁸¹. Spetterebbe tuttavia all'attore **quantomeno la prova del danno effettivamente subito.**

4.3. Possibili profili di illegittimità costituzionale e di violazione della CEDU

Il rimedio pecuniario in esame è accordato **sulla base della sola durata del pregiudizio subito**. Tra i penalisti sul punto sono state espresse perplessità⁸², che si aggiungono a quelle sulla **misura del quantum risarcitorio**⁸³. In effetti, e più in generale, non manca chi in materia civile proponga strumenti ermeneutici di adeguamento delle somme pecuniarie prefissate dal legislatore a ristoro dei danni⁸⁴.

⁸¹ Arg. ex art. 14 disp. prel. c.c.: “Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati”.

⁸² Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “l'unico parametro di cui può avvalersi il giudice per definire il quantum del ristoro è la durata in giorni del pregiudizio, senza che possano essere presi in alcuna considerazione altri parametri che invece, nella realtà, incidono significativamente sull'entità della lesione (si pensi ad esempio alle considerazioni dello stato di salute psico-fisico del detenuto, piuttosto che al numero di ore nel quale è costretto a stare all'interno della cella). Sotto questo profilo, la norma sembrerebbe dunque esporsi ad una censura di incostituzionalità per contrasto con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.”.

⁸³ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “[...] si potrebbe riflettere sulla adeguatezza dell'entità del risarcimento monetario, effettivamente molto esiguo, specie se messo a confronto con l'art. 135 c.p. che, nell'individuare un generale coefficiente di equivalenza tra pena detentiva e pena pecuniaria, prevede che ‘quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva’”; cfr. anche F. FIORENTIN, *op. cit.*, p. 15: “La assai modesta entità del ristoro pecuniario stabilita dall'art. 35-ter, ord. penit., potrebbe, inoltre, sostenere un persistente flusso di ricorsi a Strasburgo per ottenere dalla Corte EDU – ai sensi dell'art. 41 della CEDU – indennizzi ben superiori a quelli che sarebbe possibile ottenere mediante l'esperimento delle vie di ricorso interne con il rimedio di cui all'art. 35-ter, ord. penit.”.

⁸⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 1086-1087: “Costatata la vigenza di modalità di determinazione di indennizzi ‘pre-fissate’ dal legislatore ordinario in maniera restrittiva, soltanto un'interpretazione assiologica del sistema della responsabilità civile consente, dinanzi ad ipotesi di lesione di interessi primari costituzionalmente protetti, il superamento di una loro applicazione letterale, elidendo il rischio dell'attribuzione di indennizzi (sebbene esatti) irrisori oltre che costituzionalmente illegittimi [...]. La mente del giurista, così liberata da angusti limiti aritmetici, si schiude verso una concezione della responsabilità quale necessaria commisurazione dell'entità della lesione in presenza di interessi patrimoniali e non patrimoniali, in ossequio alla prioritaria istanza giurisprudenziale comunitaria di

Un contributo alla soluzione della questione potrebbe venire da un'analisi almeno approssimativa delle ragioni che hanno indotto il legislatore a stabilire tale importo. Il *quantum* prefissato sarebbe infatti ragionevole **se le somme del danno effettivo differenziale non erogate ai singoli consentissero all'Amministrazione Penitenziaria di – per così dire – investire nelle attività che rappresentano a loro volta esecuzione dei provvedimenti di cui all'art. 35-bis o.p., ossia di adeguare il numero e le dimensioni delle strutture penitenziarie.**

Potrebbe inoltre apparire illegittima un'interpretazione letterale dell'art. 35-ter, co. 2, prima prop., che, **escludendo l'applicazione del rimedio di cui al co. 1, non solo imputasse la somma di cui al co. 2 dell'art. 35-ter o.p. a risarcimento del pregiudizio già subito, ma la accordasse anche "in relazione al residuo periodo" di detenzione.** Una tale lettura autorizzerebbe lo Stato, in questa particolare ipotesi, a mantenere il detenuto nelle condizioni di violazione dell'art. 3 Convenzione EDU, senza riconoscere a questi il diritto al risarcimento anche per il periodo della eventuale **"prolungata" detenzione in condizioni inumane e degradanti.** Infatti, se è chiaro che il danno futuro e incerto non deve essere liquidato al momento della decisione del Magistrato di Sorveglianza, il tenore letterale dell'art. 35-ter, co. 2, prima prop. sembra escludere anche *pro futuro* tale diritto al risarcimento. Si prenda ad esempio una persona che è detenuta già da 200 giorni in condizioni inumane e degradanti, la quale presenti richiesta al Magistrato di Sorveglianza e al momento della decisione abbia una pena residua di 15 giorni: se si ritenesse di non applicare il rimedio della riduzione di cui all'art. 35-ter, co. 1 o.p. poiché il periodo residuo è "tale da non consentire la detrazione dell'intera misura percentuale" di 20 giorni, al detenuto in questione verrebbero riconosciuti *ex art. 35-ter, co. 2, prima prop.* 1600 euro di risarcimento, "pari a euro 8,00 per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio" in passato, e nulla "in relazione al residuo periodo" di pena di 15 giorni, anche se le sue condizioni di detenzione non dovessero migliorare in quel periodo, in vista del quale gli spetterebbero logicamente altri 120 €. Col risultato che **la disposizione stessa in esame risulterebbe in contrasto con l'art. 3 Convenzione EDU.**

Ciò pare evitabile se si concepisce la cumulabilità – *rectius* integrazione – della riduzione della pena residua con il risarcimento di cui al co. 2., e cioè se si intendesse per "residuo periodo" il numero di giorni di pena inumana e degradante già subiti, che non sono stati utilizzati per il computo di quelli da detrarre, in quanto i giorni residui erano insufficienti. Così dunque, nel caso di specie, si attribuirebbe sia lo "sconto" di pena di 15 giorni – relativo a 150 giorni di detenzione in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU – sia un risarcimento in forma pecuniaria di 400 € per i restanti 50 giorni non computabili a sconto della pena residua, ossia per **"ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio", che costituisce un "residuo periodo" rispetto ai giorni di pregiudizio che sono stati utilizzati invece per la riduzione della pena detentiva residua ex art. 35-ter, co. 1.**

garantire per qualsivoglia ipotesi di interessi protetti (*i.e.*: mancato funzionamento della P.A., lungaggini processuali, ingiuste detenzioni, ecc.) rimedi adeguati, ovvero sia ragionevoli e proporzionati".

4.4. I rapporti tra l'azione risarcitoria a contenuto pecuniario e gli altri rimedi di cui agli artt. 35-bis e ter o.p.

Come abbiamo appena osservato a conclusione del paragrafo precedente, per quanto attiene al rapporto tra il rimedio della riduzione della pena detentiva residua con quello pecuniario di cui all'art. 35-ter co. 2, prima prop. si può parlare di **una tendenziale integrazione delle due azioni**. Si è poi proposto in dottrina di combinare il rimedio di cui al co. 1 con quello di cui al co. 2 in altri casi particolari⁸⁵. Pare inoltre che il risarcimento di cui al co. 2 prima prop. dell'art. 35-ter o.p. possa essere chiesto al Magistrato di Sorveglianza **in via subordinata rispetto alla riduzione di pena di co. 1**, poiché al momento della decisione potrebbero mancare alla scarcerazione del detenuto un numero di giorni troppo esiguo per ottenere la riduzione di cui al co. 1.

Il risarcimento di cui all'art. 35-ter co. 2 seconda prop. o.p. presuppone invece che i giorni di detenzione contraria all'art. 3 CEDU siano inferiori a quelli richiesti per esperire il rimedio di cui dal co. 1, per cui vi è **un rapporto di esclusione logica** tra le due azioni. Il risarcimento di cui al co. 3 **presuppone poi la non erogabilità del rimedio di cui al co. 1 perché il richiedente è già libero**.

Come abbiamo già visto⁸⁶, il rimedio inibitorio di cui all'art. 35-bis non collide affatto con i rimedi risarcitori di cui all'art. 35-ter, co. 2, per cui le due domande possono essere esperite contemporaneamente.

5. La disciplina di diritto intertemporale

In dottrina si è affermato che i **rimedi di cui all'art. 35-ter o.p. hanno effetto ai soli fatti successivi all'entrata in vigore del decreto-legge 26 giugno 2014 n. 92, salvo che per la seguente disciplina di diritto intertemporale**⁸⁷. L'art. 2, co. 1 d.l. 26 giugno

⁸⁵ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “[...] in via interpretativa, ci pare di poter ritenere che il risarcimento in forma monetaria potrà combinarsi con le detrazioni di pena, nei casi in cui la durata del pregiudizio - superiore a 15 giorni - sia pari ad una frazione di 10. Così, ad esempio, nel caso di detenzione inumana o degradante pari a 18 giorni, il detenuto (o l'internato) avrà diritto alla detrazione di un giorno di pena detentiva e ad un risarcimento pari a 64 euro (8 giorni x 8 euro); nel caso di detenzione inumana o degradante pari a 23 giorni, dovranno essere detratti 2 giorni di pena e dovrà essere calcolato un risarcimento di 24 euro (3 giorni x 8 euro)”.

⁸⁶ Cfr. *supra*, par. 3.3.

⁸⁷ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “Una seconda riflessione preliminare che si rende necessaria è relativa al profilo temporale di applicazione della nuova disciplina, al fine di fare chiarezza sul dies a quo delle pretese azionabili. Per affrontare tale problematica occorre innanzitutto procedere ad una lettura combinata del nuovo art. 35 ter o.p. (contenuto nell'art. 1 d.l. 92/2014) con le disposizioni transitorie, contenute nei due commi dell'art. 2 del d.l. Secondo quanto ci pare di poter intendere da un testo normativo non sempre piano e per alcuni profili lacunosi, il legislatore ha inteso riservare l'applicazione dell'art. 35 ter o.p. al risarcimento dei pregiudizi - attuali (commi 1 e 2) o non più attuali al momento della domanda (comma 3) - prodottisi successivamente all'entrata in vigore del decreto legge (non modificato sul punto, come si è già osservato, dalla legge di conversione): ossia al 28 giugno 2014. Ciò si ricava, ci pare, dall'applicazione del principio contenuto nell'art. 11 delle Preleggi, secondo cui una nuova norma

2014, n. 92, convertito dalla l. 11 agosto 2014, n. 117 prevede⁸⁸, per i **soggetti titolari dell'azione di cui all'art. 35-ter, co. 3 relativa a fatti pregressi, un termine di decadenza di sei mesi**, decorrente a partire dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, cioè il 28 giugno 2014, e **spirato dunque il 28 dicembre 2014**.

I commi seguenti concedono una facoltà di esperire “domanda ai sensi dell'art. 35-ter” o.p. per “i detenuti e gli internati che abbiano già presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo [...] qualora non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso da parte della predetta Corte”. Si tratta dunque della possibilità di domandare, sempre **nel medesimo termine di decadenza**, i rimedi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 35-ter o.p. – cioè sia la riduzione della pena sia il risarcimento pecuniario – fondandoli però su fatti precedenti all'entrata in vigore del decreto⁸⁹.

deve applicarsi, di regola, ai fatti che si realizzano dopo la sua entrata in vigore. Le norme transitorie, invece, ci paiono destinate - in deroga all'art. 11 Preleggi - a regolare l'applicazione della nuova disciplina ai fatti pregressi, dovendosi intendere come tali i pregiudizi che si sono verificati prima del 28 giugno 2014. Che la disciplina transitoria abbia ad oggetto fatti pregressi, nell'accezione ora precisata, si ricava in effetti dalla lettera della legge: il comma 1, da un lato, consente l'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 35 ter co. 3, entro un termine di decadenza di sei mesi, a soggetti che non risultano essere più detenuti o internati al momento dell'entrata in vigore del decreto (e che pertanto, necessariamente, lamentano un danno verificatosi prima del 28 giugno); il comma 2, dall'altro, consente l'utilizzabilità del rimedio di cui all'art. 35 ter co. 1 e 2, anche in questo caso entro un termine di decadenza di sei mesi, ai detenuti e gli internati che abbiano presentato ricorso alla Corte EDU prima dell'entrata in vigore del decreto legge (e che pertanto, anche in questo caso, lamentano un pregiudizio subito prima del 28 giugno)”. Cfr. *contra*, Per una diversa soluzione, cfr. L. BARONE, G. FIDELBO, *op. cit.*, p. 21-22.

⁸⁸ Si riporta per comodità il testo dell'articolo: “1. Coloro che, alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, hanno cessato di espriare la pena detentiva o non si trovano piu' in stato di custodia cautelare in carcere, possono proporre l'azione di cui all'articolo 35-ter, comma 3, della legge 26 luglio 1975, n. 354, entro il termine di decadenza di sei mesi decorrenti dalla stessa data.

2. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, i detenuti e gli internati che abbiano già' presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del mancato rispetto dell'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle liberta' fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, possono presentare domanda ai sensi dell'articolo 35-ter, legge 26 luglio 1975, n. 354, qualora non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilita' del ricorso da parte della predetta Corte.

3. In tale caso, la domanda deve contenere, a pena di inammissibilita', l'indicazione della data di presentazione del ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

4. La cancelleria del giudice adito informa senza ritardo il Ministero degli affari esteri di tutte le domande presentate ai sensi dei commi 2 e 3, nel termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge”.

⁸⁹ Cfr. A. DELLA BELLA, *op. cit.*, che sullo scopo della disposizione in esame spiega: “L'art. 2 del d.l. 92/2014, al comma 2, contiene poi un'ulteriore disposizione transitoria, che ha la funzione di consentire l'esperibilità del rimedio ex art. 35 ter ai detenuti e agli internati che avevano già' presentato un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo all'atto dell'entrata in vigore del decreto legge, sempre che non sia nel frattempo intervenuta una decisione sulla ricevibilità del ricorso da parte della Corte stessa. Tale previsione, che ricalca l'art. 6 della legge 89/2001 (c.d. legge Pinto, in materia di equa riparazione per violazione del termine di durata ragionevole del processo), ha evidentemente lo scopo di alleggerire il carico della Corte di Strasburgo e sembra costituire una risposta diretta all'affermazione contenuta nella sentenza Torreggiani secondo cui ‘la Corte si riserva la facoltà, in qualsiasi momento, di dichiarare irricevibile una causa di questo tipo o di cancellarla dal ruolo in seguito ad un accordo amichevole tra le parti o ad una composizione della controversia con altri mezzi’. Come nel comma 1, anche in questo caso è

Per quanto riguarda invece i **fatti dannosi pregressi subiti da detenuti che non si siano già rivolti alla Corte EDU, non sembra possibile procedere all'applicazione analogica della disposizione in esame**⁹⁰. Così facendo infatti il Magistrato di Sorveglianza elargirebbe a soggetti diversi da quelli previsti dal legislatore anche il rimedio di cui al co. 1 dell'art. 35-ter: tale istituto è però un *quid novi* per il nostro ordinamento, e pare **inapplicabile in via retroattiva senza un'esplicita previsione legislativa**⁹¹.

Per quanto riguarda invece **l'esperibilità delle azioni risarcitorie di cui al co. 2 dell'art. 35-ter o.p. relativamente a fatti pregressi** per detenuti che abbiano subito una detenzione contraria all'art. 3 CEDU e non si siano rivolti alla Corte di Strasburgo, si può affermare che **una disciplina specifica risarcitoria in passato esisteva già, se ne siano accorti o meno gli interpreti**. I detenuti che abbiano subito una detenzione contraria all'art. 3 CEDU prima dell'entrata in vigore dell'art. 35-ter o.p. e che non abbiano fatto ricorso alla CEDU hanno a disposizione **un'azione risarcitoria che si fonda direttamente sul combinato disposto degli artt. 3 CEDU e delle disposizioni dell'ordinamento penitenziario con l'art. 2043 e 2059 c.c., o con l'art. 1218 c.c.**, riproducendosi dunque anche in questo caso i **dubbi sul termine di prescrizione e sull'onere della prova** del rimedio. In ogni caso, **non dovrebbero applicarsi né il termine di decadenza di sei mesi dall'entrata in vigore del decreto, né la limitazione del quantum risarcibile a 8 euro**: non è possibile infatti l'applicazione analogica dell'art. 2, co. 2 ss. d.l. 26 giugno 2014, n. 92 in quanto contiene il rimando ad una disciplina che è eccezionale rispetto alle regole generali della responsabilità extracontrattuale⁹².

previsto un breve termine di decadenza, che è di 6 mesi dall'entrata in vigore del decreto legge (quindi fino al 28 dicembre 2014). A conferma del fatto che la Corte europea vede di buon occhio la possibilità di 'liberarsi' dei ricorsi pendenti, dirottando i ricorrenti sui nuovi rimedi interni adottati dal nostro ordinamento si considerino due recenti decisioni (Stella e al. c. Italia e Rexhepi c. Italia), con le quali i ricorsi di alcuni detenuti italiani (in tutto circa una ventina) sono stati dichiarati irricevibili per mancato esaurimento dei rimedi interni, nonostante che la proposizione degli stessi sia stata antecedente all'introduzione dei rimedi preventivi e compensativi ex artt. 69 co. 6 lett. b), 35 bis e ter o.p.”.

⁹⁰ Cfr. *contra* A. DELLA BELLA, *op. cit.*: “La disposizione transitoria esaminata contiene infine una macroscopica lacuna, non avendo preso in considerazione la situazione di coloro che, ancora detenuti o internati al momento dell'entrata in vigore del decreto legge, lamentino un pregiudizio relativo a condizioni detentive pregresse (antecedenti cioè al 28 giugno 2014) e non abbiano però presentato ricorso alla Corte europea. Come già per la lacuna relativa all'art. 35 ter o.p., anche in questo caso - al fine di evitare un altrimenti inevitabile contrasto con l'art. 3 Cost. - ci pare plausibile un'interpretazione analogica dell'art. 2 comma 2 del d.l., volta a consentire l'esperibilità del rimedio di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 35 ter o.p., entro un termine di decadenza di 6 mesi dall'entrata in vigore del d.l. e fermo restando il limite di prescrizione quinquennale ex art. 2947 c.c.”.

⁹¹ Arg. ex art. 11, co. 1 disp. prel. c.c.: “La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”.

⁹² Arg. ex art. 14 disp. prel. c.c.

6. Conclusioni

Volendo in breve riassumere i tratti fondamentali dei rimedi contenuti all'art. 35-ter o.p., possiamo affermare in primo luogo che la **“riduzione della pena detentiva” residua è un *quid novi* che pur si colloca nell’ambito risarcitorio. Anche le azioni a contenuto pecuniario di cui ai co. 2 e 3 hanno natura risarcitoria. Ciò che resta incerto è il titolo della responsabilità dell’Amministrazione Penitenziaria – extracontrattuale o da inadempimento – e, conseguentemente, il termine di prescrizione e l’onere della prova relativi all’azione risarcitoria.**

Per quanto riguarda la sorte dei **detenuti** che hanno subito “pene o trattamenti inumani e degradanti” prima dell’entrata in vigore dell’art. 35-ter o.p. ma **non hanno fatto ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo**, essi **beneficiano dinnanzi al Giudice Civile solo di un’azione risarcitoria generale ex art. 2043 e 2059 c.c. o ex art. 1218 c.c., non sottoposta a termini di decadenza o limitazioni del *quantum* risarcibile.** Anche in questo caso, l’onere della prova e la durata della prescrizione dipenderanno dall’opzione in merito al titolo della responsabilità.

Infine, si noti che dall’analisi degli istituti che pongono rimedio alle violazioni dell’art. 3 CEDU emerge come **nella legislazione contemporanea la distinzione fra diritto pubblico e diritto privato sembra a tratti venire meno**, come dimostrato dalla costituzione della nuova azione risarcitoria *latu sensu* riparatoria consistente in una “riduzione della pena” e dall’attribuzione di una competenza del Magistrato di Sorveglianza a condannare l’Amministrazione Penitenziaria ad un risarcimento *ex art. 35-ter, co. 2, prim. prop. o.p.*.