

35 ter O.P.: effettivamente, c'è un problema.

di *Michele Passione*

*La libertà non è uno spazio fisico, libertà è partecipazione
(G. Gaber)*

Sommario: 1. Alle nostre spalle. – 2. Da Strasburgo a casa nostra. – 3. La casa brucia. – 4. Riflessioni sparse. – 5. Nel “merito” del discorso (qualche volta “illegittimo”). – 6. Legittimità e logica. – 7. L’eccezione – 8. Il prezzo della tortura. – 9. Istruzioni per l’uso. – 10. Libertà va cercando.

L'epigrafe del Maestro milanese, che apre questo breve saggio sul rimedio risarcitorio introdotto con L.n.117/2014, potrebbe sembrare apparentemente eccentrica rispetto ai tanti temi sottesi all'istituto in questione, laddove si tenga conto dell'interpretazione sino ad oggi emergente dalla giurisprudenza, soprattutto di merito, e dell'applicazione svilente che ne deriva.

Eppure, come già ricavabile dalla rubrica (*Rimedi risarcitori conseguenti alla violazione dell'articolo 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali nei confronti di soggetti detenuti o internati*), c'è in gioco molto di più dello “spazio calpestabile” di un locale di pernottamento, venendo in discussione un rimedio approntato in seguito alla condanna imposta dalla Corte EDU con la sentenza *Torregiani e altri c. Italia* per la violazione di uno dei quattro *core rights* previsti nella Convenzione, inderogabile anche nei casi di cui all'art.15.

Con l'istituto di nuovo conio, infatti, i magistrati sono tenuti, ex art.69, comma 2, O.P., a vigilare (e a intervenire) su molte altre questioni, dal diritto alla salute alla modalità di esecuzione della pena, anche nei regimi detentivi più severi (anche, in ipotesi, nei casi di cui all'art.41 *bis* O.P.); in sintesi, su ogni questione afferente allo spettro di tutela offerto dall'art.3 Cedu, secondo l'interpretazione cogente della Corte di Strasburgo.

Occorre dunque chiedersi perché è stato introdotto l'art.35 *ter* O.P., quali siano le ipotesi che intende proteggere attraverso i rimedi previsti, quali i presupposti applicativi, quali i soggetti che possono beneficiarne.

Molto altro.

Proveremo a ripercorrere prodromi, genesi, interpretazioni, criticità, sviluppi, prospettive di un rimedio sino ad oggi incompreso per la sua valenza, maltrattato nella sua applicazione, svilito nella sua portata.

1. Alle nostre spalle

“La restrizione della libertà personale secondo la Costituzione vigente non comporta affatto una capitis deminutio di fronte alla discrezionalità dell'autorità preposta alla sua esecuzione”; queste le parole del Giudice delle leggi, nella storica sentenza n.26/1999, con la quale si affermava il diritto di avere diritti.

Del resto, con la pronuncia n.266/2009, dichiarando inammissibile la questione sollevata dal Magistrato di Sorveglianza di Nuoro, la Consulta rivolgeva un solenne monito a “prendere sul serio i diritti dei detenuti”.

Come si vedrà nel prosieguo, non può certo dirsi che l'invito sia stato raccolto.

Un primo tentativo, straordinario per il suo approfondimento teorico, e “assolutamente nuovo nel panorama giurisprudenziale italiano” (così rilevava lo stesso Giudice), si ricava dall'ordinanza emessa il 9 giugno 2011 dal Magistrato di Sorveglianza di Lecce¹ (citata ai §§ 20 e sgg. nella stessa sentenza *Torregiani e altri c. Italia*), sulla quale si tornerà in seguito².

Intervenendo ben prima dell'introduzione ordinamentale del rimedio risarcitorio in questione, il Giudice salentino osservava come... “non appare convincente una ricostruzione secondo la quale il Magistrato di Sorveglianza dovrebbe limitarsi ad accertare la lesione del diritto del detenuto, assicurandone eventualmente la tutela in forma diretta, salva la possibilità per il detenuto stesso di rivolgersi al Giudice civile per ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito dell'accertata lesione”.

Conosciamo l'esito della storia; nel caso di specie, al reclamante veniva riconosciuto “a titolo di risarcimento del danno il complessivo importo di € 220,00”, con condanna del Ministero della Giustizia.

Soprattutto, poco tempo dopo, con ordinanza del 18 aprile 2012³, il Magistrato di Sorveglianza di Vercelli adottava una decisione opposta, (già preceduta da analoga ordinanza del Magistrato di Udine, del 24 dicembre 2011), secondo la quale a questi (era) preclusa la pronuncia al risarcimento del danno, pur avendo rilevato che... “l'intervento del magistrato è normativamente configurato quale immediato potere di interdizione su quelle situazioni o comportamenti organizzativi dell'amministrazione assunti nel corso del trattamento che contrastino con i diritti dei soggetti ristretti: una sorta di pronto soccorso, insomma...una peculiare tutela ad effetto immediato”.

Ciò nonostante, secondo il Giudice piemontese, il vuoto normativo sul punto poteva essere colmato in altro modo,... “a fronte della più ampia tutela conseguente al riconoscimento della giurisdizione ordinaria del Giudice civile”, senza nulla rilevare sulle difficoltà di accesso a giustizia, dunque sull'effettività del rimedio individuato, per chi ancora si trovasse *in vinculis*.

Ma tant'è.

¹ In www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 settembre 2011

² Sia consentito un richiamo a M. Passione, *La tutela dei diritti dei detenuti, alla ricerca del principio di effettività: i casi Sulejmanovic e Slimani*, in www.europeanrights.eu, 15 febbraio 2012, n.31

³ In www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 maggio 2012

A chiudere ogni spazio, per via giurisprudenziale, interveniva la Corte di legittimità, con sentenza n.4772, emessa il 15 gennaio 2013, ritenendo che la materia in questione fosse, appunto, riservata agli organi della giustizia civile, tanto che il Giudice alsaziano, nella sopra citata sentenza (cfr. pg.5), rilevava come l'ordinanza leccese “è rimasta un caso isolato in Italia”.

2. Da Strasburgo a casa nostra

Come già rilevato, con la condanna emessa nei confronti del nostro Paese la Corte EDU ha affermato che... *“spetta ai giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne, in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva”* (secondo i parametri europei della accessibilità, tempestività ed idoneità al fine) *“dei diritti spettanti ai singoli, in forza del diritto comunitario”*; com'è evidente, si tratta di indicazione che va ben oltre l'esplicitazione del nesso funzionale tra l'art.13 e l'art.35, comma I, della Convenzione.

Anche la Suprema Corte (cfr. Cass. Sez. I, 16.7.2015, n.873) ha preso posizione, affermando che dalla Corte EDU è provenuto... *“un invito molto simile ad un comando di legislazione, deputato ad operare, quale obiettivo indicatore di scopo, voluntas e ratio legis, anche alla stregua di indefettibile criterio ermeneutico, ai fini della corretta applicazione della disciplina per esso introdotta”*.

Malgrado ciò, facilitati da una formulazione normativa opaca e lacunosa (ma si sa, spesso *“il Legislatore ha in odio se stesso”*, per rubare un'icastica citazione a Tullio Padovani), larga parte della magistratura di sorveglianza non si è certo contraddistinta per un'esegesi costituzionalmente e convenzionalmente orientata (cfr., *ex multis*, ord.31.10.2014, Mag. Sorv. Alessandria, secondo il quale l'interpretazione c.d. attualista... *“è coerente con il ruolo istituzionale del magistrato di sorveglianza, il quale non ha una competenza generale a provvedere su qualsivoglia lesione di qualsivoglia diritto soggettivo dei detenuti, ma è soltanto preposto a vigilare sull'organizzazione degli istituti penitenziari e sulla legalità dell'esecuzione della pena”*).

Altro che Giudice di *“pronto soccorso”*!

Vien da chiedersi quale sia l'idea di *“legalità della pena”*, nel mentre emerge una visione che pare più orientata al concetto di *“vigilando, redimere”*, proprio di altro comparto dello Stato, ed anch'esso obsoleto.

A tale quadro, come verrà rilevato in seguito, sta ponendo rimedio la giurisprudenza di legittimità, la cui guida nomofilattica ha tuttavia sbandato in maniera eclatante in fase iniziale (cfr. Cass. Sez.I, 11.6.2015, n.4327 e, specularmente, Cass. Sez.I, 11.6.2015, n.43722).

Così, com'è stato efficacemente rilevato in passato⁴,... *“il problema vero è la visione deformante di un ceto di giuristi che, restando nel metafisico distacco dalla immane*

⁴ F. Maisto, *Afflittività e affettività*, in S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, a cura di, *Il corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, Ediesse, 2011, 171 ss.)

concretezza, non riesce a vedere il dinamismo di un Ordinamento che consente l'affermazione di diritti non più e non solo attraverso la qualificazione sostanziale, ma anche attraverso il diritto processuale e il diritto dell'esecuzione penale”.

Molti altri commentatori hanno dato conto della babele interpretativa citata⁵, in relazione alla quale il CONAMS⁶ ha ritenuto di rivolgersi al Ministro, segnalando che... *“a causa delle incertezze e lacune del testo normativo, dei gravi contrasti giurisprudenziali, della complessità delle istruttorie e della assoluta inadeguatezza delle risorse e dei mezzi di cui dispongono gli Uffici di sorveglianza, è facile prevedere che sarà molto esiguo il numero dei casi decisi e risolti secondo gli standard prescritti dalla Giustizia europea in termini di effettività, rapidità ed efficacia dei rimedi accordati”* (cfr. Corte EDU 19.10.2004, *Dubjakova c. Slovacchia*; Corte EDU, 29.3.2006, *Scordino c. Italia*).

Manco a dirlo, il primo monitoraggio sul punto, compiuto dall'Osservatorio Carcere UCPI, ha effettivamente avvalorato la lettura esiziale sopra prospettata, dando impietosamente conto della plethora di declaratorie di inammissibilità delle domande proposte.

Con la lettera menzionata, al dunque, il Coordinamento nazionale dei magistrati di sorveglianza chiedeva... *“un urgentissimo intervento volto a stabilire come punti essenziali”* (tra gli altri, ed in primis) *“l'interpretazione autentica del dettato normativo o una sua modifica, con particolare riguardo al rinvio dell'art.35 ter all'art.69 dell'ordinamento Penitenziario in ordine al requisito del pregiudizio attuale e grave, nonché alla previsione di rimedi risarcitori fruibili anche dagli ergastolani e dagli internati cui non giovano gli sconti di pena”.*

⁵ Tra gli altri, P. Gori, *Art.3 CEDU e risarcimento da inumana detenzione*, in *Questione Giustizia*, 2 ottobre 2014; A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2014; F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art.3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 6 novembre 2014; G. Malavasi, *Nota a commento alle ordinanze dell'Ufficio di Sorveglianza di Bologna in ordine alla concessione del rimedio di cui all'art.35 ter O.P.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 novembre 2014; E. Santoro, *Contra CSM: parlare a nuora perchè suocera intenda. Pedanti osservazioni sulla competenza dei magistrati di sorveglianza a riconoscere l'indennizzo ex art.35 ter per la detenzione inumana e degradante*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 gennaio 2015; G. Giostra, *Un pregiudizio grave e attuale? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art.35 ter Ord. Pen.*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2015; R. Braccialini, *Art.35 ter.3 Ordinamento Penitenziario; risarcimento o tassa fissa?*, in *Questione Giustizia*, 11 marzo 2015; C. Masieri, *La natura dei rimedi di cui all'art.35 ter. Ord. Pen. Possibili interpretazioni nel dialogo con alcune recenti decisioni di merito*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 22 luglio 2015;; A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Anno LIX, Fasc.3- 2016; A. Pugiotto, *Nuove (incostituzionali) asimmetrie tra ergastolo e pene temporanee: il rebus dei rimedi ex art.35 ter O.P. per inumana detenzione*, in *Rivista AIC*, 12 novembre 2016

⁶ In www.conams.it, 13 novembre 2014

Sul punto, merita ricordare l'intervento del Ministro Andrea Orlando alla Camera dei Deputati il 19 gennaio 2015, secondo cui *“competete alla responsabilità della magistratura di sorveglianza assicurare l'effettività dei rimedi, orientando l'interpretazione della nuova disciplina in conformità ai principi costituzionali e sovranazionali”*.

Parole chiare, a differenza (occorre purtroppo ribadirlo) di quelle utilizzate dal Legislatore.

Eppure, non vi è chi non veda l'eccentricità della richiesta.

Infatti, a tacere del fatto che proprio grazie ad interpretazioni poi sopraggiunte (di merito, di legittimità, e costituzionali – cfr. sent. Corte Cost.n.204/2016, che verrà analizzata in seguito) alcuni dei nodi prospettati dal Coordinamento dei Giudici di Sorveglianza sono stati risolti, deve ritenersi come spetti, appunto, ai Giudici (tutti) il compito istituzionale di vivificare la norma, con interpretazione che recuperi la possibilità di una più ampia efficacia all'istituto di nuovo conio, secondo le stesse indicazioni del Giudice eurounitario (*“la competenza decisionale appartiene ai Magistrati di sorveglianza per quanto riguarda i reclami delle persone detenute, e ai Giudici ordinari per quanto riguarda le persone già liberate”*); così la Corte EDU nella sentenza *Stella e altri c. Italia* del 16.9.2014).

Se invece si è convinti che la lettera della Legge non lasci altra scelta, e contravvenga alle diverse indicazioni, costituzionali e convenzionali, si ha il dovere di sollevare incidenti di costituzionalità.

Diversamente opinando, per evitare il rischio che si passi *dal formante al deformante*, dovremmo fare un balzo indietro, al Giudice *bouche de la loi*, di cui nessuno avverte la mancanza.

3. La casa brucia

Sebbene le prime interpretazioni domestiche si ponessero, come già evidenziato, del tutto in contrasto con le indicazioni provenienti dalla sentenza pilota, subito dopo l'introduzione del rimedio risarcitorio la Corte EDU dichiarava irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti per violazione dell'art.3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal Legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento⁷.

Si tratta di una decisione grave, e non obbligata⁸.

⁷ In www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 novembre 2014, con commento di A. Martufi.

⁸ Secondo A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento*, cit., 1221, in contrasto con l'art.61 del regolamento della Corte EDU in materia di cause pilota... *“i Giudici europei hanno inteso evitare di trasformarsi in un'intasata Corte di ultima istanza per un Paese, il nostro, incapace di proteggere internamente i diritti dei detenuti. Meglio, allora, accontentarsi di quanto fatto dall'Italia, senza troppo sottilizzare sull'effettività dei nuovi rimedi, solo presunta e non realmente verificata....eppure, giuridicamente, non era una scelta obbligata congelarli in blocco, sacrificando così sull'altare della procedura pilota la garanzia dei diritti individuali violati. Così come ha rappresentato un'anomalia valutare il previo esaurimento delle vie di ricorso interno alla luce del quadro normativo nazionale sopravvenuto e non – come di regola – vigente alla presentazione dei ricorsi, decretando per tutti una sorta di irricevibilità*

Quale (parziale) compensazione della decisione assunta, occorre ricordare che la Corte (§ 62) ha affermato che la sua decisione... *“non pregiudica in alcun modo un eventuale riesame della questione dell'effettività del ricorso in discussione, in particolare della capacità dei Giudici nazionali di fissare una giurisprudenza uniforme e compatibile con le esigenze della Convenzione (Korenjak c. Slovenia, n.463/03, § 73, 15 maggio 2007 e Sefir Demir c. Turchia (dec.), n.51770/07, § 34, 16 ottobre 2012), e dell'esecuzione effettiva delle sue decisioni”*.

Staremo a vedere.

4. Riflessioni sparse

Com'è noto, la tesi c.d. attualista, poi confutata dalla giurisprudenza di legittimità che verrà esaminata (anche sotto altri profili) in seguito (Cass. Sez. I, n.43722 del 11.6.2015, *Salierno*; Cass. Sez. I, n.46966 del 16.7.2015, *Koleci*; Cass. Sez. I, n.876 del 16.7.2015, *Ruffolo*), ha tratto argomenti dal parere tecnico del CSM, reso sul ddl di conversione del decreto 92/2014 (Delibera consiliare del 30 luglio 2014).

Come purtroppo capita spesso, dal cappello a cilindro (anche quello del 13 aprile 2015, proveniente dall'Ufficio del Massimario, Settore Penale, della Suprema Corte), pieno di altre ben più condivisibili considerazioni (in particolare, per ciò che riguarda l'esiguità e rigidità del ristoro - specifico e monetario - perciò sospetto di incostituzionalità, la retroattività dello strumento, la sua applicabilità anche agli internati, ai soggetti in misura alternativa e – con la forma di cui all'art.35 *bis* O.P., ai detenuti in custodia cautelare, nonchè per la natura giuridica, ritenuta quale *“responsabilità da contatto sociale”*), si è strumentalmente estratto un argomento che renderebbe del tutto inattuabile il rimedio, svuotandone di fatto il testo normativo.

Del resto, per “nobilitare” la tesi attualista, si è persino fatto ricorso alla tesi della *“paradossale, irragionevole, illogica, discriminatoria soluzione”*, ove il ristoro venisse riconosciuto a chi sia ancora detenuto, rispetto a coloro i quali hanno avuto accesso (magari per lo stesso fatto) a misure alternative⁹; impossibile non replicare con le parole dell'ex Presidente della Consulta, Gaetano Silvestri, secondo cui *“la dignità non si acquista per meriti, e non si perde per demeriti”*, nonché con chi ha giustamente affermato¹⁰ che... *“il risarcimento per una detenzione inumana e degradante sta su un piano che non interseca mai il piano del percorso evolutivo della personalità del detenuto”*¹¹

Del resto, con sentenza n.3519/2016, la Corte di Cassazione ha dato risposta affermativa alla questione *“se il soggetto ammesso alla misura alternativa della semilibertà possa considerarsi detenuto ai fini del riconoscimento della legittimazione attiva e della titolarità dell'interesse alla proposizione della domanda*

postuma, nel contempo invadendo un'area di competenza che non appartiene alla Corte EDU” (ma al Comitato dei Ministri).

⁹ F. Fiorentin, *I nuovi rimedi risarcitori*, cit., 9 e sgg.

¹⁰ E. Santoro, *Contra CSM*, cit., 12 e sgg.

¹¹ Cfr. Corte EDU, *Selmouni c. Francia* e Corte EDU (GC), *Labita c. Italia*

di accesso ai benefici previsti dall'art.35 ter, commi 1 e 2, della Legge n.354 del 1975, come introdotto dal D.L. 26 giugno 2014, n.92, convertito con modificazione nella legge 11 agosto 2014, n.117", definitivamente sottraendo ogni ulteriore *appeal* pratico alla tesi citata, comunque inaccettabile in via di principio.

5. Nel "merito" del discorso (qualche volta "illegittimo")

Spigolando tra le pieghe, senza pretesa di essere esaustivi, vale la pena dar conto di alcune pronunce di merito, che sono intervenute sull'istituto in esame.

Si è già dato conto del provvedimento del Magistrato di Alessandria, decisamente collocato sulla tesi c.d. "attualista".

Con ordinanza coeva, emessa dal Magistrato di Sorveglianza di Genova, si sono viceversa puntualizzate le peculiari finalità sottese agli istituti di cui agli artt.35 *bis* e *ter* O.P., del resto in linea con quanto affermato dalla Corte EDU nell'*affaire Torregiani e altri c. Italia* (cfr.§ 50... "*perchè un sistema di protezione dei diritti garantiti dall'art.3 della Convenzione sia effettivo, i rimedi preventivi e compensatori devono coesistere in maniera complementare*").

Del tutto condivisibile appare dunque il rilievo secondo il quale... "*la tesi qui contestata*" (quella attualista) "*porterebbe a una sostanziale vanificazione del rimedio compensativo specifico della riduzione pena e a un intervento meramente residuale della Magistratura di sorveglianza....la vanificazione della tutela sarebbe, poi, particolarmente grave per i detenuti con un lontano fine pena*".

Meno convincenti, viceversa, appaiono due altri argomentazioni.

La prima, utilizzata per avvalorare la tesi sostenuta, muove le mosse dal fatto che il rimando all'art.69, comma 6, lett.b) O.P., con le due diverse aggettivazioni del *pregiudizio* (*subito*, dunque anche in passato, ricorda l'art.35 *ter*), *grave ed attuale*, rende(rebbe) conto del fatto che la gravità, in materia convenzionale (art.3), sia per ciò solo sanzionabile.

Così argomentando, tuttavia, pare a chi scrive che si finisca col confondere l'oggetto (la detenzione illegale, siccome contraria ai criteri convenzionali) con lo strumento per accertarla ed il rimedio apprestato.

Ed infatti, lo stesso Magistrato ricorda come... "*nelle situazioni nelle quali il sovraffollamento non sia così grave da sollevare di per sé un problema di compatibilità con l'art.3, debbono essere presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive*"; piaccia o meno (non a chi scrive), l'orientamento (casistico) della Corte di Strasburgo induce a ritenere che certe condizioni detentive, lamentate a ragione come gravi, possono essere fotografate diversamente, e dunque non sia sufficiente la richiesta del reclamante per ottenere il risarcimento auspicato.

Insomma, per dirla tutta, occorre argomentare in ordine alla pena illegale, per come espiata, o espianda, valorizzando il *pregiudizio*, e non le sue diverse modalità aggettivanti; in fondo, *si va in carcere perchè si è puniti, non per essere puniti*.

Dunque, il rimedio risarcitorio è per sua natura rivolto al passato (come si ricava dalla stessa lettera della Legge – ai commi 1, 2 e 3, ove si parla di "*richiedente che ha subito il pregiudizio....periodo di detenzione espiato in condizioni non conformi*

ai criteri di cui all'articolo 3 della Convenzione” e di “pregiudizio subito”), onde consentire un ristoro per la pena eseguita illegalmente (non solo all'atto della decisione, e neanche all'atto della proposizione del ricorso) e per ottemperare a quanto indicato nella sentenza *Torregiani*, al fine di ridurre *l'overcrowding* penitenziario.

L'altro passaggio censurabile (tanto più alla luce dei recenti arresti di legittimità), questa volta di merito, e non di ammissibilità della domanda, è quello in cui si sostiene che... “*potrebbe suscitare dubbi l'inclusione nello spazio fruibile della superficie occupata dai letti, arredo che copre una superficie, da un lato, non certamente calpestabile, ma dall'altro fruibile quale seduta e quale svolgimento di attività quotidiane, anche in orario diurno; è quest'ultimo argomento, però, che appare decisivo nel senso della sostenibilità dell'inclusione di tale spazio nella superficie utile*”.

Torneremo ad occuparci del tema in relazione alle sentenze emesse sul punto dalla Suprema Corte, ma un interrogativo (retorico) sovviene subito (anche perchè l'argomento non viene trattato nei provvedimenti *de quibus*); e per il letto degli altri? Come può logicamente sostenersi che il letto di un altro individuo costituisca “*spazio fruibile per la (propria) vita quotidiana*”? Nè rileva che in molte celle i letti siano (forzatamente) a castello, poiché in molti altre circostanze vi è presenza degli uni e degli altri (letti singoli), soprattutto nei c.d. “celloni”; in ogni caso, lo scrutinio casistico impedisce di assumere un principio generale, salvo confutare l'assunto (questo sì, in linea di principio) secondo cui a letto si può espiare una pena in linea con i dettami costituzionali.

* * *

Con ordinanza del 12 novembre 2014 il Magistrato di Sorveglianza di Verona, aderendo alla tesi che qui si sostiene (non attualista, anche in forza del principio della *perpetuatio jurisdictionis*), ha diffusamente elencato le diverse tipologie di rimedi presenti nell'Ordinamento, così come i tratti comuni tra gli istituti di cui agli artt.35 *bis* e *ter* O.P., consistenti unicamente nello stato di detenzione o di internamento dell'istante durante il procedimento, e la tipologia del pregiudizio: quello all'esercizio dei diritti soggettivi del detenuto derivante dalla violazione dell'Ordinamento penitenziario e del relativo regolamento da parte dell'amministrazione penitenziaria. Per la verità, un ulteriore tratto distintivo è dato dal fatto che il primo istituto appresta rimedio per qualsiasi lesione derivante da violazioni ordinamentali o regolamentari, nel mentre il secondo (per quanto già rilevato) attiene a più incisive violazioni di cui all'art.3 della Convenzione, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Il magistrato veronese individua la natura dell'istituto quale “*azione di tipo civilistico, di risarcimento danni da comportamento illecito altrui (art.2043 C.C.), azionabile eccezionalmente in sede penale...salva la possibilità della parte di agire in sede diversa per il completo ristoro dei propri diritti*”, e sostiene che i tratti modali del procedimento si rinvengano nei (soli) commi 1, 4 e 4 *bis* dell'art.35 *bis* O.P. (come certamente è).

* * *

Diversamente (pur accedendo anch'egli alla tesi non attualista), il Magistrato di Sorveglianza di Venezia, con ordinanza del 12 novembre 2014 ha rilevato come... *“appare improprio giustificare l'interpretazione che esclude la necessità dei requisiti di attualità e gravità del pregiudizio per l'ammissibilità del ricorso mediante il ricorso alla individuazione della natura della responsabilità della Pubblica Amministrazione (nella specie, della Amministrazione Penitenziaria) come responsabilità aquiliana, ex art.2043 C.C., come se, in sostanza, il rimedio del predetto art.35 ter O.P. non fosse altro che una mera traslazione, dinanzi alla Magistratura di Sorveglianza, di un'azione di risarcimento del danno ex art.2043 C.C.”*

Quanto sopra, anche in considerazione del fatto che (come si segnalerà diffusamente in seguito) *“come da giurisprudenza ormai consolidata della Suprema Corte, il ristoro del danno ingiustamente subito, nell'ambito di un giudizio per responsabilità aquiliana, deve essere integrale: il danno da fatto illecito extracontrattuale non può che essere liquidato in tutte le sue componenti (da ultimo, vedi Cass. n.9231/2014)”*. Ritiene dunque il Magistrato veneziano che... *“sembra che la natura della responsabilità della Amministrazione Penitenziaria, nelle ipotesi che ne occupano, sia definibile come responsabilità da contatto sociale qualificato...con il termine contatto sociale ci si vuole riferire, più in generale, alle ipotesi di rapporto contrattuale di fatto, ossia a quelle ipotesi in cui un rapporto nasce sul piano sociale e nella sua fase fisiologica e funzionale rimane sul piano del fatto, ed in questo dovrebbe esaurirsi, ma che a fronte di una patologia nel rapporto viene portato a conoscenza dell'interprete che, dovendolo tradurre sul piano del diritto, lo qualifica come rapporto di natura contrattuale. In questi casi, appunto, si parla di rapporti contrattuali di fatto, ossia di rapporti contrattuali senza che, però, vi sia un contratto in senso proprio. La responsabilità da contatto sociale qualificato è una particolare forma di responsabilità, nata proprio per venire incontro alle nuove e molteplici esigenze, tipiche della medesima società, relative al risarcimento dei danni, al di là dello schema, certamente troppo riduttivo, che vede la tradizionale bipartizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale...il nostro Ordinamento è, oggi, particolarmente garantista nel riconoscere tutte quelle aspettative, giuridicamente tutelate proprio perchè fondate su interessi meritevoli di protezione, ed a tal fine si attribuisce, in capo a determinate categorie di soggetti, proprio una posizione di garanzia, a presidio di importanti interessi giuridici. Si tratta, in sostanza, dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto, privi, cioè, di una base negoziale, ma modellati, comunque, sulla falsariga della fattispecie contrattuali tipiche e costituiti per effetto del solo contatto sociale, superando, in tal modo, i rigorismi tipici dell'insorgere della responsabilità extracontrattuale, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 2042 C.C. E non vi è chi non veda come, nella fattispecie che ne occupa, tra condannato/detenuto ed Amministrazione penitenziaria venga a formarsi una relazione che consente alla Amministrazione una rilevante possibilità di ingerenza nella sfera personale del condannato e che, proprio per tale motivo, viene regolata da norme sovranazionali recepite e da norme nazionali, al fine di garantire la*

salvaguardia dei diritti del condannato, donde l'insorgenza del dovere di collaborazione e protezione, facente capo all'amministrazione".

Si è ritenuto di proporre quasi per intero il passaggio motivazionale sul punto, in quanto espressivo di una salutare inversione del paradigma del passaggio *"dal welfare sociale al welfare penale"*, sicuramente da salutare con favore.

Meno convincente (ed anche di ciò si dirà *infra*) appare la conclusione.

Ed infatti, pur constatando che... *"potrebbe obiettarsi che la domanda introdotta con decreto legge n.92 del 2014 prevede una forma risarcitoria ampiamente insoddisfacente, proprio, e soprattutto, se si pone mente alle finalità garantistiche che informano la prospettazione della responsabilità da contatto sociale qualificato"*, il Giudice ritiene che... *"non può che concludersi che il ristoro introdotto dal Legislatore del 2014 non abbia che natura indennitaria, più che ampiamente e soddisfattivamente risarcitoria, quasi paragonabile all'indennizzo somministrato a chi abbia sofferto danni alla sfera dell'integrità fisica per trasfusioni con emoderivati infetti, di cui alla Legge n.201 del 1992. Vero è che in tale ultimo testo normativo viene utilizzato espressamente il termine indennizzo, mentre il Legislatore del 2014 parla di rimedio risarcitorio, ma proprio le considerazioni sull'entità del rimedio stesso e la natura, necessariamente integrale, di qualunque tipo di risarcimento dei danni, di cui si è già detto, inducono a ritenere che, al di là del significato dei termini utilizzati, anche nella fattispecie de qua agitur ci si trovi dinanzi ad un mero indennizzo, che lasci comunque aperta la possibilità di un'azione da risarcimenti di danni ulteriori, conseguenti alla carcerazione inumana e degradante, da esercitarsi dinanzi all'autorità giudiziaria competente"*.

Fermiamoci.

La tesi, per quanto sorretta da generosità, si presta a due obiezioni di fondo.

La prima, fondata sulla lettera della Legge, è quella già rilevata dallo stesso Giudice; nel rimedio *de quo* si parla espressamente (non solo nella rubrica) di risarcimento, e non già di indennizzo (come, a mero titolo di esempio, e per altre condizioni e presupposti, in materia di cui all'art.2047, comma 2, C.C., rispetto all'ipotesi risarcitoria contemplata dal comma 1 della norma citata).

Ma quel che più rileva, così ci pare, è che proprio l'urgente esigenza di intervenire subito, non posticipando al momento della scarcerazione (soprattutto per i condannati a pene di lunga durata) i provvedimenti del Magistrato di Sorveglianza, verrebbe tradita platealmente se si differisse la possibilità di richiedere ed ottenere il dovuto, magari dopo anni, e con costi ben diversi, *"dinanzi alla autorità giudiziaria competente"*.

Soccorre, allora, quanto rilevato dal Magistrato di Sorveglianza di Lecce nella già citata ordinanza *Slimani*, secondo il quale... *"i diritti della persona di rango costituzionale sono assistiti da una forma di tutela risarcitoria, qualunque sia la natura contrattuale o aquiliana della responsabilità del danneggiante...l'Amministrazione penitenziaria ed i suoi operatori non possono essere considerati alla stregua del quisque de populo, responsabile unicamente di non ledere l'altrui sfera giuridica...al contrario, nella fattispecie il comportamento"*

dell'Amministrazione risulta antigiuridico nella misura in cui viola obblighi che operano a livello nazionale” (e convenzionale). “Da ciò deriva che l'inadempimento non genera il diritto ad un indennizzo, ma ad un risarcimento da parte dell'Amministrazione”.

Ora, poiché il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale è un diritto fondamentale (*“l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto”*), ha affermato la Consulta nella storica sentenza n.26/1999), non appare accettabile l'idea che l'azione risarcitoria per il medesimo fatto debba essere fatta valere in plessi e tempi differenti, in accordo con quanto statuito dalla Corte di Giustizia CE, Grande Sezione, sent. n.432 del 13.3.2007, che ha affermato come... *“spetta ai Giudici nazionali interpretare le condizioni procedurali interne in modo da garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario”*.

Diversamente opinando, anche il principio costituzionale della ragionevole durata del processo verrebbe pretermesso.

Per concludere, sul punto (salve le ulteriori e più diffuse argomentazioni che verranno sviluppate in seguito, per ciò che riguarda il *quantum* del ristoro previsto dalla norma in esame), è opportuno evidenziare come resti in ogni caso inespresso (e ad ostacoli) il percorso che il detenuto dovrebbe compiere laddove ritenesse di attivarsi sin da subito dinanzi al Giudice civile per richiedere l'integrale risarcimento del danno.

Ed infatti, il Giudice civile potrebbe ritenere inammissibile la domanda, stante il superiore interesse convenzionale alla riduzione specifica, onde ridurre l'*overcrowding*, non valendo in tal caso quanto ritenuto dalla Consulta, secondo la quale... *“per costante giurisprudenza di questa Corte, l'impossibilità per la persona danneggiata dal reato”* (in questo caso, dalla detenzione illegale) *“di conseguire la riparazione del pregiudizio patito in sede penale non implica violazione del diritto di difesa (né, ancor prima, del diritto di agire in giudizio), restando sempre aperta la possibilità di far valere la pretesa in sede civile”* (sent. Corte Cost.n.12/2016).

Come ben si comprende, insomma, nel caso in questione il detenuto non potrebbe attivarsi sin da subito dinanzi al Giudice civile, né può dirsi che la scelta normativamente prevista (l'azione davanti al Magistrato di Sorveglianza) sia frutto di una sua libera scelta; restano dunque aperti i profili di irragionevolezza (e non solo), di cui si dirà *infra*.

* * *

Proseguendo nell'esame della giurisprudenza di merito, merita una citazione l'ordinanza del 13 novembre 2014, emessa dal Magistrato di Sorveglianza di Padova, non solo, e non tanto, per la lucida esposizione degli argomenti a favore della tesi non attualista, ma perchè rivelatrice di una conoscenza in concreto delle dinamiche detentive, frutto di una frequentazione pratica delle carceri, non propria (per usare un eufemismo) di altri Giudici.

* * *

Ancora, parimenti apprezzabile l'ordinanza del 26 settembre 2014, emessa dal Magistrato di Bologna, che ha stigmatizzato come la Direzione dell'istituto non avesse trasmesso informazioni sulla dimensione del mobilio fisso... *“in osservanza delle disposizioni ministeriali, con richiesta di calcolare la superficie detentiva al lordo del mobilio”* (sic!). Nel provvedimento citato il Giudice ha ritenuto...*“inadempienza grave dell'amministrazione penitenziaria la volontaria omissione di comunicare al Giudice i dati richiesti”*, richiamando per l'effetto *“quanto affermato nella sentenza CEDU Torregiani c. Italia in ordine all'onere della prova in contesti ove sussiste una particolare vulnerabilità della persona che si trova sotto il controllo esclusivo degli agenti dello Stato, per cui in mancanza di spiegazioni da parte del Governo non è dato rigettare la doglianza del reclamante”*. Del pari apprezzabile, per le stesse ragioni indicate in relazione al provvedimento del Giudice padovano, l'ordinanza dell'8 ottobre 2014 dello stesso Giudice bolognese, con la quale si dava atto di un *“verbale di accertamento in loco in data 7/10/2014 da questo Magistrato di Sorveglianza”*.

Proprio la presa d'atto diretta dei locali detentivi ha consentito al Giudice emiliano di riscontrare... *“in violazione dell'art.13, comma III, DPR 230/2000 nella C.C.le di Bologna, così come da prassi generalizzata in gran parte degli istituti penitenziari italiani, che il vitto fornito dall'Amministrazione e i pasti di facile e rapida preparazione non sono consumati nei locali all'uopo destinati, ma solo nel luogo destinato al pernottamento”*, con il che... *“tre persone non possono consumare i pasti ed utilizzare il tavolo esistente, se non seduti a turno”*.

Impossibile non convenire con le conseguenze tratte dalla constatazione *de visu* delle ulteriori deficienze strutturali, e non solo, menzionate nel provvedimento, al quale si fa integrale richiamo.

Doveroso segnalare, anche in questo caso, come solo il ruolo attivo del Giudice consenta di svolgere appieno il proprio mandato, nel mentre invece, com'è noto, la presenza negli istituti detentivi dei Magistrati di Sorveglianza (salvo il, pur raro, incontro con i detenuti, nella saletta a ciò destinata) si rivela (per molte ragioni, non tutte comprensibili) una chimera.

Così, ancora, sempre per mano dello stesso Giudice (cfr. ordinanza del 5 novembre 2014), la censura... *“di particolare importanza, della non possibilità per il detenuto di stare fuori dalla cella per almeno 8 ore al giorno e la non fruizione di esercizio quotidiano all'aria aperta”*.

* * *

Di segno completamente opposto, tre identici provvedimenti del 14 novembre 2014, 3 dicembre 2014 e 26 gennaio 2015, con i quali il Magistrato di Pavia e due diversi Giudici milanesi hanno dichiarato l'inammissibilità della domanda, non solo sposando all'estremo la tesi attualista (ritenendo che il pregiudizio debba esistere al momento del reclamo e della decisione), ma anche affermando il principio dell'*afferantibus incubit probatio*, respinto dalla Corte EDU *in subiecta materia* (cfr. sentt. *Torregiani e altri c. Italia; Khoudoyorv c. Russia; Benediktov c. Russia; Branduse c. Romania; Anayev e altri c. Russia; Ogica c. Romania*).

* * *

Con ordinanza del 18 novembre 2014, viceversa, il Magistrato di Sassari dà conto di un apprezzabile ripensamento rispetto alla tesi sopra prospettata, accogliendo il reclamo proposto dal detenuto.

* * *

Davvero singolare, nel suo argomentare, l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Frosinone del 24 novembre 2014, con la quale (sposando la tesi attualista) si aggiunge che... *“il condiviso indirizzo ermeneutico consente di conferire alla norma di cui all'art.35 ter O.P. una lettura costituzionalmente orientata”*, anche perchè... *“la posizione del detenuto in carcere che ha subito un pregiudizio non più attuale è più assimilabile a quella del detenuto domiciliare per il quale è prevista la tutela innanzi al Giudice civile”*.

* * *

Interessante (e convincente) l'ordinanza del 23 gennaio 2015, con la quale il Magistrato di Sorveglianza di Firenze ha accordato il ristoro per essere stato il condannato... *“ristretto in una cella con servizi igienici a vista, circostanza che deve ritenersi in contrasto con quanto stabilito dall'art.6 ord. Pen. e dall'art.7 DPR 230/2000”*.

* * *

Altro Magistrato fiorentino, con ordinanze del 17 e 20 marzo 2015, ha invece valorizzato (censurandola) il numero ridotto di ore – quattro – passate fuori dalla cella, così come la circostanza che... *“in assenza di diversa indicazione, deve reputarsi che la fruizione dei pasti sia avvenuta all'interno della cella”* (con spazio pro capite tra i 3 e i 4 mq), *“diversamente da come prescritto dall'art.13 del DPR 230/2000”*.

* * *

Ancora.

L'Ufficio di Sorveglianza di Firenze, con ordinanza del 3 luglio 2015, definiva *“incerta la natura giuridica della responsabilità dell'Amministrazione penitenziaria”* (aquilana o contrattuale, da contatto sociale qualificato), senza peraltro prendere posizione; *“atipica (se non addirittura anomala)”*, la parte relativa ai criteri di liquidazione del danno, predeterminati dal Legislatore, così come quella (che il Giudice pare non condividere) secondo la quale... *“l'attore-detenuto può limitarsi ad allegare di aver subito nel corso della carcerazione un trattamento inumano o degradante, mentre spetta all'Amministrazione penitenziaria-convenuto dimostrare l'insussistenza dei fatti allegati dal detenuto-attore”*.

Colpisce, nel provvedimento in esame, che il Giudice non sciolga nessuno dei nodi interpretativi rilevati.

Colpisce, per converso, che la stessa Amministrazione, *rara avis*, abbia riconosciuto nel caso di specie *“condizioni detentive gravi”*, quantificate nella durata di complessivi giorni 1157.

Più di tre anni, in violazione dell'art.3 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo!

Malgrado ciò (o forse proprio per questo) l'ordinanza *de qua* veniva impugnata dall'Amministrazione Penitenziaria, peraltro dell'unica Casa Circondariale per la quale si era ritenuta la regolarità della detenzione espiata!

Nel provvedimento adottato sul reclamo citato, il Tribunale di Sorveglianza di Firenze, con ordinanza emessa il 13 ottobre 2015, rilevava innanzitutto come l'esser stato nel frattempo posto il prevenuto in detenzione domiciliare non incidesse “*sulla possibilità di usufruire della riduzione dei giorni di pena stabiliti dal Magistrato in relazione alla detenzione sofferta nell'istituto di Livorno e in quello di Campobasso, tenuto conto che è ancora in corso l'esecuzione della pena*” (cfr., sul punto, quanto affermato dalla Suprema Corte con sentenza n.3525/2016, emessa all'udienza del 17 novembre 2016 – decisione provvisoria-, che nel rispondere alla questione “*se la scarcerazione per espiazione integrale della pena detentiva, intervenuta in un momento successivo alla domanda di accesso ai benefici previsti dall'art.35 ter, commi 1 e 2, della Legge n.354 del 1975, come introdotto dal DL 26 giugno 2014, n.92, convertito con modificazione nella Legge 11 agosto 2014, n.117, impedisca di individuare la competenza del Magistrato di Sorveglianza e renda inammissibile la domanda stessa*”, ha fornito risposta negativa).

Proseguendo, ritenendo infondato il reclamo, venivano dichiarate assorbite le questioni sollevate dalla difesa (consistenti, in via principale, nel difetto di legittimazione ad impugnare da parte del Direttore della Casa Circondariale di Prato, non solo perchè, come già segnalato, non interessato da provvedimento di accoglimento del reclamo sul punto, ma in quanto il Ministero della Giustizia deve necessariamente essere rappresentato in giudizio dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato).

Ed infatti, l'art.1 del R.D. n.1611/1933 stabilisce che “La rappresentanza, il patrocinio e l'assistenza in giudizio delle Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad Ordinamento autonomo, spettano all'Avvocatura dello Stato”; l'art.13 del medesimo regio decreto prevede che “L'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato”, e l'art.14 che “L'Avvocatura dello Stato corrisponde direttamente con le Amministrazioni dello Stato, alle quali richiede tutti i chiarimenti, le notizie e i documenti necessari per l'adempimento delle sue attribuzioni”.

* * *

Al contrario, in analogo provvedimento collegiale, relativo ad altra posizione, lo stesso Collegio fiorentino, con ordinanza del 29 settembre 2015, riteneva viceversa ammissibile la legittimazione ad impugnare del Direttore del carcere, poiché... “*fermo restando che l'Amministrazione può validamente farsi rappresentare dall'Avvocatura dello Stato, l'impugnazione, ai sensi della norma generale di cui all'art.582 c.p.p., è presentata personalmente dall'interessato o da suo incaricato. Ai sensi dell'art.583 c.p.p. la parte può proporre impugnazione addirittura con telegramma. Poichè l'Amministrazione Penitenziaria è parte, ne discende la validità*

del reclamo proposto sotto il profilo della legittimazione attiva, anche da parte del Direttore dell'Istituto presso cui il detenuto era ristretto, articolazione funzionale sicuramente atta a rappresentare l'Amministrazione interessata”.

Non vi è chi non veda come la norma citata si riferisca, appunto, alle parti private, non certo a quelle *ex lege* assistite e rappresentate dalla Difesa erariale.

In ogni caso, sul punto, merita segnalare come con sentenza n.3502/2016, emessa dalla I Sezione della Suprema Corte, sia stato dichiarato inammissibile il reclamo proposto in proprio dall'Amministrazione avverso il provvedimento del Magistrato di Sorveglianza, reso ai sensi dell'art.35 *ter* O.P.

Pare dunque opportuno l'esame della pronuncia citata, che (come rilevato) ha confutato l'assunto di merito sopra indicato.

Con la sentenza *Arfaoui*, emessa il 17 novembre 2016 (depositata il 9 marzo 2017), la Suprema Corte ha respinto la tesi che l'iter procedimentale di cui agli artt.35 *bis* e *ter* O.P. assuma connotazione di specialità rispetto alla generale previsione di cui all'art.1 del RD n.1611 del 1933.

Nella sentenza si afferma la centralità del ruolo del Magistrato di Sorveglianza... *“al duplice fine di assicurare la rimozione della condotta lesiva (se ancora in atto, ai sensi dell'art.69, co.6, lett.b), e/o concedere un adeguato ristoro per il periodo pregresso (ai sensi dell'art.35 ter, con inedita forma di ripristino, almeno parziale...”)*.

Prima di proseguire l'esame della sentenza sui punti già segnalati, merita evidenziare come l'*obiter* si riveli non condivisibile, poichè nessun ristoro può dirsi *“adeguato”*, laddove sia (oltre che *“inedito”*) *“parziale”*.

Nella sentenza *Arfaoui* la Corte ribadisce (riprendendo spunti di cui alla sentenza n.831/2017, *Carriola*, sulla quale si tornerà più avanti) come il Legislatore non abbia introdotto nell'Ordinamento un rimedio inquadrabile secondo le ordinarie categorie civilistiche del risarcimento del danno per responsabilità aquiliana.

Tornando alla questione centrale, la Corte precisa come *“lo strumento de quo sia stato collocato in un contesto procedimentale attratto nelle regole funzionali del codice di rito penale (l'articolo 35 bis, da ritenersi modello unitario per l'accertamento delle violazioni dei diritti soggettivi su istanza del detenuto, rinvia alle generali previsioni di cui agli articoli 666 e 678 cod. proc. pen., pur introducendo varianti specializzanti) e caratterizzato, pertanto, dalla vigenza di disposizioni tipiche che regolamentano – in via generale – sia il momento della costituzione dei soggetti diversi dall'imputato (ai sensi dell'art.100 cod. proc. pen.) che la proposizione delle impugnazioni (art.573 cod. proc. pen.)”* .

“Da ciò deriva”, prosegue la Corte,... *“in aderenza ai principi generali, la conseguenza per cui dette norme del codice di rito penale...risultano pienamente applicabili se ed in quanto non espressamente derogate da previsioni interne al singolo procedimento in rilievo”*.

La Corte prosegue, affermando che la sequenza del 35 *ter*, disegnata sul modello procedimentale dell'art.35 *bis*, evidenzia la sussistenza per la decisione collegiale di una vera e propria impugnazione;... *“la scelta del Legislatore – che adotta il modello*

del doppio grado di giurisdizione di merito lì dove la domanda di tutela provenga dal soggetto in vinculis – va ritenuta come opportuna presa d'atto della complessità delle tematiche oggetto di trattazione nelle particolari procedure vertenti sul riconoscimento della posizione giuridica soggettiva della persona detenuta”.

Ed ancora... “se nel primo grado di giudizio il Legislatore introduce una previsione deformalizzante che consente, in ossequio agli obiettivi perseguiti, la semplificazione delle forme di esercizio del contraddittorio, così non è per l'esercizio del potere di reclamo (potere non solo introduttivo di un nuovo grado di giudizio, ma che richiede, anche in via logica, specifiche competenze tecniche di carattere processuale). In tal caso, riemerge l'obbligo di esercizio della facoltà procedurali attraverso la rappresentanza realizzata in aderenza alle descritte previsioni, con necessità di redazione dell'atto di impugnazione da parte dell'Avvocatura dello Stato, a pena di inammissibilità del medesimo”.

Quanto sopra, anche in ragione del fatto che “la facoltà di impugnazione personale dell'imputato (art.571 cod. proc. pen.)...non si estende a soggetti processuali diversi dal giudicabile o dal condannato”.

* * *

Prima dell'emissione della citata sentenza, si era già pronunciato (con l'ordinanza del 24 maggio 2016) il Tribunale di Sorveglianza di Messina, che aveva dichiarato ammissibile il reclamo proposto dall'Avvocatura dello Stato.

Con il provvedimento *de quo* il Tribunale siciliano ha ritenuto preliminarmente operante il doppio grado del merito, ancorchè non espressamente previsto... *“per ragioni di maggior garanzia giurisdizionale, in virtù della particolare delicatezza della materia de libertate e della tutela dei diritti fondamentali dei detenuti in condizioni inumane e degradanti”.*

Quanto poi alla ragion d'essere della difesa pubblica *in subiecta materia*, il Tribunale osserva come essa si spieghi *“per la tutela ed onorabilità della condotta istituzionale dell'Amministrazione...sia per la difesa preventiva delle sue ragioni erariali”*

Proseguendo, il Tribunale respinge l'eccepita prescrizione per decorso del termine quinquennale, ritenendo che il tempo dell'azionabilità del rimedio risarcitorio sia scandito dall'istituto della decadenza, e non della prescrizione.

Inoltre, secondo il Collegio, la responsabilità dovrebbe ritenersi *“da contatto”*, ed i rimedi risarcitori avrebbero natura indennitaria, *“quantunque dispensati a titolo di risarcimento del danno, e cioè con finalità ristorative delle sofferenze morali patite dal detenuto...perfettamente assimilabile al ristoro che il soggetto può conseguire, per analoghi motivi, di fronte agli organi di giustizia europei”.*

In ogni caso, conclude il Tribunale, *“il dies a quo della ipotizzata prescrizione non può che decorrere a partire da una data successiva all'entrata in vigore della Legge, secondo il principio sancito dall'art.2935 c.c., actio nondum nata toties praescribitur quoties nativitas eius est in potestate actoris”.*

Su questo specifico aspetto, la retroattività del rimedio risarcitorio e la decorrenza della prescrizione, la Cassazione (sent.n.3478/2016, non ancora depositata) ha affermato che per il diritto al ristoro ex art.35 *ter* O.P, in relazione a violazioni

antecedenti alla sua entrata in vigore, la prescrizione decorra solo dall'entrata in vigore della Legge.

Sul punto, ancora, è ulteriormente intervenuta con la sentenza 10 gennaio 2017, n.831, di cui si dirà a breve.

* * *

Con ordinanza del 9 febbraio 2017 il Magistrato di Sorveglianza di Udine ha ritenuto che al detenuto in custodia cautelare in carcere che abbia sofferto condizioni detentive contrarie all'art.3 CEDU sia applicabile il ristoro pecuniario da parte del Giudice penale.¹²

Il Magistrato ritiene possibile tale interpretazione, per effetto di quanto statuito dalla Corte Costituzionale con sentenza n.204/2016, di cui si dirà a breve, poiché la priorità del rimedio costituito dalla riduzione di pena non può significare preclusione nel caso in cui non vi sia alcuna detrazione da operare.

E' interessante notare come il Magistrato assuma nel caso di specie una posizione diversa da quella sostenuta a suo tempo quale autorevole commentatore, quanto al requisito dell'attualità del pregiudizio, in ordine al quale ricorda come (e sembra rammaricarsene) ... *“il Legislatore non ha ritenuto di chiarire con una norma di interpretazione autentica la portata applicativa del rimedio risarcitorio de quo”*.

Ancora, il Giudice muove alcune osservazioni (critiche?) al *novum* giurisprudenziale relativo allo spazio occupato dal letto (Cass. 9 novembre 2016, *Sciuto*, di cui si dirà *infra*), ritenendo la pronuncia... *“consapevolmente divergente rispetto alla giurisprudenza assestata dalla Grande Camera con la sentenza Mursic c. Croazia, adottando standard ancor più esigenti, sotto il profilo degli spazi detentivi, di quelli assicurati dalla giurisprudenza di matrice europea”*.

Ciò malgrado, svolgendo il ruolo di tessitore accorto tra le Corti apicali, il Magistrato di Udine ritiene giustamente suo dovere andar oltre l'interpretazione sovranazionale, laddove la giurisdizione domestica, per effetto degli arresti di legittimità, consegni maggior garanzie.

Vero però che la sentenza *Sciuto* sembra divergere dagli *asset* convenzionali solo in ordine alla fusione dei parametri europei in quello dello *“spazio minimo vivibile”*, o *“funzionale”*, lasciando tuttavia la possibilità di supplire a detta eventuale deficienza attraverso parametri compensativi.

L'ordinanza del Giudice friulano, peraltro, si rivela particolarmente efficace ed acuta, laddove conforme a Costituzione, Convenzione ed alla (citata) giurisprudenza costituzionale.

Ciononostante, come rileva la Dottrina citata sul punto, detta interpretazione sembra andar oltre la lettera della Legge, opinandosi in proposito da parte del commentatore una minor ortodossia rispetto all'incidente di costituzionalità, che pure nel caso di specie non si ritiene fosse obbligatorio promuovere.

¹² D. Galliani, *L'interpretazione conforme a Costituzione e a giurisprudenza costituzionale. Il rimedio risarcitorio ex art.35 ter Ord. Pen. applicato ai detenuti in stato di custodia cautelare in carcere*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 16 marzo 2017

* * *

Infine, merita in questa sede un breve commento l'ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Siena dell'11 marzo 2017 (nella quale si dà atto, peraltro, della recente sentenza *Sciuto*, n.52819 del 9 settembre 2016, con cui si è affermata, come detto, la “*necessità di detrarre dalla complessiva superficie non solo lo spazio destinato ai servizi igienici e quello occupato dagli arredi fissi, ma anche quello occupato dal letto*”).

Con il provvedimento citato il Giudice svolge un'ampia disamina della giurisprudenza convenzionale, e respinge l'eccezione di prescrizione, sollevata da taluni istituti, sostanzialmente sposando la linea ermeneutica già tratteggiata dal Tribunale messinese.

Nel merito, il Giudice senese afferma che... “*una forte presunzione che le condizioni di detenzione configurino un trattamento degradante infrangendo l'articolo 3 in considerazione della mancanza di spazio personale, stabilita dal caso Anayev (v. paragrafo 54), può, in determinate circostanze, essere confutata dall'effetto cumulativo delle condizioni detentive*”.

Come si vede (e come verrà più autorevolmente segnalato a breve su questa rivista, con articolo avente ad oggetto la sentenza della GC *Mursic. c. Croazia*), per effetto dell'importante (ma poco convincente) pronuncia della *Grande Chambre* (che pure ha riconosciuto la violazione dell'art.3 CEDU, per detenzione in 2,62 mq per ventisette giorni consecutivi) il primo Giudice ha condiviso questa impostazione, e pur accogliendo il reclamo per ritenuta detenzione illegale per complessivi 710 giorni (con conseguente, misera, detrazione di 71 giorni di pena detentiva), ha respinto altra parte della richiesta, con motivazione non convincente.

Non è dato comprendere, infatti, come condizioni detentive ritenute “*non particolarmente favorevoli*” (tra le altre, solo 4 ore di passeggiate all'aria aperta, un'ora di socialità), tali da non compensare condizioni detentive per le quali lo spazio... “*assume decisamente negativa rilevanza*”, possano viceversa apparire “*in un ambito di legalità..., pur in presenza di spazi non particolarmente ampi*” quando “*lo spazio disponibile netto resta al di sopra della soglia di 3 mq*”.

Ed infatti, come già segnalato a commento della sentenza della Corte EDU¹³, molto più persuasiva appare la *dissenting opinion* espressa dal Giudice Paulo Pinto de Albuquerque, secondo cui l'approccio multifattoriale e cumulativo dovrebbe servire a ritenere sussistenti violazioni convenzionali anche laddove il parametro dello spazio personale sia rispettato, e non, invece, a compensare l'assenza dello spazio medesimo, dovendosi ritenere detti ulteriori elementi quali prerogative fisiologiche di ogni istituto detentivo. E questo, sia chiaro, in tutti i casi, anche di detenzione per periodi brevi sotto i 4 metri quadri.

¹³ F. Cancellaro, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri. La Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art.3 EDU*, in www.diritopenalecontemporaneo.it, 13 novembre 2016

Infine; merita evidenziare come in relazione al periodo detentivo patito (è proprio il caso di dirlo) nel carcere di Reggio Calabria, il Giudice abbia ritenuto la violazione di legge (e della Convenzione) per ben 609 giorni, constatando come il reclamante avesse condiviso anche stanze con brande singole o a castello, anche triplo, nel qual caso *“la terza branda era molto vicina al soffitto”*.

6. Legittimità e logicità

Non paiono certamente soddisfare i due requisiti sopra evocati le duplici, speculari, pronunce della Suprema Corte, che all'udienza dell'11 giugno 2015, con lo stesso Presidente, ha deciso in maniera opposta due ricorsi proposti avverso la declaratoria di inammissibilità dei Magistrati di Sorveglianza di Pavia ed Udine.

* * *

Con la prima sentenza (ric. *Hrustic*), dichiarando l'inammissibilità del ricorso il Collegio richiamava, senza smentirlo, l'assunto del primo Giudice, secondo cui... *“il reclamo non soddisfaceva i presupposti di ammissibilità richiesti dalla norma, posto che non era dedotta l'attualità del pregiudizio subito ai sensi dell'articolo 3 C.E.D.U.”*

* * *

Con la seconda (ric. *Salierno*), al contrario, lo scrutinio è stato compiuto in maniera assai più approfondita.

Preliminarmente, la Corte dava atto che, secondo orientamento costante *“la dichiarazione di inammissibilità risulta possibile solo quando facciano difetto – nella istanza – requisiti posti direttamente dalla Legge, che non implicino alcuna valutazione discrezionale”*.

Con apprezzabile monito al Magistrato, a tutti i Magistrati, la Corte evidenziava come... *“la stessa norma regolatrice – art.35 bis comma 3 – descrive infatti l'attività del giudicante in termini di accertamento, il che implica, ovviamente, che la domanda introduttiva ponga le coordinate essenziali, ma non esaurisca il tema della decisione, affidato anche alla iniziativa del Giudice chiamato a pronunciarsi, titolare di ampi poteri istruttori ai sensi dell'art.666 co.5 cod. proc. pen.”*.

In fondo, com'è noto, il Giudice di sorveglianza riveste un ruolo attivo nell'Ordinamento (il procedimento camerale è normalmente attivabile *ex officio*, anche se non nella materia che ci occupa).

Ed è proprio nel solco degli accresciuti poteri del Magistrato di Sorveglianza, a far data dalla decisione della Corte Costituzionale n.26 del 1999, con i conseguenti (ed assai tardivi) interventi normativi (sia in materia di reclamo, che – solo in epoca più recente, nel *post* sentenza *Torregiani*) che si è provveduto con nuovi strumenti, nonché (con la sentenza *de qua*) ad indicare la rotta esegetica sul requisito dell'attualità, in un *“quadro sistematico di rafforzamento complessivo degli strumenti tesi alla riaffermazione della legalità della detenzione, con estensione dei poteri di verifica e di intervento dell'autorità giurisdizionale”* (cfr., conforme, Cass. 16 luglio 2015 – 26 novembre 2015, n.2224/2015, *Koleci*, che pure ha diversamente

ritenuto in ordine ai rimedi da apprestarsi per la declaratoria di inammissibilità de plano, individuati, appunto, nel ricorso per Cassazione).

Pur evidenziando... *“l’infelice utilizzo di una tecnica di redazione normativa”*, la Corte afferma che... *“il rinvio, contenuto nell’art.35 ter co. 1 al pregiudizio di cui all’art.69 co. 6 lett.b, identifica la categoria giuridica di riferimento, e dunque il reclamo avente ad oggetto una pretesa condotta di violazione dei diritti inviolabili del soggetto detenuto, ma non le caratteristiche del pregiudizio in termini di sua assoluta attualità – rectius della condotta che lo determina – al momento della domanda stessa. La cognizione da parte del Magistrato di Sorveglianza (e in secondo grado del Tribunale di Sorveglianza) si estende pertanto alla verifica di fatti generatori di una lamentata violazione antecedente al momento della domanda...”*

Infine, la Corte evidenzia, ancora una volta, che sarebbe del tutto irragionevole attribuire il rimedio previsto alla competenza della giurisdizione civile, atteso il prioritario intervento del Magistrato di sorveglianza, per la conseguente riduzione compensativa di pena.

* * *

Con sentenza emessa il 16 luglio 2015, n.873/2016, *Alvaro*, depositata il 12 gennaio 2016, la Corte di legittimità ha confermato la decisione coeva assunta nel caso *Koleci*, sopra citato, a proposito del requisito dell’attualità del danno, quale condizione per la proposizione del reclamo, che non viene condivisa.

Molto opportunamente la Corte ricorda peraltro come... *“il danno (o pregiudizio) risarcibile è per definizione rappresentato dal danno conseguenza (tra moltissime, Sez.U. Civili n.794 del 15/01/2009 e n.21661 del 13/10/2009), da tenere distinto dal danno evento, e che di regola presuppone questo già realizzato”*.

Anche con questa pronuncia, invece, si è seguita la tesi della... *“natura indennitaria, più che risarcitoria in senso stretto, del rimedio introdotto dall’art.35 ter Ord. Pen.”*, escludendosi... *“in radice che il procedimento in esame possa considerarsi strutturato come – o equiparabile quanto a forme a – un processo civile che si svolge innanzi a al Giudice penale”*.

Nel solco della decisione citata si pone la coeva sentenza n.876; questa volta il Collegio, a guida dello stesso Presidente, non ha riproposto la famosa vignetta di Altan (*“a volte mi vengono idee che non condivido”*), come invece occorso, per quanto già segnalato, all’udienza dell’undici giugno 2015.

* * *

Molto importante, siccome la prima intervenuta sul punto, si rivela la sentenza n.2687, emessa il 9 settembre 2016, depositata il 13 dicembre 2016.

Nel giorno più buio dell’anno, secondo le credenze popolari, un po' di luce ermeneutica.

Vediamo.

Con la decisione impugnata il Tribunale di Sorveglianza di Perugia aveva affermato che *“la superficie utile riferita al singolo occupante deve essere conteggiata includendo le dimensioni del letto”*, poiché il numero di ore di socialità a celle aperte

giustificherebbe “la centralità del letto quale superficie di appoggio, pertanto inadatta a limitare lo spazio vitale”, attesa la sua finalità di riposo o di attività sedentaria.

La Corte di legittimità è di diverso avviso, dando atto peraltro di aver tenuto conto per la stesura della motivazione della sentenza della Grande Camera nel caso *Mursic. c. Croazia* del 20 ottobre 2016, pur intervenuta in epoca successiva alla camera di consiglio.

Nella sentenza la Corte rileva come la non computabilità del bagno e degli arredi fissi (armadietti o mensole sporgenti) costituisca indirizzo consolidato, ma aggiunge, appunto, che anche ... “il letto a castello va(da) considerato come un ingombro, idoneo a restringere per la sua quota di incidenza lo spazio minimo all'interno della cella”, atteso che... “per spazio vitale minimo in cella collettiva deve intendersi quello in cui i soggetti reclusi hanno la possibilità di muoversi”.

Condivisibile l'assunto, ma come vedremo non vi è una sola ragione per la quale ciò non debba valere anche in caso di cella singola (il principio di diritto viene affermato in relazione allo “spazio minimo individuale in cella collettiva”, anche in ragione del caso scrutinato nell'occorso), poiché è noto come non tutti i detenuti godano delle celle aperte, e comunque nella stessa misura, e dunque (e comunque) anche per loro (sebbene in maniera meno eclatante rispetto al caso della cella con più persone) si pone il problema della libertà di movimento durante il giorno.

Secondo la Suprema Corte, il principio di diritto affermato, che valorizza la idoneità del movimento all'interno della cella, viceversa impedito da arredi fissi e dal letto, viene ribadito dalla citata sentenza *Mursic*, che pure non ha indicato le modalità di computo della superficie interessata.

Come ricorda la Corte di Cassazione, la *Grande Chambre* ha puntualizzato le ragioni per le quali... “dans l'interet de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi, qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents”.

Stante l'approccio assolutamente casistico (con quanto ne consegue, anche alla luce della sentenza costituzionale n.49/2015)¹⁴, non sorprende che la Corte EDU affermi di considerare non determinanti per le sue conclusioni in materia di articolo 3 le norme del CPT, siccome generali, nel mentre risulta invece sempre più arduo recuperare dai *dicta* alsaziani criteri esegetici, sia pure nell'ottica del network multilivello, tali da indicare la rotta.

Insomma, mentre il CPT riveste un ruolo essenzialmente preventivo (oltre che, ovviamente – ed anche a tal fine – ispettivo), la Corte agisce sul singolo caso, tenendo conto di tutte le sue peculiarità; ed è con questo approccio che la Corte, richiamando il notissimo precedente *Ananyev e altri c. Russia*, afferma che l'importante è determinare se i detenuti abbiano la possibilità di muoversi normalmente nella cella.

¹⁴ V. Manes, *La confisca senza condanna al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it,

Malgrado ciò, e proprio per effetto del mutamento giurisprudenziale di Strasburgo, la Cassazione conclude affermando che nel caso di specie... *“lo scorporo della quota riferita al letto potrebbe dunque determinare in concreto la esistenza di una offerta inferiore ai tre metri quadri”*, che tuttavia... *“in rapporto all'attuale assetto interpretativo fornito dalla CEDU (assetto che il Giudice interno ha l'obbligo di ritenere un dato integrativo del precetto, stante la formulazione testuale dell'art.35 ter) non determina di per sé una violazione dell'art.3 Conv. Eur., ma una forte presunzione di trattamento inumano e degradante, superabile solo attraverso l'esame congiunto e analitico delle complessive condizioni detentive e della durata di tale restrizione dello spazio minimo”*.

Come si vede, è proprio a partire da una linea di pensiero che, discostandosi dalle precedenti pronunce in materia di spazio detentivo (*ex multis*, proprio le sentenze *Sulejmanovic c. Italia* e *Torregiani e altri c. Italia*), sembra orientare la Corte EDU verso più miti approdi, in termini di *strong presumption*, che si imporrebbe un diverso indirizzo domestico ermeneutico, sulla falsariga della già citata *dissenting opinion* del Giudice Paulo Pinto de Albuquerque¹⁵.

Incidentalmente, non può non rilevarsi come ad oggi si assista ad un totale silenzio da parte dell'Amministrazione, rispetto alla necessità di non computare il letto nello spazio minimo *pro capite*, a differenza di quanto disposto con circolare DAP 0308424 -2009, avente ad oggetto Capienze istituti di pena – standard minimi di vivibilità stabiliti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, emanata dopo la sentenza *Sulejmanovic*.

Eppure, è da ritenere la possibilità di riproposizione dei reclami già scrutinati, ex art.7 CEDU, per effetto del nuovo indirizzo interpretativo di cui alla sentenza di legittimità sopra citata (dunque con reclamo fondato su diversi elementi), non potendo certo essere sufficiente l’*“invito ai Signori Provveditori ad assicurare il rispetto degli standards minimi individuati dalla Corte”*, come avvenuto con la circolare *de qua*.

* * *

Proseguendo nell'esame delle sentenze di legittimità, merita richiamare la pronuncia n.831/2017, del 10 gennaio 2017 (ric. *Carriola*).

Nell'arresto (cfr. anche Cass.10 gennaio 2017, n.834), la Corte rileva come la novella del 2014 non fa che recepire, dopo molti decenni, quanto statuito dalla Convenzione in tema di offerta trattamentale adeguata, coincidendo il fatto costitutivo del diritto attribuito dalla Legge nazionale con la violazione contenuta nell'art.3 della

¹⁵ Cfr. V. Manes, *Il Giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, 150, secondo cui il problema delle... *“fluttuazioni delle garanzie penalistiche nel network multilivello...dovrebbe porsi solo nella prospettiva di un potenziamento delle garanzie e dei diritti, posto che l'apporto offerto dagli strumenti di tutela sovranazionale - in linea di principio – si aggiunge alle garanzie domestiche, elevandone lo spettro di tutela; tanto la Convenzione EDU, art.53), quanto la Carta di Nizza, del resto, dichiarano di volersi affermare unicamente a condizione di voler offrire un accresciuto margine di tutela ai diritti fondamentali rispetto a quello offerto dagli stessi Ordinamenti nazionali”*

Convenzione (e ciò in linea con analogo approdo ermeneutico in tema di equa riparazione per irragionevole durata del processo).

Ne consegue che... *“non vi è motivo alcuno di ritenere non valutabile da parte della Magistratura di Sorveglianza una domanda tesa ad ottenere il ristoro, ai sensi dell'art.35 ter Ord. Pen., di lamentati pregiudizi rispetto alla data del 26 giugno 2014”*.

Sotto altro profilo, la Corte osserva come non possa dirsi comunque decorso il termine prescrizione, ritenendo che l'azione esperibile dal detenuto non sia qualificabile (malgrado la formula normativa utilizzata) come risarcitoria da illecito aquiliano, perchè... *“non può essere ritenuta decisiva – ai fini dell'inquadramento giuridico del rimedio – la scelta espressiva del Legislatore, dovendo privilegiarsi un metodo di rilevazione della tipologia di rimedio basta sulle caratteristiche intrinseche del medesimo”*.

Le ragioni addotte a sostegno della tesi indicata non paiono convincenti, pur sorrette dal proposito di garantire piena efficacia alla tutela dei diritti violati in passato, anche molto remoto.

Ed infatti, per un verso il profilo della *“colpa dell'Amministrazione”* non pare dirimente rispetto alla questione che ne occupa, né sembra parimenti rilevante l'aspetto di novità dello strumento riparatorio introdotto.

Piuttosto, proprio il contrasto con il *“dovere di personalizzazione del danno più volte ribadito dalla giurisprudenza civile”* suscita non pochi dubbi in relazione alla predeterminazione legale del ristoro, in forma specifica e/o monetaria, che non possono che esporre la norma a sospetto di costituzionalità.

Ed ancora, il riferimento alla decadenza (ex art.35 ter, comma 3, O.P.), e non alla prescrizione, induce appunto a ritenere che quanto occorso in passato sia comunque meritevole di tutela fintanto che dura la condizione di detenzione.

Non è pretendere, si perdoni la vulgata, *la botte piena e la moglie ubriaca*, quanto piuttosto interrogarsi rispetto alla non condivisione dell'assunto, secondo cui si sarebbe introdotto *“uno strumento di riparazione della violazione francamente atipico, con carattere prevalentemente indennitario e di matrice solidaristica, sì da rispondere con il maggior grado di effettività”* (?) *“possibile (ai sensi dell'art.13 Conv. Eur.) ad un comando di legislazione”*.

Del resto, come ricorda la stessa Corte di legittimità,... *“anche in campo civilistico è pacifico che la diversità e novità dell'azione, lì dove la stessa sia esperibile per fatti lesivi pregressi e preveda un termine di decadenza, determina la inapplicabilità dell'istituto della prescrizione, ai sensi dell'art.2935 cod. civ., come di recente precisato dalle Sezioni Unite Civili – sent.n.15352 del 22.7.2015, rv.636077 – nel caso dell'indennizzo da emotrasfusioni”*.

Ed allora, dato atto di opinioni contrastanti sul punto¹⁶¹⁷, soprattutto in plessi giurisprudenziali diversi, atteso che in tali casi non è prevista una sede deputata alla loro composizione, non è peregrino immaginare l'intervento regolatore del Giudice delle Leggi.

7. L'eccezione

Parlare a nuora, perchè suocera intenda, si è scritto nel contributo più volte citato, laddove nella metafora la suocera è la riottosa Magistratura di sorveglianza; non tutta, ovviamente.

* * *

Com'è noto, infatti, con sentenza n.279/2013 la Consulta ha dichiarato inammissibile le questioni promosse dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia e di Milano, aventi ad oggetto l'art.147 c.p., con riferimento agli artt. 2, 3, 27 terzo comma e 117 primo comma Cost., in relazione all'articolo 3 CEDU, nella parte in cui non prevede, oltre i casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità. Non è questa la sede per commentare la pronuncia citata, né i preziosi incidenti di costituzionalità promossi dalla diverse Autorità Giudiziarie all'indomani della sentenza *Torregiani* dell'8 gennaio 2013; sebbene (a parere di chi scrive) le questioni sollevate avrebbero più plausibilmente dovuto indirizzarsi all'art.146 c.p., piuttosto che alla norma successiva, è giusto ricordare come lasci l'amaro in bocca il finale della sentenza, laddove la Corte (che è Giudice delle Leggi, e non del fatto)... *“nel dichiarare l'inammissibilità”* ha affermato che... *“non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia”*.

* * *

Due anni dopo, lo stesso Giudice veneto, questa volta in via monocratica, ha sollevato la questione di costituzionalità circa la presunta inapplicabilità dell'art.35 *ter* O.P. agli ergastolani¹⁸

La questione è stata risolta con sent.n.204/2016, interpretativa di rigetto, con la quale la Corte, ferma l'impossibilità di un risarcimento nella forma di una riduzione di pena (nel caso concreto, neanche richiesta, in quanto *inutiliter data*, avendo il detenuto già raggiunto il *quantum* di pena per l'eventuale richiesta di liberazione condizionale), a correzione del presupposto ermeneutico del rimettente ha ritenuto concedibile il ristoro economico, dovuto per una pena espiata in condizioni

¹⁶ F. Faldi, *Detenzione inumana. Retroattività del rimedio risarcitorio e decorrenza della prescrizione*, in *Il Penalista*, 6 marzo 2017

¹⁷ Cfr. Parere tecnico CSM, delibera consiliare del 30 luglio 2014, § 7, nonché Ufficio del Massimario, Settore Penale, 13 aprile 2015, pgg.17 e sgg.

¹⁸ A commento dell'atto di promovimento del 20 aprile 2015 vedi N.V. Valentino, *I rimedi compensativi al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Arch. Pen.*, 2015, n.3; F. Mensio, *Detenzione inumana e reclamo ex art.35 ter O.P.: al vaglio della Corte Costituzionale la difficile applicazione dei rimedi risarcitori all'ergastolano*, in www.lalegislazionepenale.eu, 21 settembre 2015

disumane, anche al condannato all'ergastolo, ch  diversamente... “*sarebbe infatti fuori da ogni logica di sistema, oltre che in contrasto con i principi costituzionali*”.

* * *

Ancora.

Con ordinanza del 3 marzo 2016 altro Magistrato di Sorveglianza di Padova ha sollevato questione di legittimit  costituzionale dell'art.35 *ter* O.P., nella parte in cui non prevede gli internati tra i soggetti legittimati a proporre il reclamo e nella parte in cui non prevede, nel caso di accertata violazione dell'art.3 Cedu per un periodo inferiore a 15 giorni, la riduzione della durata della misura di sicurezza e/o il ristoro economico.

Mentre scriviamo, deve segnalarsi come la Consulta abbia esaminato la questione all'udienza pubblica del 7 marzo 2017, ma non   ancora nota la decisione assunta. Sinteticamente, attendendo di conoscere l'esito, sono possibili alcune riflessioni a riguardo.

Pur nutrita di generosit , ci pare che la *quaestio* si presti ad una declaratoria di inammissibilit , o al pi  ad una interpretativa di rigetto.

Ed infatti, come gi  rilevato in dottrina¹⁹, e come fatto notare nella gi  citata relazione dall'Ufficio del Massimario, la rubrica della norma e la disposizione transitoria della novella (per quanto riguarda coloro che avevano gi  adito la Corte EDU) contemplan  entrambe gli internati tra i soggetti legittimati a proporre il reclamo in questione, di talch  pu  ben sostenersi che la mancata precipua indicazione degli stessi sia frutto di una mera dimenticanza, superabile senza forzature ermeneutiche.

Peraltro, v  anche aggiunto che la giurisprudenza CEDU (formatasi in riferimento agli artt.5 § 1, lett.a, 7 della Convenzione)   univocamente orientata nella equiparazione tra misura di sicurezza e pena, cos  da rendere applicabile anche in tale ambito la disciplina della legge penale nel tempo con riferimento al fenomeno successorio tra pene (cfr. sentt. 17.12.2009, *M c. Germania*; 13.1.2011, *Kallweit c. Germania*; *Schummer c. Germania*; *Mautes c. Germania*).

Un ulteriore profilo di inammissibilit  della *quaestio* pu  cogliersi laddove il Giudice *a quo* ricorda come l'internato in casa di lavoro, come nel caso di specie, non sia soggetto ad un termine massimo della misura (ex art.1, comma 1 *quater* L.81/2014), di talch  il ristoro in forma specifica non sarebbe comunque applicabile.

A noi pare che il rimettente abbia perso l'occasione per segnalare questa questione al Giudice delle Leggi (sia pure in una complicata operazione di ortopedia del *petitum*), nel mentre quanto proposto sarebbe al contempo irrilevante, perch  per il ristoro economico potrebbe farsi valere il principio affermato dalla Corte con la sent.n.204/2016.

¹⁹ A. Della Bella, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento*, cit, § 11

8. Il prezzo della tortura

L'abbiamo già detto; l'art.35 *ter* O.P. è stato introdotto per effetto di una accertata violazione sistemica delle condizioni detentive nelle carceri italiane.

Eppure, come abbiamo visto, proprio su questo versante si è assistito ad una declinazione del tema in termini “catastali” (Quanto spazio? Quanti metri quadri?), o al più ci si è attardati su questioni astratte, perdendo di vista il cuore del problema. Così, com'è stato autorevolmente affermato da chi ha fatto parte della Corte EDU²⁰,... *“un diritto fondamentale, tra i più fondamentali, viene quindi trattato come un diritto qualunque, la cui violazione è monetizzabile. L'intenzione di estendere la protezione si traduce nella riduzione della natura e posizione del diritto. La sua banalizzazione, appunto, che, una volta avvenuta, diventa caratteristica del diritto che ne è stato colpito”*.

Lo sappiamo; l'art.53 della Convenzione prevede che *“nessuna delle disposizioni può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'Uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Paese contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi”*.

Lo Stato, insomma, dovrebbe fare di più.

Ma è proprio così?

È ancora Zagrebelsky che ci ricorda come... *“è difficile chiamar diritto una pretesa che in nessun modo”* (o in modo inefficace, aggiungiamo noi) *“può farsi valere davanti ad un Giudice”*, poiché infatti... *“la confusione di piani è deleteria e frustrante quando porti alla constatazione dell'inefficacia della protezione giudiziaria”*.

L'inefficacia del rimedio domestico, oggi ne abbiamo la prova, deriva anche dai tempi intollerabili delle istruzioni, dalle informazioni tardive trasmesse dall'Amministrazione (quasi mai aderenti a dati completi e pertinenti), e da tutto quanto altro già evidenziato, ciò che comporta, per una sorta di eterogenesi dei fini, un ingolfamento degli Uffici di sorveglianza, che finisce col creare un ulteriore iato tra la domanda e la risposta.

Eppure, costituisce principio consolidato quello per il quale una decisione o una misura, quand'anche favorevole al ricorrente, ottenuta a livello domestico, non è sufficiente a privarlo della qualità di vittima, a meno che le autorità nazionali non abbiano riconosciuto, espressamente o in sostanza, la lamentata violazione della CEDU, e non abbiano offerto al ricorrente una riparazione adeguata (cfr., *ex plurimis*, sent. *Eckle c. Germania*, 15.7.1982).

Ed allora, bisogna mettersi in marcia, passando per strade impervie.

Possiamo immaginare un percorso, lungo, ma è doveroso indicare una rotta possibile.

Non siamo soli²¹.

²⁰ V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali non obbliga a banalizzarli*, in *Questione Giustizia*, 1/2015

²¹ Ci sembra fondamentale ricordare quanto affermato da Glauco Giostra, non a caso Coordinatore del Comitato di esperti degli Stati generali dell'Esecuzione Penale, in

Individuati i limiti, le aporie, non ci si può sottrarre all'impegno comune, poiché (cfr. sent. Corte Cost.n.26/1999) *“l'idea che la restrizione della libertà personale possa comportare conseguenzialmente il disconoscimento delle posizioni soggettive, attraverso un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria, è estranea al vigente Ordinamento costituzionale, il quale si basa sul primato della persona umana e dei suoi diritti”*.

9. Istruzioni per l'uso

Non potendoci dunque accontentare di lamentare una violazione di legge, costituzionale e convenzionale, proveremo a disegnare un'ipotesi di una *quaestio*, con l'auspicio di trovare, anche solo per via interpretativa, la risposta alle tante pietre di inciampo, per l'incostituzionalità dell'art. 35 *ter*, comma I e II, per contrasto con gli artt. 3 Cost. e 117, I comma, Cost. in relazione agli artt. 3, 13 e 41 CEDU.

Come è noto, l'art. 35 *ter* è stato introdotto dall'art. 1, d.l. 26 giugno 2014 n. 92, convertito il L. 11 agosto 2014 n. 117, con l'esplicito fine (v. Relazione al d.d.l. in Atti Camera, XVIII leg., stamp. N. 2496, 2) di conformare l'ordinamento italiano ai dettami della più volte citata Sentenza *Torreggiani*. Con questa pronuncia lo Stato italiano veniva messo in mora, dovendo, entro un anno da quando la stessa fosse

Ordinamento Penitenziario commentato, Quinta edizione, Cedam, 2015, 416, secondo il quale... *“Uno Stato che, sia pure con una normativa a tempo, arriva a condonare settantacinque giorni di pena per ogni centottanta in cui il condannato ha dato prova di meritevole partecipazione all'opera rieducativa (art.4 d.l. 23 dicembre 2013 n.146 conv. In L. 21 febbraio 2014, n.10) poi immiserisce ad un giorno lo sconto di pena per ogni dieci durante i quali ha patito un trattamento inumano e degradante: in altri termini, il criterio di commisurazione per i meriti del detenuto è quasi nel rapporto di 1 (riduzione) a 2 (pena espiata), quello per i demeriti dello Stato è di 1 a 10. Un parametro di riparazione ingeneroso e sistematicamente poco plausibile (nel parere sul d.d.l. Di conversione dal d.l. 92/14 il Csm rileva che l'eccessiva esiguità del quantum risarcitorio espone la norma a problemi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della effettività della tutela, in relazione al combinato disposto degli artt.117 co. 1° Cost. e 3 CEDU)...parimenti inadeguata appare l'entità dell'indennizzo economico. Specialmente nei casi di più grave inumanità della condizione detentiva, otto euro al giorno potrebbero risultare mortificanti sia per il soggetto che li riceve, sia per lo Stato che li offre. Va ricordato che la Corte europea, proprio nella sentenza pilota *Torreggiani*, ha liquidato a titolo di equa soddisfazione per il danno morale di violazione dell'art.3 importi giornalieri pari a circa il triplo di quanto previsto dalla norma in commento. Si consideri, inoltre, per quanto ogni parametrizzazione monetaria della sofferenza sia per se stessa impropria e sempre insoddisfacente, che nel nostro sistema penale vi è un criterio di ragguglio tra pene pecuniarie e pende detentive pari a 250 euro di pena pecuniaria per ogni giorno di pena detentiva (art.135, comma 1, c.p.). A suscitare perplessità, peraltro, non è soltanto l'entità dei rimedi riparatori previsti, ma anche la loro invariabilità: al Giudice non è consentito, neppure entro una forbice di minimo e massimo predeterminata dal Legislatore, commisurare l'entità del compenso all'effettivo pregiudizio subito dal danneggiato. Questo è un limite grave dell'attuale disciplina, che impone di trattare in modo uniforme situazioni anche marcatamente disuguali sotto il profilo oggettivo e soggettivo”*. Analogamente, cfr. F. Fiorentin, *Sulla valutazione in giorni cala l'incostituzionalità*, in Guida al Diritto, n.30/2014, 28 e sgg., e R. Braccialini, *Art. 35 ter* 3, 8 e sgg., cit.

divenuta definitiva, assicurare al soggetto che avesse sofferto una situazione detentiva “inumana e degradante” ai sensi dell’art. 3 CEDU rimedi “*effettivi, sufficienti ed accessibili*”. In particolare, la Corte Edu raccomandava, al fine di garantire la migliore riparazione possibile, l’introduzione di un rimedio preventivo, cui affiancare in modo complementare quello compensativo. Nella pronuncia richiamata, la Corte lasciava impregiudicate le modalità di attuazione delle sue prescrizioni. Alla luce di ciò, lo Stato Italiano ha introdotto gli artt.35 *bis* e *ter* O.P., quest’ultima norma contenente le due tipologie di rimedio sopra descritte, l’una consistente in una riduzione della pena ancora da scontare, l’altra, residuale, nella corresponsione di un risarcimento patrimoniale. Orbene, la violazione della norma costituzionale attiene ai criteri di commisurazione del rimedio per il danno sofferto. Per meglio affrontare le problematiche sottese al profilo censurato, occorre preliminarmente indagare la natura giuridica del rimedio introdotto dal legislatore italiano.

Nella fattispecie che ci occupa, tra condannato/detenuto ed Amministrazione Penitenziaria viene a formarsi una relazione che consente a quest’ultima una rilevante possibilità di ingerenza nella sfera personale del condannato, e proprio per tale motivo viene regolata da norme sovranazionali recepite e da norme nazionali, al fine di garantire la salvaguardia dei diritti del condannato; donde l’insorgenza del dovere di collaborazione e protezione, facente capo all’Amministrazione.

Ciò detto, pur essendo vistosa la deroga alla regola generale di riparto delle competenze giurisdizionali, con il riconoscimento al Magistrato di Sorveglianza di una significativa competenza in materia risarcitoria in luogo del Giudice (naturale) civile, questa è spiegabile in considerazione del particolare contenuto del risarcimento riservato a chi è ancora detenuto (la detrazione di un giorno ogni dieci di pregiudizio subito), nonché in virtù del ruolo di tutela di tutti i diritti dei detenuti del Magistrato di Sorveglianza.

Fatta questa doverosa premessa, verranno ora presi in considerazione i criteri di commisurazione del danno previsti dall’ordinamento, la cui invariabilità, insieme alla particolare esiguità, espongono la norma a problemi di compatibilità costituzionale sotto il profilo della effettività della tutela, in relazione al combinato disposto degli artt. 3, Cost., 117, comma I, Cost. riguardo agli artt. 3, 13 e 41 CEDU. Il comma I dell’art. 35 *ter* O.P. prevede che al detenuto sia detratto un giorno ogni dieci giorni di pregiudizio subito dalla pena finale; il comma successivo dispone che, qualora tale tipo di risarcimento in forma specifica non sia possibile perché il periodo di pena ancora da espiare sia tale da non consentire la detrazione dell’intera misura percentuale prima indicata, il magistrato liquidi altresì al richiedente, in relazione al residuo periodo e a titolo di risarcimento del danno, una somma di denaro pari ad 8,00 euro per ciascuna giornata nella quale questi ha subito il pregiudizio.

Il citato parametro di riparazione appare, oltre che ingeneroso, sistematicamente illogico, sol che si abbia riguardo ad altre norme dell’Ordinamento penitenziario che prevedono simili meccanismi. La riduzione infatti sembra eccessivamente sproporzionata verso il basso se confrontata, ad esempio, con quella di cui il

condannato può beneficiare, a titolo di liberazione anticipata *ex art.* 54 O.P. (1 giorno di riduzione ogni 4 di condotta meritevole nel semestre considerato).

Si tenga presente, inoltre, che anche la parametrizzazione monetaria (sulla base della quale il risarcimento dell'odierno ricorrente - detenuto, potrebbe essere calcolato *ex art.* 35 *ter*, I comma, O.P.) si dimostra insoddisfacente alla luce del generale criterio di ragguglio previsto nel nostro sistema penale tra pene pecuniarie e pene detentive, pari a 250 euro per ogni giorno di pena detentiva.

Una tale sproporzione inficia certamente l'efficacia del rimedio previsto dell'ordinamento, comportando una patente violazione degli artt. 3, 13 e 41 CEDU. Al di là della evidente esiguità dei giorni concessi in detrazione e della somma di ragguglio, la previsione dei suddetti limiti appare certamente non conforme al parametro di ragionevolezza, imposto dall'art. 3 Cost., sotto il profilo della fissità del tasso di risarcimento stabilito dalla norma, senza che sia prevista alcuna possibilità di graduarlo in ragione della gravità del pregiudizio eventualmente accertato.

E' appena il caso di rammentare che la Corte Costituzionale è più volte intervenuta, se pur in altri ambiti, a sanzionare i meccanismi di automatismo, in relazione a diversi istituti presenti nell'ordinamento.

In tema di pene fisse, per esempio, va registrata nella giurisprudenza costituzionale un'evoluzione significativa.

Il Giudice delle leggi è infatti giunto ad affermare che *“in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono [...] in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale”* (cfr. sent. n. 50/1980; in senso conforme cfr. anche le decisioni nn. 188/1982, 475/2002, 91/2008). Né sono mancate declaratorie di incostituzionalità che hanno colpito talune pene accessorie proprio per la loro rigidità edittale (cfr. sentt. nn. 31/2012 e 7/2013).

Nel caso che ci occupa, come già rilevato, al Giudice non viene consentito, nemmeno entro una forbice di minimo e massimo predeterminata dal Legislatore, di commisurare l'entità del “compenso” all'effettivo pregiudizio subito dal danneggiato. Dunque si impone al Magistrato di Sorveglianza (ma anche al Giudice civile) di trattare in modo uniforme situazioni che possono rivelarsi anche marcatamente diseguali, sia sotto il profilo oggettivo sia da un punto di vista soggettivo.

Un simile limite si pone, inoltre, in contrasto (risultando pertanto ancora più irragionevole) con i principi che governano la liquidazione del danno non patrimoniale, primo tra tutti quello della “personalizzazione del risarcimento”, da attuarsi mediante il raggiungimento della proporzione tra l'effettivo pregiudizio subito soggettivamente dalla vittima dell'illecito e il ristoro accordato. Sul punto, la Cassazione Civile (cfr. Cass. N. 17161 del 09.10.2012) ha statuito che il risarcimento dovrebbe avvenire *“secondo un criterio di personalizzazione del danno, che, escluso ogni meccanismo semplificato di liquidazione di tipo automatico, tenga conto, pur nell'ambito di criteri predeterminati, delle condizioni personali e soggettive del*

danneggiato, della gravità della lesione e, dunque, delle particolarità del caso concreto e della reale entità del danno”.

Alla luce delle considerazioni svolte, il rimedio predisposto dal legislatore interno con l’art. 35 *ter* O.P. si rivela ineffettivo e inefficace sotto il profilo della inadeguatezza dello stesso, e pertanto viola gli artt. 3,13 e 41 CEDU, per come interpretati dalla Corte alsaziana.

Il ricorso previsto dall’art. 35 *ter* O.P., nonché il risarcimento che da esso può derivare, devono infatti dimostrarsi conformi al combinato disposto degli articoli richiamati, in considerazione del fatto che la violazione del primo (art. 3 CEDU) costituisce il fatto costitutivo del diritto all’indennizzo attribuito dalla Legge nazionale ex art. 35 *ter*, O.P., ed il secondo (art. 13 CEDU) impone l’”effettività” del mezzo predisposto per sanare la violazione. Orbene, secondo i Giudici di Strasburgo, i caratteri tipici dell’accessibilità e dell’adeguatezza del ricorso integrano la nozione di effettività richiamata dall’art. 13 CEDU²². In particolare, il profilo dell’adeguatezza rileva, soprattutto per ciò che attiene agli effetti, indici di effettività della procedura, delle tutele approntate dagli Ordinamenti domestici, e viene declinato nelle forme più varie. Tra i *remedies* da predisporre nei casi di violazione dell’art. 3 CEDU, oltre che l’interruzione del comportamento lesivo, rientra certamente la commisurazione di misure adeguate di risarcimento del danno, materiale o morale, a favore delle vittime di trattamenti inumani e degradanti subiti all’interno degli istituti di pena. E’ opportuno ricordare come in casi di gravi violazioni di diritti assoluti, come quello di cui all’art. 3 CEDU, possa dedursi una violazione autonoma dell’art. 13 CEDU quando sia in ogni caso mancata nell’Ordinamento la possibilità di ottenere sufficienti e idonee forme di riparazione a favore delle vittime²³, di tal ché appare consono e corretto il ricorso alla Corte Costituzionale quando a violare l’art. 13 CEDU (norma interposta ex art. 117, I comma, Cost.) sia la norma nazionale (*rectius* il meccanismo di computo del danno ivi previsto).

Ancora, puntualizzano i Giudici di Strasburgo, quando in aggiunta alla cessazione dell’illecito – rimedio fortemente auspicato dalla Corte nei casi di questo tipo – si imponga il risarcimento dei danni per equivalente, il ricorso domestico dovrà offrire serie prospettive di riparazione per ogni voce di danno, ed in particolare di un risarcimento del danno non patrimoniale di entità comparabile all’equa soddisfazione prevista dall’art. 41 CEDU²⁴. La necessità di disporre un risarcimento per danni morali è comunemente affermata nei casi in cui lo Stato si sia reso responsabile di gravi maltrattamenti risultanti dalla violazione dell’art.3 CEDU²⁵.

²² Cfr. Corte EDU, *Paulino Tomas c. Portogallo*, 27.3.2003

²³ Cfr. Corte EDU, *Maksimov c. Russia*, 18.6.2010

²⁴ Cfr. Corte EDU, GC, *Cocchiarella c. Italia*; Corte EDU, *Pasculli c. Italia*, 4.12.2007).

²⁵ Cfr., per i trattamenti inumani e degradanti, *ex multis*, Corte EDU *Kurt c. Turchia*, 25.5.1998, § 175; *Tekin c. Turchia*, 9.6.1998, §§ 75-77; *Ribitsch c. Austria*, 4.2.1995, § 46; *Selcuk e Asker c. Turchia*, § 118

Proprio sulla quantificazione del danno derivante da violazione dell'art. 3 CEDU, è di recente stata pronunciata un'importante sentenza nella quale la Corte ha chiarito come: *“there is no standard by which pain and suffering, physical discomfort and psychological distress and anguish can be measured in terms of money. The Court has no doubt that the domestic courts in the present case, with every desire to be just and eminently reasonable, attempted to assess the cumulative effect which the conditions of detention had had on the applicant’s well-being (see, mutatis mutandis, Dougoz v. Greece, no. 40907/98, § 46, ECHR 2001-II) and to determine the level of physical suffering, emotional distress, anxiety or other harmful effects sustained by the applicant by reason of his detention in those conditions (see Nardone v. Italy (dec.), no. 34368/02, 25 November 2004). However, the Court cannot overlook the fact that the amount of RUB 500 awarded for an aggregate period of a month on twenty-three occasions of detention, that is, a rate of approximately RUB 16 per day, was disproportionately lower than the damages that it generally awards in comparable Russian cases (see, for example, Labzov v. Russia, no. 62208/00, 16 June 2005, and Kantyrev v. Russia, no. 37213/02, 21 June 2007)”*²⁶.

La sentenza risulta di non poco momento poiché consente di ricavare alcune “linee guida” che gli Stati - se pur liberi di determinare il *quantum* di ristoro da riconoscere per la violazione dell'art. 3 CEDU - dovranno seguire nell'individuazione dei criteri di commisurazione dello stesso. In particolare, si evince in maniera non equivoca che il risarcimento previsto non potrà essere sensibilmente più basso di quello riconosciuto in casi simili dall'Ordinamento interno di riferimento. Giova all'uopo ricordare che, nel nostro Paese, in base al decreto ministeriale del 20 giugno 2014 (pubblicato sulla G.U. Serie Generale n. 153 del 4 luglio 2014), sono stati aggiornati gli importi per la liquidazione del danno biologico da lesioni micropermanenti (lieve entità): il primo punto d'invalidità è passato da 791,95 euro a 795,91 euro e il punto di inabilità assoluta è passato da 46,20 euro a 46,43 euro. Alla luce di questi dati, appare ancora più patente l'insufficienza dell'ammontare risarcitorio previsto dalla recente novella legislativa in tema di violazione dell'art. 3 CEDU (1 giorno ogni 10 di violazione e/o 8 euro per ogni giorno).

Considerato quanto sopra, e tenendo conto dei criteri di liquidazione imposti dall'art. 35 *ter* O.P., non può certo dirsi effettivo (ed efficace) il sistema previsto dal nostro ordinamento in *subiecta materia*.

Pertanto, anche a non voler considerare esclusivo il ricorso al Magistrato di Sorveglianza da parte di soggetti ancora detenuti, nel senso di consentire loro, a pena

²⁶ Cfr. Corte EDU, *Firstov c. Russia*, 20.2.2014, § 35, con la quale è stata sindacata la proporzionalità del risarcimento concesso ad un soggetto che aveva subito – come rilevato dalle stesse giurisdizioni interne – condizioni di trattamento lesive della sua dignità. Pur riconoscendo in capo agli Stati un ampio margine di valutazione in ordine all'*adequate and sufficient redress*, i Giudici hanno ribadito la possibilità di intervento rispetto alle motivazioni poste alla base delle decisioni domestiche, onde verificare la sussistenza di *sufficient reasons*. Per l'effetto, a fronte della laconicità del provvedimento scrutinato, la Corte ha accertato la sproporzione per difetto del risarcimento accordato al ricorrente, riconoscendo il suo perdurante *victim status*, con conseguente condanna dello Stato per violazione dell'art.3.

espiata, di chiedere l'integrazione per il maggior danno subito al giudice civile tramite le vie ordinarie, la situazione non muterebbe. Difatti, un simile meccanismo, oltre che raddoppiare l'incombenza per chi agisce, renderebbe certamente tardiva la riparazione per il pregiudizio subito, e si rivelerebbe infine inefficace in considerazione della difficoltà probatoria in cui ci si imbatterebbe ad una così lunga distanza di tempo dal verificarsi degli eventi lesivi.

Alla luce di quanto sopra osservato è necessario prendere ora nuovamente in considerazione la posizione assunta dalla Corte EDU nella sentenza *Stella c. Italia* (ric. n. 49169/09, 16.09.2014; conforme *Rexhepi c. Italia* ric. N. 47180/2010), sul rimedio introdotto dallo Stato Italiano.

Innanzitutto va premesso che la Corte si è sì espressa sui mezzi di ricorso di recente introduzione, ma ha puntualizzato che, allo stato, essa non dispone (va) di sufficienti elementi per escludere che si tratti di rimedi in grado di riparare adeguatamente i danni indicati dai ricorrenti (cfr. *Stella c. Italia*, §63; *Rexhepi e altri c. Italia*, § 62): *“la Cour estime qu'elle ne dispose d'aucun élément qui lui permettrait de dire quel le recours en question ne présente pas, en principe, de perspective de redressement approprié du grief tiré de la Convention”*.

La Corte si esprime, dunque, astrattamente sulla compatibilità del rimedio della riduzione di pena a titolo risarcitorio con la Convenzione, così come interpretata dalla precedente giurisprudenza, giudicandola un ristoro adeguato per il pregiudizio patito. I Giudici di Strasburgo richiamano sul punto la giurisprudenza in tema di ragionevole durata del processo. Ancora, la sentenza si esprime sul risarcimento monetario introdotto dal 35 *ter*, comma I, O.P. calcolato nella misura di 8 euro per ciascun giorno di pregiudizio subito, ritenendolo senza ulteriori specificazioni, conforme con il sistema giuridico nazionale e le sue tradizioni, oltre che con il livello di vita del Paese, anche se (lo riconoscono i Giudici di Strasburgo) nettamente inferiore a quello accordato dalla Corte per la violazione delle medesime disposizioni convenzionali.

Occorre tuttavia evidenziare che, in merito all'effettività dei rimedi introdotti dal Legislatore domestico, nella sentenza citata i giudici di Strasburgo si sono riservati la possibilità di un eventuale riesame, che consideri anche le decisioni rese dai Giudici nazionali e l'effettiva loro esecuzione.

Nella riserva espressa la Corte europea sembra aver presente l'inerzia del Legislatore italiano al richiamo della Corte Costituzionale, che già nella sentenza n.26 del 1999 dichiarava l'incostituzionalità degli artt. 35 e 69 O.P., nella parte in cui non prevedevano una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Amministrazione penitenziaria lesivi dei diritti delle persone ristrette, e nell'occasione sollecitava il Legislatore ad assumere le determinazioni di competenza, rammentandogli che nel vigente Ordinamento costituzionale la restrizione della libertà personale non può comportare il disconoscimento del primato della persona umana e dei suoi diritti; ragion per cui l'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt.24 e 113 Cost, e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art.2 Cost (cfr. sent. Corte Cost.n.98/1965).

Orbene, la decisione in commento, come è evidente, omette di prendere in esame il *quantum* di riduzione previsto dall'Ordinamento italiano (un giorno ogni dieci di pregiudizio subito) nell'ipotesi di ristoro in forma specifica. A ben vedere, per quanto sopra detto e per quanto si dirà ancora *infra*, tale previsione non è conforme ai dettami CEDU. In uno dei pochi precedenti riguardanti la materia dei rimedi risarcitori per violazione dell'art. 3 CEDU (e ciò a prescindere dalla citata sentenza *Firstov*) la Corte era infatti giunta a dubitare della legittimità dei rimedi compensativi che prevedessero un'automatica riduzione di pena basata su un coefficiente predeterminato dalla legge (cfr. sul punto Corte EDU, *Ananyev c. Russia*, ric. n.42525/07 e 60800/08, 10.01.2012, “*an automatic mitigation operated by means of standard reduction coefficients is unlikely to be compatible with an individualised assesement*”). Inoltre, la Corte aveva evidenziato come la riduzione di pena concessa a titolo di risarcimento non dovrebbe privare il Giudice di ogni discrezionalità - come appunto prevede l'art. 35 *ter* O.P. -, consentendogli pur sempre di individualizzare l'entità del ristoro in ragione della gravità assunta dalla violazione del diritto convenzionale.

Ancora.

La previsione della riduzione di un giorno ogni dieci di pregiudizio si rivela non in linea anche con i precedenti in tema di indennizzo, per le violazioni del termine di durata ragionevole del processo, richiamati dalla sentenza *Stella*.

Infatti, nelle pronunce ivi citate, la Corte aveva sì valutato positivamente il rimedio predisposto dalla legge Pinto (commisurazione dell'indennizzo agli anni di irragionevole durata), ma quest'ultimo, delineato dall'art. 2, *bis*, della legge 89 del 2001, nel dettare i criteri di commisurazione dell'indennizzo, prevede che il Giudice possa liquidare una somma di denaro compresa tra i 500 e i 1500 euro per ogni anno (o frazione di anno superiore a sei mesi) eccedente il termine di ragionevole durata, e non un *quantum* fisso e imm modificabile, come nel caso che ci occupa.

Conseguentemente, sarebbe stato opportuno e conforme a criteri di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza prevedere indici minimi e massimi per la commisurazione dello sconto di pena, così da permettere al Giudice di adattare il risarcimento all'entità della violazione patita, tenendo conto di parametri diversi dalla sola durata del pregiudizio (quali, ad esempio, il minore o maggiore grado di sovraffollamento patito, le condizioni di salute fisica e psichica del detenuto, il numero di ore trascorse quotidianamente dentro la cella, etc.).

Diversamente la norma, per come formulata, si rivela incostituzionale sotto i profili dedotti, dovendosi peraltro giungere a conclusioni analoghe per il risarcimento in forma monetaria (anche in questo caso infatti la fissità del parametro di quantificazione non consente al Giudice di modulare la misura del ristoro in ragione dell'intrinseca gravità della violazione subita).

Peraltro, la questione di costituzionalità prospettata non può dirsi in alcun modo lesiva delle prerogative del Legislatore, sol che si ponga mente ai ripetuti insegnamenti del Giudice delle Leggi in tema di sentenze sostitutive (quelle in cui la Corte, accertata la fondatezza della questione, dichiara l'incostituzionalità della

disposizione di Legge nella parte in cui il testo prevede qualcosa anziché un'altra cosa) e di sentenze additive di principio. Con queste ultime, come è noto, la Corte accerta la fondatezza della questione sollevata e dichiara l'illegittimità costituzionale della disposizione di Legge nella parte in cui non prevede qualcosa che invece dovrebbe prevedere e, anziché integrare la legge con la regola mancante, aggiunge il principio al quale il Legislatore dovrà ispirare la sua futura azione legislativa, e il Giudice la sua decisione concreta.

La Consulta ha fatto largo uso di questo tipo di pronunce sin dall'inizio degli anni '90 (*ex plurimis*, tra le prime, sentt. nn. 421/1991; 204 e 232/1992; 243/1993; 171/1996; 26, 61, 179 e 270/1999) sancendo principi applicabili anche alla questione dedotta, laddove, per esempio in tema di liquidazione dell'indennità premio servizio, ha stabilito che: *“la questione proposta non implica necessariamente la scelta tra le due soluzioni possibili, in guisa da sconfinare nel campo delle decisioni relative al Legislatore, ben potendo un eventuale accoglimento dell'impugnativa essere limitato alla mera declaratoria di illegittimità della norma denunciata in quanto esclude il proporzionamento. In tale eventualità sarebbe poi compito del Giudice di merito stabilire se la disciplina in questione sia o no integrabile mediante estensione o adattamento di un modello normativo già presente nell'Ordinamento vigente.”*²⁷

O ancora, in tema di tutela delle lavoratrici madri: *“la scelta tra le diverse possibili soluzioni spetta al legislatore. Peraltro, accertata l'illegittimità costituzionale della norma, in assenza di intervento legislativo sarà il giudice a individuare nel complessivo sistema normativo la regola idonea a disciplinare la fattispecie in conformità ai principi indicati”*²⁸.

La decisione di tipo additivo, dunque, è consentita solo quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, di tal che la Corte in realtà non crea liberamente la norma, ma si limita ad individuare quelle disposizioni e quei principi - già impliciti nel sistema (nel caso di specie, in ipotesi, il disposto del comma I dell'art. 54 O.P., ad esempio, ovvero i principi generali in tema di risarcimento del danno) - mediante i quali riempire immediatamente la lacuna.

Si evidenzia infine come l'intervento ablativo e la conseguente addizione di principio proposta sembrano costituire una soluzione costituzionalmente dovuta, che non eccede i poteri di intervento della Corte e non implica scelte affidate alla discrezionalità del Legislatore, perché diretta solo ad evitare, da una parte, discriminazioni fra situazioni uguali nell'ambito della tutela di diritti riconosciuti da norme nazionali e sovranazionali e, dall'altra, l'ineffettività del rimedio predisposto dal Legislatore in “attuazione” di una sentenza pilota della CEDU.

Peraltro, nel caso dell'art. 35 *ter* O.P., il Legislatore ha esplicitato il ruolo di preminenza dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza EDU, prevedendo che il risarcimento spetti a chi è stato posto *“in condizioni di detenzione tali da violare*

²⁷ Cfr. Corte Cost, sent.n.421/1991

²⁸ Cfr. Corte Cost., sent.n.270/1999

l'art. 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo".

10. Libertà va cercando

Al termine di una, sia pur sommaria, disamina giurisprudenziale, di merito, di legittimità e convenzionale, possono trarsi alcune brevi riflessioni; note a margine. Se, com'è certamente vero²⁹,... *“una parte della Magistratura di sorveglianza sembra voler proseguire lungo la linea che, negli ultimi quindici anni, l'ha portata a ignorare le sollecitazioni della Corte Costituzionale, e rifiutare di farsi carico del ruolo di garante dei diritti dei detenuti”* (con le dovute eccezioni, già segnalate), l'esame della giurisprudenza di legittimità non consente una piena soddisfazione per gli approdi cui si perviene.

Ed infatti, restano sullo sfondo i temi della inefficacia del rimedio, della sua ineffettività, iniquità, inaccessibilità, intempestività, inidoneità al fine; in una parola, della non conformità ai parametri convenzionali.

Purtroppo, come abbiamo visto, neanche da Strasburgo arrivano notizie confortanti³⁰, poiché *“comune è il problema, comune è l'interesse politico a uscirne fuori, perchè chi giudica oggi sarà giudicato domani per quanto fatto, non fatto, mal fatto”*³¹

Perché non resti un non detto, a ciascuno il suo; se è vero, come è vero, che... *“il biglietto di ingresso nelle carceri lo scrivono i Giudici. All'origine della sovrabbondante presenza nelle carceri italiane non vi è solo la ristrettezza dei locali, ma anche una scarsa attenzione per il principio della proporzionalità della pena e per l'insegnamento che viene dalla interpretazione, costituzionalmente guidata, della disciplina della sofferenza carceraria, e rimane il problema dello scarso impegno – anche di tutti i Giudici – nella quotidiana lotta per l'indipendenza della cultura dell'emergenza, dai tribuni dell'allarme sociale e dei bisogni collettivi di sicurezza, amplificati e strumentalizzati a fini elettorali”*³² non può certo dirsi che l'Avvocatura penale sia stata protagonista di un impegno attento sul tema che ci occupa.

Con le dovute eccezioni (tra queste, l'infaticabile lavoro dell'Osservatorio Carcere UCPI, da sempre “politicamente scorretto”, siccome abituale frequentatore delle patrie galere), manca a tutt'oggi la cultura della pena, quella che Aldo Moro insegnava, per prima cosa, ai suoi studenti universitari.

Chi tace, è complice; bisogna ribadire che... *“non è importante la differenza tra chi è innocente e colpevole in galera. La ragione per cui le persone sono state portate in galera diventa irrilevante esattamente due minuti dopo il loro ingresso, già nelle prime manovre di certificazione del loro ingresso (le fotografie, la perquisizione*

²⁹ E. Santoro, *Contra CSM*, cit, 5

³⁰ V. Zagrebelsky, *Allargare l'area dei diritti fondamentali*, cit.

³¹ A. Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento*, cit, 1223

³² A. Bevere, *Un giorno di galera ogni 5 centesimi*, in *IL Manifesto*, 5 febbraio 2013

*anale, le impronte digitali). Lì si cancella quasi, non dico del tutto, ma quasi, la ragione che li ha portati lì....io penso che il fine della pena sia la fine della pena”.*³³

³³ A. Sofri, *Il cosiddetto senso della pena*, in *Il Corpo e lo spazio della pena. Architettura, urbanistica e politiche penitenziarie*, a cura di S. Anastasia, F. Corleone, L. Zevi, Ediesse, 2011, 249 e sgg.