



## UFFICIO DI SORVEGLIANZA VENEZIA

N. xxxx/xxx SIUS

ordinanza n. \_\_\_\_\_

### IL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA

Visto il reclamo, avanzato da XXXXXXXXXXXXX, nato a XXXXXXXXXXXXX il XXXXXXXX, detenuto presso la Casa Circondariale di XXXXX in espiatione della pena di cui al provvedimento di cumulo di data xxxxxx della Procura della Repubblica di xxxxxxx; sentito il parere del Pubblico Ministero e la difesa, all'esito della procedura prevista dall'art. 35 *ter* o.p., quale introdotto dall'art. 1 del decreto-legge 26 giugno 2014 n. 92 (*“Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'art. 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”*),

a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 12.11.2014, ha emesso la seguente

### ORDINANZA

Il condannato indicato in epigrafe chiede di fruire della detrazione di pena prevista dall'art. 1 d.l. 92/14 asserendo di essere detenuto dal 26.02.2010 e di essere stato sottoposto ad un trattamento inumano e degradante sulla base di quanto previsto dall'art. 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in quanto collocato in una cella di dimensioni tali da non garantire la disponibilità di almeno 3 metri quadrati per ciascun occupante.

La Direzione dell'Istituto provvedeva a depositare le proprie osservazioni eccependo, tra l'altro, l'inammissibilità del reclamo per difetto dell'attualità del pregiudizio.

In proposito va rilevato come, nonostante l'art. 35 *ter* O. P. richiami la disciplina di cui al comma sesto, lettera b), dell'art. 69 O.P., tale richiamo non possa essere inteso alla lettera come riferito anche alle categorie della attualità e della gravità del pregiudizio subito quali presupposto di ammissibilità per l'esperibilità del ricorso di cui all'art. 35 *ter* prefato, bensì vada interpretato come un riferimento alla lesione dei diritti del detenuto, posto che, diversamente opinando, l'art. 35 *ter* perderebbe qualsiasi efficacia riparatoria, finalità per la quale il legislatore ha introdotto lo strumento richiamato. Si consideri, a tal proposito, che, mentre per la rimozione delle lesioni *attuali* dei diritti del detenuto è prevista l'azione "inibitoria" di cui all'art. 35 *bis* O. P., l'art. 35 *ter* volge, necessariamente, il proprio sguardo al passato, disponendo un rimedio "a titolo risarcitorio" per il pregiudizio subito, indipendentemente dal fatto che lo stesso persista nel presente.

Le conclusioni or ora esposte si fondano sul testo della norma in esame, che, al di là di una lettura superficiale, fornisce già di per sé solo la soluzione all'apparente dilemma inerente all'attualità e gravità del pregiudizio come requisiti di ammissibilità dell'azione *ex art.* 35 *ter* O. P.. Il primo comma della norma richiamata recita, testualmente: "Quando il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), consiste, per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'articolo 3 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, su istanza presentata dal detenuto, personalmente ovvero tramite difensore munito di procura speciale, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento del danno, una riduzione della pena detentiva ancora da espiare pari, nella durata, a un giorno per ogni dieci durante il

quale il richiedente **ha subito il pregiudizio**.”. L'utilizzo del verbo subire nella forma del passato prossimo (ha subito) non è un mero riferimento al fatto che, all'atto della decisione da parte del Magistrato di Sorveglianza, il tempo trascorso in condizioni detentive inumane e degradanti sia necessariamente già trascorso (e non potrebbe che essere così, a ben vedere), ma sta, ancor più, ad indicare la possibilità che la Magistratura di Sorveglianza sia chiamata a verificare la lesione del diritto del detenuto a condizioni restrittive non inumane e degradanti anche se non più sussistente, non solo all'atto della decisione, ma neanche all'atto della proposizione del ricorso, purché riconducibile alla pena detentiva in attuale (questa sì) esecuzione.

Diversamente opinando, la categoria di coloro che hanno subito un danno da carcerazione inumana e degradante, che non sia più attuale (si tralascia la disamina della gravità del danno, sembrando, a chi scrive, che anche un sol giorno in detenzione inumana e degradante costituisce, *ex se*, danno grave alla persona), né all'atto della decisione della Magistratura di Sorveglianza, né all'atto stesso della presentazione del ricorso, ma sia comunque iscritto nella vicenda esecutiva ancora in essere, rimane del tutto priva di tutela giurisdizionale (almeno di quella specifica tutela di cui all'art. 35 *ter* O. P.), posto che, essendo i soggetti di cui si è detto ancora detenuti, non potrebbero neanche adire il Tribunale del capoluogo del distretto in cui hanno residenza, per ottenerne il ristoro in termini monetari, ai sensi del disposto del terzo comma dell'art. 35 *ter* O. P. (a meno di non voler pensare ad una forma di tutela giurisdizionale differita all'atto della scarcerazione). Soluzione, questa, che appare in aperto conflitto con il principio di eguaglianza, formale e sostanziale, di cui all'art. 3 Cost..

Viceversa, la soluzione che chi scrive predica appare più idonea al rispetto del principale canone ermeneutico, di cui all'art. 12 delle cosiddette preleggi, senza, poi, che sia necessario far ricorso a tentativi di ricostruzione sistematica circa la natura del rimedio “risarcitorio” introdotto dal legislatore del 2014.

Appare improprio, secondo l'opinione dello scrivente, giustificare l'interpretazione che esclude la necessità dei requisiti di attualità e gravità del pregiudizio per l'ammissibilità del ricorso di cui all'art. 35 *ter* O. P. 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 di cui al 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..

Inappropriata tale conclusione in quanto la stessa non potrebbe che condurre ad una conclusione di incostituzionalità della norma di cui all'art. 35 *ter* O. P., laddove la stessa non prevede che, ai fini di ottenere il ristoro per equivalente, possa essere citato in giudizio, in una alla Amministrazione Penitenziaria, anche il funzionario che ebbe, con proprio atto, a determinare le condizioni perché il detenuto soffrisse di carcerazione inumana e degradante: secondo l'art. 28 Cost., infatti, “I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono **direttamente** responsabili, secondo le leggi penali, **civili** e amministrative, degli **atti** compiuti in violazione di diritti.

In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.”.

L'art. 35 *ter* O. P. non prevede, espressamente, la possibilità di citare il funzionario della Pubblica Amministrazione che, con proprio atto (non necessariamente avente natura provvedimento), abbia dato vita ad una situazione di detenzione inumana e degradante (la decisione di assegnare il condannato ad una cella condivisa da altri ristretti in numero tale che lo spazio *pro capite* fosse inferiore ai tre metri quadrati), donde una evidente incostituzionalità della norma in disamina, ove la stessa sia interpretata nel senso indicato, come meramente traslativa, cioè, di un'azione per responsabilità aquiliana dinanzi alla Magistratura di Sorveglianza.

Ancora, si aggiunga che, 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, in tal senso, vedi Cass., n. 9231/2014).

Orbene, appare arduo definire integrale il ristoro predisposto dal legislatore del 2014, che prevede un giorno di liberazione anticipata per ogni dieci giorni di detenzione in condizioni inumane e degradanti ovvero la somma di 8 euro per ogni giorno trascorso nelle condizioni predette, nelle ipotesi in cui non sia possibile il risarcimento in forma specifica (non a caso, infatti, il Comitato dei Ministri del Consiglio

d'Europa, in una nota datata 5 giugno 2014, nell'esaminare i progressi compiuti dalla legislazione italiana nell'adeguamento dell'ordinamento interno ai principi stabiliti dalla sentenza CEDU cosiddetta Torreggiani, esprime la propria soddisfazione per l'introduzione, che sarebbe avvenuta di lì a poco, di un rimedio compensativo al danno da carcerazione inumana e degradante di tipo specifico, consistente in una anticipazione della data di fine pena, con ciò, implicitamente, manifestando perplessità sui rimedi compensativi per equivalente).

Al di là di tali considerazioni, comunque, sembra che la natura della responsabilità della Amministrazione Penitenziaria, nelle ipotesi che ne occupano, sia definibile come responsabilità da contatto sociale qualificato: la responsabilità da contatto sociale qualificato è una particolare forma di responsabilità civile, che prescinde dall'esistenza di un contratto inteso nel senso stretto del termine, e che si verifica ogniqualvolta tra il danneggiato ed il danneggiante sussista una particolare relazione sociale, considerata dall'ordinamento giuridico come idonea a determinare specifici doveri comportamentali, non riconducibili, si badi, al dovere generico di non ledere l'altrui sfera giuridica (*neminem ledere* di cui all'art. 2043 C. C.). Con l'espressione contatto sociale si suole indicare un rapporto "sociale" idoneo ad ingenerare l'affidamento dei soggetti coinvolti in virtù del fatto che si tratta di un rapporto "qualificato" dall'ordinamento giuridico, che vi ricollega una serie di doveri di collaborazione e protezione volti alla salvaguardia di determinati beni giuridici. La violazione di tali doveri determina la responsabilità da contatto sociale qualificato: si pensi, al riguardo, al rapporto che si instaura tra il paziente ed il medico, sul quale grava, a prescindere dall'esistenza di un contratto, un obbligo di cura che tende alla tutela del diritto alla salute. E lo stesso può dirsi del rapporto tra condannato/detenuto ed Amministrazione Penitenziaria, sulla quale grava, a prescindere da ogni tipo di contratto civilisticamente inteso, l'obbligo (minimo) di fornire condizioni di restrizione che non siano inumane e degradanti, come da art. 3 della Convenzione EDU, ratificata dalla legge nazionale 4 agosto 1955, n. 848.

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 moderna società, relative al risarcimento dei danni, al di là dello schema, certamente troppo riduttivo, che vede la tradizionale bipartizione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. L'espressione "contatto sociale qualificato", viene ad indicare una relazione che intercorre tra due o più soggetti che, in quanto implicante l'ingerenza nella sfera giuridica altrui, comporta il sorgere di doveri di collaborazione e protezione, volti a salvaguardare le aspettative ingenerate.

In particolare, infatti, il nostro ordinamento è, oggi, particolarmente garantista nel riconoscere tutte quelle aspettative, giuridicamente tutelate proprio perché 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 delle 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 2043 C. C..

E non 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 salvaguardie dei diritti del condannato, donde l'insorgenza del dovere di collaborazione e protezione, facente capo alla Amministrazione.

La violazione di tale dovere comporta, oggi, il ristoro, ai sensi dell'art. 35 *ter* O. P., in forma specifica (un giorno di liberazione anticipata per ogni dieci giorni di pena sofferta in condizioni inumane o degradanti) ovvero per equivalente (8 euro per ogni giorno di carcerazione inumana e degradante), nei casi, indicati dalla legge, in cui il ristoro in forma specifica non sia possibile.

Potrebbe obiettarsi che la normativa 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.

Opina questo Magistrato, peraltro, che il ristoro di cui all'art. 35 *ter* O. P. non possa essere considerato intieramente soddisfacente delle pretese del condannato che abbia sofferto una carcerazione inumana e degradante: si osservi, a tal proposito, che lo stesso ammontare del ristoro, specie se per equivalente, desta, come già detto, notevoli perplessità circa il rispetto del principio di integralità del risarcimento del danno. Ed allora, 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 della 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.

Quanto al merito della questione, la Direzione dell'Istituto provvedeva a depositare le proprie osservazioni ed a fornire indicazioni in ordine al numero dei giorni trascorsi in detenzione nel corso dei quali l'interessato è stato ristretto in una cella con uno spazio individuale inferiore a 3 m<sup>2</sup> calcolato *al lordo* degli arredi, nonché in ordine al numero dei giorni trascorsi in una cella con uno spazio individuale inferiore a 3 m<sup>2</sup> calcolato *al netto* degli arredi, con la specifica indicazione della superficie di ingombro occupata dagli arredi fissi (es.: letti ed armadi).

Con riguardo alle modalità di calcolo dello spazio *pro capite* riservato a ciascun detenuto, viste anche le ordinanze emesse dal Tribunale di Sorveglianza di Venezia in data 22.7.14 in sede di reclamo proposto dall'Avvocatura dello Stato avverso l'accoglimento parziale di reclami analoghi al presente, si ritiene di dover escludere lo spazio riservato ai servizi igienici (a norma dell'art. 7 d.p.r. n. 230/2000, infatti, i "servizi igienici sono collocati in un vano annesso alla camera" e quindi da essa distinto) nonché quello occupato dalla mobilia che limita la fruibilità dello spazio stesso: dunque la mobilia fissa (esclusi i letti, che rappresentano superficie fruibile da parte del detenuto) e non quella amovibile.

Alla stregua di questi parametri, secondo i dati forniti dall'Amministrazione e non contestati, il numero di giorni trascorsi dal detenuto in condizioni che integrano una violazione dell'art. 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è pari a **1129**.

Non può, del resto, ritenersi violata la predetta norma sulla base degli altri presupposti indicati nel reclamo, anche se la superficie *pro-capite* a disposizione del detenuto è inferiore a 7 m<sup>2</sup>, posto che il regime aperto (almeno nell'ultimo periodo), l'esistenza di attività ricreative e sportive, di corsi scolastici e delle restanti attività trattamentali presenti in istituto non consente di ritenere il trattamento penitenziario a lui riservato né inumano né degradante sulla scorta dei criteri fissati dal Comitato europeo per la Prevenzione della Tortura e dei trattamenti o delle pene inumani o degradanti del Consiglio d'Europa.

Di conseguenza, al reclamante spetta, in considerazione di quanto previsto dall'art. 35 *ter* comma 1 O.P., una detrazione di pena pari a giorni **112**.

**P.Q.M.**

Visti gli artt. 678 c.p.p., 35 *ter*, 69, 6° comma O.P.,  
in parziale accoglimento del reclamo proposto da XXXXXXXXXXXXXXX,  
RIDUCE la pena di cui al titolo in epigrafe di giorni 112;  
Manda alla cancelleria per le notifiche e comunicazioni prescritte.  
Venezia 12 novembre 2014

**Il Magistrato di Sorveglianza  
(Dott. Vincenzo Semeraro)**